

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIX • Marzo-Abril 2003 • Núm. 676

CONSEJO DE REDACCION

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 Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel 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 JOSE, 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

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS	
«El beneficio de la división en la cofianza», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	887
«Teoría general de los bienes y las cosas», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	919
«La hipoteca de la concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	1033
«Control judicial de la legalidad registral y tutela efectiva del derecho a inscribir», por CELESTINO PARDO NÚÑEZ	1071
«Fuerza codificadora y doctrina codificadora en el artículo 1.875 del Código Civil: la inscripción constitutiva del Derecho real de hipoteca», por MARÍA JULIA SOLLA SASTRE	1115
DICTAMENES Y NOTAS	
«Breve examen de la sentencia de 23 de enero de 2003, del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Valladolid», por ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES	1175
«Breves consideraciones sobre la representación en el ámbito civil tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002», por GONZALO AGUILERA ANEGÓN y ANTONIO JOSÉ RAMOS BLANES	1207
«Registro de Bienes Muebles: Tres Resoluciones y una Instrucción», por MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA	1243
«La vinculación de los Registros de la Propiedad con la resolución estimatoria expresa del recurso administrativo contra la calificación negativa del Registrador», por ERNESTO PECES MORATE	1265
ACTUALIDAD JURIDICA	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1271

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1289
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1297
B) Resoluciones comentadas, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1304
C) Resoluciones en materia de urbanismo, comentadas por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ	1337
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA e ISABEL MORATILLA GALÁN	1347
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1369
d) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1378
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1384
2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	1391

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

A) Bibliografía adquirida por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España ...	1403
B) Bibliografía de revistas jurídicas	1409
C) Recensiones bibliográficas:	
«Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. II», de JUAN BERCHAMS VALLET DE GOYTISOLO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1413
«Hacia la inscripción constitutiva», de CARMEN JEREZ DELGADO, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN	1415
«Servidumbre y serventías (Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia», de RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO, por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO	1417
«El contrato de cesión de suelo por obra», de ALBERT RUDA GONZÁLEZ, por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	1422
«Oferta, aceptación y conclusión del contrato», de CARLOS CUADRADO PÉREZ, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	1427
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1431

ESTUDIOS

El beneficio de división en la cofianza

La consideración conjunta del artículo 1.837 del Código Civil y de los artículos 1.844 y 1.845 *eiusdem*, como tendremos ocasión de ver, parece desprender la conclusión de que cabe estimar la presencia del clásico beneficio de división en la regulación española de la cofianza, por más que su franco reconocimiento tropiece con algunos obstáculos formales.

En efecto, que el referido artículo hable de que la obligación garantizada «se divide» entre los varios fiadores, o que la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar a uno de ellos la totalidad del débito principal dependa de que «se haya estipulado expresamente la solidaridad», unido al hecho de que en nuestro sistema civil, en caso de obligaciones plurales, lo que se presume es la mancomunidad y no la solidaridad entre sus varios sujetos, puede estimarse como un obstáculo formidable contra el juego del beneficio divisorio, obstáculo ante el que desfallecen numerosos civilistas hispanos.

De todas maneras, no deja de resultar un tanto insólito que algunos de ellos reconozcan que «configurar las obligaciones fideiusorias de los cofiadores como mancomunadas no es coherente con la finalidad de reforzamiento de la garantía que el acreedor persigue con la pluralidad de fiadores», así como que el esquema legal sobre la materia «no corresponde, evidentemente, al de las obligaciones mancomunadas, ya que aquí las obligaciones no son independientes, sino que están de tal modo relacionadas entre sí que, prescindiendo de la voluntad de los cofiadores, y por hechos externos y posteriores al negocio de constitución, puede verse compelido cualquiera de ellos a pagar en todo o en parte la cuota de sus compañeros» (1) y, pese a ello, se insista en la vinculación mancomunada de los varios garantes y en la negación a los mismos del beneficio de la división cuando el acreedor reclame a uno de ellos el débito entero.

(1) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, Barcelona, 1986, págs. 538 y sigs.

Porque si la finalidad principal y última de la cofianza es, como no puede ser de otra manera, aumentar la garantía que busca el acreedor, no cabe lícitamente burlar semejante objetivo y dejar al mismo, en numerosas ocasiones, en peor situación que la que tendría caso de ser uno y no varios los garantes personales. En consecuencia, si la *ratio iuris* del primer artículo del Código Civil que se ocupa de la cofianza debe ser ésta, no se alcanza a ver por qué el precepto en cuestión ha de ser entendido de la manera que se critica, cuando hoy, también entre nosotros, la interpretación de las normas debe ser de manera básica teleológica, habida cuenta que el nuevo artículo 3.º-2 del Código Civil dispone que deberá atenderse «*fundamentalmente al espíritu y finalidad*» de las normas.

Mancomunidad y cofianza suponen una situación jurídica cercana a la *contradictio in adiecto*, pues la primera deja fuera de juego a algunos de los más típicos y caracterizadores objetivos que se persiguen mediante la fianza plural, y la segunda se desdibuja casi por completo si debe estimarse que los cofiadores no quedan sujetos al cumplimiento del débito asegurado más que *pro parte*. Aparte de que el artículo 1.837 del Código Civil no puede verse con independencia del artículo 1.844, en cuanto contemplan distintos aspectos de una sola situación, y parece obvio que la misma no puede reputarse mancomunada en relación a la persona del acreedor y solidaria respecto a los fiadores entre sí; y de que, según ya hemos hecho notar, si el primero de dichos artículos estableciese sin más vinculación meramente mancomunada de los varios fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda», sería el más estéril e innecesario de los preceptos posibles, porque si no existiera, olvidándonos ahora de los artículos 1.844 y siguientes, debería concluirse que la pluralidad de fiadores está afectada por un vínculo de naturaleza parciaria, en cuanto ésta es la forma normal de sujeción obligatoria de los varios sujetos cuando no se ha pactado o dispuesto por ley la afección solidaria.

Y, sin embargo, existe. ¿Simplemente para ratificar la mancomunidad de los fiadores? Aun prescindiendo del párrafo segundo que da pie, como hemos visto y desarrollaremos luego *in extenso*, para positivas conclusiones en pro de la existencia del beneficio de división en nuestro sistema civil, parece razonable que la primera parte del artículo 1.837, al margen de su textualidad y de su conocido origen, deba entenderse en el sentido de que los varios fiadores han quedado vinculados de manera solidaria, ya que, en otro caso, resultaría por completo anodino y superfluo entre nosotros. Para establecer genéricamente la mancomunidad entre los varios sujetos de una relación obligatoria ya están los artículos 1.137 y 1.138 del Código; para señalar que en una hipótesis concreta de obligación plural continuamos en presencia de vínculo mancomunado no hace falta recordatorio alguno, sino exactamente al revés: hará falta un precepto específico para que en aquélla pueda predicarse la existencia de la *obligatio in solidum*.

Se puede entender sin mayor forzamiento que existan ordenamientos como el alemán actual en los que los varios fiadores quedan sujetos de manera solidaria y no se admite el juego del beneficio de división frente a la correspondiente reclamación *in totum* del acreedor (parágrafo 769), ya que, como dice LARENZ, la ley ha querido que dicho acreedor pueda dirigirse a su arbitrio a cada uno de los cofiadores reclamándoles la totalidad o parte de la deuda (2). Como se puede entender también el planteamiento de los sistemas latinos herederos del Derecho romano en el sentido de que los cofiadores queden vinculados solidariamente, pero puedan solicitar y obtener la división del crédito asegurado, caso de que el acreedor actúe en consecuencia y el garante demandado decida acogerse al juego del beneficio de división, porque ya se ha visto que solidaridad y beneficio no se excluyen ni contradicen en la esfera de la fianza plural. Incluso cabe entender, en fin, la peculiar construcción del Código Civil italiano vigente que, consagrando más severamente la solidaridad entre los cofiadores, permite a éstos ocurrir a la división sólo en el caso de que se haya pactado el beneficio (art. 1.946).

Lo que ya resulta de más difícil admisión es el pretendido sistema español, un sistema caracterizado por la simple y escueta división *ex lege* de la obligación garantizada entre los varios fiadores, porque, por un lado, se entra en colisión con la razón de ser y finalidad de la cofianza, consistente en la mayor garantía del acreedor, algo que difícilmente puede alcanzarse mediante el juego de la mancomunidad, y, por el otro, porque negar la presencia y operatividad en nuestro Derecho del beneficio de división, sencillamente en virtud de que la división se da siempre y de manera mecánica, tiene toda la apariencia de una huida hacia adelante, irreflexiva y exagerada. Si ya la admisión del beneficio de división plantea problemas, dada la naturaleza y función de la cofianza, ¿qué no cabrá decir respecto a la pauta de que en todo caso y *ministerio legis* queda la deuda dividida entre los varios fiadores?

Durante la discusión del Código Civil francés la cuestión quedó planteada con toda claridad, pues mientras el Consejo de Estado entendía sin problemas el juego del beneficio de división, el Tribunado se plantearía por qué no se aplica a los cofiadores el principio general que rige respecto a los codeudores, esto es, la división de la obligación entre ellos de pleno derecho, ya que no se observa la razón por la que los garantes hayan de ser tratados menos favorablemente que los deudores principales, máxime cuando aquéllos son meros deudores secundarios.

El planteamiento estaba errado porque cuando varios fiadores garantizan una misma obligación cada uno debe, naturalmente, quedar obligado por el

(2) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II, Madrid, 1959, pág. 457.

todo, aunque sólo sea por la razón de cobertura jurídica que la fianza juega y por la circunstancia práctica de que en otro caso el acreedor no tendría por qué buscar varios fiadores. Pero existiría, además, un argumento adicional para rechazar como infundada la preocupación del Tribunal: si en virtud del beneficio de división el fiador demandado por el todo puede obtener el fraccionamiento de la deuda cuando se acoja a él, no se alcanza a ver la razón por la que dicha división vaya a otorgarse cuando no ha sido demandada, habida cuenta que el fiador que lo desee puede evitar la responsabilidad solidaria sin provocar con ello el quebranto de una situación jurídica (la de la solidaridad) que se juzga acomodada a la naturaleza y cometido de la cofianza (3).

La otra objeción planteada contra la vinculación mancomunada de los cofiadores no es de menos calado. Cuando una obligación plural nace como a prorrata, toda su vida está signada por esta condición, sus efectos son en todo momento los propios de la mancomunidad y, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, cabe que entren a operar algunas de las notas que caracterizan a la solidaridad. Ni siquiera en el supuesto extremo de las obligaciones mancomunadas indivisibles, en las que la imposibilidad de fraccionamiento de la prestación debida impone el proceder concertado o consorcial de los deudores, cabe pensar, según hemos razonado en otra obra, que nos hallemos lejos del campo de la mancomunidad, ya que si tal fuera el caso carecería de sentido que el artículo 1.939 del Código Civil dispusiera que si uno de los deudores resulta insolvente «no estarán los demás obligados a suplir su falta», y, sobre todo, que el artículo 1.150 *eiusdem* contemple el fraccionamiento entre los mismos de la suma pecuniaria debida en concepto de indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de aquella obligación (4).

Y, sin embargo, de considerar que la obligación de los cofiadores es una obligación mancomunada, las cosas ocurrirían de otra manera, ya que por más que la deuda garantizada se dividiese *ex lege* entre los mismos, si alguno de ellos paga la totalidad (¿por qué iba a hacer esto sabiendo que sólo debe *pro quota* al acreedor y no queriendo beneficiar a sus codeudores, en cuanto a continuación les va a reclamar su parte?), puede demandar a los demás la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer (art. 1.844 del Código Civil), efecto típico por antonomasia de la solidaridad pasiva; si alguno de los fiadores resulta insolvente, la parte de éste recae sobre todos los demás en la misma proporción (art. 1.844 del Código Civil), nota caracterizadora

(3) LAURENT, *Avant-projet de revision du Code civil*, VI, Bruselas-París, 1878, págs. 232-233.

(4) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1998, págs. 231 y sigs.

de la solidaridad en beneficio del acreedor (art. 1.145 del Código Civil) frente al régimen propio de la mancomunidad en provecho de los propios deudores (art. 1.139 del Código Civil), algo que revela con toda nitidez que nos movemos en la esfera de la solidaridad (arts. 1.143 y 1.146 del Código Civil), ya que semejante disposición carecería por completo de sentido en una situación de responsabilidad parciaria, en razón de que la remisión aprovecha tan sólo al concreto deudor beneficiado.

Pues bien, lo que no parece razonable es reconocer, como hace DELGADO ECHEVERRÍA, que la autonomía de las obligaciones, que es propia del esquema de la mancomunidad, no se compaginaría con el artículo 1.844 (que supone interrelación) ni con el 1.850 (que sería inútil), y, sin embargo, no se puede concluir que no se está en presencia de un haz de obligaciones solidarias cuyos sujetos pasivos dispusieran del beneficio de división, ya que ésta es automática y originaria, y el fiador, para limitar su responsabilidad, no tiene la carga de probar la solvencia de los demás, sino que es el acreedor quien ha de probar los hechos que le permiten exigir al fiador más que su parte (5).

Pienso que el razonamiento correcto es el inverso, pues se acerca peligrosamente a una petición de principio considerar que la obligación de los cofiadores resulta mancomunada porque la ley ha impuesto la división de la deuda común en forma «automática y originaria», cuando precisamente es esto último lo que habría que demostrar, no obstante el «se divide» del artículo 1.837 del Código Civil, a la vista de los particulares efectos típicamente solidarios que esos otros preceptos establecen sin duda alguna.

Es decir, no se trata de que a pesar de lo que digan los artículos 1.844 y 1.850 del Código Civil, la obligación de los varios fiadores debe reputarse mancomunada porque la ley ha establecido la división del débito entre los mismos, ya que ello trastorna el orden jurídico-natural de las cosas y conforma como causa lo que debería ser mera consecuencia, sino de que en razón de que el articulado del Código Civil establece, con rotundidad, entre los cofiadores efectos propios y exclusivos de la solidaridad pasiva, no cabe desconocer ni marginar esta situación en base a la anodina circunstancia de que en algún precepto se aluda a la división *ex lege*, porque la norma no extrae de ella las consecuencias pertinentes sino que más bien establece los efectos contrarios, esto es, los propios de la solidaridad.

¿Cuál es el planteamiento adecuado, por tanto? Pienso que el de la coherencia, el de la lógica, el del sistema. Si la ley habla de la división, pero luego la regulación que desarrolla de la situación jurídica de cofianza es la propia de la solidaridad, no cabe desconocer ésta y potenciar aquélla, porque sabido es que las figuras jurídicas son lo que son, no por la nominación que

(5) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, II-3, *op. cit.*, pág. 540.

les atribuya el legislador, sino por las consecuencias o efectos que las mismas produzcan. En consecuencia, siempre resultará menos oneroso y más consecuente rectificar una simple nominación legal, no seguida del régimen jurídico que resultaría adecuado a la misma, que hacer caso omiso de la normativa específica de determinada figura, en función de que existe una previa catalogación, un simple *momen iuris* del supuesto. Si la ley habla de mancomunidad y luego se explaya en la solidaridad, parece más adecuado inclinarse en esta segunda dirección antes que en la primera, aunque sólo fuera porque en el mundo jurídico como en la vida misma las cosas son lo que son y no lo que se diga de ellas.

Con un dato final reforzador de este planteamiento, consistente en que, además, se puede llegar a un punto de encuentro ecléctico y equilibrado entre ambas situaciones, que impida considerar fuerte el establecimiento de la solidaridad cuando la propia ley parece imponer la división mecánica, y, asimismo, que impida estimar contradictoria la tesis del fraccionamiento de la deuda entre los fiadores cuando la ley misma regula la situación de éstos como deudores solidarios.

En efecto, respetando el efecto principal y determinante de la vinculación solidaria, cabe todavía el juego de la división, claro que no la *ope legis*, en cuanto excluye la idea misma de solidaridad, sino a través precisamente del mecanismo conocido como beneficio de división. La división no sería automática sino solicitada por los fiadores, y de esta manera podría mantenerse sin problema alguno, tal como ocurre en los otros ordenamientos latinos, ocurría en Roma y ha ocurrido siempre entre nosotros, la idea de solidaridad y la de división, ya que, como se ha visto, la vinculación *in solidum* y el *beneficium divisionis* son perfectamente compatibles. Solución que se refuerza todavía más si se tiene en cuenta que el propio artículo 1.837 del Código Civil en su párrafo segundo habla precisamente de «beneficio de división».

El no querer ver y aceptar de esta manera la formulación legal, dejándose obsesionar por la letra de la ley y sacralizando el «se divide» del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil puede conducir a situaciones en extremo chocantes, tal cual le ocurre al profesor DELGADO ECHEVERRÍA.

En efecto, DELGADO, tras aceptar a regañadientes la tesis de la vinculación mancomunada de los cofiadores, pues paladinamente reconoce que «configurar las obligaciones fideiussorias de los cofiadores como mancomunadas no es coherente con la finalidad de reforzamiento de la garantía que el acreedor persigue con la pluralidad de fiadores», intenta llegar a una extraña solución ecléctica, a una peculiar conclusión para acallar las hondas reservas que le suscita la literalidad, que él acepta, de la fórmula legal. La solución consistiría en considerar que en lo no previsto en su sede específica procede la aplicación analógica de las reglas de la solidaridad de deudas, por ser las

únicas que en el Código disciplinan un haz de obligaciones interrelacionadas, si bien con las necesarias adaptaciones (6).

¡Extraña fórmula! La obligación de los cofiadores sería una obligación mancomunada por expreso mandato legal, vendría a ratificar en la órbita de la garantía personal plural lo que es regla común en el campo de las obligaciones pluripersonales, contaría, incluso, con el refuerzo que puede suponer el principio de normación singularizada al caso, y, sin embargo, en lo no previsto en esa sede específica, procedería la aplicación analógica de las reglas de la solidaridad pasiva. ¿Es admisible semejante planteamiento?

Juzgamos que no. Si una obligación estructuralmente es mancomunada habrá que aplicarle de principio a fin las pautas de la mancomunidad, de la misma manera que si una obligación es solidaria procederá la aplicación a todo su *iter* de las reglas de la solidaridad, a menos que algunos de sus efectos, en uno y otro caso, puedan marginarse, pero no porque ello brote así de su propia sustancia, en cuyo caso quedaría desnaturalizada y resultaría un *tertium genus*, sino porque la ley permita actuar desde fuera de la obligación y como un resorte extraño a la estructura de la misma ciertos mecanismos orientados precisamente a matizar, paralizar o excluir algún aspecto de la eficacia normal del vínculo.

Es lo que, pensamos, ocurre en la materia que nos ocupa. La obligación de los varios fiadores «de un mismo deudor y por una misma deuda» es una obligación solidaria, y así discurre su existir del principio al fin, pero si el acreedor, como bien puede, intenta cobrar de uno de los garantes la totalidad del débito, éste puede acogerse, caso de ser tal su voluntad, a un mecanismo ajeno a la obligación, que no nace de ella (¿cómo podría brotar la división de la conjunción?), contemplado por la ley como forma de detener la eficacia solidaria en base a razones por completo ajenas a la esencia misma de la solidaridad (recuérdese los motivos que llevaron a Adriano a concebir y dispensar el beneficio de división), y que no cabría catalogar jurídicamente más que como un supuesto de excepción facultativa.

En cambio, si se sostiene, según piensa DELGADO ECHEVERRÍA, que la obligación es mancomunada en lo específicamente previsto y solidaria en lo demás, ya que a esto conduce, en definitiva, su fórmula de la aplicación analógica de las reglas de la solidaridad pasiva, aparte de producir un híbrido, mitad mancomunado y mitad solidario, se incurre, en nuestra opinión, en la paradoja de que a una obligación caracterizada como parciaria se le aplican las pautas de la vinculación *in solidum* en todo lo que la ley no haya normado respecto a la misma.

Y no es así, porque si la relación obligatoria es mancomunada, en lo que la ley no prevea deberán aplicarse las reglas de la mancomunidad, en parte

(6) *Ibid.*

porque ello brota así de la propia *substantia iuris* de la obligación y de la elemental observación de que en la esfera jurídica como en la naturaleza lo complementario o consecuencial participa de la naturaleza de lo principal o causal, y en parte porque en nuestro ordenamiento civil las reglas supletorias nunca pueden ser las de la solidaridad sino las de la mancomunidad, habida cuenta que en el Derecho Civil español rige la presunción de mancomunidad (art. 1.137 del Código Civil).

El argumento de que tal debería ser la solución porque las reglas de la solidaridad pasiva son «las únicas que en el Código Civil disciplinan un haz de obligaciones interrelacionadas» no es de recibo por un doble orden de consideraciones: primero, porque si la obligación de los cofiadores es una obligación mancomunada no tiene mayor sentido hablar de interrelación, en cuanto deberá primar la pauta legal definitoria y caracterizadora de que los varios créditos y deudas se reputan «distintos unos de otros» (art. 1.138 del Código Civil), y, segundo, porque no se alcanza a ver cómo pueden tener aplicación los criterios propios de la solidaridad sin provocar el tránsito a esta esfera jurídica de la obligación, supuestamente mancomunada, que afecta a los varios fiadores.

El error denunciado lo padece todavía en forma más acusada el Tribunal Supremo. En su sentencia de 6 de marzo de 1961, nuestro máximo juzgador considera que «al no resultar de la referida obligación pactada fórmula alguna de solidaridad, ésta no puede presumirse, conforme se desprende del artículo 1.837 del Código Civil, y frente a la concurrencia de dos fiadores, es indudable que conforme al invocado precepto del artículo 1.837 del referido Cuerpo legal, la obligación de responder de la deuda de tal prestatario se divide entre ambos fiadores, no pudiéndose reclamar por el acreedor de cada uno más que la parte que le corresponda». De la misma manera, en la sentencia de 3 de junio de 1968 se excluye la posibilidad, no habiéndose pactado la solidaridad de que el acreedor pueda reclamar el todo a cualquiera de los dos fiadores, ya que procede la aplicación del artículo 1.837 en relación con el artículo 1.137, por lo que «cada fiador debe pagar la mitad de la deuda».

Que la solidaridad no se presuma no se desprende del artículo 1.837 sino del artículo 1.137 del Código Civil, ya que parece obvio que el primero de ambos preceptos no puede tener semejante alcance definitorio al estar circunscrito al específico campo de la pluralidad de fiadores. Lo que no capta nuestro máximo sentenciador es que si las cosas ocurrieran como pretende el artículo 1.837 del Código Civil sería por completo innecesario y aun redundante, precisamente porque en nuestro sistema no rige la presunción de solidaridad, y que al existir no se le puede dar la interpretación que pretende, diga lo que diga la letra de la ley, si se quiere ser lógico y coherente.

Tampoco la aseveración de que el artículo 1.837 haya de aplicarse en relación al artículo 1.137 del Código Civil, por lo que cada fiador debe pagar la mitad de la deuda, merece mayor aceptación porque, según se ha señalado reiteradamente, si las cosas ocurrieran de esa manera, el primero de dichos preceptos resultaría totalmente irrelevante, en cuanto semejante efecto ya vendría establecido de manera genérica para toda clase de obligaciones plurales por el segundo. En realidad, resulta en extremo paradójico que estableciendo la ley, salvo pacto en contrario, la mancomunidad, cuando se enfrenta a una concreta variedad de obligación multipersonal, la emanada de la fianza, se sienta compelida a recordar que aquí también opera la partición de la deuda. ¿Por qué no formula un recordatorio similar a propósito, por ejemplo, de la venta, el arrendamiento, el depósito o el préstamo, caso de ser varios los compradores, arrendatarios, depositarios o prestatarios?

Porque no hace falta. Lo que se precisa es la referencia legal, precisamente cuando se trata de lo contrario, cuando en un concreto supuesto la presencia de varios deudores determina, porque así lo quiere la ley, la aparición de un vínculo solidario. Es lo que ocurre, por ejemplo, a propósito del comodato al disponer el artículo 1.748 del Código Civil que «todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella». Esto es lo exacto; es la excepción a la regla la que merece y necesita de la expresa plasmación legal, no en cambio una supuesta especificidad que viene a ratificar, *casu concreto*, lo que ya se ha dispuesto a nivel de principio. Si el artículo 1.837 consagrarse en relación a la cofianza la mancomunidad establecida genéricamente en el artículo 1.137 del Código Civil para las obligaciones con pluralidad de sujetos, resultaría tan incongruente, reiterativo e insustancial como lo es, puesto el caso, el artículo 1.723 del mismo Cuerpo legal al disponer que «la responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria, si no se ha expresado así», algo que reconoce la generalidad de la doctrina sin mayor cuestión.

Ahora bien, el párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil existe, y como, según venimos exponiendo, no puede ni debe interpretarse en el sentido de que en el campo de la fianza plural también tiene lugar la vinculación mancomunada de los varios fiadores, según ha sancionado como regla general el artículo 1.137, porque tal interpretación conduce a la inutilidad del precepto y en Derecho debe desecharse cualquier valoración que nada añada, no queda otra salida coherente que la de estimar que en el primero de dichos preceptos estamos en presencia de un supuesto excepcional de solidaridad pasiva legalmente establecido.

El enfoque que se critica mueve también a Díez-PICAZO al considerar que la interpretación del artículo 1.837 del Código Civil conduce a la conclusión de que la solidaridad ante los cofiadores ha de estimarse como excep-

cional y, por tanto, como objeto de interpretación restrictiva: la solidaridad entre los cofiadores debe, según el Código, ser estipulada de una manera expresa y no puede presumirse, «el artículo 1.837 viene así a coincidir con los principios que inspiran el artículo 1.137» (7).

Nada más lejos de la realidad. En base al artículo 1.837 del Código Civil, la solidaridad entre los cofiadores no puede ser considerada excepcional, porque ello escasamente tiene sentido. Del hecho de que dicho precepto disponga que la solidaridad ha de ser estipulada expresamente no puede derivarse un supuesto carácter excepcional de la misma, ya que no significa novedad alguna sino mera reiteración de lo que ya se conoce: a menos que la ley disponga otra cosa, la solidaridad de los varios deudores no puede ser contemplada más que por pacto expreso en tal sentido. Es decir, de aceptarse el parecer de DÍEZ-PICAZO tendríamos la extraña construcción siguiente: en caso de pluralidad de deudores en una obligación, la regla es la mancomunidad y la excepción la solidaridad, y en caso de pluralidad de fiadores la regla sigue siendo la mancomunidad y la excepción también la solidaridad, a no ser que para evitar el carácter reiterativo del artículo 1.837 del Código Civil se considere que en el ámbito de la cofianza la excepcionalidad es todavía, si cabe, mayor, porque existe un precepto específico para establecerla y para recordarla.

Es decir, en el campo de la mancomunidad genérica, la misma puede excluirse en virtud de que los interesados pacten la vinculación solidaria, mientras en el campo de la mancomunidad fideiusoria sucedería... ¡exactamente lo mismo!, por lo que no se acierta a ver cuál sería la razón suficiente para repetir, respecto a los fiadores, lo que ya se dijo genéricamente en relación a los codeudores, en cuanto no se adelanta especificidad alguna. El codeudor general es deudor mancomunado, salvo pacto en contrario, y el cofiador es también deudor mancomunado, si no se ha convenido la inversa situación. ¿Dónde está la base legal para afirmar que la solidaridad entre los cofiadores debe ser considerada como excepcional, con un tipo de excepcionalidad que se distinga en un ápice de la excepcionalidad consagrada en el artículo 1.137 del Código Civil?

De la misma manera, tampoco tiene sentido su aseveración de que, según el Código, «la solidaridad entre los cofiadores debe ser estipulada de una manera expresa y no puede presumirse». La solidaridad en el Derecho español no se presume nunca, ni entre los cofiadores, ni entre cualesquiera otros codeudores, porque en nuestro sistema civil rige la presunción contraria de mancomunidad. Precisamente por ello, porque no se presume, es por lo que existe un específico precepto legal que, no obstante su desorientadora redac-

(7) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 609.

ción, debe ser entendido en el sentido de que consagra legalmente el supuesto excepcional de la vinculación solidaria de los varios fiadores. Y ello sin necesidad de reconducirlo a la inclusión del pacto de solidaridad, porque, pese a lo que diga Díez-PICAZO, la única forma de hacer coincidir los artículos 1.837 y 1.137 es a través de contemplar en el primero de ellos un caso de solidaridad legalmente establecida. Lo otro ya estaba inventado, y la supuesta sacralidad de la máxima *in claris non fit interpretatio* tiempo ha abandonada.

Lo curioso es que Díez-PICAZO, después de su enfática proclamación de que en el artículo 1.837 del Código Civil no existe establecimiento de solidaridad alguna entre los varios fiadores, sucumbe sin mayor resistencia al reclamo literal del párrafo segundo de dicho precepto que habla de «beneficio de división», sin querer advertir que *mancomunidad* y *beneficium divisionis*, como tantas veces hemos señalado, se excluyen, por cuanto lo que viene dado naturalmente no hace falta solicitarlo y lo que necesita ser impetrado tiene que operar, de manera necesaria, contra un orden contrario de cosas. Es por lo que el beneficio divisorio tan sólo tiene justificación y sentido en el caso de que se parta de la vinculación solidaria de los cofiadores.

Semejante situación le lleva a unos planteamientos complejos y extraños. El Código Civil, según el profesor Díez-PICAZO, excluye una solidaridad impuesta legalmente a los fiadores; ahora bien, entender que el beneficio se impone *ex lege* y juega sin necesidad de alegación por parte del cofiador demandado, no parece exacto, ya que, en primer lugar, el artículo 1.844 admite como normal que el cofiador haya pagado el entero y pueda reclamar de los demás la parte proporcional que a cada uno corresponda, y, por otra parte, la configuración de la división como un beneficio denota que es una facultad del cofiador demandado y que es éste quien lo ejercita por vía de excepción, aparte de que la aproximación entre el beneficio de división y el de excusión, que establece el párrafo final del artículo 1.837, conduce a la misma conclusión (8).

Es el precio que hay que pagar cuando se quieren casar los contrarios. Desde luego que entender que el beneficio de división opera de manera mecánica es una *contradictio in adiecto*, ya que por definición, al ser beneficio, entraña algo meramente facultativo que sólo operará si el legitimado lo hace valer, precisamente cuando el acreedor le reclame la totalidad de la deuda garantizada. Ahora bien, si hay necesariamente que arribar a esta conclusión al considerar, como no puede ser de otra manera, que la división no se produce *ex lege* sino que es fruto de la alegación hecha en tal sentido por el cofiador demandado, parece obvio que deberá partirse de la base de

(8) *Ibid.*, pág. 610.

que el acreedor no vendrá compelido por la ley a reclamar *pro parte*, ya que en este caso llovería sobre mojado al posibilitar la división a instancia del requerido en pago. Escasamente tiene sentido defender que el beneficio de división es «una facultad del cofiador demandado y que es éste quien lo ejercita por vía de excepción», si al mismo tiempo y de manera implícita se está aceptando que el acreedor no puede reclamar *in totum*.

Hay una contradicción insalvable entre la afirmación de que «el Código excluye una solidaridad impuesta legalmente a los fiadores» y el juicio de que la división sólo se producirá caso de que el cofiador demandado decida acogerse al beneficio de ese nombre. Una cosa o la otra, pero no las dos al mismo tiempo porque son antagónicas. Si la ley no impusiera la solidaridad entre los fiadores, estaría jugando de manera necesaria y mecánica el régimen de la mancomunidad, que es el común en el sistema civil español; y si la deuda accesoria fuera mancomunada, el acreedor sólo podría reclamar *pro parte*, y el supuesto beneficio divisorio sería el más ocioso e intrascendente de los mecanismos jurídicos. Pedir la división de lo que ya está dividido resulta paradójico, pero quizá todavía lo es más considerar que la división sólo se produce cuando el fiador demandado la reclama y al mismo tiempo que la vinculación de los varios fiadores no es solidaria, porque el juego del beneficio divisorio únicamente tiene sentido, tal como ocurría en el Derecho romano y tal como resaltaron con toda claridad DOMAT y POTHIER, cuando los varios garantes de una misma deuda han quedado sujetos al cumplimiento de dicha deuda solidariamente.

El error todavía se agranda más cuando en apoyo de la tesis de coexistencia entre beneficio de división *stricto sensu* y no solidaridad (pero tampoco mancomunidad) se recurre, cual hace DÍEZ-PICAZO, a la aproximación que entre aquel beneficio y el de excusión establece el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil, porque el ejercicio de este último sirve para impedir que se pueda reclamar al fiador de manera principal, mientras que la actuación del primero escasamente serviría para otra cosa que no fuera ratificar que al cofiador no se le puede requerir *totaliter*, algo que ya viene dado de suyo si se parte, como defiende el citado profesor, de que la solidaridad entre los varios fiadores no viene impuesta legalmente.

Las cosas ocurrirían precisamente de la manera contraria, porque equiparado el régimen jurídico de los beneficios de excusión y división tendríamos que uno de ellos, el de orden, produciría su típico efecto de que «el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor» (art. 1.830 del Código Civil), mientras el otro, el divisorio, no generaría el que *ex definitione* le corresponde, ya que, opuesto, se limitaría a remachar la división que ya viene reclamada por la ley, y no opuesto, en nada cambiaría la situación, en cuanto el fiador demandado no podría ser condenado a la satisfacción íntegra de la deuda

asegurada, salvo que se hubiera «estipulado expresamente la solidaridad». Con lo cual la aproximación entre ambos beneficios que formula la ley y el juego que de la misma pretende extraer Díez-PICAZO para la defensa de su peculiar concepción del *beneficium divisionis* resultan en extremo difíciles y extraños.

Por ello tiene mucha más lógica y coherencia el pensamiento clásico de MANRESA en el sentido de que el beneficio de división se encuentra en identidad de circunstancias que el de orden o de excusión. «Si se ejercita en tiempo y forma —escribe en tal sentido— aprovechará al que lo opone, siempre que no se trate de uno de aquellos casos en que no pueda ser utilizado, y, por el contrario, si no se opone en dichas condiciones, a pesar de extralimitarse el acreedor al reclamar el todo, no produciría efecto alguno, no obstante la concurrencia de varios fiadores y no haberse obligados éstos solidariamente» (9).

La conclusión es correcta y el paralelismo entre uno y otro mecanismo facultativo de defensa del fiador atinado y justo, por más que la argumentación y los puntos de apoyo del razonamiento de MANRESA resulten un tanto endebles y aun contradictorios con la idea que preside su reflexión sobre el supuesto en estudio.

En efecto, de acuerdo a lo que venimos observando, no tiene excesivo sentido hablar de que el acreedor se haya extralimitado «al reclamar el todo», y no tiene sentido porque, primero, si dicho acreedor no puede demandar la totalidad del débito garantizado, la existencia del beneficio de división resulta vacua e intrascendente, y, segundo, porque precisamente el deudor demandado puede fraccionar la reclamación en función de que el acreedor demandante está legitimado para exigirle, en principio, el todo debido. No existe, por tanto, extralimitación alguna del acreedor, ya que si tal fuera el caso, el camino adecuado para la defensa no sería el beneficio de división sino el hecho simple de que ha tenido lugar una *pluspetitio*.

El beneficio de división, rectamente configurado y acomodado a su formato histórico, no se conforma como un instrumento que la ley pone a disposición de los cofiadores para el caso de que el acreedor se extralimite y reclame a alguno de ellos la totalidad de la deuda, sino como una defensa para evitar esta consecuencia perjudicial, precisamente porque al acreedor puede proceder de esa manera sin incurrir en exageración alguna. Los cofiadores han quedado legalmente vinculados en forma solidaria, y, en consecuencia, el acreedor está legitimado para reclamar el todo a cualquiera de ellos; lo que sucede es que en tal caso, y sin que por su parte dicho acreedor incurra en extralimitación de ningún tipo, el fiador demandado puede, por

(9) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII (quinta edición, revisada por Rodríguez Arias-Bustamante), Madrid, 1951, pág. 286.

privilegio legal a su favor, detener semejante consecuencia, impetrando y acogiéndose al beneficio de división.

Extralimitación y beneficio resultan inconciliables, tan inconciliables como mancomunidad y beneficio de división, porque la primera idea no hay forma de relacionarla con la segunda (¿para qué se precisa de un beneficio legal al objeto de detener a un acreedor que se está extralimitando del poder jurídico que rectamente le corresponde?), y porque la noción de beneficio supone, en cuanto entraña la presencia de un supuesto excepcional, que frente al que decide acogerse a su tuición alguien está actuando de la manera correcta, ejercitando los poderes que en línea de principio y como situación ordinaria le están atribuidos.

Se explica, por tanto, que, como dice MANZANARES SECADES, si la división de la deuda viene atribuida *ex lege*, el fiador no tiene que oponer ningún beneficio de división a la reclamación del acreedor, y si es que éste reclama más de lo que le corresponde al fiador, la excepción que el mismo deba oponer será la de *pluspetitio*; es más, aunque el fiador no opusiera la excepción de *pluspetitio*, «el Juez, de oficio, debería rechazar la reclamación del acreedor en aquella cantidad que excediera la cuota por la que se obligó el deudor» (10).

Iura novit curia y los efectos legalmente impuestos deben ser tenidos en cuenta y aplicados por el Juez, aunque el que resulte favorecido por los mismos no se acoja expresamente a su protección. Si la ley impusiera, como en definitiva por una u otra vía viene reconociendo la posición mayoritaria de la doctrina española, la división de la deuda garantizada entre los varios fiadores, cuando el acreedor pretendiese cobrar de uno de ellos el crédito íntegro, que la propia norma ha fraccionado, no es que realice una extralimitación y mucho menos que la misma pueda ser detenida acudiendo a un evanescente y fantasmagórico beneficio de división, sino sencillamente está haciendo valer un derecho que no le corresponde o, mejor, lo está ejercitando en forma diferente a aquélla que la ley ha impuesto; y, en consecuencia, nada de extraño tiene que el Juez rechace *in limine* una pretensión tan manifiestamente ilegal.

Lo dijo hace años MUCIUS SCAEVOLA. El Código Civil español, apartándose del modelo francés, contrariando los precedentes hispanos y pugnando con la realidad de los contratos, «pues si el acreedor pide varios fiadores, los requiere para que le respondan solidariamente», adoptó el criterio de la presunción de no solidaridad desde el principio hasta el fin, sin necesidad, por tanto, de que el fiador necesite alegar la división para reputarla hecha, respondiendo cada uno tan sólo por su parte civil. De manera tal que «si el

(10) MANZANARES SECADES, «La cofianza: Análisis de los artículos 1.837 y 1.844 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, pág. 755.

acreedor demanda a todos los cofiadores en forma solidaria, a pretexto de figurar unidos ante la deuda, aunque los demandados no se personaren para protestar contra el exceso, los Tribunales de Justicia limitarán la prestación a la cuota individual de cada uno» (11).

En conclusión, si el fiador demandado por el todo no opone el beneficio de división, se verá sujeto a cumplir íntegramente la deuda garantizada, pero no porque el acreedor se haya extralimitado en su petición, ya que ello equivaldría a premiar el exceso y a favorecer a quien ha quebrantado una expresa disposición legal, sino porque *ab initio* estaba vinculado al cumplimiento íntegro de la deuda por ser un deudor solidario, aunque el efecto típico de la solidaridad pasiva quedase en sus manos detenerlo acogiéndose al trato de favor que a su disposición pone el beneficio legal de división.

De la misma manera, tampoco resulta aceptable la afirmación de MANRESA de que de no oponerse en tiempo y forma, el beneficio de división no producirá los efectos que le son propios, «no obstante la concurrencia de varios fiadores y no haberse obligado éstos solidariamente» (12), porque si la no alegación del beneficio determina que el deudor demandado deba cumplir la deuda en su totalidad, habrá que preguntarse en virtud de qué mecanismo jurídico ocurrirá semejante consecuencia. Si tal sucede a pesar de que los varios fiadores no se hayan comprometido expresamente de manera solidaria, no cabe otra solución razonable que la de considerar que cuando varias personas garantizan conjuntamente la misma deuda tiene lugar, como dice DOMAT, el nacimiento de una obligación naturalmente solidaria entre los cofiadores (13).

Pero, sin duda, quien con mayor lujo de argumentos y fuerza de razonamiento ha defendido en nuestro sistema civil la vinculación mancomunada de los varios fiadores y, por ende, la inexistencia de un estricto beneficio de división, en neto contraste con los criterios que hemos adelantado en las páginas precedentes e informan la configuración que defendemos de la fianza plural, es el profesor GUILARTE ZAPATERO.

Su construcción arranca de dos ideas fundamentales. La primera que ante el silencio de los interesados o ausencia de declaración en contrario, la obligación de los cofiadores ha de estimarse como mancomunada simple y, consecuentemente, que cada uno de ellos responde en exclusiva de su parte en la proporción convenida o, en defecto de acuerdo, por cuotas iguales. La segunda que, no obstante la literalidad del artículo 1.837 del Código Civil, no cabe pensar que la división de la deuda sea fruto del beneficio de división, sino que la ley, para evitar perjuicios al acreedor, introduce deter-

(11) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXVIII, Madrid, 1953, págs. 610-611.

(12) MANRESA, *Comentarios...*, XII, *op. cit.*, pág. 286.

(13) DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, II, Barcelona, 1844, pág. 149.

minadas excepciones al régimen propio de la obligación mancomunada simple, algo que, por más que ocasione un cierto alejamiento entre ésta y la cofianza, no supone la conversión de la garantía pluripersonal y conjunta en una obligación solidaria a todos los efectos.

Semejante planteamiento conduce al autor que se comenta a dos consecuencias esenciales: que la división de la deuda viene establecida *ex lege* y no precisa de un especial y concreto momento para ser alegada por el cofiador demandado a quien se reclama mayor parte de la que debe responder; y que si el acreedor demanda a alguno o algunos de los cofiadores reclamando la totalidad de la deuda, o una mayor parte de la que inicialmente deben responder, su pretensión sólo será estimada en tales términos si acredita la improcedencia de la solución general de la responsabilidad por la propia cuota en exclusiva, por concurrir algunas de las situaciones a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.837, precepto que implica una alteración *ex lege* de la responsabilidad.

Bajo otro aspecto, la aproximación de los beneficios de excusión y de división para justificar la aplicación de normas de aquél a éste carece, en su opinión, de fundamento. Aunque se admitiera, cosa que él no hace, que nuestro Código Civil sanciona el beneficio de división, debería reconocerse que ambos beneficios tienen una naturaleza y finalidad tan distintas que impiden cualquier aplicación de normas por analogía. A tal efecto, le parece suficiente que en los sistemas donde propiamente existe el beneficio de división, la doctrina dominante atribuye al de orden naturaleza de excepción dilatoria, en tanto que explica el de división como excepción perentoria, aparte de que éste, a diferencia de aquél, no se somete a condiciones de ejercicio y se considera oponible en cualquier estado de la causa, incluida la apelación.

Los señalamientos y reflexiones anteriores llevan a GUILARTE ZAPATERO a establecer una serie de conclusiones. En primer término, que el artículo 1.837 del Código Civil sanciona la responsabilidad mancomunada del fiador, excepto de haberse pactado la solidaridad, quiebra o concurso de algún cofiador o si alguno de los cogarantes no puede ser demandado dentro del reino. En segundo lugar, que no existe un específico momento en el que deba el cofiador alegar la división de la deuda, en cuanto tal división no procede del beneficio del mismo nombre sino de la propia naturaleza de la obligación.

En tercer término, el cofiador, obligado mancomunadamente, sólo puede ser demandado por la parte que le corresponda del total de la deuda; si se le reclama la totalidad de ésta, podrá invocar la excepción de *pluspetitio*, pero, aunque no la invoque expresamente, si de los antecedentes de hecho resulta que no se pactó la solidaridad o no concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.831, el juzgador deberá reducir la condena del

cogarante demandado a la parte que le corresponda; aun no estando pactada la solidaridad de los cofiadores, o aunque no exista renuncia a la división, si el acreedor demandante alega y acredita que alguno o algunos de los cogarantes se encuentra en una de las situaciones del artículo 1.831, se ampliarán las responsabilidades de los restantes en los términos y con las consecuencias previstos en la ley. En fin, la alteración de la responsabilidad de los cofiadores, dado su carácter excepcional, deberá ser siempre objeto de interpretación restrictiva (14).

¿Qué opinar al respecto? Lo primero que debe resaltarse es que la construcción expuesta resulta coherente, está dotada de armonía y permite encajar sus distintas piezas sin forzamientos visibles. Es, sin ninguna duda, la más completa y razonada exposición que en el sistema español se haya hecho en cualquier momento contra el juego en el mismo del clásico y latino beneficio de división. Sin embargo, en nuestra opinión, resulta forzada, excesivamente sujeta a los aprioris que el autor marca un tanto gratuitamente, poco transigente con los severos condicionantes que emanan de la propia regulación global de la cofianza en el Código Civil, y, sobre todo, en exceso tributaria de la literalidad estricta de la ley, algo difícil de entender y en absoluto exigible, habida cuenta del poco rigor dogmático que nuestro primer Cuerpo legal suele hacer gala en numerosos institutos, incluido, claro está, el de la cofianza que nos ocupa.

Creemos que, como ya se ha señalado, por más que la textualidad del párrafo primero del artículo 1.837 parezca imponer como regla general la división de la deuda misma y no de la acción del acreedor, «contenido típico del *beneficium divisionis*», no cabe aceptar semejante primaria y mecánica conclusión. Precisamente, frente al parecer del autor, del origen y antecedentes del artículo en cuestión, del concepto mismo del beneficio de división, de su significado histórico y del Derecho comparado, lo que se desprende es que no es posible entender los términos del precepto en su escueto significado gramatical.

Que ante el silencio de los interesados o en defecto de pacto en contrario deba concluirse que la obligación de los cofiadores ha de estimarse como mancomunada simple y, en consecuencia, cada uno de ellos responde tan sólo *pro parte*, produce toda la impresión de un razonamiento al revés, si se tiene en cuenta las pautas que rigen nuestro sistema civil en materia de obligaciones plurales.

En efecto, en el Derecho Civil patrio, como dice SANCHO REBULLIDA, los artículos 1.137 y 1.138 del Código contienen el establecimiento de la mancomunidad como régimen de las obligaciones con pluralidad de sujetos

(14) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo*, XXIII, Madrid, 1979, págs. 191 y sigs.

que no tengan previsto, en la expresión de voluntad o en la ley, la aplicación del régimen de solidaridad; esto es, la mancomunidad como regla y solidaridad como excepción (15).

Por tanto, siempre que nos tropecemos con un supuesto de relación obligatoria dotada de varios sujetos, la regla anterior habrá de funcionar y, en principio, deberá estimársela como obligación mancomunada, mientras de la propia ley o del pacto no resulte lo contrario. Así, cuando en un particular contrato no se advierta expresamente o del conjunto del mismo no se desprenda que las partes han contemplado la solidaridad, tal como de manera reiterada viene estableciendo nuestra jurisprudencia al permitir la consideración de todos los «hechos, actos y circunstancias presentes en el caso que puedan entrañar la existencia de la solidaridad» (de apreciar la misma en cada caso particular, «según las circunstancias y el relieve jurídico del mismo», hablaba ya la sentencia de 14 de marzo de 1934) (16), deberá concluirse indefectiblemente que la obligación plural derivada del mismo asume la caracterización de mancomunada.

Lo mismo deberá ocurrir en el campo legal. Siempre que en relación a una obligación con variedad de sujetos la ley no diga nada sobre su formulación, habrá que considerar que se trata de un vínculo parciario. ¿Y si lo dice? ¿Y si afirma que la relación obligatoria en cuestión asume una u otra figura? En principio, parece deberá concluirse que no hay más salida que aceptar la nominación utilizada por la ley, siempre que no jueguen en su contra consideraciones de suficiente peso como para poner en entredicho y aun desbancar la aparente claridad legal. En tal sentido, cuando el artículo 1.748 del Código Civil dispone que «todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella», o el artículo 1.723 *eiusdem* establece que «la responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria», no resultaría razonable desconocer en el primer caso la solidaridad y en el segundo la mancomunidad, por más que en este último resulte ociosa e innecesaria la previsión legal.

Porque no resulta razonable que, sancionada como regla general la vinculación *a pro rata* de los varios sujetos presentes en una obligación, deba repetirse semejante circunstancia en cada uno de los supuestos en que la ley contemple manifestaciones concretas de obligaciones plurales, aunque sólo fuera por *elegantia iuris* y por el elemental principio lógico de que lo que

(15) SANCHO REBULLIDA, «La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, III, Pamplona, 1968, pág. 570.

(16) CRISTÓBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, 1985, págs. 15 y sigs.

hay que resaltar es la excepción a la regla general (en nuestro caso la solidaridad) y no la reiteración de que también en cada caso concreto continúa jugando el criterio genérico. Por ello, aunque haya supuestos en que no quepa desconocer que la norma innecesariamente reitera la pauta general, como el mencionado del artículo 1.723 del Código Civil, lo ordinario será considerar que la específica mención legal habrá de ir orientada más a disponer casos de solidaridad que a recordar la permanencia en los mismos de la mancomunidad principista.

Esta impresión se refuerza sobremanera en el supuesto que estamos considerando, porque a las razones antedichas debe añadirse que todo conspira en pro de la solidaridad y contra la mancomunidad. Si los precedentes, el Derecho histórico, el Derecho extranjero que nos ha servido de punto de referencia e inspiración y la regulación global que nuestro propio Código Civil hace de la cofianza suponen la inclusión de la misma en el ámbito de la vinculación *in solidum* de los varios fiadores, ¿va a tener tanta fuerza un solo precepto, el artículo 1.837, como para desbancar tan formidable batería de instrumentos que se le oponen, habida cuenta, incluso, que en el mismo artículo 1.837 encuentra apoyo la opinión contraria cuando su párrafo segundo pone en entredicho, se opone y desvirtúa la supuesta afectación jurídica a prorrata que el primero ha establecido? Al fin y al cabo, no debe olvidarse que la inclusión de la polémica primera parte del precepto se hizo en base a importar una norma, la del artículo 2.106 del Anteproyecto belga de Laurent, que no encajaba cómodamente en el sistema español, sobre todo cuando en el mismo se intentaba conservar una porción sustancial del sistema tradicional mediante una segunda parte que era la transcripción literal del párrafo tercero del artículo 1.759 del Proyecto de GARCÍA GOYENA, que en esta materia mantenía el clásico mecanismo latino del beneficio de división.

De la misma manera, resulta de muy difícil admisión el alegato de GUILARTE ZAPATERO de que por más que el artículo 1.837 del Código Civil hable de beneficio de división, no cabe considerar que la división establecida en la primera parte del mismo es consecuencia de semejante beneficio, sino que tan sólo, «para evitar perjuicios al acreedor y partiendo de una discutible presunción de lo realmente querido por los interesados», se introducen algunas excepciones al régimen general de la mancomunidad.

El planteamiento más bien parece ha de ser el opuesto. Si la división de la primera parte del artículo es la propia de la mancomunidad simple, algo que no haría falta recordar porque opera siempre que de manera expresa no se haya excluido por pacto o ley, y la división de su segunda mitad es la que correspondería al beneficio de división, caso de que deba preponderar una versión sobre la otra, no se alcanza a ver la razón para que las cosas ocurran de la manera que afirma el profesor GUILARTE, aunque sólo fuera por

la circunstancia de que la segunda de semejantes divisiones es la que mejor encaja con todo el entramado de la figura.

En consecuencia, si la conformación como solidaria de la obligación de los cofiadores encaja mejor con el beneficio de división que la configuración como mancomunada de aquélla con la presencia de dicho beneficio, ¿por qué se ha de preferir esta fórmula a la primera?, ¿por qué el respeto a la literalidad de una norma importada, nunca justificada de manera cumplida, ajena a nuestra tradición y a nuestro entorno más determinante, va a primar sobre lo que dicta el cúmulo de circunstancias básicas que imponen la solución opuesta?

Realmente suena un tanto extraño afirmar que para evitar perjuicios al acreedor «se introducen determinadas excepciones al régimen propio de la obligación mancomunada simple», porque el básico y liminar perjuicio al acreedor se le irroga cuando se considera que siendo varios los fiadores de la misma deuda cada uno de ellos tan sólo queda vinculado *pro parte*. Que en algunos supuestos la obligación se torne *de facto* solidaria no puede ocultar el hecho de que fuera de ellos ese acreedor, que buscó a través de la fianza plural una mayor seguridad para su derecho y una más cómoda realización del mismo en caso de incumplimiento del deudor principal, se tiene que ver desagradablemente sorprendido en nuestro Derecho, de aceptarse la tesis que se critica, al observar que la ley ha fraccionado lo que él buscaba unido y que su garantía múltiple puede resultar en ciertos supuestos más problemática que la garantía que proporciona el fiador solitario, algo que se acerca peligrosamente a lo extravagante y al absurdo.

En cambio, de admitirse la vinculación solidaria de los varios fiadores, todo resulta más coherente y propio, incluso cuando entra a operar el beneficio de división. La ley atiende al reforzamiento de la garantía que busca el acreedor mediante el establecimiento de la afección solidaria de los garantes, pero al mismo tiempo, para facilitar a dicho acreedor el compromiso de varios fiadores y evitar la confabulación entre aquél y algunos de éstos, la propia ley pone a disposición de cada uno de los aseguradores que caso de ser demandado por el todo puede impedir semejante pretensión, acogién-dose al beneficio divisorio. Beneficio que cesará cuando se den determinadas circunstancias, las previstas en el artículo 1.831 del Código Civil respecto al beneficio de excusión, que tornarían poco explicable y razonable la circunstancia de que el fiador demandado pudiera eludir su primigenia vinculación *in solidum*. Privar del beneficio de división a un fiador solidario es mucho más lógico que excepcionar una supuesta obligación mancomunada mediante retazos de solidaridad.

Si a ello se añade que, en opinión de GUILARTE, semejantes excepciones, aunque supongan un cierto alejamiento entre la obligación mancomunada y la cofianza (*sic*), no dan lugar a que «la garantía pluripersonal y conjunta-

mente asumida llegue a convertirse en una obligación solidaria a todos los efectos», el razonamiento anterior cobra mayor fuerza y justificación, porque resulta mucho más adecuado sostener que una obligación solidaria continúa siendo solidaria, por más que los sujetos pasivos puedan oponer el beneficio de división (como lo prueba el hecho de que cuando éste no sea ejercitable, aquélla sigue operando de acuerdo a la caracterización con la que nació y nunca le abandona), que defender que una obligación nacida como mancomunada sigue conservando este carácter a pesar de que en determinados supuestos el deudor demandado tenga que responder de la totalidad del débito.

Al fin y al cabo, el beneficio de división es un obstáculo externo y ajeno a la estructura de la obligación solidaria que impide que la misma, sin perder dicho carácter, pueda materializarse, mientras que los casos en que la supuesta obligación mancomunada de los fiadores dejaría de ser tal para pasar a conformarse como auténtica obligación solidaria supondrían una alteración directa de la naturaleza de la obligación y el desvirtuamiento de un tipo de efecto, la división del débito, que se predica como caracterización primaria y principal del vínculo que afecta a los varios fiadores.

Rechazados los anteriores planteamientos de GUILARTE ZAPATERO, se explica que no podamos compartir las dos consecuencias esenciales que él estima derivan de aquéllos. Respecto a la primera de que se trata de una división *ex lege* de la deuda que no precisa de especial momento para ser alegada, ya se ha explicitado hasta la saciedad que nada propicia semejante consideración, que la misma, fuera de la reverencial aceptación de los términos «se divide» del artículo 1.837 del Código Civil, no tiene apoyo histórico, dogmático o sistemático, porque todo conspira, dentro y fuera del Código Civil, en pro de la pervivencia entre nosotros del tradicional y latino beneficio de división; por lo que hace al momento de su ejercicio, es obvio que si lo consideramos como un genuino beneficio que la ley pone a disposición de los cofiadores, por más que se sea ampliamente generoso en cuanto a las posibilidades de ejercicio, deberá darse alguna concreción al respecto.

En relación a la segunda, en el sentido de que el acreedor que demanda *in totum* a uno de los cofiadores, sólo verá estimada su pretensión caso de que se dé alguna de las situaciones a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil, creemos que las cosas ocurren de manera particularmente diferente. En efecto, si, como pensamos, la existencia de varios fiadores conjuntos supone la vinculación solidaria de los mismos, parece natural que el acreedor pueda reclamar de cualquiera de ellos la totalidad del débito garantizado, una vez hecha excusión de los bienes del deudor. Ahora bien, el fiador demandado en tal medida puede, si lo desea, detener el impacto de la pretensión del acreedor alegando y acogiendo al beneficio de división; mas, como dicho beneficio puede fallar en ciertas y

justificadas situaciones (algunas de las contempladas en la segunda parte del art. 1.837 del Código Civil), se explica que la norma hable de que en las mismas, al cesar el beneficio de división, continuará la primigenia y legal vinculación solidaria de los cofiadores.

Esta solución, aun prescindiendo del apoyo normativo, nos parece mucho más lógica que la que plantea el profesor GUILARTE, pues siempre resultará más apropiado considerar que una determinada obligación plural, nacida *ex lege* como solidaria, continúa ostentando esta calificación jurídica en todo momento de su discurrir (no se olvide que la operatividad del beneficio de división no excluye en modo alguno la catalogación como solidario del vínculo en cuestión, y, por tanto, su cese deja las cosas exactamente en la misma forma en que *ab origine* se encontraban), que estimar que una supuesta obligación mancomunada, con mancomunidad decretada por la propia ley casi de manera imperativa, operará como solidaria en los supuestos contemplados al efecto por la norma, ya que, por más que el autor de referencia considere que semejante aproximación no implica el salto a la solidaridad, no deja de resultar un tanto extraño continuar catalogando de parciaria una obligación que permite al acreedor, en determinadas situaciones, reclamar a uno de los varios deudores la deuda entera.

Tampoco la aproximación que realiza la ley entre los beneficios de excusión y de división merece la repulsa que patentiza GUILARTE, en base a considerar que el primero tiene procesalmente la consideración de excepción dilatoria, mientras el segundo la tiene de excepción perentoria, que no estaría sometido a condiciones de ejercicio y podría hacerse valer en cualquier estado y grado de la causa; y no la merece porque, aunque sean ciertas semejantes diferenciaciones entre los dos beneficios, ninguna de ellas atenta contra la igualdad sustancial que entre los mismos existe, sino que se trata tan sólo de particularidades procedimentales que emanan y se justifican del singular papel que uno y otro instrumento han de jugar en el plano de la reclamación de la deuda por parte del acreedor frente a los fiadores.

No se trata, realmente, de que beneficio de excusión y beneficio de división tengan «una naturaleza y finalidad tan distintas que... impiden cualquier aplicación de normas por analogía», porque semejante aplicación analógica de las reglas del primero al segundo no está contemplada en parte alguna. La ley se limita a decir (y ya tendremos ocasión de precisar más adelante el alcance exacto de semejante remisión) que «el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal» (art. 1.837 del Código Civil), y del hecho de que se establezca la igualación (más supuesta que real) en cuanto a los casos de desaparición de ambos beneficios no cabe extraer la conclusión de que se estarían confundiendo la naturaleza y finalidad de

uno y otro, y menos que procedería la aplicación analógica de las pautas legales del primero de ellos al segundo.

Bien miradas las cosas, en cambio, cabe entender sin mayor esfuerzo que el codificador, aun entendiendo se trata de dos beneficios que persiguen finalidades diferentes, encuentre una cierta similitud sustancial entre los mismos e intente homologar los casos de extinción de uno y otro, por que tanto en el beneficio de excusión como en el de división se producen unas especiales circunstancias que rompen la normalidad de la fianza.

En efecto, cuando existe la garantía personal de una obligación, lo normal es que al dejar el deudor de cumplir la misma pueda el acreedor exigir al fiador su satisfacción (art. 1.822 del Código Civil), como es normal también que siendo varios los garantes de la obligación todos queden vinculados de manera solidaria y el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de ellos por el todo (art. 1.844 del Código Civil, *a contrario*); esto es lo que emana de la naturaleza y función de la fianza, pues el fiador existe precisamente para cubrir el vacío que provoca el deudor principal con el incumplimiento del débito y los varios fiadores operan para ofrecer cada uno la total cobertura de la deuda garantizada, en cuanto resulta incomprensible y antinatural que persiguiendo el acreedor la mayor protección haya de enfrentarse con los riesgos y molestias derivadas del fraccionamiento del débito.

Ahora bien, el deudor incumpliente puede tener bienes que permitirían la satisfacción creditual eludida maliciosamente, como cabe también que el acreedor se confabule con algunos de los fiadores para hacer recaer sobre uno de ellos la total responsabilidad fideiusoria. Estas posibles situaciones pesaron, como es sabido, en el ánimo de los romanos y les llevaron a poner a disposición, en una y otra hipótesis, ciertos mecanismos que permitían a los fiadores detener sus perjudiciales efectos, aunque deba reconocerse que quizá el remedio sobrepasaba a la enfermedad.

El fiador demandado en pago puede exigir que el acreedor haga previa excusión de «todos los bienes del deudor», señalando al efecto bienes del mismo «realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda» (arts. 1.830 y 1.832 del Código Civil); y el cofiador al que se le reclame la íntegra satisfacción de la deuda garantizada puede obtener que la misma se divida entre todos los garantes. ¿Qué grado de similitud existe entre una y otra situación de beneficio?

Aun prescindiendo de que el beneficio de excusión opera contra el deudor principal y el de división contra los cofiadores, y que el primero tiende a posibilitar que el fiador demandado quede fuera, en cuanto patrimonialmente sea posible, de responsabilidad, mientras el segundo se orienta a repartir dicha responsabilidad entre los varios fiadores, parece innegable que uno y otro rompen la normalidad de la fianza al permitir la postergación o disminución de la afección patrimonial del fiador demandado y al enfrentar

al acreedor con nuevas y más exigentes actuaciones: la realización de los bienes advertidos del deudor y la reclamación parcial de la deuda a los distintos fiadores. Clara manifestación del *favor fideiussoris* que impregna la regulación de la fianza desde la particular óptica con que la enfrentó el Derecho romano.

Si el fiador que se acoge al beneficio de excusión logra detener la reclamación procedente del acreedor y remitirla a los bienes del deudor que han sido detectados y señalados, y el cofiador que se cobija bajo el beneficio de división consigue el fraccionamiento de la petición del acreedor entre todos los garantes, dos cosas quedan claras: que en ambos supuestos estamos ante una situación de beneficio excepcionalmente concedida por la ley, ya que la misma no brota naturalmente de la sustancia y cometido de la fianza, y que en ambos también el acreedor sufre quebranto en su inicial pretensión. Obtener pronto y fácil cobro del fiador solvente, en el primero, y lograr satisfacción entera de su derecho de uno solo de los garantes, en el segundo.

Contemplados bajo esta óptica, que es la real y la que emana *natura rerum*, uno y otro beneficio, se entiende que, pese a las diferencias que puedan existir y efectivamente existen entre ellos, quepa realizar una cierta aproximación o, si se prefiere, una relativa contemplación unitaria del fenómeno que engloba a ambos. Se trata de proteger al fiador contra la aplicación normal y mecánica de la fianza, de retrasar, matizar, dificultar o disminuir los efectos naturales de la misma, y de establecer una regulación que, sin desmedro de los derechos del acreedor, permita a aquel fiador que lo desee dulcificar la severa consecuencia de que tenga que satisfacer la deuda de otro.

Esta es la filosofía, la filosofía realista y pragmática de la fianza en su versión romana, criterios que, si se observa bien la realidad en juego, no sólo son favorables para el fiador sino que al mismo tiempo también lo son para el acreedor, pues resulta evidente que a éste le será más fácil obtener fiadores con una regulación legal tuitiva de los mismos que con otra normativa exclusivamente volcada a su favor, y parece razonable considerar que siempre será preferible, desde la óptica del acreedor, poder contar con fiadores de la obligación, aunque los mismos ostenten determinados privilegios que permitan aliviar su situación y disminuir las estrictas prerrogativas de aquél, que no alcanzar la presencia y beneficioso efecto de dichos fiadores por querer mantener en todo caso y sin excepción alguna el conjunto de derechos que naturalmente brotan del instituto de la fianza. Estas fueron las consideraciones que pesaron en el ánimo de la jurisprudencia romana a la hora de contemplar los beneficios fideiusorios que comentamos.

Se explica, por tanto, que uno y otro mecanismo de defensa fueran considerados como beneficios concedidos por la ley a los fiadores, que en cuanto rompían la normalidad de la fianza debían ser objeto de rigurosa

apreciación, que su aplicación no fuera mecánica sino sujeta al reclamo efectivo por el fiador del caso y que se produjera su pérdida en aquellos supuestos en que la permanencia de los mismos pugnaba con la realidad de las cosas, entraba en conflicto con la voluntad manifiesta del fiador, resultaba innecesaria o temeraria, o ponía en grave riesgo el objetivo supremo de la fianza de que el acreedor vea facilitada y reforzada la satisfacción de su derecho.

¿Qué es más importante y determinante, estas similitudes sustanciales y programáticas o las diferencias que existen entre uno y otro mecanismo de tución en virtud de los distintos sujetos en juego y del grado de compromiso de cada uno de ellos? ¿Qué debe resaltarse más, la matización que en el régimen jurídico normal de la fianza suponen los beneficios de excusión y división o las circunstancias accidentales y de procedimiento que se dan en el ejercicio de uno y otro? Queda claro de lo expuesto que creemos que es lo primero y no lo segundo lo que debe preponderar.

Obsérvese que la disyuntiva no es intrascendente u ociosa, porque si se concluyera, según piensa GUILARTE ZAPATERO, que entre uno y otro beneficio, caso de admitirse la presencia del beneficio de división, algo que él niega, en el Derecho Civil español, no existe la más mínima correspondencia o proximidad conceptual, resultaría muy difícil y aun imposible justificar la remisión que el párrafo segundo del artículo 1.837 del Código Civil hace de los «casos y causas» de cesación del beneficio de división a los que operan el mismo efecto en el ámbito del beneficio de excusión. Por el contrario, de aceptarse la similitud dogmática fundamental que pensamos se da entre uno y otro recurso tuitivo de los fiadores, resulta plenamente adecuado que cuando el Código Civil se ocupa de los supuestos en que debe cesar el beneficio de división evite reproducirlos y se remita, sin más, a los que con anterioridad ha explyado en relación al beneficio de excusión, aunque algunos de estos resulten harto dudosos y discutibles, según tendremos ocasión de considerar más adelante.

Sobre estas bases, ¿qué importancia tiene que el beneficio de excusión pueda oponerse tan sólo en el momento en que el acreedor le requiera de pago (art. 1.832 del Código Civil), mientras el cofiador goza de una mayor libertad procesal para hacer valer el beneficio de división? GUILARTE ZAPATERO parece atribuir a semejante circunstancia, meramente adjetiva, una gran trascendencia, hasta el punto de apoyar en ella de manera básica su negativa a considerar cualquier aproximación sustancial entre ambos mecanismos. Nos parece una conclusión exagerada y desproporcionada, en razón de las consideraciones que con anterioridad se han expuesto y que no vamos a repetir ahora.

Querer extraer del hecho de que el beneficio de excusión tenga un preciso momento procedimental para su ejercicio y por ello se conforme

como excepción dilatoria, y el beneficio de división goce de mayor libertad de actuación y por tanto se configure como excepción perentoria, la conclusión de que no es posible proceder al acercamiento dogmático entre uno y otro, no sólo pugna con la historia de la fianza, historia de la que no pueden desasirse Códigos Civiles como el nuestro que están intrínsecamente ligados a la formulación romana de la figura, sino que atenta contra la razón última que explica y legitima la presencia de ambos beneficios: proteger al fiador contra una actuación del acreedor tendente a materializar en sus estrictos y rigurosos términos la situación de reforzamiento del crédito que la fianza entraña.

Esto es lo básico y sustancial. Bajo esa óptica sustantiva la proximidad institucional entre el beneficio de excusión y el de división queda patente, en razón de que uno y otro tienden a rebajar en provecho del fiador los rigurosos y ordinarios efectos que la fianza procura, cobra sentido el hecho de que el codificador intente identificar los casos y las causas de extinción de ambos, y, en particular, se reduce a sus justos términos la circunstancia procedimental de que uno de ellos goce de una libertad operativa significativamente mayor que la que corresponde al otro.

Lo curioso es que el mismo GUILARTE ZAPATERO parece arribar en definitiva a esta visión conciliadora y de aproximación entre los dos beneficios, ya que después de defender que beneficio de excusión y beneficio de división «tienen una naturaleza y finalidad tan distintas que... impiden cualquier aplicación de normas por analogía», y que el primero supone una excepción dilatoria mientras el segundo da lugar a una excepción perentoria, encuentra una explicación sumamente razonable al hecho del distinto funcionamiento de uno y otro al considerar que «tiene plena justificación la exigencia de un momento determinado para que el beneficio de excusión aproveche al fiador que lo opone, por cuanto la eficacia del mismo depende del señalamiento de bienes del deudor, extremo éste que nada tiene que ver con el beneficio de división, que no precisa de un requisito de tal tipo respecto de los cofiadores» (17). Ahora bien, si las más salientes diferencias entre uno y otro instituto encuentran razonable explicación en virtud de las peculiaridades meramente instrumentales que les caracterizan, ¿cuál es la razón para sostener la separación sustancial entre los mismos y para negar cualquier aproximación y contacto?

Existe todavía, en la materia que nos ocupa, una última razón, eso sí, meramente ordenancista, en pro de la defensa en nuestro ordenamiento civil de los dos beneficios que se están considerando y de la paridad conceptual que entre los mismos se da. En efecto, si se observa, el Código Civil dedica el Capítulo segundo del Título XIV del Libro IV a los efectos de la fianza,

(17) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XXIII, *op. cit.*, pág. 196.

y dentro de aquél contempla una Sección primera relativa a «efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor»; pues bien, la mayor parte de dicha Sección está dedicada a la regulación del beneficio de excusión y sólo el último artículo aparece referido al supuesto de que exista una pluralidad de fiadores que garanticen la misma obligación principal.

El pensamiento del codificador español, al estructurar esta Sección, resulta tan claro que aunque dicho artículo (el 1.837) no dijera nada ni hiciese alusión alguna al beneficio de división, cosa que no ocurre, ya que en su párrafo segundo lo menciona de manera expresa, debería considerarse la presencia del mismo. Quiere, en efecto, el codificador regular en ese apartado los dos clásicos beneficios heredados del Derecho romano y presentes en todo momento en nuestro Derecho Civil, y por más que cometa el desliz de dar a la primera parte del artículo 1.837 la desgraciada redacción que tiene, importando una norma extraña a nuestra tradición jurídica y pugnar con el resto de la regulación sobre la materia, no cabe desconocer que en el ánimo del legislador está presente la idea de que entre nosotros continúa operando no sólo el beneficio de excusión sino también el beneficio de división.

La mejor prueba de que esto es así y de que la *mens legislatoris* se orienta en el sentido de englobar en dicha Sección primera la regulación de uno y otro beneficio, nos la proporciona el hecho de que, tras el inapropiado e inconexo párrafo primero, la segunda parte del artículo 1.837 del Código Civil pasa a hablar con la mayor naturalidad y seguridad del beneficio de división, equiparando los casos y causas por las que el mismo cesa a los que con idéntico efecto operan en el ámbito del beneficio de excusión. El propósito es tan claro, la idea de englobar ambos beneficios tan meridiana y el deseo de que las relaciones entre acreedor y fiador queden legalmente estereotipadas mediante el juego de dichos beneficios tan manifiesto, que la letra de la ley refleja nítidamente tal situación al hablar de «beneficio de división contra los cofiadores» y de beneficio de «excusión contra el deudor principal». De esta manera, el cuadro legal se cierra y el mismo aparece dotado de coherencia, plenitud y armonía.

El seguimiento y la crítica que hemos hecho de los argumentos del profesor GUILARTE nos permiten en este lugar abordar las conclusiones que formula en relación a la ausencia en nuestro sistema civil del clásico beneficio de división entre los cofiadores y sostener frente a ese criterio que puede y debe defenderse la presencia en el mismo de dicho mecanismo, ya que, salvo la defectuosa e injustificada redacción del párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil, nada excluye, imposibilita o niega la operatividad entre nosotros del beneficio divisorio. Por el contrario, el resto de la regulación legal, la remisión a los principios generales en materia de obligaciones con pluralidad de sujetos y el juego combinado que

se establece entre el beneficio de división y el de excusión permiten concluir, en nuestra opinión sin mayores dudas, que en el sistema del Código Civil español está presente y opera el tradicional mecanismo divisorio cuando varios fiadores garanticen conjuntamente la misma obligación.

En efecto, no tiene mayor justificación afirmar que el artículo 1.837 del Código Civil establece «como norma general acorde con uno de sus principios la responsabilidad mancomunada del fiador» (18) y, en consecuencia, que no vale «hablar de beneficio de división, en este caso, como facultad del cofiador, en la misma medida que no procede hablar de beneficio de división tratándose de un deudor mancomunado, en general» (19) porque la situación es exactamente la inversa.

Ciertamente, nuestro sistema civil, a diferencia de lo que ocurre en el alemán, suizo o italiano, consagra la pauta de que existiendo varios sujetos en una misma obligación, la vinculación entre los mismos no es *in solidum* sino *a pro rata*, salvo cuando de manera expresa la ley o las partes hayan determinado lo contrario (art. 1.137 del Código Civil). Pero ello está dicho así, como sucede con toda formulación principista, en el lugar adecuado (reglas generales sobre las obligaciones), con aplicación a cualesquiera relaciones obligatorias plurales y con exclusión tan sólo cuando se produzca el hecho impeditivo legal o convencional.

Que en el caso de ser varios los cofiadores de una obligación, las cosas deban ocurrir de otra manera y se establezca entre ellos, por mandato legal, una vinculación solidaria, tiene pleno sentido histórico y conceptual, por lo que nada habría que objetar si el legislador, frente a la pauta general de presunción de mancomunidad entre los varios sujetos vinculados, estableciera de manera clara y tajante que entre los cofiadores y el acreedor opera el beneficio de división.

Mas, en apariencia, no sucede así, sino más bien lo contrario, pues el párrafo primero del artículo 1.837 del Código Civil parece establecer la mera afección parciaria entre los varios fiadores. Ya hemos resaltado con reiteración que se trata de una simple apariencia y que lo que realmente ocurre es que, con equivocadas palabras, el codificador está queriendo y estableciendo la vinculación solidaria de los garantes personales. Ratificar la mancomunidad en este supuesto, aparte de estar reñido con nuestra tradición civil y de entrar en pugna con el resto de la regulación legal de la cofianza, supone una anodina reiteración y una intrascendencia jurídica. La lógica, el sentido pragmático de las normas, la *elegantia iuris* y la coherencia entre principios

(18) *Ibid.*, pág. 197.

(19) GUILARTE ZAPATERO, «Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 908.

y consecuencias conducen de manera inexorable a la conclusión, aunque no existieran otros factores, que los hay, ciertamente, y de determinante peso, de que los varios fiadores conjuntos de una obligación quedan sujetos de manera solidaria entre sí.

Establecer la mancomunidad como principio y sancionar expresamente la mancomunidad también como consecuencia en todas las concretas manifestaciones de la *fattispecie* de aquél, es, sencillamente, una incoherencia, porque de ser así ya está dicho y no debe reiterarse. Lo normal y lógico es considerar que cuando a nivel de supuesto específico se repite lo que ya está dicho a nivel de pauta general y operaría mecánicamente si la ley guardase silencio al respecto, lo que en realidad está ocurriendo es que se quiere establecer un supuesto de excepción a la regla, que se desea dar entrada al planteamiento opuesto a la pauta genérica, y, en nuestro caso, que se dispone la vinculación solidaria de los cofiadores frente al criterio principista de que en las obligaciones con pluralidad de sujetos la afección de los mismos no es solidaria sino mancomunada.

Del hecho de que tratándose de un deudor mancomunado no pueda hablarse de beneficio de división no puede colegirse, según pretende GUILARTE ZAPATERO, que tampoco pueda hablarse del mismo como facultad del cofiador, porque para ello haría falta demostrar primero que, efectivamente, los cofiadores son entre sí deudores mancomunados. Como todo conspira contra esta conclusión y como el criterio que subyace es el de la vinculación solidaria de los mismos, el planteamiento que se comenta roza la petición de principio: los cofiadores son deudores mancomunados, *ergo*, no se da entre los mismos el beneficio de división; cuando el planteamiento lógico debería ser: que se afirma la mancomunidad porque está expresa y claramente negada la presencia del beneficio divisorio.

De la misma manera, negar la presencia del mecanismo en estudio en base al argumento de que no existe en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en relación al beneficio de excusión, señalamiento del «específico momento en el cual deba el cofiador alegar la división de la deuda», es una razón baladí, porque se trataría de un silencio meramente instrumental susceptible de paliarse mediante la simple aplicación de los criterios procesales que rigen la actuación de los medios de defensa, y porque el señalamiento legal respecto al beneficio de excusión no debe tener otra lectura que el de que se hace precisamente en razón de que la ley desea que el mismo sólo pueda alegarse en el concreto momento que contempla.

Tampoco el planteamiento de GUILARTE de que en cuanto el cofiador, obligado mancomunadamente, sólo puede ser demandado por la parte que le corresponda y que si lo es por más podrá invocar la excepción de *plus-*

petitio, reviste mayor fortaleza, ya que si efectivamente el cofiador fuera tan sólo por mandato directo y claro de la ley un simple deudor mancomunado, nada tendría que excepcionar frente al acreedor, en cuanto éste no podría demandarle más que por la parte del débito total que le correspondiera sufragar.

Hablar de que en el supuesto de que el acreedor demande a uno de los fiadores la totalidad de la deuda garantizada puede el mismo excepcionar la *pluspetitio* en que incurre aquél, es recibir subrepticamente el beneficio de división que se acaba de expulsar de manera pública, ya que resultará harto difícil distinguir dogmáticamente entre el actuar de un fiador que se opone al reclamo del acreedor alegando que se le está demandando más de lo que debe, en base a que es un deudor meramente mancomunado, y aquel otro actuar en el que el mismo fiador contradiga la petición del acreedor por el todo en razón de que la ley le ha concedido un beneficio que le permite obtener la repartición de la responsabilidad del débito entre todos los cofiadores.

Claro que siempre se podía alegar que en el primer supuesto la defensa del fiador emana de la propia conceptualización de la obligación, que al ser mancomunada impediría reclamar el todo, mientras en el segundo dicha defensa depende del ejercicio que el fiador demandado decida hacer del beneficio de división que la ley le reconoce. Pero, rectamente miradas las cosas, la diferenciación estricta entre uno y otro supuesto resultaría de muy difícil plasmación, por cuanto, en definitiva, la alegación de la *pluspetitio* y la oposición del *beneficium divisionis* vendrían a producir un mismo y solo efecto: el fiador demandado no puede ser condenado más que en la parte que le corresponda satisfacer del débito garantizado.

Si se alegare, como hace GUILARTE ZAPATERO, que siempre subsistiría la diferencia de que por más que el fiador no invocase la excepción de *pluspetitio*, «si de los antecedentes de hecho resulta que no se pactó la solidaridad o no concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.831, el juzgador deberá reducir la condena del cogarante demandado a la parte que le corresponda», algo que no ocurriría en el caso del beneficio de división, ya que de no ser alegado el mismo por el fiador demandado, el juez le condenaría indeclinablemente a satisfacer la totalidad del débito por tratarse de un deudor solidario, cabría responder que la formulación padece un defecto insuperable, ya que si el juzgador puede actuar de oficio de la manera que él propone no estamos en presencia de un genuino supuesto de excepción, sino ante otro de rígida conformación legal de la figura que excluye el juego de las excepciones.

Y ya es hora de poner fin al extenso comentario en torno al pensamiento del profesor GUILARTE sobre la materia en consideración. En base a todo lo que ha quedado expuesto creemos que no cabe sostener en el Derecho

español que en el supuesto de fianza conjunta los varios fiadores quedan obligados de manera mancomunada, sino que siendo la afección jurídica de los mismos solidaria, puede y debe defenderse la presencia entre nosotros del beneficio de división, cuya justificación, pensamos, ha quedado suficientemente plasmada en las páginas que anteceden.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

Teoría general de los bienes y de las cosas

SUMARIO: 1. LAS FUNCIONES DE LOS BIENES EN EL DERECHO.—2. LOS CARACTERES DE LOS BIENES.—3. LOS BIENES Y LAS COSAS.—4. LOS BIENES Y LOS DERECHOS.—5. DIVISION DE LOS BIENES: LAS ENERGIAS, IDEAS Y CREACIONES, ATRIBUTOS PERSONALES.—6. LAS COSAS CORPORALES.—7. PARTES INTEGRANTES.—8. EFECTOS O CONSECUENCIAS PRACTICAS DEL CONCEPTO DE PARTE INTEGRANTE.—9. EL CONCEPTO DE PERTENENCIAS.—10. EFECTOS O CONSECUENCIAS DE LAS PERTENENCIAS.—11. ESPECIALIDADES DE LAS PARTES INTEGRANTES EN RELACION CON EL DERECHO REAL DE HIPOTECA.—12. ESPECIALIDADES DE LAS PERTENENCIAS RESPECTO AL DERECHO REAL DE HIPOTECA.—13. BIENES MUEBLES E INMUEBLES: IMPORTANCIA DE LA DISTINCION.—14. CLASES DE BIENES INMUEBLES.—15. LOS BIENES MUEBLES.—16. LA FINCA: CONCEPTO Y CARACTERES.—17. CLASES DE FINCAS.—18. LAS FINCAS ESPECIALES.—19. DESCRIPCION E IDENTIFICACION DE LA FINCA.—20. LAS UNIVERSALIDADES: CONCEPTO Y CLASES. LA EMPRESA.—21. COSAS CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES.—22. COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES.—23. COSAS GENERICAS Y ESPECIFICAS.—24. EL DINERO.—25. LOS BIENES DE DOMINIO PUBLICO: CONCEPTO Y LEGISLACION. CLASES. REGIMEN Y NATURALEZA DE LOS BIENES DE DOMINIO PUBLICO.—26. LOS FRUTOS: CONCEPTO.—27. LAS DOS ACEPCIONES DE LOS FRUTOS COMO BIENES Y COMO BENEFICIO LIQUIDO.—28. TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS FRUTOS.—29. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE FRUTO.—30. RESTITUCIONES DE FRUTOS SEGUN LAS REGLAS GENERALES DE LA POSESION DE BUENA FE.—31. LA REGULACION DE LOS FRUTOS EN LA LEGISLACION HIPOTECARIA.—32. GASTOS Y MEJORAS.

1. LAS FUNCIONES DE LOS BIENES EN EL DERECHO

El bien es, ante todo, el objeto del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo es fundamentalmente un poder de la voluntad y un interés del sujeto. El sujeto de ese poder e interés es la persona. Ha de existir

un objeto de ese poder para que el derecho no caiga en el vacío. Esos objetos de los derechos son los bienes, que son entes con unos determinados caracteres.

Las funciones de los bienes, desde la perspectiva jurídica, son las siguientes:

1.^a) Fundamentalmente, constituyen el objeto de los derechos. Esta es la función principal o más relevante de los bienes. Los bienes son el objeto de los derechos subjetivos. Ello se explica porque los derechos subjetivos, en su versión más aceptada, constituyen un poder de la voluntad y, además, un interés del sujeto. El sujeto de ese poder y de ese interés es la persona. En consecuencia, ha de existir un objeto sobre el que recaiga ese poder para que el derecho subjetivo no caiga en el vacío. Ese objeto del derecho subjetivo es el bien.

2.^a) También se alude a los bienes como objeto de contratos y de negocios jurídicos en general. No obstante, hay bienes que no pueden ser objeto de contratos o negocios y, a pesar de ello, son bienes. Por eso, las llamadas *res extra commercium* son también bienes aunque no puedan ser objeto de contratos. Pero ello no obsta para que la mayor parte de los bienes sean objeto de contratos y de negocios.

3.^a) Los bienes son, además, el lado activo del patrimonio y forman parte de él. En este sentido, son elementos y objetos del patrimonio. Baste dejar constancia de esta importante función de los bienes en relación con el patrimonio, aunque el estudio de esta institución se hará en otro lugar.

4.^a) Los bienes no son únicamente el objeto de los derechos, el objeto de los contratos y el lado activo del patrimonio personal, sino que tienen una relevancia de interés social que conecta con la función social de la propiedad, como derecho paradigmático respecto a los bienes, que da lugar a los límites establecidos sobre los derechos subjetivos privados, precisamente cuando los bienes deben tener una utilidad que no la proporciona su titular. Es en ese momento cuando interviene el legislador, regulando los requisitos de la expropiación forzosa de los bienes, o las demás limitaciones y deberes resultantes de la función social de la propiedad.

Baste ahora recordar que la función social no es un mero límite externo del derecho subjetivo, sino que es parte integrante de su contenido, ya que el derecho comprende, además de facultades o poderes, también deberes, sin que deje de ser derecho subjetivo para convertirse en situación jurídica compleja o en mera relación jurídica por razón de esa inserción de los deberes junto a las facultades o poderes sobre los bienes.

En este sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, que se inclina a considerar la función social como parte del contenido interno del derecho de propiedad, pues dice:

«Utilidad individual y función social definen por lo tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad». Y añade: «La fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

En todo caso, según la propia sentencia, hay un contenido esencial o mínimo de la propiedad privada que ha de hacer reconocible cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trata.

En este punto, hay que traer a colación, junto a la llamada «codificación» —primera etapa liberal individualista de los bienes—, y junto a la «constitucionalización —aspecto de función social de la propiedad—», la llamada «descodificación», en que, a través de las leyes especiales sobre las distintas clases de bienes, se manifiestan unas distintas formas de derechos sobre los bienes.

Subyacen aquí las famosas ideas de JOSSERAND, popularizadas por PLUGIATTI, en su famoso libro «La propiedad y las propiedades».

La propia sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de marzo de 1987, se hace eco de estas ideas, al señalar:

«La progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación del instituto dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae».

No obstante, más que hablar de «propiedades», en lugar de «propiedad», se podría continuar partiendo de un concepto unitario de propiedad, con unas notas o caracteres comunes, sin perjuicio de señalar sus diferentes clases o regímenes, teniendo en cuenta las distintas clases de bienes sobre las que puede recaer, pues según la distinta naturaleza de los mismos, puede ser más o menos relevante su acentuación social. Ejemplos paradigmáticos son los bienes sobre los que recaen respectivamente la propiedad urbanística y la propiedad rústica. Las legislaciones especiales de costas, aguas, minas, montes y de bienes de interés histórico y cultural, o de Parques Nacionales, pueden completar esta panorámica.

En todo caso, esta materia es objeto de estudio específico dentro del Derecho Civil, al tratar de la institución del derecho de propiedad, bastando una mera referencia a la misma en esta teoría general de los bienes y de las cosas.

El Derecho Inmobiliario Registral también se ocupa de estas cuestiones, en tanto en cuanto el Registro de la Propiedad sirve de instrumento jurídico adecuado para que tengan publicidad registral las limitaciones urbanísticas y rústicas y de las viviendas de protección oficial, que dan carácter social a la propiedad privada, así como permite, junto a la protección individual de los derechos reales sobre los bienes inmuebles, el acceso a la propiedad privada de grandes sectores de la población, a través de la institución de la hipoteca y demás figuras de financiación, con lo que, en definitiva, se trata de cumplir el mandato del artículo 33 de la Constitución, referido al derecho «a» la propiedad.

El principio de legalidad o de calificación registral, que es requisito necesario para la práctica de las inscripciones de los bienes, cumple respecto a éstos la finalidad de contribuir a su mayor utilidad en el tráfico, dando lugar a su «definición», determinación y clasificación de titularidades y cargas, y al propio tiempo, contribuye al cumplimiento de la función social de la propiedad, tanto en bienes de naturaleza rústica como urbana, al ser exigibles las normas sobre indivisibilidad de unidades mínimas, concentración parcelaria y edificaciones no permitidas en el medio rural, así como las de la legislación urbanística relativas a licencias de parcelación y declaraciones de obras nuevas.

Sobre estas cuestiones, cuyo estudio corresponde al Derecho Inmobiliario, pueden verse las interesantes observaciones de MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUJÓN en su libro «La protección registral del suelo rústico».

2. LOS CARACTERES DE LOS BIENES

Los caracteres que han de tener los bienes para ser considerados tales, se deducen del artículo 333 del Código Civil, que establece: «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles». Aunque en este precepto sólo se habla expresa y directamente de la «apropiabilidad» como carácter del bien, ésta implica la nota de «utilidad» y, además, la nota de «individualización» o «sustantivación» propias del ente en que todo bien consiste.

Por lo tanto, en base a dicho artículo 333 del Código Civil, en unión de las explicaciones doctrinales que cabe deducir de la interpretación del mismo, se pueden señalar las siguientes notas distintivas de los bienes: la apropiabilidad, la utilidad, la individualización, y como característica natural, más no necesaria, se añade, por último, la comerciabilidad o transferibilidad.

Una breve referencia a cada una de estas notas se hace a continuación:

1.º) La APROPIABILIDAD, es decir, la susceptibilidad de apropiación de los bienes, conforme establece de modo expreso el citado artículo 333 del Código Civil («cosas que son o pueden ser objeto de apropiación»). Este carácter deriva del aspecto del derecho subjetivo como «poder de voluntad», que exige que ese poder recaiga sobre un objeto apropiable. En cada momento, existen entes que no pueden ser considerados como bienes por falta de susceptibilidad de apropiación, como por ejemplo, el sol, las estrellas, los astros en general. Sí cabe en cambio, la apropiación de la energía solar, pero no del sol.

La referencia no sólo a cosas que «son objeto de apropiación», sino también a las que «pueden serlo», implica la admisión de la categoría de las cosas futuras, que enlaza también con la idea de «apropiabilidad». Por ello, este carácter se refiere a la susceptibilidad de apropiación, aunque la cosa no sea apropiable de presente, como ocurre con los pisos futuros o con las cosechas futuras, que jurídicamente son bienes porque son susceptibles de apropiación a través de la posibilidad jurídica de ser objeto de contratos y de derechos.

2.º) La UTILIDAD de los bienes proviene del verbo latino «beo-as-are», que significa producir utilidad, felicidad, disfrute. Este carácter del bien deriva del otro aspecto del derecho subjetivo como «interés jurídicamente protegido», ya que ese interés nos lleva al aspecto de utilidad del objeto sobre el que haya de recaer el derecho subjetivo. El Derecho sólo considera como bienes los que tienen utilidad para el hombre, pues se contemplan como un medio para satisfacer necesidades humanas, que han de recibir protección. Los derechos han de recaer sobre entes que den lugar a una ventaja de uso, a un fruto, a un producto o a una utilidad en general. No obstante, la utilidad del bien no tiene por qué ser siempre económica, puede ser una utilidad espiritual (el valor de una carta de familia o recuerdo, como objeto de legado por ejemplo), si bien ha de poder ser susceptible de indemnización económica.

La utilidad está relacionada con la nota de apropiabilidad de los bienes, anteriormente aludida. La teoría del «análisis económico del Derecho» ve esa relación de ambos caracteres de los bienes al considerar que los llamados «property rights» o derechos sobre bienes, deben asignarse a los particulares bajo el criterio de «universalidad», es decir, llegando a la más completa asignación de todos los bienes, salvo en aquellos supuestos en que sea ineficiente, es decir, cuando carezca de utilidad tal asignación o apropiación. Ilustran estas ideas los ejemplos de POSNER sobre la cosecha en épocas antiguas en que no había propiedad de las tierras, así como la llamada «tragedia de los comunes».

POSNER parte, en primer lugar, de un análisis dinámico de la propiedad sobre los bienes, con el siguiente ejemplo: «Imaginemos una sociedad en

que se han abolido todos los derechos de propiedad. Un agricultor siembra maíz, lo fertiliza y pone espantapájaros; pero cuando el maíz está maduro, su vecino lo cosecha y lo lleva para su propio uso. El agricultor no tiene ningún remedio legal contra la conducta de su vecino, puesto que no es propietario de la tierra que sembró ni de la cosecha. Si no pueden tomarse medidas defensivas (y por el momento suponemos que así ocurre), después de algunos incidentes semejantes se abandonará el cultivo de la tierra y la sociedad cambiará a los métodos de subsistencia (tales como la caza) que involucren una inversión preparatoria menor». «Como sugiere este ejemplo, la protección legal de los derechos de propiedad crea incentivos para el uso eficiente de los recursos» (*El análisis económico del Derecho*, RICHARD A. POSNER, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 38).

En definitiva, la protección legal de los bienes se basa en que ello produce una mayor utilidad económica para el titular y para la sociedad en su conjunto.

Respecto a la llamada «tragedia de los comunes», POSNER la relaciona con el estudio del análisis estático de los derechos de propiedad: «Imaginemos que varios ganaderos son propietarios comunes de un pastizal, es decir, ninguno de ellos tiene derecho a excluir a ninguno de los otros, de modo que ninguno puede cobrar a los otros por el uso del pastizal. Podemos omitir los aspectos dinámicos del problema suponiendo que el pastizal es natural (no cultivado). Aun así, el pastoreo de vacas adicionales impondrá un costo a todos los demás ganaderos. Las vacas tendrán que caminar más a fin de comer la misma cantidad de pasto y eso reducirá su peso. Sin embargo, en virtud de que ninguno de los ganaderos paga por el uso del pastizal, ninguno tomará en cuenta este costo al decidir cuántas vacas adicionales alimentaría, de modo que se criarán más vacas de lo que sería eficiente. (¿Puede ver una analogía con el congestionamiento carretero?).

El problema desaparecería si alguien fuera propietario del pastizal y cobrara a cada ganadero por su uso (para los fines de este análisis, omitamos el costo de tal gravamen). El cobro para cada ganadero incluiría el costo que impone a los demás ganaderos al criar vacas adicionales, porque ese costo reduce el valor del pastizal para los demás ganaderos y por ende el precio que están dispuestos a pagar al propietario por el derecho a pastorear» (*ob. cit.*, págs. 38 y 39).

En esos casos se revela la improcedencia de no asignar los bienes a los particulares, ya que sin tal asignación no producen la utilidad económica que es necesario esperar de los bienes.

Con independencia de estos aspectos que tiene la utilidad de los bienes a través del análisis económico del Derecho, la nota de utilidad también sirve para excluir del concepto de bien determinados entes o espacios carentes de utilidad en cuanto a su aprovechamiento. Así, carece de utilidad para

el propietario de un bien el aprovechamiento de un espacio a gran altura o a excesiva profundidad. Por eso, a pesar del conocido aforismo de que la propiedad llega *usque ad coelum usque ad infernum*, existen límites que impiden que pueda hablarse de bien más allá de los límites normales de aprovechamiento. No puede impedirse que un avión vuele a gran altura sobre el espacio aéreo de una finca de nuestra propiedad.

El *ius usus inoqui*, respecto a los aprovechamientos de personas ajenas a la propiedad de las fincas que en nada perjudican al propietario, porque éste no iba a recoger esas utilidades, también está en relación con la nota de utilidad de los bienes, pues dicho propietario no puede reclamar indemnizaciones a personas que no han mermado la utilidad propia y específica del bien en cuestión.

La diferenciación entre el bien en su conjunto y las distintas partes que lo componen, que no pueden considerarse aisladamente, es también manifestación de la nota de utilidad del bien, que se predica del mismo, pero no de sus partes aisladas del conjunto.

3.º) La INDIVIDUALIZACIÓN O SUSTANTIVACIÓN DEL BIEN, como tercera característica de los bienes, significa que han de tener, además de las notas anteriores, una delimitación que les separe o distinga de los demás bienes y les dé, al propio tiempo, unidad para diferenciarlos de sus partes integrantes.

Debe diferenciarse el bien de las «partes» que lo componen, y al propio tiempo, esa individualización o sustantivación diferencia al bien de los otros bienes.

Cuando se trata de bienes caracterizados por ser sustancias homogéneas, esa individualización se consigue separándolas mediante recipientes que los individualizan (líquidos, gases). En cambio, pueden existir otros bienes, los sólidos que están ya individualizados por la propia conexión estructural de sus partes. Otras veces, como ocurre, en concreto, con las fincas, se individualizan por su constancia en los documentos y en los asientos registrales y por su adecuada descripción e identificación, lo que permite también situarlas en el terreno o realidad física.

La individualización o sustantivación de los bienes tiene dos grados diferentes, los cuales permiten que se pueda hablar de bienes en esa doble vertiente o grado: por una parte, individualización o determinación completa, cuando el bien se manifiesta ya de presente a través de tal determinación; y por otra parte, determinabilidad o susceptibilidad de determinación, a través de una concreción o especificación ulterior, siempre que estén señalados desde el principio los datos o elementos descriptivos que permitan ulteriormente tal individualización. De ahí que pueda hablarse de cosas específicas o determinadas y de cosas genéricas o indeterminadas. Y de ahí que la característica del objeto de los contratos o negocios no sea necesari-

riamente la determinación actual, sino la determinabilidad o posibilidad de determinación sin necesidad de nuevo convenio entre las partes (art. 1.273 del Código Civil).

En relación con este requisito de la sustantivación del bien, las Resoluciones de la DGRN de 2, 6, 16, 18, 23 y 25 de septiembre de 2000; 6, 13, 14, 16, 19 y 20 de octubre, y 1, 2, 10 y 12 de febrero de 2002, se refieren a un aspecto interesante, denunciando la incompatibilidad de pretender que exista un objeto consistente en una parte indivisa de una comunidad, y al mismo tiempo que la misma atribuya el uso exclusivo de una parte de la finca perfectamente determinada.

Así, en un supuesto en que se pretendía eludir la ley que exige la licencia municipal para los actos de parcelación, los interesados, en lugar de realizar la división de la finca, formando fincas independientes, optaron por transmitir una participación indivisa de la total finca, atribuyendo a la misma el uso exclusivo de una porción perfectamente definida.

Las citadas Resoluciones no admiten este procedimiento defraudatorio, y en relación con el tema que nos ocupa, señalan:

«De otra parte, habida cuenta de los requisitos legales que determinan la consideración de una cosa como objeto jurídico independiente (cfr. art. 333 del Código Civil), del propio concepto legal de propiedad (cfr. art. 348 del Código Civil), de la sujeción al régimen de mayorías en lo relativo al uso de la cosa común (art. 398 del Código Civil) y de la prohibición del pacto de indivisión por más de diez años (art. 400 del Código Civil), la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo y la atribución a cada propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquél, exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impida ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues, en otro caso (como es el ahora debatido, en que las porciones de uso exclusivo delimitadas por sus linderos y superficie —cfr. art. 9 de la Ley Hipotecaria—, son en principio susceptibles de constituir físicamente fincas absolutamente independientes entre sí, si se satisfacen las exigencias legales de índole urbanística o agrarias), aquella atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse».

Con independencia de los casos de esas Resoluciones, en las que lo que se debate es la necesidad de licencia de parcelación, se traen aquí a colación porque afectan al concepto jurídico de «bien», en el sentido de que o se trata de un bien consistente en una participación indivisa de finca o se trata de un bien consistente en una parte material concretada física y jurídicamente como finca. Lo que no es posible es que, al mismo tiempo, un bien sea

parte indivisa y parte material concreta. Por lo tanto, no sólo es que falte la licencia municipal en esos casos, sino que tampoco queda perfilado el concepto jurídico de «bien», como requisito necesario para que acceda a los libros del Registro, pues en ellos ha de acceder o como participación indivisa de un todo mayor o como porción material concreta, previa la división o segregación de ese todo.

El supuesto del artículo 68 del Reglamento Hipotecario, que permite la apertura de folio independiente a participaciones indivisas a las que se asigne el uso exclusivo de una plaza de garaje, obedece a razones prácticas y no puede considerarse como regla general, pues la generalización supondría una contradicción en la esencia misma del concepto de bien, tal como señalan acertadamente las Resoluciones citadas.

4.º) Se ha discutido si procede o no añadir una cuarta nota del concepto de bien, que es la «COMERCIABILIDAD», en el sentido de si para ostentar el carácter de bien, además de las notas anteriores, ha de reunir la de ser susceptible de comercio entre los hombres, es decir, estar en el comercio de los hombres, por no ser *res extra commercium*. Alguna referencia hemos hecho ya al principio sobre esta cuestión.

Desde luego que hay que distinguir entre bienes susceptibles de comercio y no susceptible de él, por sus distintas consecuencias jurídicas. Pero tanto unos como otros son bienes en el sentido de que cabe que sean «objeto de derechos» sobre los mismos, aunque sólo los negociables puedan ser objeto de tráfico. Aquí vendría precisamente la triple distinción apuntada al principio, respecto a las funciones de los bienes. Se trata de bienes que pueden ser «objeto de derechos», pero que no pueden ser objeto de «contratos ni de negocios».

Y aun en relación con el problema de la negociabilidad, existen bienes considerados tradicionalmente como *res extra commercium*, en los que, sin embargo, cabe cierta comerciabilidad, es decir, posibilidad actual o futura de negociación en ciertos aspectos. Así, por ejemplo, los bienes de dominio y uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, pero sin embargo cabe que el ente titular de los mismos negocie respecto a ellos un determinado uso privativo o una concesión administrativa, percibiendo un canon que ha de considerarse un fruto civil de tales bienes. Ello aparte de que cabe la «desafectación», siguiendo el procedimiento correspondiente, con lo que, en principio, tienen aptitud para una posible negociación futura o comerciabilidad plena, cumpliendo determinados requisitos.

El tema de la «extracomerciabilidad» de los bienes se resuelve destacando que si bien la transferibilidad es una cualidad natural de los bienes, existen una serie de bienes que por sus propias características «no son objeto de comercio», pero pueden seguir siendo «objeto de derechos», y de ahí que en este último sentido sean bienes, aunque no lo sean en el sentido de objetos

de contratación o negociación. En fin, como concepto diferente de los bienes de dominio y uso público, están los bienes de tráfico prohibido por ordenarlo expresamente la Ley, que tampoco pueden ser objeto de contratos, pero sí objeto de derechos. E incluso cabe cierto tráfico limitado y con determinados requisitos según los supuestos de determinados bienes (a efectos medicinales, por ejemplo, o las armas, respecto a los que tienen licencia).

En el análisis económico del Derecho, junto a la idea de utilidad anteriormente comentada, se apunta la idea de transferibilidad o comerciabilidad de los bienes, o de los llamados en esa sede, «property rights», como medio más adecuado para su circulación y para que puedan pasar de unas manos a otras libremente, procurando así una mayor eficiencia económica. De ahí que podamos hablar también de esta nota de la comerciabilidad o transferibilidad como característica «natural» de los bienes, con las excepciones o modalizaciones ya apuntadas.

Las referencias que aquí hacemos a los autores del «análisis económico del Derecho» no significan una explicación exclusivamente liberal de los bienes. Como señala el propio POSNER, el análisis económico del Derecho no pretende sustituir la función de la justicia, que es distinta de la economía, sino simplemente servir de ayuda para la explicación, solución y previsión de casos jurídicos, siempre que estén dentro de los cánones permitidos por la Justicia, que es la función específica del Derecho.

En este sentido se han citado aquí esas referencias, sin perder de vista las necesidades constitucionales de contemplar los bienes también en su perspectiva social, tal como anteriormente hemos apuntado.

De las notas de los bienes anteriormente expuestas, podemos obtener el siguiente concepto descriptivo de los bienes:

«Son aquellos entes susceptibles de apropiación, que proporcionan una utilidad y que constituyen entidades autónomas o individualizadas con sustantivización o individualización respecto a sus partes constitutivas y respecto a otros bienes, siendo susceptible en el tráfico, por regla general, de transferibilidad o comerciabilidad».

En esta definición aparecen mencionados los caracteres de apropiabilidad, utilidad e individualización, así como la tendencialidad de los mismos a su transferibilidad o comerciabilidad.

3. LOS BIENES Y LAS COSAS

Se trata ahora de precisar si cabe diferenciar los conceptos de «bienes» y «cosas», o si por el contrario, hay que llegar a su equiparación.

En principio, y aludiendo a un sentido amplio de cosa, el Código Civil identifica en algunos preceptos, los «bienes» y las «cosas». Un ejemplo de ello es el artículo 333 ya citado. En este sentido, podrían utilizarse indistintamente, conforme al lenguaje común, los términos de bienes y cosas.

No obstante, en algunos ordenamientos, las cosas se entienden en un sentido muy estricto, considerando como tales sólo las cosas corporales, como ocurre en el Derecho alemán.

También en el Derecho español podría entenderse que existe un sentido estricto de «cosas» no equiparable al concepto de «bienes», sino referido a una clase específica de bienes.

En este sentido, hemos visto ya que los bienes son objeto de derechos. Pues bien, hay determinados derechos, los derechos reales, que tienen como objeto las denominadas «cosas», que objetos específicos de esa clase especial de derechos. En cambio, otros bienes no se refieren a cosas. Se trata, por tanto, de la distinción entre clases de derechos y sus respectivos objetos.

Las «cosas» podrían ser elementos «inmediatos o directos» del Derecho de Cosas y también «objetos mediatos» de ciertos contratos, dentro del Derecho de Obligaciones. En ambos supuestos, las cosas aparecen como una subespecie de los bienes, con características diferentes de las que tienen otros bienes objeto de otros derechos.

Concretamente, en el llamado Derecho de Cosas, el planteamiento respecto a las cosas es que se trata de bienes sobre los que recae de modo directo e inmediato el poder del titular de un derecho real. El artículo 348 del Código Civil utiliza el concepto de «cosa» para reflejar ese poder directo e inmediato típico del derecho de propiedad, como prototipo de derecho real sobre la cosa.

En el Derecho de Obligaciones, en cambio, el objeto de los derechos de crédito no son las cosas, sino las prestaciones. Pero la prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer. Y en el caso de la prestación de dar, de modo mediato o indirecto aparece la cosa no como objeto del derecho obligacional, sino como objeto de la prestación, que a su vez, es el objeto del derecho de crédito. El objeto del derecho de obligación es un «dare» (prestación), y el objeto de ese «dare» es una cosa. En cambio, en las prestaciones de hacer o no hacer, el objeto son los llamados «servicios», aunque el resultado final pueda concretarse, a su vez, en hacer o no hacer alguna cosa.

En determinados ordenamientos, se distingue entre cosas corporales e incorporeales, pero aun así, el concepto de bienes es más amplio que el de cosas, pues hay además otros bienes que no pueden identificarse ni con las cosas corporales ni con las incorporeales, sino que se trata de otros entes distintos de ellas, con lo que el concepto de bienes como género, y el de cosas, como especie de bienes, queda perfectamente justificado.

Ahora veremos que existen bienes que no son cosas, por lo que se confirma que en el conjunto de nuestro ordenamiento, y no sólo ya en el Código Civil, el concepto de bienes es más amplio que el de cosas, aunque en algunos preceptos, entre ellos el citado artículo 333 del Código Civil se establezca una cierta identidad entre los mismos.

4. BIENES Y DERECHOS

Desde un punto de vista técnico, analizando la cuestión desde la perspectiva del «objeto de los derechos», que es una de las que contemplan los bienes, la distinción entre bienes y derechos es clara, y consiste en que los derechos constituyen un poder que recae sobre los bienes, y por tanto, los bienes son el objeto de los derechos y, correlativamente, los derechos recaen y tienen por objeto los bienes.

Así, el derecho de propiedad tiene por objeto, por ejemplo, un piso, una finca, un mueble, que son bienes.

No obstante, a veces en el lenguaje jurídico y en determinadas instituciones, se identifican los términos de «bienes» y «derechos» (incluso es frecuente confundir el derecho de propiedad sobre una cosa con la cosa misma objeto de la propiedad), y especialmente cuando los derechos son objeto de otros derechos (los llamados derechos sobre derechos, figura ésta admitida en diversos preceptos, entre ellos en el art. 107 de la Ley Hipotecaria), o cuando se venden derechos (como bienes objeto de contratos) o cuando los derechos forman parte del patrimonio (los derechos como bienes que forman el elemento activo del patrimonio, y no los bienes o cosas propiamente dichos).

LARENZ distingue perfectamente ambos aspectos (*Derecho Civil. Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, págs. 369 y sigs.), es decir, aspectos en que el bien se diferencia del derecho, en cuanto que es el «objeto del derecho», y aspectos en que hay identidad, cuando el bien se contempla como objeto de disposición, en cuyo caso, los derechos también son bienes susceptibles de tal disposición.

Así, hay que distinguir:

- a) Cuando hablamos de objetos de derecho de primer grado, es evidente que los bienes son «objeto de los derechos». Aquí no tendría que haber confusión entre bienes y derechos, pues la relación es la de que los primeros son «objeto» de los segundos.
- b) Pero cuando hablamos de «disposición de objetos» (o sea, negocios, venta, etc.), en realidad se «dispone» del derecho, porque lo que es objeto de disposición, en sentido preciso y técnico, es el derecho y no el bien como tal. La persona que compra adquiere un derecho, sea

de propiedad u otro derecho real limitado. Adquiere entonces un bien. Y al tener ese bien, su objeto de derecho es una cosa.

- c) Tratándose del tercer aspecto de los tres que vimos al principio, al señalar las funciones de los bienes, es decir, el bien como objeto del patrimonio, vemos que hay identificación entre los bienes y los derechos, pues éstos son el elemento activo del patrimonio, frente a las deudas, que constituyen el elemento pasivo del mismo. La mayoría de los autores considera que el objeto del patrimonio son los derechos entendidos como bienes del patrimonio. Cada bien o cosa figura en el patrimonio, pero no como tal, pues la prueba es que un mismo bien puede figurar en distintos patrimonios, en uno como derecho de propiedad sobre el mismo, en otro, como derecho de usufructo sobre él y en otro, como derecho de arrendamiento. Si el bien o cosa fuera el elemento del patrimonio no podríamos configurarlo en sus distintas titularidades sobre diferentes patrimonios. Otra cuestión, según queda dicho, es que los textos legales y el lenguaje común utilicen el término «derecho de propiedad sobre una cosa» como equivalente a la cosa misma. Se trata de una variante terminológica que en nada afecta a la matización que estamos haciendo sobre el derecho como bien integrante del patrimonio.
- d) En todo caso, cuando se trata de la figura especial de los derechos sobre derechos, tenemos un primer derecho que consiste en el poder del titular, que recae sobre un segundo derecho, que es el objeto del primer derecho, y en cuanto tal objeto de aquel derecho, puede ser considerado como un «bien». De ahí que tanto el Código Civil en el artículo 334.10.º, como la Ley Hipotecaria, en los artículos 106 y 107, identifiquen algunos derechos con los bienes inmuebles. Se trata de «derechos sobre bienes inmuebles», que a su vez son objeto de otros derechos. Precisamente en los ejemplos de los derechos sobre derechos, cabe perfectamente distinguir el aspecto de los derechos como diferentes de los bienes, en cuanto éstos constituyen el objeto de aquéllos, y el aspecto de los derechos como bienes sobre los que recaen otros derechos.

5. DIVISION DE LOS BIENES: LAS ENERGÍAS, IDEAS Y CREACIONES, ATRIBUTOS PERSONALES

Partiendo de que los bienes son un concepto más amplio que las cosas, según hemos señalado con anterioridad, la clasificación de bienes que podemos hacer, atendiendo a la clase de derechos que recaigan sobre los mismos, es la siguiente:

- Los derechos reales recaen directa e inmediatamente sobre cosas. Luego tenemos una primera clase de bienes, que son las COSAS.
- Los derechos de obligación recaen directamente sobre conductas (la conducta del deudor, que tiene una obligación) y sólo indirectamente, aparecen la cosa o el servicio como bienes. Aquí el bien inmediato es la conducta del deudor u obligado como un bien del titular (el ejemplo del derecho a que le entreguen un coche). Sólo mediatamente, puede aparecer también la COSA, junto a los SERVICIOS, como bienes.
- Los derechos familiares también recaen sobre conductas de las personas a las que se refieren (conducta de padre, hijo, tutor, etc.). Las conductas son también aquí bienes, aunque carentes de contenido patrimonial y, por tanto, totalmente diferentes de las conductas propias del derecho de obligaciones.
- Las «energías» son también una clase de bienes. Como veremos en seguida, las cosas corporales se caracterizan por su percepción sensorial y por su especial individualización. Pues bien, en Alemania durante mucho tiempo, no se han considerado las energías naturales como cosas, si bien hace ya tiempo que se les dio tal carácter, porque pueden ser perceptibles sensorialmente, e incluso pueden ser conducidas, almacenadas, divididas y objeto de tráfico. A veces se ha hablado de la electricidad como «cosa por analogía». Y otras veces se ha considerado dentro de los bienes como concepto más amplio que las cosas corporales propiamente dichas, y por tanto, con posibilidad de incluir entre los bienes la electricidad, aunque no sea cosa en sentido propio.

Algunos autores, como LEHMANN, entienden que, si bien la electricidad se configura como un bien que siendo incorporeal, pueden serle aplicados los preceptos sobre las cosas corporales por asimilación o analogía. Dicho autor hace una crítica del parágrafo 90 del BGB porque «no cabe decidir la corporalidad de la cosa, sino la posibilidad de su dominación», ya que «las cosas corporales no dominables, como el sol, la luna y las estrellas, no entran prácticamente en consideración como cosas; y, por el contrario, existe la necesidad de someter a la protección de los derechos reales la energía eléctrica que, al igual que los cuerpos gaseosos, puede suministrarse y hurtarse». Por eso, termina diciendo, «a pesar de que la doctrina dominante niega al bien jurídico que constituye la energía eléctrica la protección absoluta de los derechos reales» y «aunque en la definición conceptual del §90 no se encuentre una expresión totalmente correspondiente a su idea, puede aplicarse extensivamente a la energía eléctrica la protección de los derechos reales, siempre que para ello exista necesidad» (*Tratado de Dere-*

cho Civil, Vol. I, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, págs. 532 y 538).

Otros autores, en fin, como LARENZ, se pronuncian por la negativa a considerarlos cosas: sobre las energías naturales no cabe aplicar los derechos reales sobre las cosas, aunque puedan ser objeto de otros derechos. «No son cosas —dice LARENZ—, por carecer de la condición de objetos materiales —al menos, según la concepción de la vida en ello determinante— las “energías naturales”, como la electricidad, las ondas luminosas y sonoras y las radiaciones de todo tipo. Las energías dominadas por el hombre pueden ser en todo caso objetos de derechos inmateriales» (*ob. cit.*, pág. 373). Son susceptibles de derechos de obligación, pero la discusión se centra en si cabe también aplicar las notas de los derechos reales: reivindicación, posesión y usucapión.

Siguen existiendo actualmente en la doctrina española, las dos opiniones sobre esta cuestión: la de configurar las energías, y la electricidad en concreto, como bien entendido en sentido amplio, pero no como cosa (LACRUZ), o la de considerarla como cosa por analogía con aplicación de las normas de los derechos reales sobre las cosas (CASTÁN).

En mi opinión, hay base para considerar que la electricidad merece el tratamiento de cosa, y que puede funcionar como cosa aislada, o como parte integrante o pertenencia de un bien inmueble, según los supuestos de la práctica, en cada caso concreto:

- Los llamados derechos inmateriales de propiedad intelectual e industrial recaen sobre los objetos denominados «IDEAS Y CREACIONES», que no son cosas, pero sí otra clase de bienes, los llamados «bienes inmateriales». Aquí no se trata del libro o del invento, como resultado, sino de la idea o creación literaria, cinematográfica, artística o industrial, como distinta del objeto físico en que se concreta. Es el bien «inmaterial» objeto de los llamados derechos de la propiedad intelectual o industrial.
- Los derechos de la personalidad recaen sobre otra clase de bienes, que se denominan «ATRIBUTOS PERSONALES» (LACRUZ), que, evidentemente no son cosas, pero sí bienes. Esos derechos, inherentes a la propia persona, son el derecho a la vida, al nombre, a la integridad física, a la imagen, a la intimidad y al honor. Cabe en realidad preguntar: Tales derechos inherentes a la persona, ¿sobre qué objeto recaen? No sobre la persona misma, pues entonces se cometería el absurdo jurídico de identificar el sujeto con el objeto, que son siempre entidades diferentes. La solución es considerar que se trata de derechos que recaen sobre «cualidades o atributos personales», que son los llamados «bienes de la personalidad»: la vida, integridad física, nombre, imagen, intimidad y honor. No son cosas, pero caben

perfectamente en el concepto de bienes, como objeto de los derechos de la personalidad. No son bienes de carácter económico, pero son necesarios e imprescindibles para la persona, como emanación de su propia personalidad. Esa es su utilidad, aparte de que, cuando se vulneran, dan lugar a la correspondiente indemnización económica por el daño moral.

- Algunos autores (LACRUZ) añaden, acertadamente, a la lista de bienes las participaciones, que son las que se refieren a la parte que se ostenta en una sociedad, asociación, entidad o persona jurídica en general, como bien propio del titular, distinto del que pueda ser objeto de derecho de la persona jurídica en cuestión. La participación, sea acción o participación propiamente dicha en una sociedad u otra persona jurídica es el objeto del derecho del socio, y puede ser objeto de negociación y de tráfico, y formar parte del patrimonio de la persona titular en cuestión.

6. LAS COSAS CORPORALES

Dentro de los bienes ocupan un lugar especial las cosas corporales, según indicamos con anterioridad.

Constituyen actualmente una especie dentro del género «bienes».

En el Derecho Romano, GAYO en las Instituciones recogidas por JUSTINIANO, distingue la conocida clasificación que distingue entre cosas corporales e incorporeales.

Corporales son las cosas *quae tangi possunt*, las que pueden tocarse. En general podríamos decir que actualmente, son las que son susceptibles de percepción sensorial, de los sentidos en general, y no sólo del tacto.

A las cosas corporales se les asignan por los autores los caracteres anteriormente examinados para los bienes en general (apropiabilidad, utilidad y sustantivación o individualización), pero añadiendo la corporeidad o percepción sensorial o por los sentidos. Cabe que sean sólidas, líquidas o gaseosas. Y la individualización o determinación se produce a través de su delimitación espacial por la cohesión de su propia estructura (cosas sólidas) o por los recipientes en que se encuentren (cosas líquidas o gaseosas) o por la inscripción en Registros (las fincas). Y se añade también como nota característica de las cosas corporales, la susceptibilidad de dominación por el hombre, equivalente a la nota general de la apropiabilidad de los bienes, pero concretada en la idea de «dominación», más propia de los caracteres de los derechos reales sobre las cosas.

Por lo tanto, las características de las cosas corporales son: a) La percepción material por los sentidos; b) La idea de dominación directa por el

hombre; c) La idea de individualización. Como se ve, son notas que nos llevan directamente al objeto de los derechos reales. No se trata sólo de la apropiabilidad, como los bienes en general, sino de una dominación directa sobre ellas. Y no se trata sólo de la sustantivación o configuración de las mismas como entes autónomos, sino como entes perfectamente individualizados sobre los que puede recaer el poder directo del sujeto del derecho.

Dentro de las cosas corporales, que tienen corporeidad o percepción sensorial, están las cosas corporales propiamente dichas y los llamados «semovientes» o «seres vivos», incluidos tradicionalmente dentro de las cosas muebles, si bien modernamente hay una tendencia a constituir como tercer género dichos seres vivos animados, que tienen ya en el Código Civil una serie de preceptos específicos que los diferencian de las demás cosas muebles.

Cosas incorpóreas, como contrapuestas a las corporales, son los «derechos» cuando son objeto de otros derechos. Por ejemplo, un derecho de hipoteca puede recaer sobre un piso, pero también sobre el usufructo de un piso, que es otro derecho (art. 107.1.º de la Ley Hipotecaria).

A veces se denominan también cosas incorpóreas los «bienes inmateriales» o ideas o creaciones del espíritu, antes examinadas, que es el sentido que le dan ciertos autores italianos a los bienes incorpóreas.

No obstante, para mejor concretar estas distinciones, podrían diferenciarse así:

- Por un lado, están las cosas corporales, perceptibles sensorialmente, individualizadas y susceptibles de dominación material como objeto directo de derechos reales y objeto indirecto de derechos de obligación.
- Por otro lado, están los bienes incorpóreas, mejor que «cosas incorpóreas», para denominar los derechos sobre las cosas, cuando son objetos de tráfico.
- En tercer lugar, están los bienes inmateriales, o sea, las ideas y creaciones objeto de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

7. PARTES INTEGRANTES

Dentro de la teoría general de los bienes, y como diferentes del concepto de bienes o entes individualizados y autónomos, están las llamadas «partes integrantes» y «pertenencias», que son elementos de los bienes y no bienes propiamente dichos, pues carecen de la nota de individualización o sustantivación propia de los bienes. Forman parte del bien en mayor o menor grado, según se trate de partes integrantes o de pertenencias.

Aunque ambos conceptos provienen del Derecho alemán, han sido recibidos en los distintos sistemas y concretamente, también en el Código Civil español, aunque tengan distinta formulación legislativa en cada ordenamiento.

Nos ocupamos en este epígrafe de las partes integrantes, y más adelante, estudiaremos las pertenencias.

Las partes integrantes pueden plantearse no sólo respecto a cosas compuestas, en que lógicamente, existen las diversas partes que las componen, sino también respecto a cosas unitarias, pues tanto en unas como en otras puede tener interés determinar qué es lo que forma parte estructural de la cosa unitaria, y si los diferentes elementos estructurales son separables o no de la cosa, ya sea ésta físicamente unitaria o compuesta. No obstante, donde mejor se advierte el concepto de las partes integrantes es, ciertamente, en las cosas compuestas.

El concepto de parte integrante supone las siguientes notas:

1.ª) Son PARTES DE COSAS y no cosas independientes que sean objeto de derechos separados. Como tales partes, carecen de la sustantivización o independización suficiente para ser objetos de derechos y de negocios independientes.

2.ª) Son partes CONSTITUTIVAS O COMPONENTES DE LA COSA con la que forman una unidad. No obstante, como recuerda LARENZ, lo importante no es determinar lo que sea constitutivo de la NATURALEZA de la cosa, sino más bien de su UTILIZACION, es decir, ha de tenerse en cuenta si con arreglo a las concepciones sociales o del tráfico o de su utilización económica, la parte de cosa es tal parte integrante o una cosa independiente. En este sentido, se pregunta LARENZ: Cuando vemos un montón de trozos de carbón, ¿constituye cada trozo de carbón una cosa o es parte integrante del conjunto? La cuestión es más clara cuando se observan elementos que carecen de toda utilidad independiente o aislada: los naipes de la baraja constituyen en conjunto una sola cosa y no cosas independientes. Por tanto, lo importante es la utilización unitaria y la situación antieconómica de su separación: «Es determinante no tanto la cohesión externa, aunque ésta desempeñe un cierto papel, como el fin unitario de la utilización o el empleo efectivo que se asigna a una cosa en el ámbito de una cosa unitaria mayor» (*ob. cit.*, pág. 378).

3.ª) Las partes integrantes tienen CONEXION o CONJUNCION entre sí. Normalmente, se trata de una conexión corporal o física, aunque también cabe una conexión ideal. Pero no basta tampoco una mera conexión física, sino que aquí cuentan igualmente las concepciones del tráfico y la utilización unitaria y no independizada de las partes o elementos. Dice ENNECERUS que el broche unido al vestido no forma parte integrante del vestido porque las concepciones del tráfico nos dan la idea de conexión que ha de existir

para que se dé la parte integrante, y no hay tal conexión entre dos cosas totalmente diferentes, aunque aparezcan unidas, como son el vestido y un broche de adorno. Más que la idea imprecisa de las concepciones del tráfico, a que se refiere ENNECCERUS, hay que atender a la idea de LARENZ de la utilización conjunta o situación antieconómica y a la conjunción que se produce de las partes integrantes.

La conexión ideal y no física aparece cuando se trata de una conexión jurídica creada por el Derecho, como ocurre cuando se trata de los elementos comunes de un piso en propiedad horizontal o de las servidumbres prediales que forman parte del predio dominante, como algo inseparable del mismo.

Esa conexión o conjunción, sea física o ideal, no puede ser en las partes integrantes, meramente transitoria, sino permanente. El ejemplo de los barracones provisionales nos permite considerar que no son parte integrante del suelo, y en consecuencia, tampoco pueden considerarse bienes inmuebles.

Nuestro Código Civil alude a la «parte integrante» en el artículo 334.2.º de modo expreso, aunque quizá el sentido en ese precepto, relativo a los frutos, es confuso. En ese apartado, es la «unión» entre árboles y plantas con la tierra, e incluso la situación de fruto «pendiente», no separado, los que ofrecen el concepto de «parte integrante», sin necesidad de recurrir a la última frase del citado apartado, que se refiere a que «formaren parte integrante del inmueble» como alternativa de esas otras situaciones de «unión o pendencia», pues ¿qué otra conexión de los árboles, plantas y frutos puede producirse respecto al suelo, determinante de «parte integrante», si no es por la unión a que alude con anterioridad el precepto?

Desde luego que si estamos ante un supuesto de árbol arrancado por la corriente del río y que va a parar a otra finca, transcurriendo los treinta días sin reclamación de nadie, conforme al artículo 369 del Código Civil, este árbol que arraiga en la otra finca, forma parte integrante de ella a los efectos del artículo 334.2.º del Código Civil, pues no es el supuesto de que originariamente estuviese unido a la finca, sino que ha pasado a formar parte integrante de ella con posterioridad.

No obstante, si la contraposición en el artículo 334.2.º del Código Civil es entre los dos conceptos sucesivamente referidos en el mismo, de «unión a la tierra» y «formar parte integrante del inmueble», parece que la expresión «parte integrante» de este precepto, no es exactamente la que en sentido técnico proviene del Derecho alemán, sino otra diferente en que se considera al fruto ya separado como «parte integrante» del inmueble, mientras no se almacene, deposite o traslade del mismo.

A estos efectos, cabe observar que la extensión de la hipoteca a los frutos, en virtud de pacto, «cualquiera que sea la situación en que se encuentren», a que se refiere el artículo 111.2.º de la Ley Hipotecaria, tiene su antecedente

en la Ley Hipotecaria de 1861, que se refería, junto a los frutos pendientes, a los «ya cogidos, pero no levantados ni almacenados», como susceptibles de extensión de la hipoteca inmobiliaria a los mismos. Sería tanto como considerar que son bienes inmuebles porque están todavía en el inmueble, sin haber sido trasladados a otro lugar. Más adelante nos ocuparemos de esta cuestión de la extensión de la hipoteca a los frutos por razón de pacto expreso.

Pero, en todo caso, donde verdaderamente aparece el concepto de parte integrante en el Código Civil, más que en el número 2.º del artículo 334, es en el número 3.º del mismo artículo, cuando alude a «todo lo que de una manera fija esté unido a un inmueble de suerte que no pueda separarse de él sin quebranto de la materia o deterioro del objeto».

También hay aplicación del concepto de parte integrante en la accesión (360, 361, 366), en la especificación (art. 383) y en las obras y mejoras que quedan integradas en la finca, sobre todo las que no puedan ser separadas sin deterioro de la cosa (arts. 454 y 455 del Código Civil).

Además, en el artículo 1.346.8.º del Código Civil, después de la reforma de 1981, se considera que los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, que sean parte integrante (o pertenencias) de «un establecimiento o explotación de carácter común», son bienes gananciales.

8. EFECTOS O CONSECUENCIAS PRACTICAS DEL CONCEPTO DE PARTE INTEGRANTE

Dichos efectos son los siguientes:

1.º) No pueden ser objetos de derechos reales independientes porque no son objeto de derechos, no son cosas o bienes, sino partes de ellas (cfr. art. 109 LH). Cabrían supuestos especiales como el derecho de superficie respecto a la edificación, en que se darían derechos separados sobre cada parte integrante (suelo y vuelo), pero es por la falta de permanencia y su carácter temporal del derecho, aunque sea de duración prolongada. Otro supuesto especial es el de la construcción respecto al suelo, cuando no se haya pactado la extensión de la hipoteca a las construcciones, conforme al artículo 110.1.º LH, pues se produce una disociación de derechos sobre el suelo y sobre la edificación, ya que el suelo estaría hipotecado pero no la edificación. No obstante, es una disociación también provisional o transitoria, pues o bien tiene lugar la cancelación de la hipoteca una vez pagada, o bien se ejecuta, caso este último en que la subasta ha de ser del conjunto suelo y edificación, si bien con aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley Hipotecaria, es decir, con la correspondiente distribución del precio entre el suelo y la edificación.

También cabría el objeto de derecho independiente sobre una parte integrante de la cosa y no sobre las demás partes integrantes, si aquélla fuere susceptible de separación de la cosa en la que se integra, sin que ésta sufra deterioro (arts. 455 y 455 en caso de posesión; separación y retirada por el tercer poseedor en caso de hipoteca del inmueble: art. 113 LH). Se trataría de las llamadas «partes integrantes separables» a las que nos referimos en el apartado siguiente.

2.º) Las partes integrantes no cabe que sean objeto de contratos o de negocios independientes con separación. Cuando se transmite la cosa se transmite con sus partes integrantes. No obstante, un sector de la doctrina alemana ha ideado la figura de las partes integrantes «separables», en que cabría convertir en cosas propiamente dichas las partes integrantes, siempre que, aun formando una unidad con ella, no se destruya la cosa principal con la separación de las mismas. ENNECCERUS pone el ejemplo de la piedra respecto al aro de la sortija. Si hay acto de separación material, cabría la contratación y titularidad separada. Mientras no haya tal separación, lo único que cabría es la posibilidad de venta de cosa futura en espera de la separación efectiva ulterior.

3.º) Las partes integrantes se consideran bienes inmuebles por incorporación.

Ese es el efecto que resulta de los números 2.º y 3.º del artículo 334 del Código Civil al hacer referencia a las «partes integrantes» (lo unido al inmueble de manera fija), que da lugar a la configuración de las partes integrantes como bienes inmuebles por incorporación.

4.º) La integración de cosas puede dar lugar a los efectos propios de la accesión (arts. 360, 361 y 366 del Código Civil) y de la especificación (art. 383 del Código Civil).

5.º) En el artículo 1.346.8.º del Código Civil hay otra consecuencia de las partes integrantes, la de que se considera que tienen el mismo carácter, privativo o ganancial, que el que tenga la explotación o establecimiento en que se encuentren.

Después nos ocuparemos de las especialidades de las partes integrantes en relación con el derecho real de hipoteca.

9. EL CONCEPTO DE PERTENENCIAS

Frente al concepto de parte integrante, pero con efectos no del todo contrarios, aunque distintos, aparece el concepto de pertenencia, procedente igualmente del Derecho alemán.

Sus notas son las siguientes:

1.^a) Son COSAS y no PARTES DE COSAS, que por NATURALEZA son, en principio, bienes muebles, y que tienen una existencia autónoma en la realidad física, todo ello a diferencia de las partes integrantes, pero que por razón del DESTINO relacionado con el inmueble, pasan a tener también el carácter de bienes inmuebles, y no por incorporación, como las partes integrantes.

2.^a) Se trata de cosas MUEBLES que por su destino se consideran INMUEBLES. Por ello no puede hablarse de INMUEBLES que sean PERTENENCIA de otros inmuebles. En cambio, sí cabe que las cosas muebles sean pertenencia de otra cosa mueble. Es lo que ocurre respecto al buque, que, salvo a efectos de hipoteca, es bien mueble y tiene pertenencias, que son las cosas destinadas al servicio del buque que no forman parte integrante de él.

El concepto de «pertenencias» se relaciona normalmente con las cosas muebles que se destinan a una cosa inmueble, o a otra cosa mueble, como en el caso señalado del buque, pero no con las cosas inmuebles que a su vez se destinan a otra cosa inmueble. Estas otras situaciones de destino entre inmuebles dan lugar a lo que se denominan «anejos» de los departamentos en propiedad horizontal, y a las titularidades *ob rem* entre fincas. Pero en ninguno de ambos casos cabe hablar de pertenencias, en el sentido propio de este concepto, pues los anejos son inseparables de la cosa, y más bien constituyen, por ello, partes integrantes inseparables. Y en cuanto a las fincas en situación de titularidad *ob rem*, se trata de fincas «independientes», que tienen una conexión entre ellas, pero que sólo se produce por razón de unión de titularidades y no de unión de objetos. No se trata de una sola finca compuesta de dos partes integrantes, sino de dos fincas con titularidad conexas e inseparable. La conexión es, por razón de la titularidad, si bien hay que reconocer que a su vez esa conexión parte de una especial situación de destino o servicio entre las fincas similar al de las pertenencias.

3.^a) Las pertenencias no forman parte de modo CONSTITUTIVO de otra cosa, por lo que no son elementos constitutivos o estructurales de ella, sino que son elementos FUNCIONALES de otra cosa.

4.^a) En las pertenencias no cabe hablar de CONJUNCION NI CONEXION con la cosa principal, sino únicamente de SUBORDINACION de la cosa mueble a un inmueble. Se trata de cosas accesorias que tienen una especial relación con la cosa principal distinta de otras cosas accesorias, y cuya especialidad viene a través de la nota o característica que se indica a continuación.

5.^a) La conexión física de cosas se sustituye en las pertenencias por la dependencia económica, de servicio o adorno de la pertenencia respecto a otra cosa principal, lo que requiere:

- a) Un acto de destinación por parte del propietario como acto jurídico, que, como tal acto jurídico, y no hecho, requiere VOLUNTARIEDAD, pero en que los efectos vienen determinados *ex lege*, y no *ex voluntate*, a diferencia de los negocios jurídicos.
- b) Una relación de servicio respecto a otra cosa, que puede ser servicio económico u ornamental. CLAVERÍA considera que la relación de servicio es la «objetivación» del acto de destinación, y por tanto, son conceptos totalmente relacionados.
- c) Permanencia, en el sentido de que objetivamente se revele un propósito por parte del dueño de conseguir tal permanencia de destino, sin que la colocación meramente esporádica valga a efectos de la configuración como pertenencia.
- d) Existe, además, en las pertenencias una situación espacial de ellas en relación con la cosa inmueble a la que sirven, estando colocadas en ella. Cabe naturalmente su separación transitoria para un arreglo, conservación o mantenimiento de las mismas, pero si hay separación permanente será desafectación, que es acto de voluntad del dueño, y no cabe si, con ella, se produce perjuicio de tercero. Pero en principio, con la desafectación, deja de ser pertenencia.

En el Código Civil no se empleó originariamente el concepto de pertenencia como tal, sino los denominados inmuebles por destino (máquinas colocadas en el inmueble para su servicio, elementos de adorno o para su explotación, etc.).

En los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 334 del Código Civil se utilizan expresiones como «colocados», «propósito de permanencia», «destinados», «satisfacer las necesidades de la explotación», que son las notas típicas de la pertenencia.

En reforma del Código Civil de 1981 del artículo 1.346.8.º anteriormente citado, se alude a las pertenencias, junto a las partes integrantes, para calificarlas como bienes gananciales si lo es la explotación o establecimiento al que correspondan.

10. EFECTOS O CONSECUENCIAS DE LAS PERTENENCIAS

Los efectos o consecuencias prácticas del concepto de pertenencia son los siguientes:

1.º) En el Derecho alemán se considera que si no hay pacto en contrario, los negocios sobre la cosa principal llevan consigo la pertenencia. En el Derecho español podría llegarse a la misma conclusión al considerarlas inmuebles junto al inmueble principal.

No obstante, hay que observar que cabe pacto en contrario y que existe una excepción en el caso de hipoteca. Si se hipoteca un inmueble no se incluyen las pertenencias salvo que se pacte expresamente, norma esta que tiene la finalidad de que el dueño de ellas pueda obtener nuevos créditos, hipotecándolas con separación de la hipoteca inmobiliaria a través de la llamada hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento (art. 111.1.º LH, a partir de la reforma hipotecaria de 1909). De este supuesto nos ocuparemos más adelante, al señalar las especialidades de la hipoteca en relación con las pertenencias.

Podríamos decir, en términos generales, respecto a las pertenencias, que caben derechos separados sobre las mismas, pero siempre que se haya pactado expresamente, o bien, cuando previamente se haya producido su des-afectación de la cosa principal.

2.º) Caben también contratos sobre ellas, pero en principio, se presume, si no se dice otra cosa, que los contratos sobre la cosa se refieren a ellas (art. 1.097 del Código Civil).

3.º) Las pertenencias se consideran bienes inmuebles por destino, a diferencia de otras cosas accesorias, como son los accesorios convencionales o negociales. Por tanto, cabría distinguir dentro del concepto genérico de accesorios, los que son pertenencias o inmuebles por destino y los demás accesorios que no cumplen todos los requisitos de pertenencias, y que no son bienes inmuebles, sino bienes muebles distintos de las pertenencias.

4.º) El citado artículo 1.346.8.º del Código Civil atribuye a las pertenencias el efecto de considerarlas bienes gananciales si lo son de la explotación o establecimiento ganancial al que están destinadas, según se ha indicado ya anteriormente.

11. ESPECIALIDADES DE LAS PARTES INTEGRANTES EN RELACION CON EL DERECHO REAL DE HIPOTECA

Con anterioridad ya hemos hecho alguna referencia a estas especialidades. Ahora procede ocuparse con más detalle sobre esta cuestión.

El artículo 109 de la Ley Hipotecaria se refiere a la extensión necesaria de la hipoteca a las accesiones naturales y a las mejoras. El artículo 110 de la propia Ley alude a la extensión de la hipoteca por pacto expreso a determinados elementos. Y el artículo 111 de la misma, aunque se refiere fundamentalmente a las pertenencias, por exclusión o *a contrario* de lo dispuesto en el número 1.º, se refiere a los «objetos incorporados al inmueble hipotecado que no puedan separarse de él sin quebranto de la materia o deterioro del objeto».

A su vez, los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria se refieren a las partes integrantes incorporadas o realizadas por un tercer poseedor en la finca hipotecada.

Pues bien, la regulación especial de todos estos supuestos es la siguiente:

a) *Accesiones naturales.*—Según el artículo 109 de la Ley Hipotecaria, en concordancia con el artículo 1.877 del Código Civil, «la hipoteca se extiende» a estas accesiones. Parece que no hay que hacer ninguna distinción dentro de ellas, sino que han de comprenderse todos los casos considerados como tales por el Código Civil (arts. 366-374), es decir, el aluvión, la avulsión, la mutación de cauce, e incluso la formación de isla. Este último supuesto podría plantear algún problema, oponiéndose a la extensión tanto MORELL (*Comentarios*, III, pág. 725) como ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, IV-1.º, pág. 583). La cuestión es si la «formación de isla» da lugar a una finca nueva e independiente, que quedaría ajena a la hipoteca, o es una agregación por accesión natural a la finca ya existente próxima. A pesar de la separación de la finca a que se refiere por razón de su formación en el río, parece posible hablar aquí de finca discontinua, pues la formación de isla está incluida en el capítulo de la accesión (art. 373 del Código Civil) y carece de título adquisitivo independiente de la finca a la que se refiere, quedando perfectamente incluida en el concepto de «accesiones naturales». La consecuencia es que ha de entenderse hipotecada, conforme al artículo 109 de la Ley Hipotecaria.

b) *Mejoras.*—El artículo 109 LH se refiere también a las «mejoras» de la finca, como elementos incluidos en la hipoteca. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 1.877 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 110 de la Ley Hipotecaria enumera como tales mejoras a las que se extiende la hipoteca, aunque no se mencionen en el contrato: «las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de edificios». Cuando existe tercer poseedor de la finca hipotecada, tiene importancia la distinción entre obras de reparación, seguridad y transformación, respecto a las demás, según veremos después.

Aparte de ello, se distingue en el artículo 110.1.º de la Ley Hipotecaria entre elevación de edificios —a los que se extiende la hipoteca— y nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere —a los que sólo se extiende la hipoteca de existir pacto expreso—. La razón de esta diferencia no es del todo clara, como no sea entender que la elevación del edificio ya existente, supone la incor-

poración de un elemento accesorio del mismo, a diferencia de la nueva construcción sobre el suelo. No obstante, si existiere un derecho real de vuelo a favor de persona diferente, quedaría excluido de la hipoteca constituida por el titular de la finca, pues el derecho real de vuelo correspondería a persona distinta del hipotecante.

- c) Objetos incorporados al inmueble hipotecado que no puedan separarse de él sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.—El artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria excluye, en su último inciso, del supuesto de «pertenencias», estos otros bienes, porque se trata de «partes integrantes», de extensión necesaria de la hipoteca a los mismos. Son los bienes o máquinas que se incorporan al inmueble hipotecado para formar una unidad con él (art. 334.3.º del Código Civil). La distinción de estos bienes respecto a las pertenencias, cuya regulación es diferente, según el artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria, puede plantear algunas dificultades. Según MORELL (*Comentarios*, III, pág. 729), con cita de ARAGONÉS, «sin quebranto de la materia» significa «sin que disminuya el valor del inmueble»; y «deterioro del objeto» significa «que éste quede inservible y de él no pueda sacarse más utilidad que el valor de la materia de que se compone». EGEA IBÁÑEZ (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, pág. 39), se ocupa de los diferentes criterios en los Derechos italiano, alemán y anglosajón, y se une al criterio de ROCA SASTRE, «de considerar que la maquinaria es parte integrante de un inmueble, cuando la una y el otro están conformados recíprocamente, mientras que la maquinaria es pertenencia cuando se trata de instrumentos contruidos en serie con posibilidad de ser sustituidos».
- d) Nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere (art. 110.1.º LH).—Su consideración de «parte integrante» es clara. Sin embargo, la hipoteca sólo se extiende a la nueva construcción donde antes no la hubiere, si existe pacto expreso en el contrato de constitución de hipoteca.

Se excluye el caso de elevación de edificios, en que, según hemos visto, la extensión de la hipoteca se produce sin necesidad de pacto. También se excluye la reedificación por causa de siniestro, pues el artículo 110.1.º de la Ley Hipotecaria se refiere a la nueva construcción donde antes no hubiere edificio, cosa que no ocurre en caso de siniestro. En cambio, es «nueva» la construcción cuando no guarda ninguna relación con el edificio demolido (ejemplo: cobertizo). En las discusiones parlamentarias de la Ley Hipotecaria de 1861, PERMANYER contestó a la pregunta de ORTIZ DE ZÁRATE de cómo podría hacerse efectiva la responsabilidad de la hipoteca sobre el terreno excluyendo el edificio, diciendo que suelo y edificación se enajena-

rían juntos, pero que sólo el valor del suelo quedaría para el acreedor hipotecario. Esto determina la posible aplicación analógica del artículo 113 de la Ley Hipotecaria (sobre ello, véase PEÑA, *Derechos reales*, pág. 431, nota 9). Respecto a la edificación ya existente en el momento de constituir la hipoteca, pero sin que conste la declaración formal de la obra nueva, sino sólo su mención en la descripción del inmueble hipotecado, la RDGR, de 6 de febrero de 1986, advierte que no es el caso del artículo 110.1.º de la Ley Hipotecaria, y que la hipoteca se extiende a tal edificación comprendida en la descripción. Por similar razón, si se demostrase que la edificación, aunque no figurase tampoco en la descripción de la escritura ni en el Registro, estaba ya construida cuando se constituyó la hipoteca, ésta se extiende a la misma.

- e) Agregación de terrenos por acto voluntario del titular.—Sólo cuando se trata de agregaciones por accesión natural, hay extensión necesaria de la hipoteca a las mismas (arts. 109 y 110.1.º LH). En cambio, las agregaciones de terrenos por acto voluntario no quedan comprendidas en la hipoteca. Pero, ¿cabe pacto expreso de extensión de la hipoteca a tales agregaciones? El artículo 110.1.º LH parece permitirlo y podría fundamentarse tal pacto en que las agregaciones son porciones de terreno de escasa superficie (cfr. art. 48 del Reglamento Hipotecario) que podrían considerarse de carácter accesorio y que no dan lugar a la apertura de finca nueva. Pero en ningún caso, ese posible pacto de extensión podría tener prioridad sobre las cargas que ya tuvieran las porciones agregadas con anterioridad a la agregación. Por ello, no parece, en cambio, adecuado, admitir el pacto de extensión a las agrupaciones, pues el artículo 110.1.º de la Ley Hipotecaria no se refiere a ellas (sino sólo a las agregaciones) y, sobre todo, se podrían involucrar unas fincas con otras, con indeterminación, pues se trataría de fincas con su propia historia registral y sin saberse de momento cuáles podrían ser. Ello sin perjuicio de que sea un pacto entre partes, que podría dar lugar a la formalización de la extensión de la hipoteca en el momento en que se produjera la agrupación con intervención de todos los interesados y con efectos a partir de dicho momento y no en virtud del pacto previo, que sería meramente personal, similar al de promesa de constituir hipoteca.
- f) Mejoras, obras, incorporaciones realizadas por un tercer poseedor.— Por remisión del artículo 1.877 del Código Civil, son aplicables a este caso los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, que no se refieren simplemente al supuesto de pasar la finca a un tercer poseedor, sino cuando son costeadas las mejoras, obras o incorporaciones

por un tercer poseedor. Se trata de razones de equidad y fomento de la edificación y mejoras de los inmuebles.

Del artículo 112 LH se desprende lo siguiente:

1.º) Que la hipoteca no se extiende: i) A las mejoras, obras o construcciones costeadas por el tercer poseedor, incluso aunque existiera pacto de extensión de la hipoteca a las construcciones, por ser imperativo el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, según resaltan las resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987; ii) A los muebles incorporados por dicho tercer poseedor, sean pertenencias o partes integrantes, pues el artículo 112 LH se refiere a elementos separables y no separables; iii) A los frutos pendientes pertenecientes al tercer poseedor; iv) A las rentas vencidas y no satisfechas pertenecientes al mismo.

2.º) Que la hipoteca se extiende: i) A las accesiones naturales y a las indemnizaciones por seguro o expropiación del artículo 110.2 LH, pues no quedan excluidas en el artículo 112 LH; ii) A las obras de reparación, seguridad y transformación, aunque hayan sido costeadas por el tercer poseedor, pues el artículo 112 LH así lo dice expresamente y tiene plena justificación al ser obras «sustitutivas» y a pesar de la crítica de algunos autores (GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios*, págs. 229 y 230).

En cuanto a la ejecución de la hipoteca, se plantea si corresponde al tercer poseedor el «importe o costo» en el momento de la ejecución. PEÑA (*Derechos Reales*, pág. 433) entiende que «el importe de las obras de mejora (cfr. art. 112 LH) es el costo de las mismas en cuanto sean “mejora”, es decir, en cuanto no excedan del aumento de valor de la cosa». MORELL, en cambio, interpretó la expresión «importe de las mejoras» como «lo que valgan», por considerarlo más justo (*Comentarios*, III, pág. 734). Esta última es la mejor solución, pues se trata de mejoras «que no se entienden hipotecadas» (art. 113 LH), por lo que al no ser objeto de hipoteca, lo que cuenta es el valor y no el coste, y que existe cierta analogía con las anotaciones de crédito refaccionario en las que lo que cuenta es el valor.

Pero se plantea otro problema en la ejecución, y es el de la valoración de tales mejoras y bienes, sobre todo en el procedimiento de ejecución directa. CAMY entiende que es necesario hacer una nueva tasación del inmueble. Entendemos que si lo solicita el tercer poseedor ha de hacerse nueva tasación, con aplicación de la normativa de la ejecución en general sobre esa cuestión, pero no sólo eso, sino que la valoración debería concretar la proporción que representan tales mejoras respecto al valor total, para que con el precio de la subasta obtenido puedan luego hacerse dos partes. La frase del artículo 113 LH, «aunque la cantidad restante no alcance a cubrir el crédito hipotecario», no debe significar que el tercer poseedor haya de cobrar

a costa del resto de valor de la finca, lo que sería poco equitativo e ilógico, sino que el acreedor hipotecario no puede pretender extender su acción a las mejoras del tercer poseedor, pero éste tampoco debe cobrar más allá de lo que valgan tales mejoras respecto al total valor obtenido.

12. ESPECIALIDADES DE LAS PERTENENCIAS RESPECTO AL DERECHO REAL DE HIPOTECA

A pesar de que el artículo 1.877 del Código Civil extiende la hipoteca, sin necesidad de pacto expreso, a ciertos muebles, frutos y rentas, en concordancia con los principios generales sobre el concepto y efectos de las pertenencias, sin embargo, la reforma hipotecaria de 1909 respecto al artículo 111 de la Ley Hipotecaria, mantenida en la legislación actual, modificó este extremo, estableciendo la necesidad de pacto expreso para que se extendiera la hipoteca a estos bienes, con la finalidad de fomentar respecto a ellos la garantía mobiliaria, y que pudiesen servir de nuevas fuentes de crédito, con separación del crédito obtenido por razón del inmueble. Pero esta finalidad no se ha conseguido en la práctica, al ser una cláusula de estilo tal pacto de extensión de la hipoteca a las pertenencias, por exigencias del acreedor hipotecario que presta sobre el inmueble. En todo caso, no deja de ser una especialidad la exigencia de pacto expreso para que la hipoteca se extienda a las pertenencias, al menos si se contempla partiendo de los principios generales antes señalados en materia de pertenencias.

El supuesto del artículo 111 de la Ley Hipotecaria relativo a las pertenencias es el del número 1.º del precepto, pues los demás se refieren a los frutos o rentas.

Según dicho apartado 1.º del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca sólo se extiende, en virtud de pacto expreso, a los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.

Este apartado 1.º del artículo 111 de la Ley Hipotecaria es el precepto específico de las «pertenencias», pues éstas son aquellos bienes que son muebles por naturaleza, pero que se consideran inmuebles por razón de su destino de servicio o adorno del inmueble en que se encuentran, según resulta de los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 334 del Código Civil. Antes hemos visto su diferencia con las «partes integrantes», que son concretamente esos muebles que no pueden separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, a los que sí se extiende necesariamente la hipoteca, sin necesidad de pacto.

Respecto al posible conflicto entre la garantía inmobiliaria con pacto expreso de extensión a estos bienes y las garantías concedidas al vendedor con pacto de reserva de dominio o de prohibición de disponer por la legislación de ventas a plazos, parece que ha de estarse a la prioridad registral resultante de uno u otro Registro, el de la Propiedad o el de Ventas a Plazos de bienes muebles, por lo que deberían coordinarse entre sí.

Hay que observar que el artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria se refiere únicamente a aquellos bienes muebles destinados por el propietario del inmueble al servicio del mismo, y no al caso en que se destinen por un no propietario, lo que ocurre existiendo pacto de reserva de dominio a favor de otra persona. Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1987.

Respecto al conflicto entre la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a estos bienes y las garantías de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, lo regula el artículo 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, que prevé se haga constar por nota al margen de la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad, la constitución de tales garantías mobiliarias en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, con la prioridad resultante de tal nota marginal.

Obsérvese el caso especial de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1989, en el que las máquinas fueron embargadas como cosas muebles normales sin constancia en el Registro de Hipoteca Mobiliaria, pero con anterioridad a la inscripción de la hipoteca inmobiliaria constituida con pacto de extensión a la maquinaria. Dicha sentencia entiende que el pacto de extensión del artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria no puede afectar al embargo de muebles ya realizado anterioremtne, sino que sólo se refiere a actos posteriores, aparte de las relaciones entre acreedor y deudor. Para considerar aceptable esta doctrina, habría que partir de que el embargo anterior de tales bienes se hizo con el correspondiente desplazamiento posesorio, pues, en otro caso, tendría que haberse realizado conforme a la legislación de hipoteca mobiliaria con aplicación del artículo 75 citado.

Respecto a los muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada por un tercer poseedor, la hipoteca no se extiende a ellos, conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, pues este precepto excluye de la hipoteca las incorporaciones de bienes muebles, sean pertenencias o partes integrantes, y sean separables o no separables.

Especial consideración crítica merece la sentencia de 7 de abril de 2001, que se ocupa de una tercería de mejor derecho promovida por un acreedor hipotecario contra el embargo en juicio ejecutivo de un túnel de congelación y dos equipos frigoríficos que estaban colocados en la finca hipotecada con el pacto de extensión del artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria.

Dicha sentencia señala que el pacto de extensión de la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada no autoriza *per se* a incluir también los que coloquen en el futuro, sino sólo los que estén en presente, aparte de que constaba probado en los autos, que no obstante la colocación permanente en la nave de un túnel de congelación y dos equipos frigoríficos, se trataba de efectivos bienes muebles, ya que pueden ser sustituidos por otros más modernos y adecuados y su separación no produce quebranto de la materia o deterioro del objeto, por lo que no prospera la tercería de mejor derecho del acreedor hipotecario frente al embargante, máxime cuando la hipoteca no ha sido ejecutada para precisar el alcance final y definitivo de los bienes que puedan resultar afectados, no siendo además el acreedor hipotecario tercero del artículo 34 respecto a los bienes que no constan inscritos en el Registro como son esos bienes muebles.

Conviene hacer unas observaciones a la doctrina de esta sentencia, que hasta ahora es única sobre la materia:

1.º) Interpreta mal el inciso último del apartado 1.º del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, pues no se refiere a los bienes muebles inseparables, ya que éstos son las «partes integrantes», en las que no se plantea la necesidad de pacto de extensión de la hipoteca, sino la extensión necesaria de la misma, conforme al artículo 109 de la propia Ley Hipotecaria. La especialidad del apartado 1.º del artículo 111 de la Ley Hipotecaria es que permite por pacto que la hipoteca se extienda a bienes muebles que puedan separarse sin que quebranten la materia o deterioren el objeto, porque son las «perteneencias» o bienes colocados por razón del destino de la cosa principal y no por razón de su integración o incorporación física y total.

2.º) Hace una sutílísima distinción, que no resulta del precepto, entre los bienes «ya colocados» en la finca hipotecada en el momento de constituir la hipoteca y «los que se coloquen en el futuro», entendiendo que el mero pacto del artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria no autoriza *per se* a incluir las colocaciones futuras de bienes muebles. Pero si se interpreta el citado artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 112 de la misma, se deduce *a sensu contrario* que si las nuevas colocaciones de bienes muebles realizadas por el tercer poseedor, que son siempre «futuras» respecto al momento de la constitución de la hipoteca, no se incluyen, ello significa que el legislador en el artículo 111.1.º LH, entendía y partía de la base de que las colocadas por quien no fuera tercer poseedor (es decir, por el dueño deudor) sí estaban incluidas en el pacto de extensión de la hipoteca, pues en otro caso, no hubiera sido necesaria toda la regulación resultante de los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, y como no cabe pensar que el legislador establece regulaciones inútiles (argumento de *reductio ad absurdum*), ello significa que la finalidad

de la regulación del artículo 111.1.º LH es incluir tanto los bienes muebles ya colocados en la finca como los que se colocasen en el futuro por el dueño deudor.

3.º) Deja la cuestión en nebulosa en relación con el momento de la ejecución hipotecaria, pues parece presuponer que si en el momento de la ejecución se admite por el Juez de la ejecución hipotecaria la inclusión de tales bienes, podrían entenderse incluidos en la hipoteca. Pero el Juez de la ejecución carece de competencia para ese cometido, pues ha de estar a la configuración de la hipoteca tal como resulte constituida e inscrita con anterioridad —sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 113 LH respecto al tercer poseedor—, sin que sea el momento para plantear el problema de si cabe hacer inclusiones que no estuviesen previamente incluidas o determinadas en el pacto de extensión inscrito, por lo que, una de dos: o se admite que la extensión de la hipoteca comprende las colocaciones futuras de bienes muebles, o no se admite, pero lo que no es de recibo, es dejar las cosas para el momento de la ejecución, cuando precisamente en este momento, han de venir perfectamente determinados todos los elementos del bien hipotecado, sin posibilidad de interpretaciones, que darían al traste con la ejecución y llevarían la cuestión al juicio declarativo ordinario, totalmente antieconómico para los intereses en juego.

4.º) En el fondo, lo que parece resultar de la sentencia es una desvalorización del pacto genérico de extensión de la hipoteca a los supuestos del apartado 1.º del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, a pesar de que está reconocido legalmente desde el año 1909, y una confusión sobre los conceptos de «parte integrante» y «pertenencias», ya apuntada anteriormente, que no resulta adecuada, a la vista de la interpretación del precepto.

Desde luego que si prevaleciera en la práctica la doctrina de esa sentencia, los acreedores hipotecarios que pretendieran asegurar su derecho sobre las pertenencias de la finca hipotecada tendrían que proceder a través del siguiente mecanismo ciertamente complicado:

- a) Incluir en la escritura una relación de los bienes ya colocados en la finca hipotecada para su adorno, comodidad o explotación o para el servicio de la industria, que el Registrador haría constar en la inscripción como parte de la descripción de la finca (recuérdese que las pertenencias son bienes inmuebles por destino, conforme al art. 334 del Código Civil, y por tanto, inscribibles).
- b) Señalar de modo expreso que la hipoteca se extiende también a las futuras colocaciones de bienes de esa clase realizadas por el deudor.
- c) Plantearse la posibilidad —que sin duda podría dar lugar a dificultades prácticas— de que, si los futuros bienes a colocar son previsiblemente de gran valor, se pacte expresamente la obliga-

ción de constancia en el Registro por parte del dueño de deudor de esas colocaciones, al igual que actualmente se suele pactar la obligación de constancia de declaraciones de obras nuevas en la finca hipotecada.

Ciertamente, el artículo 111.1.º de la Ley Hipotecaria se dictó desde 1909 con la finalidad de que las pertenencias no se incluyeran automáticamente en la hipoteca, para permitir al deudor que le sirvieran de garantía para otros créditos futuros, pero lo cierto es que se dejó abierta la puerta al pacto expreso de extensión de la hipoteca a los mismos, y si esta es la regulación legal existente, tratar de desvirtuarla o minimizarla por vía de una sentencia, no parece acertado.

13. BIENES MUEBLES E INMUEBLES: IMPORTANCIA DE LA DISTINCION

Según el artículo 333 del Código Civil, «todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles».

Respecto a la trascendencia de esta clasificación, la mayor importancia económica y social de los bienes inmuebles ha impuesto desde siempre en todos los ordenamientos, un tratamiento diferenciado de ellos respecto a los bienes muebles.

El hecho de que determinados bienes muebles tengan en determinados preceptos una equiparación con los inmuebles, no autoriza para eliminar la distinción, pues se trata únicamente de excepcionar, en determinados supuestos, el régimen de los bienes muebles para los que tengan especial importancia o valor. Y mientras para los bienes inmuebles se aplica un régimen especial, sin distinciones, para los bienes muebles asimilados se exigen determinadas condiciones específicas para tal asimilación.

Aunque modernamente la distinción bienes muebles-inmuebles se ha atenuado en algunos supuestos, puesto que hay algunos bienes muebles valiosos que podrían equipararse o superar la importancia de los bienes inmuebles, sigue siendo fundamental dicha distinción, por razones económicas y sociales, y por su mayor permanencia o estabilidad, base de la existencia misma de los bienes muebles que se sitúan precisamente dentro de los inmuebles.

La importancia de la vivienda, del local de negocio como base de la empresa o de la profesión, de los solares como base de la edificación, de las fincas rústicas como base de las explotaciones agrarias y ganaderas, mantiene plenamente actualizada la distinción entre bienes muebles e inmuebles, a pesar del que ya puede considerarse tópico que es la idea superadora de la distinción.

Por eso, la pretensión de sustituir la distinción bienes muebles-bienes inmuebles, por otras, como la de «bienes registrables-no registrables» carece de sentido, pues una cosa es que, dentro de los bienes muebles exista un grupo especial de bienes registrables, y otra diferente es que la regulación de ellos se equipare totalmente, en todos los aspectos, a la de los bienes inmuebles.

He aquí una lista de importantes diferencias entre bienes muebles e inmuebles en la legislación vigente:

- a) Así, respecto a la enajenación o gravamen de bienes inmuebles de **MENORES E INCAPACITADOS** se exige autorización del Juez. Es cierto que en las reformas de 1981 y 1983 también se exige para autorización judicial para la enajenación y gravamen de ciertos bienes muebles como son los objetos preciosos, los valores mobiliarios y establecimientos mercantiles (art. 166 y 271.2.º del Código Civil), pero ello no autoriza para desvirtuar la clasificación, pues se trata, únicamente, de aplicar el mismo régimen a sólo determinados bienes muebles, subsistiendo los requisitos para los bienes inmuebles en general, y no aplicándose el precepto a los restantes bienes muebles, que son la mayoría. En cuanto a establecimientos mercantiles o industriales, se trata de la empresa o de la base física de la empresa, que puede comprender bienes muebles e inmuebles, como una universalidad.
- b) Por lo que se refiere a los actos de los **MENORES EMANCIPADOS**, el artículo 323 del Código Civil requiere el consentimiento de los padres, y a falta de ambos, el de su curador, para la enajenación y gravamen de bienes inmuebles, si bien añade que dicho consentimiento también es necesario para la enajenación y gravamen de establecimientos mercantiles y objetos de extraordinario valor. La clasificación entre bienes muebles e inmuebles mantiene su importancia, pues mientras para los bienes inmuebles el consentimiento es imprescindible, para los bienes muebles sólo se prevé en relación con los objetos de «extraordinario valor» y para los que estén incluidos en establecimientos mercantiles e industriales.
- c) En cuanto a la **FORMA** de los negocios, en la regulación de las donaciones, si se trata de bienes inmuebles se requiere como forma solemne la escritura pública (art. 633 del Código Civil). Tratándose de sociedades civiles, el artículo 1.667 del Código Civil exige, para la aportación de bienes inmuebles, la escritura pública. En los demás supuestos, la aplicación del principio general de libertad de forma y las excepciones de la forma *ad solemnitatem*, lo es con independencia de si se trata de bienes muebles e inmuebles, pues dichas excepciones se refieren a la especial naturaleza del negocio en cuestión (así, capitulaciones matrimoniales,

art. 1.318 del Código Civil; negocios del estado civil, sociedades mercantiles, etc.).

Respecto a la forma *ad probationem* o *ad utilitatem*, la distinción no ofrece especiales consecuencias prácticas, pues, aunque en los números 1.º y 2.º del artículo 1.280 se alude a la especialidad de los actos y contratos sobre bienes inmuebles, el último párrafo del precepto aplica el mismo régimen para los demás contratos en que «la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas», con lo que la distinción casi es indiferente, al ser la mayor parte de los bienes muebles de cuantía superior a esa cifra. En todo caso, conforme a la interpretación jurisprudencial del artículo 1.280 del Código Civil, la regulación se refiere únicamente a la facultad de exigir la elevación del documento privado a escritura pública, conforme al artículo 1.279 del Código Civil, en esos supuestos del artículo 1.280.

- d) En cuanto a la PUBLICIDAD REGISTRAL de los bienes, existe una normativa específica para los bienes inmuebles, que no es aplicable a los bienes muebles, en los que, o no se aplica la publicidad registral, sino el régimen posesorio (art. 464 del Código Civil), o cuentan, en determinados supuestos, con un régimen especial de publicidad registral distinto de los bienes inmuebles, en el que predomina la posibilidad de título inscribible privado (así respecto a las ventas a plazos de bienes muebles; no así para la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento).

Para los bienes inmuebles existe la publicidad específica del Registro de la Propiedad, con una regulación en el Código Civil y en la Ley Hipotecaria.

Para los bienes muebles, la publicidad registral es sustituida, en general, por la posesión. No obstante, los bienes muebles tienen una publicidad registral cuando por su identificabilidad, el legislador considera necesario establecer dicho régimen registral.

Se trata, fundamentalmente, del Registro de Bienes Muebles y del Registro de anotaciones en cuenta.

Aunque hay ciertas normas registrales coincidentes, las diferencias de regulación con los bienes inmuebles siguen siendo diferentes.

- e) En materia de USUCAPION, la diferencia entre bienes muebles e inmuebles es también importante, porque se aplica un plazo más breve para los bienes muebles que para los inmuebles (1955 y 1957). Por otra parte, la usucapión extraordinaria de treinta años, se refiere únicamente a los bienes inmuebles (art. 1.959 del Código Civil).
- f) La HIPOTECA se refiere, por regla general, a bienes inmuebles, aunque existen excepciones en el caso de la hipoteca mobiliaria de

ciertos bienes muebles identificables (automóviles, máquinas, etc.). En cuanto al buque, ha sido considerado por el legislador como bien inmueble a efectos de la hipoteca, en la famosa ficción legal del artículo 585 del Código de Comercio, para permitir su hipotecabilidad, dado su extraordinario valor. No obstante, el documento para su acceso al Registro es diferente de la hipoteca sobre fincas, pues el artículo 3 de la Ley de Hipoteca Naval permite que sea documento privado con firmas ratificadas ante el Registrador, a diferencia de la hipoteca inmobiliaria y de la mobiliaria.

- g) La garantía del EMBARGO se realiza de distinta forma según se trate de bienes muebles (aprehensión y depósito), o bienes inmuebles (anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial dirigido al Registro de la Propiedad). Lo mismo ha de decirse de otras medidas provisionales que consisten en anotaciones preventivas sobre bienes inmuebles. No obstante, para los bienes muebles registrables existe también esa forma de garantía de la anotación preventiva en el Registro de Bienes Muebles.
- h) La FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD es aplicable especialmente a determinadas formas de propiedad inmobiliaria, como son la propiedad urbana y rústica, cuyos límites y limitaciones nada tienen que ver con los bienes muebles. No obstante, no hay que descartar la posible aplicación del concepto de función social a determinados bienes muebles que tengan especial valor histórico o artístico, tal como hace la legislación respectiva de esos bienes.

14. CLASES DE BIENES INMUEBLES

Los bienes inmuebles se pueden sistematizar, como hace la mayor parte de la doctrina, ordenando la enumeración del artículo 334 del Código Civil, del modo siguiente:

- a) Bienes inmuebles por NATURALEZA.—Se trata de los supuestos de los números 1.º y 8.º del artículo 334. Son, ante todo, las tierras y el suelo, el subsuelo y el vuelo. En realidad, todo ello se resume en la «finca» y sus distintos elementos. Las fincas pueden ser rústicas o urbanas, siendo su principal criterio distintivo su situación y destino. Después desarrollaremos en un epígrafe especial esta importante clase de bienes inmuebles.
Cabe también incluir entre los bienes inmuebles por naturaleza las minas y las aguas vivas y estancadas. Son los supuestos de los números 1.º y 8.º del artículo 334. El hecho de que las minas sean

de dominio público y también las aguas, en la mayor parte de los casos, no excluye que su carácter sea el de bienes inmuebles, pues la clasificación también puede predicarse respecto a los bienes de dominio público. Distintas de las minas son los minerales que se extraen de ellas, cuya naturaleza de fruto implica atribuirles el carácter de bienes muebles.

- b) Bienes inmuebles por INCORPORACION.—Son las llamadas «partes integrantes» del inmueble, a que antes nos hemos referido, y que tienen también la consideración de inmuebles. Así, las «construcciones de todo género adheridas al suelo» (forman una sola finca con el suelo o solar). También los árboles y plantas y los frutos pendientes. Y según el número 3.º del artículo 334, «todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto» (así, el parquet ya instalado o los radiadores de calefacción). Aquí el Código, según vimos anteriormente, da una verdadera definición de la «parte integrante», cuya característica esencial es que no pueden celebrarse negocios separados del inmueble del que forman parte, y además, su régimen es el de los bienes inmuebles. Lo que ocurre es que la parte integrante referida a los frutos cuando no están unidos al inmueble, es decir, los que no están todavía pendientes, nos lleva más bien a la idea de frutos «cogidos pero todavía no levantados y ni almacenados», conforme al criterio de la antigua Ley Hipotecaria de 1861, según comentamos ya, al tratar de las partes integrantes.
- c) Bienes inmuebles por DESTINO.—En este grupo pueden incluirse todos aquellos supuestos que el Código Civil considera bienes inmuebles, teniendo en cuenta su especial destino. Pero hay dos grupos diferentes en que el legislador tiene en cuenta el destino. Por una parte, el destino de servicio a un inmueble, que es el caso de las pertenencias de los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 334. Y, por otra parte, el destino fijo del bien, que es el supuesto del número 9.º de dicho precepto, relativo a los diques y construcciones flotantes. Respecto al primer grupo, hay una serie de bienes que, siendo por naturaleza bienes muebles, sin embargo, al estar destinados al servicio de la finca, por razones económicas o de adorno de ella, el Código los considera como inmuebles. Son las «pertenencias», que han sido tratadas anteriormente, junto a las partes integrantes. Se trata de bienes que no son partes «constitutivas» del inmueble, sino «elementos funcionales» del inmueble por razón de su destino. Requieren un «acto de destinación» realizado por el propietario, que es «acto jurídico», no negocio jurídico, en virtud del cual, el pro-

pietario pone la pertenencia en una relación de servicio respecto a la cosa inmueble, que puede ser un servicio económico u ornamental. Aunque no se produce una unión física con la cosa inmueble (a diferencia de la parte integrante), las pertenencias están situadas especialmente en la cosa inmueble, colocadas en ella, y con cierta permanencia.

Caso de que cese el destino o servicio, se produce, según vimos también, un acto de desafectación, y la pertenencia deja de ser tal y se convierte en bien mueble, o bien pasa a ser pertenencia de otro bien inmueble.

El Código Civil considera a las pertenencias, en el precepto que comentamos, como bienes inmuebles, de tal modo que siguen la suerte del inmueble si no se dice otra cosa en los negocios sobre el inmueble (y salvo la hipoteca que requiere pacto expreso para poder extenderse a las pertenencias).

Los supuestos de pertenencias son los de los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 334, es decir, en resumen: las estatuas, relieves, pinturas y objetos de uso u ornamentación del inmueble, **COLOCADOS POR EL PROPIETARIO CON EL PROPOSITO** de unirlos de **MODO PERMANENTE** al fundo (núm. 4 del art. 334); las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios **DESTINADOS POR EL PROPIETARIO** a la industria o explotación del inmueble, como pueden ser también los tractores para la explotación agrícola u otras máquinas para la explotación industrial, siempre que no estén empotradas, pues entonces serían parte integrante (núm. 5.º del art. 334); los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces **COLOCADOS** en la finca (núm. 6.º del art. 334); los abonos **DESTINADOS** al cultivo de una heredad, que **ESTEN** en las tierras donde hayan de utilizarse (núm. 8.º del art. 334).

El número 9.º del artículo 334 del Código Civil se refiere a un tipo de inmuebles por destino que no constituye pertenencia, a pesar de ser inmueble por destino, y ello por su falta de accesoriedad respecto a una cosa inmueble principal, y es el caso de los diques y construcciones flotantes destinados a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. Los buques son bienes muebles, salvo para la hipoteca en que son considerados como inmuebles. Pero los diques y construcciones flotantes, aunque sean buques, a efectos de la definición del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, son bienes inmuebles si tienen ese destino de permanecer fijos, que es una característica esencial de los bienes inmuebles.

No hay contradicción en que el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 los considere como buques a efectos de

su inscripción en dicho Registro, y en que, para los demás aspectos o efectos, sean bienes inmuebles, conforme al Código Civil, dado su destino fijo en un punto de un río, lago o costa, a diferencia de los buques, en continuo movimiento, por su propia naturaleza.

- d) Bienes inmuebles por ANALOGIA.—En este grupo están los supuestos del número 10 del artículo 334 del Código Civil, que se refiere a las concesiones administrativas, las servidumbres y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por tanto, un usufructo sobre un bien inmueble es también un inmueble. Se trata de bienes inmuebles por asimilación. Ya vimos que los derechos tienen por objeto los bienes, pero en tanto en cuanto pueden ser a su vez objeto de otros derechos, cabe considerarlos como bienes, a efectos de aplicar a los negocios relativos a los mismos, las mismas reglas que las de los inmuebles. Se trata de un supuesto en que los derechos se equiparan a los bienes y tienen la categoría de bienes, según se trató en uno de los epígrafes anteriores.

15. LOS BIENES MUEBLES

El Código Civil se ocupa de los bienes muebles en una época en que no habían tenido el desarrollo y la importancia que actualmente tienen muchos de ellos.

Según los artículos 335 y 336 del Código Civil, se establecen tres criterios para el concepto de bienes muebles:

- El criterio de EXCLUSION: son bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el artículo 334 del Código Civil, es decir, los que no están en la lista de bienes inmuebles.
- El criterio de DEFINICION: en general, todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo del inmueble a que estuvieren unidos. Se trata de supuestos en que no se trate de parte integrante de un inmueble ni de pertenencia. Naturalmente, la mayor parte de bienes muebles no está unido al inmueble en sentido físico, pero al menos cabe hablar de localización en un determinado inmueble, aunque no sea por unión física, y en este aspecto podría tener sentido la definición del artículo 335 del Código Civil.
- El criterio de la ENUMERACION: este criterio se utiliza para resolver algunos casos extraños o difíciles, como son: las rentas o pensiones (siempre que no sean derechos reales sobre un inmueble), las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios (a diferencia de la hipoteca inmobiliaria misma, que es bien inmueble); los contratos sobre servicios públicos (a diferencia de las concesiones administra-

tivas sobre bienes inmuebles). Este último supuesto ofrece una imprecisión terminológica, pues un contrato no es un «bien». Ha de referirse a las prestaciones derivadas del contrato de servicios públicos.

Los «oficios enajenados», a los que también alude el precepto, representa una categoría ya inexistente, propia de épocas en que podían venderse determinados oficios públicos (cargo de notario, farmacéutico, etc.).

Varias leyes posteriores al Código Civil, muchas de ellas recientes, se han ocupado de los bienes muebles, especialmente de la normativa de su financiación y del Registro de las garantías que los mismos proporcionan.

En este aspecto, podría parecer que resurge una vieja distinción entre «Bienes o cosas registrables» y «no registrables», que hace ya muchos años se planteó con pretensiones de sustitución de la *summa divisio* de bienes muebles e inmuebles (así, por ejemplo, PASCUAL MARÍN PÉREZ), incluyendo entre las cosas o bienes registrables no sólo los bienes inmuebles sino también los bienes muebles que son perfectamente identificables e individualizables, y que en consecuencia, sirven de garantía a través de la inscripción registral.

Sin embargo, es perfectamente compatible mantener la tradicional distinción entre bienes muebles e inmuebles, tal como se hace en el presente estudio, y al mismo tiempo, destacar que entre los bienes muebles, hay que considerar una serie de ellos que por su importancia comercial, sea industrial o para el consumo, y por su identificación, pueden permitir el acceso a un Registro creado especialmente para ese tipo de bienes, que es el llamado Registro de Bienes Muebles.

Así, por ejemplo, existe una normativa específica de esa clase de bienes muebles, que incide en la importancia de su inscripción en el Registro de Bienes Muebles, de cierto parecido, pero no idéntico al Registro de la Propiedad relativo a los bienes inmuebles.

Dentro de esa normativa, hay que destacar las siguientes normas, tal como hacen FERNANDO GARCÍA SOLÉ y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO (*Derecho de los Bienes Muebles*, 2002, pág. 21):

- a) La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954.
- b) El Código de la Circulación, en relación con el Registro Administrativo de Automóviles, si bien actualmente, la presunción de propiedad de los derechos inscritos sobre automóviles va a depender del Registro de Bienes Muebles, como reconoce el Convenio entre la Dirección General de Tráfico y la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo de 2000.
- c) El Registro de Buques, tanto el de carácter administrativo de las distintas Comandancias de Marina, como el regulado en el Regla-

mento del Registro Mercantil de 1956 y en la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893.

- d) El Registro de Aeronaves, en la Dirección General de Aviación Civil (Registro de Matrícula de Aeronaves) y en el Reglamento del Registro Mercantil de 1956.
- e) El Registro de Reservas de dominio y prohibiciones de disponer que surge a partir de la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 17 de julio de 1965, actualmente sustituido por el citado Registro de Bienes Muebles, creado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, en el que se ha integrado.
- f) El Registro de la Propiedad Intelectual para la inscripción de los bienes sobre los que recaen derechos de la propiedad intelectual.
- g) La Oficina Española de Patentes y Marcas para la inscripción de esos bienes propios de la denominada propiedad industrial.

Actualmente, el citado Registro de Bienes Muebles, que tiene su apoyo en la Disposición Final Segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio; en la Disposición Adicional Unica de la Ley 6/1990, de 2 de julio, y en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, ha sido regulado por el Real Decreto de 3 de diciembre de 1999, que se refiere a los siguientes contratos inscribibles, según señalan los citados autores FERNANDO GARCÍA SOLÉ y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO (*ob. cit.*, pág. 160):

- a) Los contratos de venta a plazos con o sin pacto de reserva de dominio.
- b) Los arrendamientos financieros (leasing) sobre bienes muebles.
- c) Otros contratos de arrendamientos (renting, lease back, arrendamientos ordinarios).
- d) Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.
- e) Hipoteca naval.
- f) Anotaciones de embargo, de demanda, de secuestro, de prohibición de disponer y demás anotaciones preventivas sobre bienes muebles.
- g) Compraventas ordinarias de bienes muebles, con o sin precio aplazado.
- h) Cualesquiera contratos onerosos o gratuitos, *inter vivos* o *mortis causa*, sobre tales bienes.

Las secciones de dicho Registro de Bienes Muebles, son las siguientes:

- 1.^a Sección de Buques y Aeronaves.
- 2.^a Sección de Automóviles y otros Vehículos de Motor.
- 3.^a Sección de Maquinaria Industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo.

- 4.^a Sección de garantías reales.
- 5.^a Sección de otros bienes muebles registrables.
- 6.^a Sección del Registro de Condiciones Generales.

16. LA FINCA: CONCEPTO Y CARACTERES

Dentro de los bienes inmuebles, aparece como bien fundamental y hasta prototipo de ellos, la finca. Aunque, en principio, la finca hay que situarla entre los inmuebles por naturaleza, por ser la clase tradicional de ellas la finca rústica y la finca urbana solar, sin embargo, la finca no se encuadra exclusivamente en ese supuesto, pues la finca más frecuente e importante en los tiempos actuales es la edificación o construcción, y aun dentro de ella, cada piso o local en régimen de propiedad horizontal (inmuebles por incorporación). Por otra parte, en la finca hay que incluir no sólo las partes integrantes, sino también las pertenencias (inmuebles por destino). Y son también fincas especiales algunas de ellas que se engloban en los inmuebles por analogía del número 10 del artículo 334 del Código Civil (las concesiones administrativas, los derechos como finca). Todo ello nos lleva a una diferenciación entre el inmueble, como concepto más general, y la finca, como concepto más específico, dentro de los inmuebles.

La finca interesa al Derecho Civil, pero especialmente a aquella rama del Derecho Civil que es el Derecho Inmobiliario Registral.

Dentro de éste, la finca es uno de los elementos de la publicidad registral, que es la base sobre la que se aplican los principios fundamentales del sistema registral.

Los demás elementos relacionados con la publicidad registral, que no son objeto del presente estudio, son: el titular registral, como portador de los derechos sobre las fincas; el derecho real inscribible, como objeto de la publicidad registral; el acto o contrato de trascendencia real, como título material que es la causa de la publicidad registral; el título formal o documento, que constituye la prueba del acto o contrato relativo al derecho real, y el asiento registral, como medio de llevar a cabo la publicidad registral.

En cuanto al elemento finca, tiene una función importantísima en el Derecho Inmobiliario, que se manifiesta en una serie de frases acuñadas que emplea la doctrina y la jurisprudencia. Así, se dice:

- La finca es la base del sistema registral.
- La finca es la unidad de cuenta del sistema.
- El Registro de la Propiedad se lleva por fincas.
- El sistema inmobiliario español es un sistema de folio real.
- La finca constituye una unidad permanente y estable dentro del sistema inmobiliario.

Todas estas expresiones vienen a significar la importancia de la finca para la organización del sistema inmobiliario, que es efectivamente, de folio real.

Así resulta de los artículos 8, 243 y 13 de la Ley Hipotecaria, que vienen a definir lo que significa el folio real.

El artículo 8 LH, en sus dos primeros párrafos, establece: «Cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo». «Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial». Hay aquí dos ideas: el número de cada finca, al abrir el folio real de la misma, como distinto de las demás; y la numeración de las inscripciones correlativamente dentro de la historia del folio real de la finca.

Dentro del folio real se consigna el número de la finca y la numeración de las inscripciones o asientos relativos a la misma, que se hace por números o por letras, según se trate de asientos de inscripción o de anotación preventiva (art. 43 RH).

El artículo 243 LH establece: «El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos». En este precepto queda todavía más clara la organización del sistema a través del folio real, que se abre a cada finca, si bien utiliza la terminología de «registro particular» de cada finca en el libro correspondiente. Después insiste en la misma idea del artículo 8 LH, pero especificando que los asientos se vayan practicando a continuación, sean de inscripción, anotación preventiva o cancelación. Y añade el requisito formal de que no hay que dejar claros al extender esos sucesivos asientos.

El artículo 13 LH completa el sistema de folio real, desde el punto de vista sustantivo o de los efectos, al decir que los derechos reales y cualquier carga o limitación del dominio, «para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan». Por tanto, se trata de concentrar en el folio real de cada finca, todos los derechos reales y titularidades de cada una, así como sus diferentes vicisitudes, para que lo puedan consultar los terceros que vayan a ser afectados. Por tanto, no se trata de un problema meramente formal o de organización del sistema, sino de efectos respecto a terceros.

En cuanto al concepto o definición de la finca, se compone de varios elementos, uniendo los cuales se obtiene esa definición de la misma, que podría ser la siguiente:

«Es un bien inmueble consistente en un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, perteneciente a un

solo propietario o a varios en comunidad, que opera en el tráfico jurídico como una unidad y que es susceptible de abrir folio registral».

A veces se distinguen por algunos autores entre finca material, finca funcional y finca registral, pero se trata de distinciones artificiosas, pues la finca registral no es un concepto meramente formal, contrapuesto a la finca material, ni es ajeno a la funcionalidad de la finca, sino resultante de la realidad, una vez que abre folio registral, por lo que, en la definición propuesta van también incluidos esos conceptos de finca material y finca funcional, según veremos.

Señalaremos un comentario a cada uno de los elementos de esa definición:

a) La finca es un bien inmueble.—Hemos visto que el artículo 334 del Código Civil hace una enumeración de bienes inmuebles, que se contraponen a los bienes muebles en la famosa clasificación o *summa divisio* de los bienes. Dicha clasificación es fundamental en Derecho Inmobiliario, por lo que no puede afirmarse, según vimos, que haya perdido importancia en la actualidad, aunque excepcionalmente, algunos bienes muebles se hayan asimilado a ciertos efectos a los inmuebles.

Pues bien, no todos los supuestos de inmuebles enumerados en el artículo 334 del Código Civil son finca, a efectos registrales del Derecho Inmobiliario. Sí lo son los llamados «inmuebles por naturaleza». Los inmuebles por incorporación y los llamados «inmuebles por destino» son, en principio, partes integrantes de finca y pertenencias de la finca, respectivamente. Pero lo cierto es que, al producirse una edificación que se incorpora al suelo, no se trata solamente de una parte integrante del suelo, sino que todo el conjunto cambia de naturaleza y se convierte en finca urbana, sin que quepa distinguir en Derecho Inmobiliario el suelo de la construcción, pues se trata de un concepto unitario de finca, sin perjuicio de que haya algunos derechos, cada vez más frecuentes, dadas las nuevas realidades urbanísticas, que pueden recaer separadamente sobre una y otra en casos excepcionales (derecho de superficie, de vuelo, unidades subterráneas). En cuanto a los llamados «inmuebles por analogía» (concesiones administrativas del núm. 10 del art. 334) han de configurarse como fincas especiales, según tendremos ocasión de ver. Los derechos reales sobre bienes inmuebles, que el artículo 334.10 del Código Civil también considera como inmuebles, no pueden considerarse fincas, a efectos registrales, salvo en aquellos casos en que pueda hablarse de finca especial, por tratarse de una participación indivisa que deba abrir folio registral.

En cuanto a los diques y construcciones flotantes del número 9.º del artículo 334 del Código Civil, se trata de bienes inmuebles, pero no de fincas, ni tienen tampoco relación con ellas, sino con los buques, a efectos

de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956).

Por todo ello, el bien inmueble es el género, y la finca uno de los supuestos de bien inmueble. Pero en otras ocasiones, el inmueble no es sólo la finca, sino los elementos de la propia finca, que se «inmobilizan» al estar relacionados con ella (partes integrantes y pertenencias).

Por ello, los demás inmuebles que menciona el Código Civil, fundamentalmente los bienes inmuebles por incorporación y las pertenencias, interesan también a la finca y al folio real, no como fincas propiamente dichas, sino como partes de ella. No obstante, puede suceder en ocasiones que se independicen de la finca y formen una nueva finca (así, las porciones segregadas o los pisos de la propiedad horizontal).

Las partes integrantes que están incorporadas al inmueble no son fincas, aunque tengan la consideración de inmueble, siendo sus características las ya examinadas anteriormente, y que recordamos:

- No son cosas, sino partes de la finca.
- Son elementos constitutivos de la finca.
- Son elementos integrados en la finca, conectados físicamente con la finca, que siguen su suerte en los negocios jurídicos y en los derechos reales que recaigan sobre la finca, salvo algunos casos excepcionales, como ocurre en la hipoteca que no recaiga en las construcciones, por no haberse pactado la extensión a las mismas o por haber sido realizadas por un tercer adquirente y no por el deudor (art. 113 LH).

Pueden hacerse constar en el folio de la finca como formando parte de su descripción, o bien mediante inscripción de declaración de obra nueva, o bien mencionarse como elementos a los que se extiende la hipoteca que se constituya sobre la finca, si así se hace constar en el documento.

Las pertenencias de la finca, que son los llamados «inmuebles por destino», tampoco son fincas, pero forman parte de la finca, siendo sus características las siguientes:

- Son cosas y no partes de la finca, pero que tienen el tratamiento de bienes inmuebles.
- No son elementos constitutivos o integrados en la finca de modo inseparable, sino que tienen una conexión con ella por el acto de destinación del propietario como bienes al servicio económico u ornamental de la finca.
- Los negocios y derechos reales sobre la finca, se presume que comprenden las pertenencias, salvo manifestación en contrario y salvo desafectación del destino de la finca. En ocasiones, como ocurre con la regulación de la hipoteca, se produce una excepción, señalando el artículo 111 LH, que para que la hipoteca recaiga sobre las pertenencias

cias se necesita pacto expreso, con la finalidad de fomentar la constitución de garantías independientes sobre tales bienes que sirvan de nuevas fuentes de crédito para el propietario.

Las pertenencias no suelen expresarse en la inscripción de la finca, salvo la mención a las mismas en el pacto de extensión de la hipoteca a que se refiere el citado artículo 111 LH. Más frecuente es que se hagan constar como objetos de prenda sin desplazamiento en los libros especiales de tal garantía, que se llevan con independencia de los libros del Registro de la Propiedad, y hoy como formando parte del Registro de Bienes Muebles.

b) La finca consiste en un espacio. La doctrina tradicional viene definiendo la llamada «finca material» como «un trozo de la superficie terrestre». No obstante, como ha señalado RAFAEL ARNÁIZ, se trata de una referencia que no abarca todos los supuestos del concepto de finca, que no siempre es un trozo de la superficie terrestre. El concepto de «espacio» permite incluir en el concepto de finca los tres supuestos que pueden darse, bien sea como constitutivos de una sola finca, o bien como fincas diferentes:

- El suelo.
- El vuelo.
- El subsuelo.

Estos elementos se adaptan al concepto de «espacio», y en cambio, no siempre al mero concepto de «trozo de la superficie terrestre».

Puede tratarse de una sola finca comprensiva del suelo, vuelo y subsuelo (supuesto normal de edificio sobre solar con el subsuelo correspondiente), o bien dar lugar a fincas diferentes (el edificio, los pisos y locales en altura y los locales del subsuelo destinados a garaje, por ejemplo).

En los casos de derecho de vuelo y de superficie, no puede hablarse de varias fincas, sino de una sola finca pero con derechos o titularidades diferentes sobre las partes integrantes de la finca.

c) Ese espacio en que consiste la finca ha de estar «suficientemente delimitado». Tradicionalmente, se suele hablar aquí de que el trozo de la superficie terrestre ha de estar «cerrado por una línea poligonal». Pero se estima más adecuada la expresión elegida, por llevar implícita su relación con los conceptos de «descripción e identificación de la finca», que son esenciales, conforme al principio de especialidad, para que pueda hablarse de una finca como separada y distinta de las demás colindantes.

Esta delimitación puede existir a través de signos en la realidad física exterior, pero lo importante, en el aspecto jurídico, es que quede bien delimitado el objeto de derecho que es la finca a través de la delimitación que resulta de las descripciones de los documentos y de los asientos, a poder ser completados con un plano, según veremos después.

En cambio, la realidad física no siempre sirve para una delimitación precisa de la finca, bien porque se trate de zonas de monocultivo, o bien porque las separaciones físicas sobre el terreno no coincidan con el concepto jurídico de la finca resultante de la voluntad de los particulares y de los documentos e inscripciones.

d) El espacio ha de ser, además, «susceptible de aprovechamiento independiente». Con este elemento se trata de dar entrada al concepto de finca funcional como característica de toda finca, o mejor dicho, como límite mínimo que ha de tener el concepto de finca. Así, no pueden considerarse fincas, aquellos objetos que por su mínima expresión, no son aptos para un aprovechamiento independiente. Por ejemplo, una sola cepa o un metro cuadrado o una habitación mínima, no son fincas, sino partes de finca. Se puede insistir aquí, además, en el concepto de parte integrante como constitutivo de la finca, sin que sea propiamente finca, pues, por su función, la parte integrante no puede ser considerada como finca independiente, sino parte de ella. En cambio, las llamadas «partes integrantes separables», cuando adquieren independencia, por razón de su propia función específica y autónoma, pasan a constituir un bien distinto, y en consecuencia, una finca distinta (ejemplo: porciones segregadas o formadas por división).

En cuanto al concepto de finca funcional, ha de atenderse al concepto de unidad mínima indivisible de la finca, para que cumpla la función de aprovechamiento. Esto se manifiesta en el ámbito agrario y en el urbanístico, a través de las unidades mínimas agrarias o parcelas urbanas indivisibles.

e) Otra nota del concepto de finca es la de pertenencia a un solo propietario o a varios en comunidad. Se trata del elemento jurídico de la titularidad unitaria de la finca. La titularidad delimita jurídicamente la finca. Ha de existir un solo propietario en cada finca, o bien varios, pero en situación jurídica de comunidad, sin que cada uno de ellos ostente la titularidad de una porción material concreta de la finca, pues en tal caso, se produciría la existencia de varias fincas y no de una sola. Existen algunos derechos reales que parecen dar lugar a titularidades sobre objetos diferentes, como son el derecho de vuelo y el de superficie, pero en realidad, subsiste el derecho de propiedad sobre el conjunto, si bien en cuanto a determinada parte integrante (el vuelo o la construcción), se produce además la titularidad de un derecho real especial, como es el de vuelo o superficie.

f) La finca opera en el tráfico como una «unidad». De ahí la idea de «unidad de cuenta» anteriormente resaltada, como propia de la finca. La finca es objeto unitario de tráfico a efectos de los negocios jurídicos y de los derechos reales, en el sentido de que no pueden recaer tampoco sobre partes materiales de fincas, sino sobre la finca en su totalidad, sin perjuicio de que puedan recaer sobre varias fincas. Para que un derecho real recaiga

exclusivamente sobre una parte de la finca, es necesario proceder a la conversión de esa parte en finca, mediante la correspondiente segregación o división. Esto lo impone el principio de especialidad, y el propio sistema de folio real, para evitar que los derechos reales recaigan sin orden y concierto sobre partes de fincas. Ello no obsta para reiterar la especialidad propia de los derechos reales de vuelo y de superficie, si bien en estos casos, el derecho real en sí recae sobre la totalidad de la finca, aunque en concreto recaiga su aprovechamiento o uso sobre determinadas partes integrantes de la misma (vuelo o edificación).

g) Por último, el elemento registral de la definición de finca viene a ser un resultado de todos los elementos anteriores y es que, por todas las características anteriores, la finca, para ser tal, ha de ser susceptible de abrir folio registral, e incluso, ha de abrir folio registral. En otro caso, no puede hablarse propiamente de finca en Derecho Inmobiliario, por no poder ser objeto del folio real y de la publicidad registral de los negocios y derechos reales que recaigan sobre la misma. En todo caso, este elemento de la definición no puede abstraerse de los demás dejándolo desconectado de ellos, como si la finca registral fuese un concepto meramente formal independiente de la finca material, pues en seguida habría que preguntarse qué es lo susceptible de abrir folio registral, y la contestación sería la de la finca material misma caracterizada por todas las notas anteriores de la definición.

En consecuencia, la susceptibilidad de abrir folio registral, y la misma apertura de folio registral para la finca, no es propiamente el elemento definitorio de la finca, sino el elemento-consecuencia o elemento-resultado de los demás elementos analizados.

17. CLASES DE FINCAS

A) FINCAS RÚSTICAS Y URBANAS

La clasificación de fincas rústicas y urbanas es fundamental en el ordenamiento jurídico, porque existe una legislación diferente para las de una y otra clase.

Así, en materia de arrendamientos rústicos y urbanos, respecto a retractos de colindantes en relación con las fincas rústicas y en materia de legislación urbanística y agraria.

En la legislación inmobiliaria registral es también importante la clasificación de fincas rústicas y urbanas por varias razones fundamentales:

1.^a) Porque la legislación hipotecaria exige que se encabece la descripción con la expresión «rústica o urbana», y distingue las circunstancias de la descripción según sea una u otra la naturaleza de la finca.

2.^a) Porque el Registrador ha de calificar de distinta manera los requisitos legales previstos para las fincas rústicas y urbanas en las legislaciones agraria, urbanística y arrendaticia correspondientes.

3.^a) Porque la coordinación entre Catastro y Registro se regula de manera diferente, en cuanto a su implantación obligatoria de la referencia catastral en fincas urbanas, y actualmente pendiente en fincas rústicas.

A pesar de esta importancia para el Derecho Inmobiliario, no existen criterios legales específicos y uniformes para la distinción en la legislación hipotecaria, sino que la expresión registral de la naturaleza se hace depender de la manifestación de las partes que conste en el documento correspondiente.

No obstante, sigue siendo fundamental determinar los criterios de distinción entre una y otra clase de fincas, porque ello servirá para que los interesados las tengan en cuenta en los documentos que otorguen, y además, porque servirán de criterio al Registrador de la Propiedad, a efectos de la determinación de la legislación aplicable a una y otra clase de fincas.

Hasta ahora han existido distintos baremos o medidas de diferenciación de las fincas rústicas y urbanas según la materia de que se tratase, y así ha de seguir entendiéndose desde el momento en que cada legislación sectorial que se ocupa de la materia, refiere la distinción «a los efectos de la legislación» de que se ocupa. Y lo mismo hace la jurisprudencia cuando se ocupa de materias no reguladas específicamente. Así, a efectos del retracto de colindantes regulado por el Código Civil para las fincas rústicas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha atendido fundamentalmente al «destino», es decir, a la explotación agrícola de la finca (sentencia de 3 de octubre de 1970).

Ciertamente, la legislación de arrendamientos rústicos contiene criterios que, si bien en principio, son aplicables únicamente a la materia de la que dicha legislación se ocupa, son suficientemente expresivos para extenderlos a otras materias carentes de legislación sobre ello. Concretamente, el artículo 7 de la LAR se refiere a las fincas excluidas de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por concurrir en ellas algunas de las circunstancias siguientes: «Constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable programado».

Actualmente, ha desaparecido de la legislación urbanística la figura del suelo programado y el no programado, pero existe la de suelo urbanizable transformado o pendiente de transformación, según veremos, que puede ser aprovechable para considerar como finca rústica no sólo la que está en suelo no urbanizable sino en suelo urbanizable todavía no transformado.

Otro de los criterios que resultan de la legislación arrendaticia rústica es el de la accesoriedad, pues excluye de tal legislación las fincas «accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico», siempre que el

rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior. En fin, el artículo 7.3.º de dicha LAR excluye de la misma las fincas que tengan «por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo».

Por su parte, la legislación urbanística ha regulado con detalle la distinción entre los distintos tipos o clases de suelo en su totalidad, lo que también es de gran interés, aunque sea a efectos de la legislación urbanística. Así lo hace la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, que distingue el suelo urbano, el no urbanizable y el urbanizable. Dicha clasificación ha sido considerada conforme a la Constitución, por la sentencia del TC, de 11 de julio de 2001, en cuanto se refiere a los fines de la configuración de las condiciones básicas de ejercicio de la propiedad urbana y sin perjuicio de que a otros fines urbanísticos las Comunidades Autónomas puedan señalar otras clases de suelo. Ello también sin perjuicio de que en los municipios sin planeamiento, sólo se contemplen dos clases de suelo: el urbano y el no urbanizable (art. 11 de la Ley).

La definición de cada clase de suelo por la citada Ley estatal es la siguiente:

- a) Suelo urbano. Tendrán la condición de suelo urbano, a los efectos de esta Ley —según dice el art. 8—:
 - El suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidado por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística.
 - Los terrenos que en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo.
- b) Suelo no urbanizable. «Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley —dice el art. 9—, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:
 - Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.

— Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano.

- c) Suelo urbanizable. El suelo que, a los efectos de esta Ley, no tenga la condición de urbano o de no urbanizable, tendrá la consideración de suelo urbanizable y podrá ser objeto de transformación en los términos establecidos en la legislación urbanística y el planeamiento aplicable (art. 10 de dicha Ley). El artículo 15, al regular los derechos de los propietarios de suelo urbanizable, aclara que «los propietarios de suelo clasificado como urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos de su propiedad conforme a la naturaleza rústica de los mismos. Además, tendrán derecho a promover su transformación instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística». Este artículo 15 ha sido considerado constitucional por la citada sentencia. No así el artículo 16, al regular los concretos instrumentos urbanísticos en virtud de los cuales se ejerce el derecho a promover la transformación que corresponde regular a cada Comunidad Autónoma, dentro de sus competencias urbanísticas.

En cualquier caso, dentro del suelo urbanizable aparecen las dos clases de suelo: el que todavía es rústico, por no estar transformado a pesar de sus expectativas, y el que ha de considerarse urbano, por estar promovida y aprobada su transformación en virtud del planeamiento correspondiente.

En base a todo lo anterior, y a efectos de la legislación registral o inmobiliaria, hay que seguir aludiendo a los cuatro criterios doctrinales y jurisprudenciales que establecían la distinción entre fincas rústicas y urbanas, si bien interpretándolos en concordancia con los criterios que resultan de la legislación arrendaticia y urbanística.

Dichos criterios tradicionales son los siguientes: la situación, la construcción, el destino y la accesoriedad. Todos ellos hay que utilizarlos conjuntamente, atendiendo a los diferentes supuestos, para conseguir la determinación de si una finca es rústica o urbana.

Podrían utilizarse del modo siguiente:

- a) El criterio de la situación de la finca, en el campo o en la ciudad, ha de tenerse muy en cuenta, pero precisándolo debidamente de modo que se refiera a la situación de las fincas en las distintas clases de suelo previstas en la legislación urbanística, tal como hacía la

Ley de Arrendamientos Rústicos. Así, pueden considerarse como fincas urbanas, sitas en la ciudad y no en el campo, las que están en suelo clasificado como suelo urbano, ya sea «consolidado» por la edificación o de los «transformados» por contar con los cuatro servicios clásicos anteriormente expresados. También han de considerarse como fincas urbanas las que se encuentren en suelo clasificado como urbanizable pero que esté ya transformado por haberse aprobado el correspondiente instrumento de planeamiento para esa transformación.

En cambio, han de considerarse fincas rústicas, situadas en el campo según la vieja terminología, las que se encuentren en suelo clasificado como no urbanizable (sea protegido o preservado) y en suelo urbanizable pero todavía no transformado ni aprobada la transformación.

- b) El criterio de la construcción. Según este criterio son fincas urbanas las que tengan una construcción o sean aptas para construir. Ahora bien, resulta actualmente más adecuado explicar este criterio de la construcción a través de la legislación urbanística, en el sentido de que han de considerarse fincas urbanas aquellas que ya estén construidas o que sean aptas para la construcción por estar situadas en suelo urbano o urbanizable transformado. Respecto a las fincas situadas en suelo no urbanizable o urbanizable no transformado, aunque en principio son fincas rústicas según el criterio de la situación, anteriormente tratado, hay que tener en cuenta que se permiten algunas construcciones, por lo que, cuando éstas sean relevantes respecto al destino rústico, y no tengan un destino agrario, habría base para considerar que se trata de fincas urbanas conforme a este criterio de la construcción.
- c) El criterio del destino. Este criterio, que se concreta en el destino a la edificación, tratándose de fincas urbanas, y en la explotación agraria, ganadera o forestal para las fincas rústicas, viene a ser complementario del anterior, pudiendo aplicarse igualmente los criterios de la legislación urbanística que se acaban de mencionar, es decir, los resultantes de la situación según la clase de suelo de que se trate y del carácter de la edificación existente. Por esta vía del destino puede, por tanto, llegarse a la conclusión de que las fincas urbanas son las que radican en suelo urbano y en suelo urbanizable transformado, y las fincas rústicas las que radican en suelo no urbanizable y en el urbanizable no transformado.
- d) El criterio de la accesoriadad. Este criterio es complementario de los anteriores, pues se trata de considerar una finca como rústica o urbana, atendiendo a la parte principal que tenga uno u otro carácter.

Este criterio de la accesoriedad puede ser un correctivo en casos concretos para los criterios del destino y de la construcción, en aquellos casos en que, a pesar de que una finca sería urbana o rústica atendiendo a dichos criterios, pasa a ser de la otra clase atendiendo a la accesoriedad.

En definitiva, los cuatro criterios tradicionales de distinción entre fincas rústicas y urbanas pueden seguir siendo útiles, pero han de coordinarse y relacionarse con los que resultan de la legislación urbanística, que como regulación totalizadora del suelo, es prevalente para determinar la distinción entre una y otra clase de fincas.

B) FINCAS CONTINUAS Y DISCONTINUAS

Las fincas continuas son las fincas normales que no ofrecen especialidad por referirse a un espacio sin solución de continuidad dentro de unos linderos.

En cambio, las fincas discontinuas son aquellas formadas por varios trozos o suertes separadas entre sí, pero que ofrecen características peculiares que permiten considerar a todas ellas como formando una unidad.

El apartado 2.º del artículo 8 LH se ocupa de estas fincas discontinuas, estableciendo que se inscribirá como una sola finca: «Toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí».

El artículo 44 del Reglamento Hipotecario desarrolla este precepto en sus apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º, refiriéndose a distintos supuestos que se caracterizan por la nota de conjunción de terrenos o dependencias a través de las notas de accesoriedad o destino unitario, y que son las que definen el concepto de finca discontinua.

El apartado 3.º del artículo 44 pretende además, delimitar la finca discontinua del artículo 8.2.º LH, a través de las notas de tener un «nombre propio» y de exceder la organización de la puramente individual, añadiendo a partir de 1982, que han de incluirse las explotaciones familiares agrarias.

Pero parece ciertamente accidental la idea de nombre propio y puramente artificial o discriminatorio que se trate de exceder de la organización puramente individual para limitarse a organizaciones societarias o colectivas. Y lo de las explotaciones agrarias tampoco es correcto porque éstas no constituyen necesariamente una finca, sino que pueden estar constituidas por varias fincas, no ya sólo en la ley ya derogada de 1982, sino en la de 1994 de explotaciones agrarias prioritarias.

Por ello, conforme al texto legal, ha de volverse al criterio de la resolución de la DGRN, de 29 de noviembre de 1947.

En definitiva, para dar unos criterios concretos que sirvan para definir las fincas discontinuas, podríamos señalar estos dos elementos necesarios:

- a) Las porciones han de ser accesorias respecto a una parte principal.
- b) Las porciones han de reunir el requisito de proximidad para evitar que fincas que están a larga distancia y que nada tienen que ver entre sí, puedan dar lugar a una única apertura de folio real, en contra del carácter imperativo de éste respecto a cada finca, por razón del principio de especialidad.

C) FINCAS MATRICES Y FINCAS NUEVAS O RESULTANTES

Finca matriz o matrices es aquella o aquellas fincas a partir de las cuales se forman nuevas fincas que proceden de ella.

Fincas nuevas o de resultado son las que se forman partiendo y procediendo de una finca matriz determinada o de varias fincas matrices.

La finca matriz, por tanto, es la finca de procedencia o madre de las fincas que se forman.

Hay dos formas de conexión de las fincas nuevas con la finca matriz o matrices: la conexión por procedencia y la conexión por procedencia y por pertenencia:

a) Conexión por procedencia

Se trata de una conexión meramente histórica, pero sin que produzca una unión actual entre las fincas matrices y las nuevas, que viven con independencia su correspondiente historial. Las fincas nuevas proceden o se forman de una matriz o de varias matrices, pero una vez formadas tienen vida totalmente independiente en el folio abierto a las mismas.

Son los supuestos de las llamadas «modificaciones de entidades hipotecarias», que son: la segregación, agrupación, agregación y división.

La idea de parte integrante aparece en estos conceptos, en el sentido de que la segregación y la división son supuestos en que antiguas «partes integrantes de fincas», por ser de la clase de «partes integrantes separables», se separan de ella para formar fincas nuevas e independientes, que dan lugar, respectivamente, a la formación de una finca matriz resto, en el caso de la segregación, o a la desaparición por extinción de la finca matriz, en caso de división.

Por lo que se refiere a la agrupación, fincas que eran independientes pasan a ser partes integrantes de una nueva finca, sin distinción de dichas partes, salvo en el aspecto histórico o de procedencia indicado.

En el caso de la agregación, una «parte integrante separable» de una finca pasa a formar parte de otra, en la que se configura como formando parte unitariamente de ella, sin separación alguna, salvo también en su aspecto histórico de procedencia.

Esta conexión por procedencia de las fincas formadas por modificación de entidades hipotecarias se caracteriza porque las fincas nuevas o resultantes arrastran las mismas cargas que tenía la finca matriz, a no ser que exista un convenio con el titular de la carga para la cancelación de la misma con motivo de la formación de la nueva finca. También se manifiesta la conexión por procedencia en cuanto a la titularidad y al título adquisitivo. La modificación de la finca matriz con la consiguiente formación de finca nueva, no cambia la titularidad ni el título adquisitivo de la nueva finca, que se mantienen en ella, sin perjuicio de que por un negocio simultáneo o posterior pueda producirse una nueva titularidad en virtud de un nuevo título adquisitivo.

En el aspecto registral, esta conexión por procedencia se manifiesta en la nota marginal que se pone en el folio de la finca o fincas matrices, con referencia a los datos registrales de las fincas nuevas; y también, en la constancia en la inscripción de las fincas nuevas de que proceden de determinada finca matriz, aunque se independicen a partir de entonces de ella, sin olvidar la procedencia en cuanto a las cargas y titularidad y título adquisitivo de la misma, resultante de la finca matriz.

En todo caso, las fincas nuevas actúan como plenamente emancipadas, en el sentido de que a partir de su formación, sus vicisitudes, es decir, negocios, cargas, derechos, son independientes de los que puedan existir por su conexión histórica con la finca matriz.

Por tanto, respecto a la finca nueva, han de examinarse no sólo las cargas y titularidades que existan sobre ella, sino también las cargas, y en su caso, título adquisitivo que resulten de la finca o fincas matrices.

b) Conexión por procedencia y por pertenencia

Esta doble conexión se produce cuando el folio que se abre a la nueva o nuevas fincas mantiene no sólo una conexión histórica con la finca matriz, sino también una conexión actual, de modo que la finca nueva, a pesar de tener folio independiente, sigue formando parte, a varios efectos, de la finca matriz, aunque en otros muchos aspectos sea una finca autónoma.

Se trata del supuesto de la propiedad horizontal, cuyo estudio pormenorizado no es de este lugar.

Por una parte, al igual que en el supuesto anterior, las fincas nuevas o resultantes tienen inicialmente las mismas cargas y titularidad y título adquisitivo que la finca matriz, sin perjuicio de las nuevas cargas y titula-

ridades y negocios que se produzcan en las fincas nuevas a partir de su creación, que, en este aspecto, mantienen total separación e independencia de la finca matriz.

Pero, por otra parte, a diferencia del supuesto de conexión anterior por mera procedencia, las nuevas fincas mantienen aquí una conexión permanente con la finca matriz como partes de ella, en el sentido de que hay una serie de aspectos del folio de la finca matriz que repercuten necesariamente en las fincas nuevas. Se trata de los elementos comunes y normas estatutarias de la finca matriz, que lo son también de cada una de las nuevas fincas resultantes, a pesar de su separación en folio independiente.

Esta doble conexión se manifiesta, en cuanto a la conexión por «procedencia», expresando en cada una de las fincas nuevas, las cargas y título adquisitivo de la matriz, con referencia a los datos registrales de ésta; y en cuanto a la conexión por «pertenencia», se manifiesta a través de la propia inscripción del régimen de propiedad horizontal en la finca matriz y en la nota al margen de la misma en la que se expresan los folios de cada una de las fincas nuevas; y también en la constancia en la inscripción de las fincas nuevas, de que forman parte de la finca matriz correspondiente, con referencia a los datos registrales de la misma.

Las fincas nuevas de la propiedad horizontal son, por una parte, fincas nuevas autónomas; pero por otra parte, conservan, sólo en determinados aspectos, una cierta característica de partes integrantes del inmueble en su conjunto.

D) FINCAS DE ORIGEN Y FINCAS DE RESULTADO

Aquí se trata de una conexión entre fincas por razón de la llamada subrogación real.

La subrogación real es una institución de amplio alcance en el Derecho Civil y otras ramas jurídicas, que tiene múltiples manifestaciones, entre ellas la conexión que se produce entre estas fincas de origen y las de resultado. Se define a través de dos notas: el cambio de cosas, en este caso, de fincas, sustituyendo unas fincas nuevas a las antiguas de origen; y la identidad de la situación jurídica resultante, es decir, la identidad de titularidad, cargas y régimen jurídico de las fincas resultantes respecto a la finca o fincas de origen.

Los supuestos de subrogación real de fincas, a estos efectos, se producen, fundamentalmente en los siguientes supuestos:

- a) En el ámbito agrario, en los procedimientos de concentración parcelaria. Estos se producen en zonas de excesivo minifundio o parcelación excesiva de la propiedad rústica, en que se trata de formar

nuevas fincas de mayor tamaño en sustitución de un grupo de pequeñas fincas, pero manteniendo en la finca nueva la titularidad jurídica y cargas que tenían estas últimas.

Ello requiere un expediente con notificaciones, valoraciones y alegaciones, y después de los trámites correspondientes, termina formando las fincas de reemplazo, en que tiene aplicación la subrogación real porque a través de los citados trámites se han puesto de manifiesto las titularidades y cargas existentes en las fincas antiguas, que pasan a la finca o fincas de reemplazo.

Desde el punto de vista registral, y dado que podría ser difícil la identificación de las fincas antiguas o incluso que podrían no estar inmatriculadas, la conexión se articula sobre la base de inscripción obligatoria de la finca de reemplazo, con la titularidad y cargas que resulten del expediente tramitado, quedando en principio «muertas» las antiguas fincas de origen en su folio respectivo, sin que se realice ya ninguna operación registral en las mismas. Hay una especie de «doble inmatriculación» controlada por el Registrador, pero por razones prácticas, se prescinde de hacer una conexión de fincas antiguas y nuevas, que podría ser enormemente difícil.

- b) En el ámbito urbanístico, la subrogación real tiene lugar en los expedientes de reparcelación y compensación urbanística, y puede tener lugar en los de expropiación urbanística, cuando ésta afecta a todas las fincas de una determinada unidad de actuación, formándose fincas nuevas.

La finalidad de la subrogación real en este caso es conseguir la equidistribución o justa distribución de beneficios y cargas del planeamiento, aparte de normalizar la configuración física de las fincas, todo lo cual requiere la formación de fincas nuevas que se adjudican a los propietarios en sustitución de las antiguas fincas que no se acomodaban al planeamiento. Aquí también se produce lógicamente las notificaciones y alegaciones que procedan en el expediente al efecto, dadas las consecuencias jurídicas que tiene la formación de las nuevas fincas en sustitución de las antiguas o fincas de origen. La conexión registral de fincas en este caso es totalmente diferente del supuesto de concentración parcelaria. Las fincas de origen han de quedar plenamente identificadas e incluso inmatriculadas en el Registro, si ya no lo estuvieren. Su folio registral es objeto de cancelación con sustitución del mismo por el nuevo folio abierto a la finca o fincas de resultado que sustituyan a las de origen, expresando en las nuevas de resultado la misma titularidad y cargas que tenían las fincas de origen, en base a los datos del Registro y del expediente.

18. LAS FINCAS ESPECIALES

Son aquellos supuestos de fincas en que no puede hablarse propiamente de fincas por naturaleza, sino por analogía (los derechos como fincas), o bien en que existiendo el concepto de finca por naturaleza, se producen una serie de aspectos descriptivos específicos que las separan de las fincas ordinarias. Fundamentalmente se trata de fincas por analogía, sin perjuicio de que quepan varias clases dentro de ellas.

Pueden considerarse como tales: el agua, las fincas en situación de medianería horizontal, los garajes y trasteros en ciertos supuestos especiales, el turno en los aprovechamientos por turno, el aprovechamiento urbanístico cuando está separado de la finca y las concesiones administrativas.

a) El agua.—Antes de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, en vigor desde 1 de enero de 1986, y con las modificaciones de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, junto a las aguas de dominio público, existían aguas de dominio privado. Y respecto a estas últimas, como según el Código Civil, cabía que el agua fuera objeto de tráfico jurídico con independencia del predio que ocupare, o juntamente con el mismo, cabían dos posibilidades, a efectos de su constancia registral:

- El agua como parte integrante de una finca registral. En este caso, el agua no es finca, sino cualidad de una finca, elemento que figuraba en la descripción de ella. Las ventas o hipotecas del terreno que constituía la finca, llevaban consigo la del agua que formaba parte de ella.
- El agua como objeto de tráfico jurídico independiente del terreno, o incluso las cuotas o participaciones de aguas en caso de comunidades de regantes. Aquí el agua podía abrir folio independiente, y también cada cuota o participación en la comunidad, constituyendo finca registral especial, tanto el agua como cada cuota de la comunidad de regantes. Se trata de supuestos en que el terreno pertenecía a una persona y el agua o las cuotas de agua a otras personas.

Después de la Ley de Aguas de 1985, se establece que las aguas son de dominio público estatal, y en consecuencia, ya no es necesario que abran folio registral, sin perjuicio de que lo sean las concesiones administrativas de aguas.

No obstante, todavía hay supuestos especiales en que se reconoce el dominio privado de las aguas, y que son los siguientes, según la propia Ley de Aguas:

- Las charcas, a que se refiere el artículo 10 de la Ley, situadas en fincas de propiedad privada. Pero estas charcas no pueden constituir

finca independiente, ya que sólo se admite su titularidad privada para el servicio de la finca a la que pertenecen. En consecuencia, no se trata del agua como finca, sino como cualidad de una finca, con posibilidad de consignación en la descripción de la misma.

- La Disposición Adicional 1.^a de la Ley de Aguas considera de propiedad privada, los lagos, lagunas y charcas que en el momento de entrada en vigor de la Ley estuvieran inscritas de ese modo en el Registro de la Propiedad. Aquí cabe que figuren inscritas como fincas independientes o como cualidad de la finca en la que están situadas.

El fundamento de esta Disposición Adicional 1.^a es claro, pues aunque la inscripción no es constitutiva en nuestro Derecho, sin embargo es oponible a tercero cuando el derecho está inscrito, y es inoponible si no lo está, conforme a los artículos 606 del Código Civil y 32 LH. La DA 1.^a aplica este criterio respecto al Estado considerando a éste como tercero respecto a aguas no inscritas, pero no respecto a las que estén ya inscritas.

- La Disposición Transitoria 3.^a se refiere a los manantiales, pozos y galerías, de propiedad privada a la entrada en vigor de la Ley, a cuyos titulares concede una opción ciertamente extraña, consistente en que pueden acogerse en el plazo de tres años a incluirlas en el Registro Administrativo de Aguas, en cuyo caso pierden el derecho de propiedad, que se convierte en un derecho de aprovechamiento temporal por plazo de cincuenta años, con derecho a ser convertido en concesión al término de ese plazo y a tener protección administrativa y servir de medio de prueba. Pero cabe también que no se acojan a la opción de inscripción en ese Registro Administrativo, sin perjuicio de que se incluyan simplemente en el Catálogo de Aguas Privadas, regulado reglamentariamente, e inscribirse en el Registro de la Propiedad en base a documento acreditativo suficiente, con lo que se dará la paradoja de que, entonces, conservarán la propiedad con carácter indefinido, al no serles aplicable el plazo de temporalidad de los cincuenta años. Puede verse sobre esta regulación paradójica, mi breve artículo titulado «El timo de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas» (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 21, de enero de 1991, págs. 17 y 18).

La sentencia TC 227/1988, de 29 de diciembre, considera constitucional la citada Disposición Transitoria 3.^a, porque interpreta que se regula una opción voluntaria para que los interesados puedan acogerse a la protección administrativa o para que mantengan la titularidad de sus derechos privados en la misma forma que hasta ahora, sin que entonces le corresponda defender tales derechos a la Administración,

sin perjuicio de que sus titulares puedan impetrar la tutela judicial de esos derechos, así como acceder, en su caso, a la protección reforzada que dispensan otros instrumentos registrales, con clara referencia al Registro de la Propiedad.

- Aparte de los supuestos anteriores, existe un derecho de uso privativo de las aguas, respecto a las procedentes de manantiales situados en su interior y aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos, pero sin que puedan utilizarse en finca distinta de aquéllas en las que nacen, discurren o estén situadas, conforme a los artículos 52.2 de la Ley de Aguas y 84.2 de su Reglamento. En este caso, no estaríamos tampoco ante ningún derecho ni finca independiente, sino a la posibilidad de consignación en la descripción de la finca, en los términos del precepto y siempre que se acrediten debidamente. En el artículo 85 se prevé, a efectos administrativos y de control, la comunicación de esa utilización y los datos correspondientes al Organismo de cuenca de que se trate.

b) La medianería horizontal.—Se trata de aquellos supuestos de edificios empotrados o a caballo, con introducción de una parte de los mismos en el otro, careciendo por tanto de una línea recta de verticalidad en toda su colindancia. Ello se puede deber a la existencia de construcciones muy antiguas o a modernas figuras arquitectónicas.

La especialidad consiste en que parte del volumen edificado de una finca está incluido físicamente dentro de la otra, pero no jurídicamente, pues constituyen fincas independientes, con sus propias salidas y sin elementos comunes, por lo que no forman propiedad horizontal entre ellas. Sólo tienen la conexión de la medianería, que en lugar de ser exclusivamente vertical como en las fincas colindantes, se combina con el muro horizontal que las separa y que para una sirve de soporte. Se trata de una servidumbre entre las fincas resultante de esa configuración edificatoria.

A efectos registrales, no constituyen una finca unitaria, sino que se trata de fincas independientes, cada una de las cuales abre su folio respectivo, sin perjuicio de las especialidades de su descripción y de la existencia de esa servidumbre de medianería horizontal, que puede constar expresamente en el Registro o resultar como situación meramente fáctica de la descripción de una y otra finca.

La medianería horizontal puede actualmente recobrar actualidad para aquellos supuestos de unidades subterráneas en que se trata de una finca destinada a aparcamiento en el subsuelo de varias fincas, sin que se corresponda con ninguna de ellas en concreto sino con todas a la vez, y que, al mismo tiempo, no guarde ninguna conexión física con ellas por carecer de elementos comunes con las mismas, salvo únicamente los que representan los

muros medianeros horizontales y verticales, que no son tales elementos comunes sino una simple situación jurídica de medianería horizontal.

Para tales situaciones de unidad subterránea de varios bloques, hay que descartar la constitución de las siguientes situaciones jurídicas:

- No es procedente la constitución en régimen de propiedad horizontal porque la unidad subterránea carece de elementos comunes con cada una de las fincas por debajo de las cuales se encuentra. Mantiene una unidad independiente física y económica respecto a dichas fincas.
- No es procedente tampoco la situación jurídica que contempla la resolución de la DGRN, de 13 de mayo de 1987. En dicha Resolución se admitió la posibilidad de que abriera folio independiente la unidad subterránea destinada a aparcamiento, pero no como segregación de las porciones correspondientes a los sótanos de varios bloques, ni que sea totalmente independiente de los bloques. Y llega a una situación jurídica contradictoria pues, por una parte, admite la apertura de folio registral a la unidad subterránea, pero al propio tiempo, en los folios de cada una de las fincas de procedencia debería seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad (sin mermas sectoriales), si bien debiendo expresarse en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tienen sobre la unidad subterránea. En resumen, según la Resolución, «no hay propiamente segregación, sino afectación de determinados sectores subterráneos de las fincas de procedencia; el nuevo folio, a la vez que recoge el historial de los derechos reales que recaen sobre la total unidad subterránea, sirve para completar el historial de las limitaciones que sufren, respectivamente, los dominios de las fincas de procedencia».

Esta doctrina no convence porque es contradictoria. No se puede mantener al mismo tiempo la apertura de folio a la unidad subterránea, que implica formación de finca independiente, y el mantenimiento del dominio natural vertical sobre dicha finca en los folios de las fincas de procedencia. Es una situación contradictoria y confusa, que no puede ser admitida conforme al principio de especialidad.

En cambio, reconocer abiertamente que la unidad subterránea es una finca independiente, tanto física como económicamente, aunque tenga una situación de medianería horizontal por los muros horizontales con la finca de procedencia, es lógico, y debe ser reconocida claramente tal situación formada por segregación de sectores subterráneos y su correlativa agrupación para formar esa unidad subterránea, con merma en las fincas de procedencia de las porciones de la unidad subterránea.

La medianería horizontal resuelve el problema, y no en cambio, la Resolución citada de 13 de mayo de 1987, que crea una situación contradictoria, pues una misma porción no puede ser a la vez independiente y dependiente, al crear una situación contradictoria y confusa que no puede mantenerse a efectos de la futura claridad de las relaciones jurídicas.

- No es adecuada tampoco la doctrina de la Resolución de 27 de mayo de 1983, que se refirió a una agrupación de locales de fincas de distintas propiedades horizontales, que podían mantener al mismo tiempo las cuotas en los respectivos edificios, sin perjuicio de la agrupación realizada. En el caso de la unidad subterránea que ninguna conexión jurídica ni de destino mantiene con los bloques de los que proceden, no se trata de mantener la situación de propiedad horizontal por partes, sino que la solución ha de ser la de independización total del conjunto, como finca totalmente distinta e independiente. Otra cosa sería si se tratara de locales de dos propiedades horizontales que mantuvieran una relación con cada uno de los bloques por mantener los elementos comunes con cada uno de dichos bloques, que es el supuesto de la Resolución de 27 de mayo de 1983, pero que no se puede aplicar a supuestos en que la unidad subterránea queda independizada física, jurídica y económicamente de cada uno de los bloques.

Descartadas las tres situaciones jurídicas anteriormente expresadas, queda como única solución para las unidades subterráneas totalmente independizadas la de constitución de medianería horizontal entre la unidad subterránea y los bloques de los que proceden los sectores subterráneos que forman dicha unidad subterránea, a base de constituir la correspondiente medianería horizontal perfectamente detallada y precisada.

c) Garajes y trasteros.—En esta materia hay una pluralidad de modalidades, aplicándose el concepto de finca especial sólo a una de ellas, pues las demás son manifestaciones de los conceptos ya expuestos de fincas nuevas o resultantes procedentes de otras matrices.

- Cabe, en primer lugar, que el garaje o la zona de trasteros sea elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal. En este caso, no se trata de una finca, sino una parte integrante de la finca mayor constituida en dicho régimen, y en la proporción correspondiente a su cuota, de cada uno de los departamentos. Este supuesto no es frecuente en la actualidad, debido al gran valor que han alcanzado las plazas y trasteros, lo que implica la oportunidad de su individualización. Sólo en supuestos de escaso número de propietarios podría explicarse toda-

vía algún supuesto de este tipo, o en aquellos casos en que fuera indiferente el aparcamiento en una u otra zona.

- En segundo lugar, cabe la modalidad de la plaza de garaje o trastero como anejo de cada uno o de algunos de los departamentos del edificio en régimen de propiedad horizontal. Aquí, tampoco tienen la consideración de fincas, sino de partes integrantes de cada uno de los departamentos del que son anejo inseparable. Por ello, los negocios jurídicos relativos al departamento en cuestión han de incluir necesariamente el anejo correspondiente. Esta modalidad sólo es explicable en aquellos supuestos en que se pretende que las plazas o trasteros no tengan tráfico independiente, ni sean objeto de especulación separada, que es lo que ocurre en la regulación de las viviendas de protección oficial.
- En tercer lugar, cabe la posibilidad de que la plaza de garaje o trastero o las cuotas indivisas del local destinado a ellos, se configure como finca independiente pero constituida como *titularidad ob rem* de cada departamento. La finalidad es la misma que en el caso anterior, pero con la diferencia de que el local de plazas de garaje o trasteros es un departamento más con su cuota de propiedad y de gastos, sin perjuicio de que esté conectado *ob rem*, a efectos de evitar el tráfico separado con el departamento correspondiente.
- En cuarto lugar, cabe que el local garaje o de trasteros en su totalidad se configure como una finca conexas con la finca matriz total de una propiedad horizontal, es decir, que se trate de uno más entre los departamentos que constituyen la total finca matriz, abriéndose folio separado a dicho local. En este supuesto, el local garaje es finca nueva o resultante de la matriz, como supuesto ordinario de la propiedad horizontal. A su vez, dentro de este supuesto, cabe que se produzca una subdivisión del local garaje o de trasteros, dejando los elementos comunes de plazas y trasteros en el folio del local subdividido, abriéndose folios separados a cada una de las plazas o trasteros, como procedentes o pertenecientes al citado local, y por mediación de él, a la total finca matriz. Sería un supuesto de aplicación del triple folio.

Incluso cabe que las plazas de garaje o trasteros se configuren directamente, sin intermediación del local, como fincas independientes dentro de la propiedad horizontal. No obstante, esta última posibilidad tiene el inconveniente de que dejaría los espacios del local no ocupados por plazas y trasteros como elementos comunes generales y no como elementos comunes de las diferentes plazas y trasteros.

También cabe, partiendo del local como departamento de la propiedad horizontal, abrir folio a cada participación indivisa del mismo, con asigna-

ción o atribución del uso exclusivo de una plaza de garaje, conforme al artículo 68 del Reglamento Hipotecario.

Este último supuesto es el que propiamente constituye finca especial, pues tiene la particularidad de que abre folio una cuota indivisa, con el carácter de finca registral conexas dentro de la propiedad horizontal. Las especialidades resultan del artículo 68 del Reglamento Hipotecario, y concretamente la asignación de uso exclusivo de plaza de parking o trastero, permitiendo también el artículo 53.b del Reglamento de inscripción de actos de naturaleza urbanística, la descripción pormenorizada de dicha plaza o trastero, si bien en tales supuestos, lo procedente es que se haga constar en la inscripción como mera manifestación descriptiva de las partes.

Cabría también, según el mismo artículo 68 del Reglamento Hipotecario, la apertura de folio para cuotas indivisas del local destinado a garaje o trasteros, sin que se asignara el uso exclusivo de plaza o trastero, simplemente para descongestionar el folio del local evitando que se acumularan en él multiplicidad de transmisiones y constituciones de derechos sobre las diferentes cuotas. No obstante, no parece aconsejable abrir folio a las participaciones que carezcan de atribución de uso exclusivo de plaza de parking o trastero, porque quedan sin la identificación precisa suficiente como para constituir una finca especial individualizada, ya que la asignación de un número de orden registral puede inducir a enorme confusión respecto al número que pueda tener en la realidad física y que no resultaría del Registro.

En fin, cabría constituir una unidad subterránea de aparcamiento como finca totalmente independiente de cada uno de los bloques que se encuentran por encima del mismo, en situación de medianería horizontal, siempre que no tuviera ninguna conexión física ni jurídica con dichos bloques, tal como se ha indicado al tratar de la medianería horizontal en el anterior apartado b).

d) El aprovechamiento urbanístico.—Normalmente, el aprovechamiento urbanístico no es finca, sino una facultad del dominio mismo, que se puede negociar pasando de una finca a otra con los requisitos establecidos por la legislación urbanística correspondiente.

Pero en algunos supuestos especiales, el aprovechamiento urbanístico alcanza el carácter de finca registral especial. Se trata de aquellos casos de aprovechamiento urbanístico «volante», es decir, en que no hay todavía una finca concreta a la que aplicarse, pero tiene suficiente identificación o individualización jurídica como para ser objeto de tráfico y de publicidad registral.

El caso más paradigmático es cuando la legislación urbanística permite a los Ayuntamientos la ocupación de suelo para sistemas generales a cambio de unidades de aprovechamiento que se conceden al propietario o propietarios respectivos, quedando a la espera de su ubicación concreta en otras fincas determinadas de una unidad de actuación o ejecución.

La legislación urbanística en estos casos ha previsto la posibilidad de que el aprovechamiento urbanístico concedido, que puede denominarse «volante» porque está separado del suelo, en espera de «posarse» en uno determinado, pueda abrir folio registral como finca especial, con el traslado de las cargas correspondientes y con la posibilidad de ser gravado o transmitido.

e) El turno del régimen de aprovechamiento por turnos.—Viene regulado por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que configura los derechos sobre cada turno como «derecho real limitado de aprovechamiento», aunque también prevé la posibilidad de un «derecho arrendaticio», pero en ningún caso, sin vinculación a una cuota indivisa de la propiedad, pues se prohíbe incluso la denominación de «multipropiedad».

En este régimen entran en juego varias fincas, siendo propiamente finca especial el «turno»:

- La finca o inmueble general que contiene los alojamientos sobre los que se constituye el régimen de aprovechamiento por turno, que puede ser un edificio, un conjunto inmobiliario o un sector de ellos.
- Cada uno de los alojamientos susceptibles de ser gravados con derechos de aprovechamiento por turnos, siendo necesario que el conjunto tenga, al menos, diez alojamientos, y pudiendo tales alojamientos abrir folio, aunque en la escritura reguladora no se haga división horizontal del inmueble. En cada alojamiento ha de hacerse constar el número de turnos, su duración y demás extremos previstos en la Ley.
- Cada uno de los turnos de aprovechamiento del respectivo alojamiento, que no sólo constarán en la inscripción de cada alojamiento, sino que, cuando se produzca la adquisición y transmisión de ellos, se les abrirá folio al respectivo turno. Con ello, se consagra la configuración de cada turno como «unidad inmobiliaria», a que se refería la Resolución de 4 de marzo de 1993, pero con la especialidad de que se trata de una titularidad de derecho real limitado y no de propiedad.

f) Las concesiones administrativas.—Los artículos 60 y siguientes del Reglamento Hipotecario incluyen entre las fincas especiales, las concesiones administrativas, que también son objeto de regulación en el artículo 31 del mismo Reglamento.

La especialidad de estas fincas reside en lo siguiente:

- Han de abrir folio independiente del terreno o edificaciones a que se refieran, no ya sólo porque el terreno, al ser bien de dominio y uso público, no siempre es objeto de inscripción, aunque cabe que lo sea, con carácter potestativo para el ente público, sino también porque,

dada la diferencia de naturaleza del derecho derivado de la concesión administrativa, como un derecho de titularidad particular, el Reglamento prevé en todo caso, esté o no inscrito el terreno, que la concesión abra folio independiente, sin perjuicio de establecer la conexión con él, si tuviera su propio folio, a través de las correspondientes notas marginales.

- La apertura de folio no se produce a través de una titularidad de dominio, que es imposible en las concesiones administrativas, sino de una titularidad real limitada, que es la que tiene el concesionario. En el folio abierto a la concesión se sucederán después las inscripciones de transmisiones y constituciones de derechos reales que se produzcan con las autorizaciones y requisitos previstos en la ley y en el pliego de condiciones, que es de necesaria constancia en la inscripción de la concesión. Incluso cabrían operaciones de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal o de subdivisión o segregación de la concesión misma.
- No obstante, ha de tenerse en cuenta que si, como consecuencia de la concesión administrativa, ésta va a dar lugar a una declaración de obra nueva, resulta necesaria la previa inscripción del terreno o de la parte de subsuelo sobre la que recaiga la concesión, pues la ulterior declaración de obra nueva del concesionario, sin perjuicio de que sea objeto de la concesión misma, no obstante, en cuanto a la titularidad del dominio de las construcciones pertenecerá al ente público concedente, por lo que esta situación de titularidad dominical sólo puede constar en el folio de la finca o terreno sobre la que se produzca la construcción. En definitiva, el dominio pertenecerá al órgano concedente, lo que ha de constar en el folio que se abra al suelo o subsuelo en virtud de la correspondiente inmatriculación en base a certificación administrativa; y la titularidad del concesionario declarante sobre la obra nueva, sí puede hacerse constar en la inscripción de la concesión administrativa.
- Si se pretende constituir una concesión administrativa sobre una porción de terreno de la finca, es necesario que conste la segregación de ésta, pues en otro caso, se constituiría una concesión sobre una finca en su totalidad, cuando en realidad sólo la ha de gravar en una parte, lo que es contrario al principio de especialidad.
- Se trata de fincas especiales también por ser de duración limitada y no indefinida, debiéndose estar a los diferentes plazos legalmente previstos según la clase de concesión de que se trate (30 años las del dominio público marítimo-terrestre, 75 años las de aguas, etc.).
- Parece que a la concesión administrativa ha de asimilarse la gestión directa concedida a determinados entes por los Ayuntamientos cuan-

do recaen sobre bienes inmuebles. En muchos casos, además, constituyen la etapa previa a la constitución de una concesión administrativa ulterior, cuando tratándose, por ejemplo, de gestión directa para un aparcamiento subterráneo, se prevé que la cesión de las plazas será en régimen de concesión administrativa temporal para cada adquirente, conforme al pliego de condiciones.

19. DESCRIPCION E IDENTIFICACION DE LA FINCA

La finca, al igual que los demás bienes, requiere la nota de la sustantivación o individualización, al objeto de separarla de los demás bienes y de las partes integrantes de ellos.

Por tanto, la descripción y la identificación de la finca están relacionadas con el concepto mismo de finca, en razón a su necesaria individualización. Además, constituye una exigencia del principio hipotecario de especialidad, que es uno de los fundamentales del sistema, lo que exige un mayor rigor todavía, si cabe, en la aplicación de esta nota a las fincas, respecto a su caracterización en los demás bienes.

«Descripción de la finca» es la expresión de los datos y características de la finca, al objeto de identificarla. La descripción, así, está al servicio de la identificación.

La «identificación» de la finca es un concepto que puede plantearse en el terreno o realidad exterior y también en los documentos y en los asientos.

Por una parte, la descripción de la finca ha de ser hecha de tal manera que pueda luego identificarse con la finca en el terreno o en la realidad material, para lo cual deben utilizarse los elementos precisos que luego veremos. Pero además, la descripción ha de ser adecuada para poderla identificar después con la descripción de la finca en otros documentos y con la que figura en los asientos registrales. Para ello, será preciso, con el paso del tiempo, proceder a la actualización de la descripción de la finca, procurando su identidad, a pesar de los cambios descriptivos operados.

IMPORTANCIA DE LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA

La descripción de la finca es importante a varios efectos:

1.º) Es importante para el propietario de la finca, que es el titular del derecho real sobre la misma, por lo que está interesado en que quede claramente identificado el objeto de su derecho, que dada su naturaleza real, ha de estar perfectamente determinado e identificado.

2.º) Interesa también a los propietarios colindantes para evitar imprecisiones en los linderos y pleitos sobre deslinde de fincas.

3.º) Las Administraciones Públicas tienen también interés en que las descripciones de las fincas sean lo más precisas posibles para poder identificarlas a efectos de múltiples expedientes administrativos que pueden producirse sobre ellos, como son:

- a) La expropiación forzosa, pues si las fincas objeto de expropiación no se identifican, pueden existir problemas en la identificación de sus titulares, que han de ser parte en el expediente.
- b) La reparcelación y compensación y demás proyectos de equidistribución urbanística, que han de entenderse con los respectivos titulares registrales de las fincas antiguas o de origen, en las que ha de producirse la subrogación real en las fincas de resultado, para lo cual es imprescindible la descripción e identificación de aquéllas.

4.º) La descripción e identificación de las fincas es importante para los terceros, que necesitan conocer perfectamente aquello que pretenden adquirir o tener la titularidad de algún derecho real sobre objeto determinado.

5.º) La descripción e identificación de las fincas interesa en general al Derecho Inmobiliario Registral y a la normativa reguladora del mismo, para evitar dos patologías graves que pueden producirse por razón de una descripción e identificación inadecuadas, a saber:

- La doble inmatriculación de fincas, que se puede producir por causa de una descripción inadecuada de las mismas, lo que puede permitir que a través de las descripciones no se identifiquen las fincas y se produzca su inmatriculación en doble folio, dando lugar a dos fincas registrales cuando en la realidad sólo existe una, con los consiguientes conflictos y pleitos entre titulares.
- La inmatriculación de fincas imaginarias, que no tienen ninguna relación con la realidad, igualmente causa de pleitos, confusiones y fraudes.

CARACTERES DE LA DESCRIPCIÓN

La descripción de las fincas se caracteriza:

- a) Por ser un requisito del título formal o documento que contiene o sirve de prueba al acto inscribible.
- b) Por ser una parte del asiento registral, y por tanto, de la publicidad registral misma.
- c) Por ser literaria, pero además, con clara tendencia a complementarse e integrarse registralmente con su carácter gráfico o planimétrico.

Veamos estos caracteres por separado:

- a) Es un requisito del título formal o documento inscribible.—Para que pueda ser inscrito el documento en el Registro es necesario que contenga la descripción completa de la finca. Así resulta del artículo 21 de la Ley Hipotecaria. Tratándose de escrituras públicas, la descripción se contiene en la parte del documento denominada «Exposición», y en ella se expresarán los datos o elementos que después veremos con más detenimiento. La descripción es imprescindible en todo documento inscribible de la clase que sea, si bien respecto a los documentos que dan lugar a asientos provisionales o transitorios como las anotaciones preventivas, la doctrina de la DGRN ha permitido una mayor flexibilidad, pero siempre con el límite del artículo 75 de la Ley Hipotecaria, es decir, bajo la idea de necesaria identificación de la finca, en todo caso, lo cual entra dentro de la calificación registral de la identidad de la finca.
- b) La descripción es, además, una de las partes del asiento registral.—Según el artículo 9.1.^a de la Ley Hipotecaria y 51 reglas 1.^a a 4.^a de su Reglamento, entre las circunstancias de la inscripción está la descripción de la finca. Es la parte inicial o primera del asiento registral, al menos en inscripciones y anotaciones preventivas, dispensándose en cancelaciones y notas marginales. La descripción es imprescindible tanto en las inscripciones primeras como en las posteriores, pero en éstas se permite una abreviación consistente en la remisión a la descripción que conste en anteriores inscripciones, con las actualizaciones que sean precisas.
- c) La descripción en nuestro sistema positivo es, en principio, literaria, es decir, narrativa de los datos de las fincas que son objeto de escritura, si bien con una tendencia en la legislación, cada vez más acusada, a que se complemente, en la medida de lo posible, con la descripción gráfica o planimétrica. En esta línea se manifestó la regla 4.^a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que prevé la aportación de plano al Registro cuando voluntariamente así se haya previsto en el documento, en cuyo caso, dicho precepto establece el archivo del plano. En similares términos, en caso de inmatriculación de fincas, se prevé la necesidad de acompañar certificación descriptiva y gráfica del Catastro. Hay otros supuestos especiales en que también es obligada la aportación del plano de la finca.

En todo caso, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, al reformar la regla 1.^a del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, representa un avance importante en la descripción gráfica de la misma, después de la equivocada postura de la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001,

que no tuvo en cuenta la multiplicidad de supuestos en que la legislación preveía dicha descripción gráfica, que no es incompatible, sino todo lo contrario, con el sistema inmobiliario registral español.

En esta línea de revitalizar el aspecto descriptivo gráfico se manifiesta la citada reforma de la regla 1.^a del artículo 9 de la Ley Hipotecaria. La redacción de dicha regla es lo suficientemente amplia como para permitir el acceso al Registro tanto de una base gráfica oficial, sea urbanística, catastral o topográfica, como de una base gráfica realizada a título particular, si bien con regulación diferente en uno y otro caso, al ser de aportación obligatoria el plano cuando en el documento se utilice la base gráfica del primer grupo.

Realmente, cuando se produzca la plena coordinación entre Catastro y Registro, en la que actualmente se han asentado las bases fundamentales para conseguirla, será imprescindible que el Registro cuente con las bases gráficas de las fincas para que pueda producirse la perfecta identificación de ellas en relación con cada uno de los folios registrales. No obstante, no es éste el lugar ni el momento para desarrollar esta importante cuestión de la coordinación entre Catastro y Registro, pues se trata de hacer referencia a la finca dentro de una Teoría General de los Bienes, y no de un estudio pormenorizado de la finca registral.

ELEMENTOS DE LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA

La descripción de la finca comprende los siguientes datos o elementos:

- a) Naturaleza de la finca.—Se ha de expresar si la finca es rústica o urbana, conforme a los criterios que los propios interesados expresen en el título público inscribible, conforme a los criterios anteriormente expuestos.
- b) Clase de fincas, según sus características.—Así, las fincas urbanas han de describirse indicando si se trata de solar, edificio, piso o vivienda, local comercial, despacho, oficina, nave industrial. Y las fincas rústicas, si se trata de terreno destino al cultivo, a pastos o ganadería, o a bosque o forestal.
- c) Clase de cultivo y destino.—Ha de expresarse en las fincas rústicas, la clase de cultivo (cereal, viña, almendro, etc.), y se destinan a cultivo de secano o regadío, y la superficie destinada a uno y otro. En las urbanas, ya hemos visto, el destino a vivienda o local comercial y demás usos.
- d) Nombre de la finca, si constare.—Pueden darse casos, tanto en fincas rústicas como urbanas, que tengan un nombre determinado, en cuyo caso, se expresará también éste, si resulta del documento.

- e) Situación de la finca.—Tratándose de finca urbana, ha de expresarse la situación indicando el término municipal, calle, número de calle actual y, en su caso, el que haya tenido antes, y si se trata de pisos o locales, la planta y localización dentro de la planta del edificio (tercero, derecha, por ejemplo).

Tratándose de finca rústica, la situación se determina indicando el término municipal y el nombre del pago, paraje o sitio en que se encuentre.

- d) Linderos.—En las fincas rústicas, los linderos se expresan por los cuatro puntos cardinales (Norte, Sur, Este y Oeste), sin perjuicio de poder ser más preciso, según los casos (puede añadirse el Noroeste o el Sudeste, etc.), indicando en cada lindero el nombre del propietario o propietarios colindantes. Los linderos también pueden identificarse por los datos catastrales correspondientes.

Tratándose de fincas urbanas, es costumbre expresar los linderos por el frente, derecha entrando, izquierda y fondo, con igual referencia a propietarios colindantes o elementos del edificio, con posibilidad, si se trata de finca urbana solar, de aludir a los puntos cardinales, en el caso de que sean más expresivos, por carecer propiamente de entrada concreta por un determinado lado.

- e) Superficie.—Actualmente, la expresión de la superficie de las fincas es un elemento imprescindible e imperativo para poder practicar la inscripción. Antiguamente, se prescindía de su carácter obligatorio, por lo que de existir fincas inscritas sin la superficie, podría consignarse ésta a través de la aportación de la certificación catastral correspondiente.

Ciertamente, la regla 1.^a del artículo 9 de la Ley Hipotecaria establece que se expresará la superficie «si constare», con lo que parece considerarla de carácter potestativo. Pero la regla 4.^a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario exige su expresión con carácter imperativo «en todo caso». Y no puede hablarse actualmente de exceso reglamentario, ni *contra legem*, pues con posterioridad a la Ley Hipotecaria, leyes de distinto tipo o carácter exigen la expresión de la superficie. Así, en la legislación agraria, la superficie es fundamental para determinar si se trata o no de finca indivisible, de expresión igualmente necesaria en la inscripción. Y tratándose de fincas urbanas, la superficie se exige en la Ley de Propiedad Horizontal, y resulta igualmente imprescindible en las parcelas o solares, por sus implicaciones urbanísticas.

La superficie se expresará en el Registro, según la citada regla 4.^a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, conforme al sistema métrico decimal, lo que exige expresarla en hectáreas, áreas y centiáreas, si

se trata de fincas rústicas, o de metros cuadrados, decímetros y centímetros cuadrados, si se trata de fincas urbanas, sin perjuicio de complementarla, si se estima conveniente, con las equivalencias en medidas del lugar o país, como puede ser la referencia a fanegas, obradas, o hanegadas en fincas rústicas, o a pies o palmos cuadrados, tratándose de fincas urbanas.

Por otra parte, en las fincas urbanas edificadas, suele existir la distinción entre superficie útil y construida, siendo más precisa o determinante a efectos de inscripción, la superficie útil, que será la exigible en la constitución de la propiedad horizontal, sin perjuicio de que pueda también expresarse la superficie construida.

- f) Referencia catastral.—La referencia catastral es actualmente un elemento de la descripción en el Registro, y está constituida por 20 dígitos, estando legalmente exigida según la Ley de 30 de diciembre de 1996, si bien, caso de no aportarse una vez advertido el interesado, podría practicarse la inscripción del documento haciendo constar por nota al margen de la inscripción el incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral, y pudiendo consignarse posteriormente esta referencia si se aporta, a través de nota marginal.
- g) Cualquier circunstancia que sirva para distinguir de otras la finca que se inscriba.—La enumeración de datos o elementos por el Reglamento Hipotecario es abierta, en el sentido de que, junto a los datos estrictamente necesarios, cabe añadir otros muy convenientes para la perdurabilidad de las descripciones y para la adecuada identificación de las fincas, como, por ejemplo, la referencia, tratándose de solares, a las medidas lineales de cada lindero, o en caso de las plazas de aparcamiento o trasteros relativos a participaciones indivisas, la expresión de tales medidas lineales, si así constare en el documento.

20. LAS UNIVERSALIDADES: CONCEPTO Y CLASES. LA EMPRESA

Una vez estudiada la llamada *summa divisio* de los bienes, es decir, los bienes muebles e inmuebles, con referencia especial a la finca como prototipo de bien inmueble, y sus aplicaciones en el Derecho Inmobiliario Registral, procede ocuparse ahora, dado que estamos tratando de una Teoría General de los Bienes, de otras clases de bienes, entre las cuales podemos empezar por las llamadas «universalidades», como contrapuestas a las «cosas singulares».

A) CONCEPTO

El concepto de universalidades de cosas se caracteriza, siguiendo a BARBERO, por las siguientes notas:

1.^a) Son CONJUNTOS DE COSAS O DE BIENES, es decir, una PLURALIDAD DE COSAS O DE BIENES y no una cosa unitaria.

Los bienes son entidades autónomas, según vimos al principio de este estudio. Aquí, en las universalidades, hay una pluralidad ONTOLOGICA, y por tanto, caben negocios y derechos sobre cada cosa que integra la universalidad, aunque no se celebren sobre el conjunto. La universalidad no impide la individualidad ontológica de la cosa.

2.^a) Pero, en ciertos aspectos, existe la POSIBILIDAD DE QUE SEAN OBJETO DE CONSIDERACION UNITARIA, dada la UNIDAD LOGICA O DE DESTINO UNITARIO de las cosas que componen ese conjunto.

3.^a) La tercera nota de las universalidades es la SUBSISTENCIA DEL CONJUNTO, aunque cambien o se pierdan algunas de las cosas de ese conjunto. Es el tratamiento *sub speciem universitatem* del conjunto en los derechos y en los negocios sobre el mismo.

B) CLASES

Hay tres criterios tradicionales en la clasificación de las universalidades:

- *Universitas facti* o de hecho, porque resultan de la propia realidad física (rebaño, biblioteca); y *Universitas iuris*, que resultan de la ley, porque son una creación del Derecho (empresa, herencia).
- *Universitas rerum* (de cosas: rebaño, biblioteca); y *universitas iurium* (de derechos, sobre la herencia, o sobre la empresa).
- Universalidad de cosas homogéneas (rebaño, biblioteca) y universalidad de cosas heterogéneas (empresa, herencia).

Como se observará, siempre hay dos grupos de universalidades, un primer grupo en que aparece la triple nota de ser universalidades de hecho, de cosas y de cosas homogéneas (rebaño, biblioteca). Y un segundo grupo, que consiste en ser universalidades «de derecho», «de derechos» y de «bienes heterogéneos» (herencia, empresa).

C) REGULACIÓN

a) En el Código Civil aparece, en relación con las universalidades, el usufructo de rebaño, que se regula en el artículo 499, ofreciendo las siguientes características:

- La necesidad de reemplazar las cabezas que mueran casualmente o por rapacidad de animales, por las crías.
- Si mueren por contagio, no.
- Si mueren en parte, continúa el usufructo por el resto.
- Respecto a ganado estéril, no hay que reponer.

Se produce, pues, una universalidad de hecho, de cosas, no de derechos, y de cosas homogéneas, no heterogéneas, manifestándose las notas ya citadas de las universalidades, puesto que las cosas que componen el rebaño universalidad son «ontológicamente» cosas distintas, que pueden ser objeto de tráfico y de derechos independientes (se pueden vender y comprar con separación). Pero al propio tiempo, no hay inconveniente en que se constituya un derecho —en este caso el derecho de usufructo— sobre el conjunto, como tal universalidad, en cuyo caso, el artículo 499 del Código Civil dicta las citadas normas sobre su consideración unitaria en el tráfico.

b) También en el Código Civil se vuelve a hacer referencia a la universalidad del ganado en el artículo 1.350 del Código Civil, estableciendo que «se reputarán gananciales las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges con carácter privativo».

En este precepto se contempla el ganado como una universalidad de bienes que en principio tiene carácter privativo como tal conjunto, por ser aportado por un cónyuge con carácter privativo al patrimonio conyugal. Sin embargo, aun manteniéndose el carácter privativo de tal universalidad, se señala que las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges, será ganancial.

Se trata de una aplicación de los conceptos de «frutos» y de subrogación real a este supuesto.

Así, las cabezas de ganado que sustituyan a las que van muriendo o desapareciendo, siguen siendo privativas como integradas en el conjunto que representa la universalidad de carácter privativo.

En cambio, en cuanto exceda del número de cabezas, se considera que son frutos de carácter ganancial, pues los frutos de los bienes privativos son gananciales, y del mismo modo, los frutos de la universalidad (las crías) serán también gananciales.

c) En la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento aparecen distintos supuestos de universalidades como objeto unitario de prenda sin desplazamiento.

Por una parte, el artículo 52.3.º de dicha Ley prevé que puedan ser objeto de prenda sin desplazamiento «los animales, así como sus crías y productos».

Al no distinguir el precepto, cabe perfectamente constituir prenda sin desplazamiento sobre cabezas individuales de ganado perfectamente identi-

ficadas, o bien sobre animales y sus crías y productos como universalidad. La opción deberá concretarse en la correspondiente escritura pública de la prenda sin desplazamiento conforme a la voluntad de las partes, siendo lo normal la prenda sobre la universalidad del ganado y sus crías, y, en mi opinión, deberá en la escritura si las crías sustituyen a las cabezas de ganado muertas o no, y si hay o no obligación de reponer las cabezas que desaparezcan. Cabe, naturalmente, remitirse a lo dispuesto en el artículo 499 sobre el usufructo de ganado como universalidad, pero, conforme al principio de especialidad, deberá concretarse si se constituye una prenda sin desplazamiento sobre ganados individuales o sobre la universalidad, y en este último caso, en qué régimen ha de entenderse constituida.

También se ha previsto constituir prenda sin desplazamiento sobre «colecciones de objetos de valor histórico o artístico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte o aunque no formen parte de una colección» (art. 54 de dicha Ley).

Del mismo modo que respecto a los animales, en este caso, la escritura de constitución de prenda sin desplazamiento habrá de especificar, conforme a la voluntad de las partes, si se pretende la constitución de prenda sobre objetos individualizados o sobre la universalidad que forman tales bienes, especificando el régimen del conjunto en este último caso, conforme al principio de especialidad, imprescindible en los derechos reales de garantía.

d) En cuanto a universalidades de derecho, el Código Civil se refiere a la venta de una herencia, y especialmente a la venta alzada o en globo de la totalidad de ciertos derechos, en cuyo caso sólo responde el vendedor de la legitimidad del todo o de la mayor parte.

Por lo que se refiere a la herencia, ha dado lugar a una multiplicidad de teorías sobre su configuración jurídica. Basta recordar que se han planteado teorías subjetivas, como la de la continuidad de la personalidad del difunto por el heredero, y también teorías objetivas, como la explicación de la herencia a través de la teoría del patrimonio y de la *universitas iuris*.

Entendemos que la herencia ha de explicarse partiendo de una posición ecléctica, tal como hicimos en nuestro estudio sobre la herencia dentro del libro en homenaje a don JESÚS LÓPEZ MEDEL.

Desde esa perspectiva, aun reconociendo que la figura de la *universitas iuris* no agota el concepto de herencia, que ha de ser explicada también desde las perspectivas de la continuidad de la personalidad del causante por el heredero y del patrimonio, como conjunto unitario de bienes y deudas, al propio tiempo que ha de añadirse la idea de la «cualidad personal» en que se sitúa el heredero, no obstante, queda también un sitio para concebir la herencia como *universitas iuris*. Todo dependerá de la perspectiva en que se contemple la herencia.

La explicación total del fenómeno sucesorio, es decir, de la herencia, no puede hacerse partiendo de la idea de *universitas iuris*, sino contemplándola desde esa perspectiva compleja o ecléctica que se acaba de apuntar.

Pero, en algunos aspectos, no cabe duda de que la herencia puede ser concebida como *universitas iuris*. Se trata de aquellos supuestos en que la herencia es objeto de venta o enajenación como conjunto unitario.

La venta de la herencia no puede contemplarse como una mera continuación subjetiva de la personalidad del heredero, pues aparece un comprador que nada tiene que ver con el causante ni con el heredero. Tampoco basta la configuración como patrimonio, pues los patrimonios no son objeto de enajenación, ni se adapta a tal enajenación, la especial configuración de las deudas, que no pueden ser transmitidas sin consentimiento de los acreedores.

El concepto adecuado para tales supuestos de venta o enajenación de herencia es el de *universitas iuris*, en que es objeto de transmisión una serie de bienes que forman parte de un conjunto, pero sin prescindir de la realidad ontológica de cada una de los bienes que componen la herencia, pues sólo en ciertos aspectos puede ser considerada como unidad tal conjunto. Esta versatilidad es precisamente la propia de la *universitas*, en que por una parte, los bienes continúan individualizados (a efectos, por ejemplo, de los requisitos específicos de transmisión de la propiedad de tales bienes, según sean bienes muebles o inmuebles), pero por otro lado, cabe establecer reglas sobre el conjunto de los bienes como objeto unitario del negocio obligacional, e incluso determinadas normas que afectan al conjunto con independencia de los bienes singulares.

En este sentido, la venta de herencia como conjunto ha de diferenciarse de la venta de bienes concretos o singulares de la herencia, que no es venta de universalidad sino de bienes singulares.

La venta de la herencia como *universitas* tiene el carácter de venta de un «conjunto de bienes», pero el comprador no adquiere la herencia a título universal, sino como comprador a título particular. El objeto es una universalidad, pero el título (compraventa) implica una adquisición individualizada singular de cada bien. El adquirente no adquiere la cualidad de heredero ni los aspectos personales propios del título de heredero, sino un contenido económico correspondiente a un conjunto de bienes que constituyen la herencia.

La venta de herencia como universalidad tiene el carácter de contrato aleatorio, pues no quedan precisados cuáles son en concreto los bienes que se enajenan, y si el activo puede o no ser superior al pasivo.

En relación con el pasivo, se plantea si se trata propiamente de la venta de un patrimonio, comprensivo del activo y pasivo, o de una universalidad de bienes, comprensiva del activo, si bien gravada con el pasivo.

La característica de la venta de la herencia como universalidad es que lleva consigo la asunción de deudas de la misma, pues, en otro caso, se trataría de la venta de una simple suma de bienes singulares a determinar por su integración en el caudal relicto.

No obstante, no puede hablarse de venta de patrimonio, no sólo porque el patrimonio como tal no es objeto de negocios ni de derechos, sino también porque las deudas son asumidas por el comprador como integradas en la universalidad de la herencia, pero sin que el comprador asuma el carácter de heredero, ya que sólo responde de las deudas hasta donde alcancen los bienes, y además, no hay propiamente una asunción de deuda si no consiente el respectivo acreedor.

En todo caso, la especialidad de la enajenación de la herencia como *universitas* es esa consideración de la enajenación como conjunto de bienes sin especificar singularmente, y además, con esa asunción de deudas de la herencia, aunque sea a título particular y pendientes del consentimiento del acreedor para que haya asunción perfecta y pueda quedar liberado el heredero.

Otra especialidad es que en la enajenación de herencia se trata de reconstruir el conjunto enajenado tal como resultaba en el momento de la apertura de la sucesión, en cuanto a los bienes que comprende, sus frutos y subrogados. Todo ello, sin perjuicio de los pactos particulares entre vendedor y comprador.

La herencia como *universitas iuris* no sólo se manifiesta en la enajenación de la herencia, sino también cuando es objeto de la acción de petición de herencia, ya que ésta tiene por objeto la herencia como *universitas*, es decir, como conjunto de bienes y deudas.

Se trata de una acción similar a la acción reivindicatoria, pero en lugar de referirse a bienes concretos, es sobre una universalidad, lo que da lugar a una acción «universal» de carácter absoluto, similar a la naturaleza de las acciones reales.

D) LA EMPRESA

La empresa se suele citar, junto a la herencia, como un supuesto de universalidad de derecho, de cosas y derechos y de cosas o derechos heterogéneos, como términos de las clasificaciones anteriormente comentadas.

No obstante, hay que reconocer que la empresa es un concepto muy discutido en el ámbito mercantil y civil.

La gran obsesión doctrinal es dar un concepto unitario de empresa, al estilo del que ya tiene en la Economía, como organización o actividad de producción y mediación de bienes para obtener una ganancia.

Pero en el Derecho no se ha conseguido todavía por completo esa unidad que tiene en la Economía, sencillamente porque el Derecho la trata como una UNIVERSALIDAD o como un CONJUNTO DE COSAS que aparecen diferenciadas ontológicamente, pero que por su destino pueden tener un tratamiento unitario en ciertos aspectos y ser tratados *sub speciem universitatem*.

No obstante, la teoría de la *universitas* en relación con la empresa, no suele ser bien recibida entre los mercantilistas, que, como queda dicho, pretenden conseguir un concepto unitario más profundo que el de la mera universitas.

Las diferentes teorías tendentes a conseguir un concepto unitario de la empresa son, en términos generales, las siguientes:

- a) Las teorías subjetivistas tienden a conseguir el concepto unitario a través de la persona jurídica. Pero ésta puede ser el sujeto de la empresa pero no la empresa misma. Ello aparte de que hay empresas individuales que no tienen forma social en que no cabe hablar de persona jurídica.

A pesar de todo, hay que reconocer que mediante el mecanismo de la persona jurídica se ha conseguido una unificación de la empresa en una gran parte de los supuestos, y concretamente en los siguientes:

- En la empresa social, mediante la personificación jurídica de las sociedades empresariales, pues a través de la persona jurídica se consigue una independización del patrimonio de esa persona jurídica, como diferente del patrimonio personal de los socios.
- En la llamada sociedad unipersonal, en que, sin perjuicio de descartar los supuestos de fraude, se permite también que la persona individual separe su patrimonio personal del patrimonio empresarial.

- b) En segundo lugar, están las llamadas teorías patrimonialistas, que pretenden encontrar un concepto unitario de la empresa a través de dos conceptos:

- El concepto de patrimonio.
- El concepto de universalidad.

Respecto al patrimonio, la empresa en sí no es un patrimonio, pues sólo puede unificarse en ciertos aspectos el conjunto de bienes, pero no constituye patrimonio separado respecto a las deudas, pues el empresario responde indistintamente con su propio patrimonio de las deudas de la empresa, salvo los supuestos ya vistos de la personificación jurídica de la empresa. No obstante, en el ámbito de las

deudas laborales y de las deudas fiscales, existen algunas normas fiscales que prevén que el adquirente de una empresa responda también de las deudas laborales y fiscales de determinados años.

El concepto de universalidad es el que mejor se adapta a la empresa, en cuanto a la configuración de los bienes del establecimiento mercantil, pues permite configurar ésta como un conjunto heterogéneo de bienes de diferentes clases, a pesar de que desde el punto de vista ontológico no desaparece el concepto individualizado de cosa. La empresa se concibe por el Derecho como una universalidad por el destino unitario o funcional de los bienes, pero sólo en determinados aspectos. Pero más que la empresa podríamos considerar como universalidad, la base patrimonial de la empresa, el conjunto de bienes heterogéneos de la misma, sin desconocer otros aspectos de la empresa como actividad y como organización.

- c) Otras doctrinas sobre la empresa se mueven en el aspecto espiritualista, abandonando los aspectos exclusivamente patrimoniales de la empresa, y así la definen, o bien por la actividad del empresario como característica de la empresa y como aspecto dinámico de ella determinante de la pretensión de obtención de ganancias; o bien por la organización de bienes de toda clase, materiales, inmateriales, clientela, marcas, nombres, rótulos, etc.
- d) Hay otras tendencias sobre la empresa, que son las atomísticas, que niegan que pueda hablarse de la empresa como un todo unitario.
- e) En fin, hay quien distingue la empresa desde el punto de vista subjetivo del empresario que realiza una actividad o una organización; y desde el punto de vista objetivo, que sería el establecimiento mercantil en que radica la empresa con todos sus bienes, y al que se podría aplicar la teoría de la universalidad. Creemos que la empresa puede ser explicada atendiendo a la idea de organización de medios materiales e inmateriales por el empresario para la producción y mediación de bienes para obtener una ganancia. Pero desde el punto de vista patrimonial, sólo contamos actualmente con el concepto de universalidad para explicar esa limitada cohesión de los bienes.

El concepto de patrimonio separado para la empresa es inadecuado, salvo si hay, además, una persona jurídica diferente. Pero entonces es por tratarse de una persona jurídica y no porque la empresa sea en sí misma un patrimonio, sino porque la persona jurídica empresa tiene, como todo ente dotado de personalidad jurídica, un patrimonio.

En cambio, el concepto de universalidad es el que mejor explica actualmente la unidad del conjunto de bienes de la empresa en ciertos negocios que se plantean sobre ese conjunto.

La opción por el concepto de *universitas iuris* no significa que la empresa pueda ser explicada exclusivamente atendiendo a esa configuración. La empresa, en su perspectiva total, es mucho más que una *universitas*. Pero eso no obsta para que en determinados aspectos del tráfico jurídico de los bienes de la empresa, no pueda ser utilizado el concepto de *universitas iuris*, como única figura para explicar esa unidad teleológica de los bienes dentro de esa pluralidad ontológica de los mismos.

Así, por ejemplo, cabe la venta de una empresa, pero eso no significa que haya que abandonar las formas diferentes de entrega, tradición e inscripción de los bienes que la integran, que son diferentes.

También existe el arrendamiento de empresa como diferente del arrendamiento de local de negocio, y su explicación es la configuración de la empresa como una *universitas iuris* que es objeto de tal arrendamiento. Existe también la posibilidad de hipoteca de establecimiento mercantil, comprensiva del arrendamiento del local, mercaderías y determinados bienes de la empresa, como conjunto, que es distinta de la hipoteca mobiliaria sobre las máquinas y demás bienes muebles singulares, y de la hipoteca inmobiliaria sobre los terrenos o fincas concretas que forman parte de la empresa.

En fin, en el caso de los bienes gananciales, el legislador a partir de la reforma del Código Civil de 1981 ha previsto como «bien ganancial» la empresa o establecimiento mercantil o industrial o agrario fundado por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio con capital común. Incluso se prevé que existan instrumentos que sean parte integrante o pertenencias de la explotación. Y que un cónyuge tenga derecho a que se le adjudique la empresa en la liquidación de sociedad de gananciales, hasta donde llegue su haber.

Pero esta referencia a la empresa en relación con los bienes gananciales, plantea el problema de si la empresa es un bien unitario o es una universalidad o conjunto de bienes.

¿Significa que la empresa se ha concebido por el legislador como bien unitario?

Podría parecer que la empresa es aquí un bien y no ya un conjunto o pluralidad de bienes o *universitas*, pues desde el punto de vista terminológico se dice que es «bien ganancial» y no sólo eso, sino que es susceptible de adjudicación unitaria y que admite tener instrumentos o utensilios como parte integrante o pertenencias, lo que sólo puede plantearse respecto a un bien unitario, y no en relación con una *univesitas*, en que los bienes singulares no son pertenencias ni partes integrantes, sino objetos singulares independientes, pero que, a ciertos efectos, forman una unidad teleológica o funcional.

Sin embargo, esa configuración de la empresa como bien ganancial, no significa que se forme un solo bien y que los bienes de la empresa no puedan

ser a su vez susceptibles de derechos individualizados y de negocios independientes.

De ahí se deriva que seguimos estando en el concepto más apropiado de universalidad de bienes, y no de un bien unitario, pues la universalidad se predica precisamente de aquellos conjuntos de bienes que en la Ley se considera en ciertos aspectos como una unidad pero sin hacer desaparecer en otros aspectos las distintas cosas que los integran.

En este sentido, la empresa es considerada como universalidad a efectos de su configuración como bien ganancial en su conjunto y como bien susceptible de adjudicación en la liquidación, pero que ello no excluye el tratamiento individualizado de cada uno de los bienes o cosas que forman el conjunto a otros efectos. Ni tampoco significa que se pueda hablar de las deudas de la empresa como deudas separadas de las demás deudas que recaen sobre los restantes bienes gananciales. No hay patrimonio separado, sino una típica *universitas iuris*.

Todavía cabría examinar algunos supuestos en que la empresa excepcionalmente es considerada como un conjunto de bienes y de deudas, que es el concepto típico de patrimonio, pero para determinar si ello es suficiente para trasladar la empresa desde el concepto de *universitas iuris* al de patrimonio.

Se trata del supuesto de transmisión de la empresa que lleva consigo la responsabilidad por las deudas laborales y fiscales, según el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 104.1 y 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social, según Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, ya que, en cuanto a las deudas laborales y de la Seguridad Social, tanto el cedente como el adquirente de la empresa quedan solidariamente responsables de dichas deudas durante los tres años siguientes a la cesión de la empresa. Y en cuanto a las deudas fiscales, el adquirente responde subsidiariamente con los bienes de la empresa, conforme resulta de los artículos 41, 72 y 74 de la Ley General Tributaria.

No obstante, no puede hablarse de patrimonio como conjunto de bienes y deudas en su integridad, sino sólo de cierta clase de deudas, por lo que se trata de especialidades que no pueden llevar a la configuración como un patrimonio ordinario.

Como conclusión, mientras no haya una reforma legislativa, el concepto más adecuado para la empresa es el de universalidad de derecho y de cosas heterogéneas, y no el de patrimonio, sin perjuicio de las especialidades apuntadas.

Es lo mismo que hemos visto respecto a la herencia, pero con la diferencia de que la herencia puede también ser concebida como un patrimonio, a otros efectos, sin perjuicio de que admita a otros efectos la configuración o perspectiva de *universitas*, en cuanto es susceptible de venta y negociación

como conjunto, pero sin que desaparezcan las cosas individuales que la componen.

21. COSAS CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES

Aquí no nos referimos a los llamados «bienes de consumo», que dan lugar a una protección especial a favor de los consumidores y usuarios por parte de la Ley de 19 de julio de 1984, modificada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, así como a una especial normativa del llamado «Crédito al consumo» regulada por la Ley de ese nombre, Ley 7/1995, de 23 de marzo.

Estos bienes de consumo, al igual que los «servicios», son aludidos en dicha Ley 7/1995, cuando se refiere a los «créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados» (art. 9) y a la eficacia de los contratos «vinculados a la obtención de un crédito», pues dichos contratos vinculados son los de adquisición de bienes o prestación de servicios, de tal modo que el consumidor puede ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, no sólo contra el que se los hubiera vendido sino también contra el concedente del crédito, siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos, «que los bienes o servicios objeto de contrato no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato».

Por lo tanto, estos bienes o servicios resultantes de la satisfacción de una necesidad de consumo, tienen una normativa especial en cuanto a los créditos concedidos para su adquisición.

No obstante, la distinción entre bienes consumibles y no consumibles, no se refiere a esa categoría específica de «bienes de consumo», que más bien se refiere al estudio de una especial categoría de «contratos», más que de «bienes».

La materia relativa a los consumidores es objeto de estudio en la teoría general del contrato, e incluso, del negocio jurídico, al tratar de los límites de la autonomía de la voluntad.

Aquí nos ocupamos de la clásica y tradicional distinción entre bienes consumibles y no consumibles desde la perspectiva del Código Civil.

El artículo 337 del Código Civil identifica las cosas consumibles con las fungibles y las no consumibles con las no fungibles, diciendo:

«Los bienes muebles son fungibles o no fungibles.

A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás».

Hay que hacer en este punto dos observaciones:

1.^a) No cabe entender que el legislador se equivoca, pues, en tal caso, conforme a las reglas de la interpretación lógica y sistemática, el equivocado será el intérprete y no el legislador.

2.^a) Al propio tiempo, hay que recordar que los preceptos definitorios en los Códigos han de merecer una interpretación especial, conforme a la idea de JAVOLENO, de que «*Omnis definitio periculosa est*».

La definición del Código no puede obtenerse de un solo precepto sino del conjunto de su reglamentación (interpretación sistemática), y de ahí el peligro de atender exclusivamente a un solo precepto definitorio.

Teniendo en cuenta estas dos observaciones, puede llegarse a las siguientes conclusiones:

- Que el legislador, en el artículo 337 se refiere a los bienes fungibles que «normalmente» se identifican como consumibles, y a los no fungibles como «normalmente» no consumibles.
- Que ello no significa que el legislador confunda las dos categorías, pues en otros preceptos se advierte la diferencia entre las dos clasificaciones.

Por tanto, la identificación del artículo 337 se explica porque en la mayor parte de los casos los bienes consumibles son fungibles y los no fungibles no consumibles, pero ello no justifica la equiparación en todos los casos. Y como las definiciones de los Códigos no pueden obtenerse de un solo precepto, cabe completar el precepto con otros en que se establece el concepto de bien fungible como diferente del de bien consumible, según veremos ahora.

El concepto de bien consumible se perfila diciendo que de él no se puede hacer un USO ADECUADO A SU NATURALEZA sin que se consuman.

Hay dos notas:

- a) Sentido objetivo: se atiende a la naturaleza del bien para considerarlo consumible, y no por capricho o decisión libre del titular.
- b) Consumo: consiste en principio en el consumo material o físico, por destrucción (alimentos) o transformación (ladrillo que se convierte en la pared del edificio). El bien deteriorable por el uso no es consumible, sino no consumible.

Existe también el llamado consumo jurídico no físico, que es el del dinero, que luego veremos.

REGULACIÓN

Encontramos en el Código Civil algunos preceptos sobre los bienes consumibles.

Así, en primer lugar, en el arrendamiento se dice que no pueden ser objeto de arrendamiento «las cosas fungibles que se consumen por el uso» (art. 1.545 del Código Civil). O sea, no cabe arrendamiento de cosas consumibles. Y aquí, aunque parece que vuelve a haber el error o confusión de cosas fungibles y consumibles, no hay tal, pues no hay una coma después de fungibles, sino que va todo seguido: «fungibles que se consumen por el uso». Ello significa que pueden existir bienes fungibles que no se consumen por el uso, y esas sí podrían ser objeto de arrendamiento.

En segundo lugar, el artículo 482 del Código Civil prevé el usufructo de cosas consumibles, en que si el usufructuario las consume, cumple con devolver al propietario la estimación que se haya hecho al constituir el usufructo, o si no se hizo, el valor que tuvieran al cesar el usufructo.

No cabe entrar aquí en las distintas teorías sobre el usufructo de cosas consumibles, y si propiamente hay una transmisión de propiedad de las mismas al usufructuario, que debe luego devolver otro tanto. Baste señalar la especialidad de las cosas consumibles desde el punto de vista de la regulación del Código Civil.

En otras Leyes también se alude a la distinción entre bienes consumibles y no consumibles.

Así, por ejemplo, en el apartado 1 del artículo 1.º de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, Ley 28/1998, de 13 de julio, se dice que «la presente Ley tiene por objeto la regulación de los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales NO CONSUMIBLES e identificables, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos».

Por lo tanto, la Ley de venta a plazos no se aplica a los bienes consumibles, sino sólo a los bienes muebles corporales no consumibles, que a su vez sean identificables, considerando el apartado 2 de dicho artículo 1.º de la Ley, como bienes identificables «todos aquellos en los que conste la marca y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales, o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes».

La razón de exclusión de los bienes consumibles por la citada Ley es que se regulan las garantías de reserva de dominio y prohibición de disponer sobre el bien vendido, que no resultan posibles sobre bienes consumibles.

Otra Ley que hace referencia a los bienes consumibles es la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de protección de los consumidores en caso de contratos

celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que por distinta razón, la de la simplificación de su comercio, excluye de la Ley «los contratos relativos a productos de alimentación, bebidas y otros BIENES CONSUMIBLES de uso corriente en el hogar, suministrados por proveedores que realicen a tales efectos desplazamientos frecuentes y regulares».

22. COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES

Aunque hemos visto que el artículo 337 del Código Civil identifica la clasificación de las cosas fungibles y no fungibles con la de cosas consumibles y no consumibles, hay diferencias entre ellas, que resultan de otros preceptos.

Y así, como dice ALBALADEJO:

- Puede haber cosas fungibles que no son consumibles (un par de zapatos).
- Y cosas no fungibles que son consumibles (una tarta nupcial o de pastelería artística).

En realidad, el concepto de cosa fungible es distinto del de cosa consumible, porque las notas de aquélla son las siguientes:

- Son cosas que se cuentan, pesan o miden.
- Son, por ello, iguales objetivamente a otras.
- Y por lo mismo, son sustituibles, pues cabe negociar o devolver otro tanto de ellas y no necesariamente las mismas cosas fungibles.

REGULACIÓN

El Código Civil se refiere a los bienes fungibles en varios preceptos:

- a) El prototipo de la distinción de cosas fungibles y no fungibles se plantea con motivo de la distinción entre los contratos de comodato y de préstamo mutuo. En el comodato se prestan cosas no fungibles (un caballo determinado, un piso). Y en cambio en el préstamo mutuo, cosas fungibles, en que hay que devolver otro tanto (dinero, líquidos, granos, etc.).
- b) Otra aplicación es en la compensación de deudas. Cabe compensar las deudas recíprocas de cosas fungibles, de tal modo que si uno debe a otro una cosa fungible, y el acreedor debe a ese deudor también cosas fungibles, sólo hay que entregar o liquidar la diferencia.

- c) El artículo 1.448 del Código Civil permite que se fije el precio de venta de cosas fungibles, como son valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, que se pesan, cuentan o miden, por el que la cosa tuviera en determinado día en bolsa, feria o mercado, o un tanto mayor o menor que éste.
- d) El artículo 1.452 del Código Civil regula el riesgo de pérdida de las cosas fungibles vendidas, diciendo que se traspasa el riesgo al comprador desde que se hayan pesado, contado o medido, como norma específica de las cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado en relación a su peso, número o medida.

23. COSAS GENERICAS Y ESPECIFICAS

Aunque a primera vista podría identificarse esta clasificación con la anterior de cosas fungibles y no fungibles, se trata de una clasificación diferente, en que se atiende no a la naturaleza objetiva de la cosa en sí (como es la distinción entre cosas fungibles y no fungibles), sino a la forma de denominación o individualización de las cosas en los documentos o contratos.

La fungibilidad es una FORMA DE SER de la cosa. En cambio, la genericidad es una FORMA DE DESIGNACION O DETERMINACION de las cosas. La cosa fungible «se tiene» (aspecto de derecho real), aunque también es susceptible de obligaciones. En cambio, la cosa genérica «se tiene derecho a ella» (aspecto obligacional).

Si en un contrato se determina una cosa, individualizándola plenamente, estamos ante una cosa específica y determinada, perfectamente sustantivizada.

En cambio, si se describe por los caracteres que tienen o pueden tener otras cosas que constituyen su género, estamos ante una cosa genérica, y entonces, habría que concretarlas o determinarlas en el momento en que han de ser entregadas, al no estar completamente individualizadas.

Por eso, muchos autores aluden a la distinción entre obligaciones específicas y genéricas, más que a la distinción de cosas específicas y genéricas. Pero por la forma en que aparecen designadas en el documento las cosas y bienes, cabe hablar de esa distinción, pues al menos en el documento aparecerán como tales cosas, sean específicas o genéricas.

Para comprobar la diferencia de una y otra clasificación, veamos unos ejemplos: puede una persona obligarse a entregar una cosa genérica pero infungible, por ejemplo, me obligo a entregar un cuadro de un pintor francés (está indeterminado dentro de un género, pero no es fungible, pues los cuadros de pintores no son iguales). Viceversa: una cosa fungible puede contemplarse como específica: una tonelada de arroz que tengo guardada en

el coche. Las normas relativas a esta distinción entre cosas específicas y genéricas son las siguientes:

1.^a) El género nunca perece: *genus numquam perit*. Si uno se obliga a entregar cosa determinada y perece sin culpa suya, se extingue la obligación (art. 1.182 del Código Civil). Pero si es cosa genérica, no se extingue, a menos que se haya extinguido todo el género al que pertenece.

2.^a) En las cosas genéricas consta la regla de entregar la calidad media si no se ha precisado, pues dice que no podrá entregarse ni de la calidad superior ni de la inferior. Es la regla de la calidad media del artículo 1.167 del Código Civil.

3.^a) Hay legados de cosas genéricas en que existe obligación del heredero de entregar las de ese género. El artículo 875 del Código Civil distingue entre mueble o inmueble genérico. Si es mueble genérica vale aunque no lo haya en la herencia y el heredero debe entregar la de calidad media. En cambio, en inmuebles, si no lo hay en la herencia, no hay que entregar nada.

4.^a) El artículo 1.096 del Código Civil señala otra diferencia entre cosa genérica y específica, pues dice: «Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega». «Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor».

Por otro lado, el artículo 1.097 señala que «la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados».

24. EL DINERO

Algunos pandectistas calificaron el dinero como «algo misterioso» a efectos de su catalogación entre los bienes.

La frase más feliz, aunque objeto de posteriores críticas, fue la de SAVIGNY, al considerar que se trataba de un «poder patrimonial abstracto».

Con ello, lo que se quería significar es su valor de equivalencia de cualquier otro bien, y su falta de configuración física por ser más bien un ente incorporal o abstracto, más que una cosa físicamente corpórea.

Sin embargo, el dinero tiene expresión en una cosa bien concreta, que es la moneda.

Por tanto, tenemos dos conceptos íntimamente relacionados: el dinero, como ente abstracto o incorporal; y la moneda, como expresión del dinero, que es un ente concreto, que permite configurar el conjunto que forman el

dinero y su exteriorización en la moneda, como una cosa. La moneda puede ser metálica, billete o dinero bancario (anotación en cuenta en transferencias, por ejemplo, o tarjetas de crédito). Cuando la moneda interesa por su materia no es propiamente dinero, sino colecciones de monedas antiguas, que son cosas específicas y no dinero. La moneda extranjera es dinero, pues cabe pactar que se pague en moneda extranjera y hay que estar a este pacto, pero el deudor siempre puede pagar en la moneda de curso legal, que es la peseta y a partir del 1 de enero el euro, aunque ha de pagar por el valor equivalente a la moneda pactada en el momento del pago.

Estudiaremos las FUNCIONES y los CARACTERES del dinero.

En cuanto a las FUNCIONES del dinero en el ámbito jurídico, son las siguientes:

- a) Es una medida de valor de las demás cosas y derechos. En este aspecto sirven para valorarlos y cuantificarlos en numerosos actos y negocios jurídicos. Por ejemplo, a efectos de una partición de herencia, o a efectos de una expropiación forzosa o a efectos tributarios.
- b) Es un instrumento o medio de cambio para adquirir, conservar y transmitir otros bienes.
- c) El dinero es un medio de pago de determinadas obligaciones denominadas deudas pecuniarias, y de aquellas otras que no siendo originariamente pecuniarias se transforman en dinerarias (indemnizaciones, restituciones, etc.).
- d) El dinero también puede ser objeto de derechos reales, obligacionales y es un bien que forma parte del patrimonio.

Respecto a los CARACTERES del dinero, ese carácter abstracto o incorporal del dinero, pero exteriorizado en la moneda, permite configurarlo como bien, pero con características muy especiales.

- a) Se trata de una cosa MUEBLE, pues no es inmueble y puede ser transportado de un sitio a otro. Pero se diferencia de los demás bienes muebles. Es más, en los actos o negocios en que se alude a cosas o bienes muebles, no se entiende comprendido el dinero (art. 347 del Código Civil).
- b) Es CONSUMIBLE, pero diferente de otros bienes consumibles, hasta el punto de que la doctrina ha usado la idea de «consumo jurídico» para referirse al dinero, como diferente del consumo físico propio de las cosas consumibles propiamente dichas, que se deterioran o transforman. El dinero es en principio indestructible por el uso. No obstante, es consumible en el sentido de que su destino es el «gasto». Más que consumible podría denominarse «gastable».

- c) Es ULTRAFUNGIBLE, en el sentido de que es el más fungible de todos los bienes fungibles, pues representa una unidad de cuenta, y tiene la nota de «liquidez» (BONET CORREA), que no tienen las otras cosas fungibles, en las que cuenta la calidad de que tipo de bien fungible, a diferencia del dinero. Por tanto, la compensación se produce en forma automática, sin necesidad de prueba alguna sobre la fungibilidad.
- d) Es ULTRAGENERICO (GENERICIDAD ABSOLUTA), y propiamente no pueden aplicarse las normas típicas de las cosas genéricas, porque en él no cuenta la calidad, sino la cantidad. Sí la de que el género nunca perece. Pero no es que no perezca el género, es que no perece nunca como tal bien corporal. Cabe que una persona no tenga dinero, que sea insolvente. Pero no que el dinero no exista como cosa. En cambio, no se le puede aplicar la norma de la «calidad media», pues lo que importa en el dinero es la cantidad, no la calidad, según hemos visto.
- e) El dinero es DIVISIBLE, lo que permite solucionar el problema de la división de cosas indivisibles mediante su transformación en dinero (venta en pública subasta y reparto del precio entre los condueños).
- f) El dinero permite la SUSTITUIBILIDAD O EQUIVALENCIA de otros bienes, cuando ello sea necesario, pues representa una medida de valor de los demás bienes.
- g) El dinero puede dar frutos mediante su inversión. Pero esos frutos no se denominan frutos naturales, sino civiles, y derivan del dinero como bien capital.

25. LOS BIENES DE DOMINIO PUBLICO: CONCEPTO Y LEGISLACION. CLASES. REGIMEN Y NATURALEZA DE LOS BIENES DE DOMINIO PUBLICO

Aunque el estudio más pormenorizado de esta clase de bienes corresponde al Derecho Administrativo, en una Teoría General de los Bienes dentro del Derecho Civil, es necesario hacer una alusión a los mismos.

CONCEPTO

Los bienes de dominio público se caracterizan por dos notas:

- a) Titularidad pública: del Estado, provincia, municipio, Comunidad Autónoma, organismos autónomos.

- b) Afectación pública, o sea, afectación a una finalidad pública, que consiste en el uso público, el servicio público o el fomento de la riqueza nacional.

Si falla este segundo carácter estaremos ante los bienes patrimoniales, que son propiedad privada de los entes públicos. Por eso, se ha dicho, con acierto, que el «criterio de la afectación es el definidor del dominio público» (PARADA).

Los bienes patrimoniales son bienes de propiedad privada de los entes públicos, si bien están sujetos a un régimen específico con fuertes notas de Derecho Administrativo, en base a la especial protección de los mismos.

Las leyes respectivas del Estado, de las entidades locales y de las Comunidades Autónomas, han regulado con gran detalle los bienes patrimoniales de cada uno de esos entes. Se trata de bienes de dominio privado, no obstante lo cual tienen una normativa específica en materia de adquisición, enajenación y gravamen, utilización, potestad de recuperación, según su regulación específica.

Una categoría especial la constituyen los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo, en que cabría discutir si se trata de bienes de dominio público o bienes patrimoniales. Actualmente, parece predominar la opinión de considerarlos como bienes patrimoniales, pero en régimen especial, dada la finalidad de dichos bienes, y desde luego, en régimen de patrimonio separado, con la consiguiente aplicación del principio de «subrogación real» respecto al importe obtenido en la enajenación de tales bienes.

LEGISLACIÓN

Cada uno de los entes públicos tiene su respectiva legislación: la estatal, la de entes locales, la de Comunidades Autónomas. Y existe una legislación especial sectorial según la clase de bienes: aguas, costas, carreteras, etc.

En todo caso, los bienes de los entes públicos han de ser regulados por Ley, pues la Constitución establece una reserva de Ley en su artículo 132, tanto para los bienes de dominio público y comunales, como para los del Patrimonio del Estado y del Patrimonio Nacional.

Un problema fundamental que se ha planteado es el de las relaciones entre la legislación estatal y la autonómica en relación con las Leyes de patrimonio que han dictado las Comunidades Autónomas por aplicación de lo dispuesto en los respectivos Estatutos de Autonomía.

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de julio de 1982, entendió que la competencia autonómica para dictar leyes en su propio ámbito, no priva de la competencia al Estado para dictar normas sobre legislación

civil, sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y sobre contratos y concesiones administrativas, y por ello, tiene competencia para dictar la legislación básica a la que han de acomodarse las leyes de patrimonio de las Comunidades Autónomas, y también para las que dicten sobre los bienes de las Entidades Locales.

CLASES

Existen las siguientes distinciones dentro de los bienes de dominio público:

- a) Bienes de dominio y uso público.—Son de uso común de todos: Calles, plazas, caminos, dominio público hidráulico, zona marítimo-terrestre. Las enumeraciones que de estos bienes se contienen en el Código Civil y en las distintas leyes locales y autonómicas, no deben considerarse cerradas, pues se admiten otros bienes análogos.
- b) Bienes de dominio y servicio público.—Actualmente predomina en la legislación una concepción amplia de esta clase de bienes, que ya no se limita exclusivamente a los fines de defensa nacional, como establece el artículo 339.2 del Código Civil, sino que se incluyen todos los edificios destinados al cumplimiento de fines públicos. Como dice PARADA, actualmente sólo se «exige para la calificación del bien como de dominio público que esté afectado a un servicio público, tomando el concepto en su más amplia concepción subjetiva, como sinónimo de organismo administrativo», por lo que basta «con la simple afectación o vinculación con este servicio, sin la exigencia añadida de que esa afectación lo sea en función de su especial naturaleza o por haber sido objeto de una suerte de acondicionamiento, que, como vimos, es norma en la jurisprudencia francesa». Se trata, en definitiva, de los bienes destinados a FINES PUBLICOS.
- c) Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional.—Se trata de las minas, incluyéndose también los hidrocarburos. En cambio, las rocas o canteras de la Sección A de la Ley de Minas, han sido consideradas por la doctrina y por la jurisprudencia como bienes de propiedad privada del dueño del suelo, si bien sometidos a un especial intervencionismo de la Administración, que puede llegar hasta la expropiación forzosa cuando el dueño del terreno no las explote, calificándose de bienes de propiedad privada «de interés público», como categoría diferente de los bienes de dominio público (sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 5.^a de 20 de febrero de 1976 y 6 de mayo de 1981).

También pueden incluirse en esta clase de bienes, los montes catalogados de utilidad pública, si bien tienen la nota especial de la prescriptibilidad a favor de los particulares por una usucapión de caracteres específicos, que requiere que sea de treinta años y con posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 64 del Reglamento de Montes aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962).

El dominio público estatal hidráulico puede ser incluido igualmente entre los bienes afectados al fomento de la riqueza nacional, después de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, si bien, buena parte de las aguas cumple también los caracteres de afectación al uso público.

- d) Bienes afectados a la Corona.—Se trata del llamado «Patrimonio Nacional» regulado por la Ley 23/1982, de 16 de junio, y por su Reglamento aprobado por Real Decreto 485/1987, de 18 de marzo. Son los bienes muebles e inmuebles de titularidad del Estado afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes le atribuyen.
- e) Bienes comunales: de titularidad de los Ayuntamientos, pero de aprovechamiento común de los vecinos. Una categoría especial dentro de los bienes comunales, por su regulación específica y por la titularidad de los vecinos, son los llamados «montes vecinales en mano común».

RÉGIMEN

El régimen de los bienes de dominio público se caracteriza por las siguientes notas:

- a) Son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Lo que sí cabe es atribuir a un particular un uso específico mediante concesiones administrativas o permitir usos especiales. Incluso caben reservas de uso del ente público (reservas demaniales). Cabe también la enajenación si se produce la desafectación, es decir, un expediente para dejar de estar destinado al uso o servicio público. Tratándose de montes catalogados de utilidad pública, cabe la prescripción en la forma específica que se ha señalado anteriormente.
- b) Están sujetos a un régimen especial de deslinde administrativo.
- c) Respecto a los expedientes administrativos que afectan al dominio público, no se aplica el silencio administrativo positivo, sino el negativo.

- d) Están sujetos a un régimen de afectación y de posible desafectación, como supuestos de comienzo y cese de la demanialidad. Asimismo, se regulan de modo específico las llamadas «mutaciones demaniales».
- e) La inscripción en el Registro de la Propiedad tiene una especial normativa, pues, en principio, los bienes de dominio público tienen publicidad reconocida por Ley, pero actualmente está prevista la posibilidad de inscripción de los bienes de dominio público, siempre que así resulte de la correspondiente Ley que lo prevea, sin que haya obstáculo actualmente para tal inscripción, y siendo, además, muy conveniente para evitar usurpaciones de hecho.

NATURALEZA

Se discute si la titularidad recayente sobre estos bienes de dominio público da lugar en realidad a un derecho de propiedad del ente público o ante otra categoría.

Hay dos teorías:

- a) La teoría tradicional es la francesa, patrocinada por HAURIUO, según la cual estamos ante un derecho de propiedad del ente público, aunque, dada la especial caracterización de los bienes demaniales, se trate de una propiedad especial. Pero no es simplemente soberanía, sino propiedad privada. El ente público ha de someter los bienes al uso preciso para los ciudadanos o incluso para que den fruto, conforme a las normas de la propiedad.

Estos bienes de uso público están sujetos a licencias municipales como todas las propiedades del término, si se quiere construir sobre ellos, por ejemplo. Y además, pueden adquirirse por usucapión por darse el uso público durante el tiempo de la usucapión, lo que sólo se explica por la teoría de la propiedad.

- b) La teoría alemana que mantienen actualmente otros autores, es la denominada «funcionalista», según la cual, no hay aquí propiedad del ente público, sino una relación jurídica de potestad, que da lugar también a unos deberes específicos de mantener los bienes para que sirvan a un uso o servicio público.

Esta misma posición es la que había mantenido PROUDHON, en 1833, considerando los bienes demaniales como *res nullius* y *res omnium communis*, por entender que el derecho de propiedad es incompatible con los fines del demanio, sin que se pueda hablar de relación de propiedad, sino de soberanía.

- c) Actualmente, un sector de la doctrina alemana se ha inclinado por la tesis privatista del dominio o propiedad del ente público, que la ostenta como cualquier titular de la propiedad de un bien, con la especialidad de que tiene superpuesta una servidumbre pública o administrativa que determina la reducción de facultades dominicales. Por ello, se ha podido hablar de una tesis dualista.

De esta tesis se han hecho eco algunos administrativistas españoles como VILLAR PALASÍ y PAREJO ALFONSO.

Parece que puede ser admitida una tesis mixta comprensiva de las teorías del dominio y de la función pública.

En los bienes de dominio público hay una titularidad de propiedad pública, que explica las facultades del ente público en cuanto a la posibilidad de aprovechamiento, utilización y frutos o rentas de tales bienes, así como la facultad de otorgar concesiones; y hay también un aspecto de función pública, que es compatible con el concepto de propiedad pública.

Del mismo modo que la propiedad privada es actualmente compatible con la «función social» que la misma ha de cumplir, cabe perfectamente explicar los bienes demaniales como un supuesto de propiedad o dominio público, que lleva inherente una función «pública» sobre tales bienes, y que explica el especial régimen de los mismos.

26. LOS FRUTOS: CONCEPTO

Hemos visto al tratar del concepto de bienes, que una de las características fundamentales de ellos es su «utilidad». Esta se puede manifestar en el simple uso del bien (las llamadas «ventajas de uso»), pero también en la producción de frutos.

En este último aspecto, las cosas y los derechos pueden producir frutos, pudiendo ser igualmente los frutos «objeto de derechos» y «objeto de negocios» como ocurre con las cosas en general, así como pueden también pasar a formar parte, al igual que ellos, de un patrimonio, como elementos del mismo.

Aunque el Código Civil incluye los frutos dentro de la «accesión de la propiedad», «por producción», al lado de la «accesión por unión o incorporación», en realidad, los frutos han de ser estudiados en la Parte General del Derecho Civil, como producciones de las cosas o bienes o de los derechos, pues no sólo derivan de la propiedad (como institución central del Derecho de Cosas), sino que pueden referirse a múltiples relaciones jurídicas y a otros derechos distintos del de propiedad, sean reales u obligacionales.

Los frutos pueden ser, según la clasificación conocida, de tres clases: naturales, industriales y civiles.

Según el artículo 355 del Código Civil, son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de los animales.

Frutos industriales son los que se obtienen por el cultivo o por el trabajo.

Y frutos civiles son las rentas que se obtienen en virtud de un contrato o relación jurídica. No surgen directamente de la cosa sino al hacer a la cosa objeto de un negocio jurídico o relación jurídica (por ejemplo, la renta del alquiler que obtiene el propietario es un fruto civil). Son créditos, no cosas. Constituyen, por regla general, una renta de sustitución de los frutos naturales o industriales que producen los bienes. Pero también son considerados frutos civiles otras rentas que no son de sustitución de la cosa. A veces se ha considerado fruto civil el rendimiento de un negocio o empresa, como beneficio (art. 475 del Código Civil: beneficios de una explotación industrial o mercantil). Pero se plantea si es fruto industrial o civil. En favor de la segunda posición, se pronunció la sentencia de 5 de enero de 1925. En favor de la primera está la consideración de que los dividendos de acciones son frutos, según ahora veremos, y no hay diferencia ostensible entre unos y otros. Ello aparte de que el calificativo de fruto civil no requiere una periodicidad regular (CARRASCO).

Los dividendos de las acciones son también fruto civil, pero no el derecho de suscripción preferente, ni las plusvalías. El interés del dinero es fruto civil, pero es fruto del derecho de crédito que tiene el prestamista, pues el dinero es ya propiedad del prestatario. Ahora bien, la inversión del dinero en un depósito da lugar a intereses que son también frutos civiles. El interés procede de una cosa especial, que es el dinero. Luego no constituye una excepción a la característica general de que los frutos proceden de los bienes, pues en ese caso, el interés procede de un bien, aunque sea especial, cual es el dinero.

En realidad, tanto los llamados frutos naturales como los industriales son «frutos de la naturaleza», y se contraponen en su regulación a los «frutos civiles».

La doctrina alemana habla de frutos «inmediatos» de las cosas y de los derechos, y de frutos «mediatos» de las cosas y de los derechos. Los frutos inmediatos son en realidad los que producen las cosas, pero unas veces corresponden al propietario de la cosa y otras veces al propietario de un derecho real o personal (el usufructuario tiene derecho a los frutos de la cosa, que en Derecho alemán se consideran frutos inmediatos del derecho de usufructo, pero en realidad son frutos de la cosa que pertenecen al usufructuario). Los frutos mediatos son frutos civiles pues los producen las cosas y los derechos cuando son objeto de una relación jurídica (por ejemplo, en caso de arrendamiento de una cosa o un derecho —subarriendo— se produce una renta para el titular, que es el fruto civil).

Los frutos de la naturaleza se adquieren y entran en el patrimonio desde que «se alzan o separan». Por tanto, se adquieren desde que se separan del árbol o de la tierra. La separación puede ser un hecho natural o un acto jurídico voluntario, según los supuestos. En este último caso, cuando interviene la voluntad del hombre, podríamos incluirlo dentro de los llamados «actos reales», que no son «declaraciones» sino «ejecuciones», es decir, actos materiales o físicos, en que apenas cuenta la capacidad de la persona y su voluntariedad, a diferencia de los llamados «actos semejantes a los negocios jurídicos», como son dichas declaraciones (sean de voluntad, de ciencia, de sentimiento o de opinión), que son totalmente diferentes en su concepto y configuración de los actos reales.

En cambio, los frutos civiles se entienden producidos por días y se adquieren por días. El Código Civil se refiere a veces a la «producción por días». Pero ya hemos visto que la «producción» puede ser irregular, según el vencimiento. Lo importante es la forma en que se entienden «adquiridos», que es «por días».

En este punto, hay que distinguir la titularidad inmediata de los frutos, que la tiene el titular que concierte y firme el contrato del que deriven los frutos, que es el que tiene derecho a cobrar las rentas derivadas del contrato; y la atribución definitiva de los frutos, para la que cabe aplicar la regla de adquisición por días para su entrega definitiva a quien correspondan.

La cuestión de la diferencia entre las dos formas de adquisición de los frutos naturales e industriales, por un lado, y los frutos civiles, por otro, puede tener importancia en el caso de que alguien transmita el usufructo de una finca a una persona. Si se transmite el usufructo a B el día 15 del mes, y el piso alquilado da una renta mensual de 500 euros, el usufructuario tendrá derecho a recibir la mitad de la renta y el propietario la otra mitad. El arrendatario pagará el alquiler de momento al propietario (titularidad inmediata como acreedor), y éste entregará la mitad del mes al usufructuario (atribución definitiva). Pero a partir de entonces, el usufructuario tendrá derecho a todas las rentas hasta que se acabe el usufructo. Y si el usufructo se acaba un día veinte de mes, corresponderán al usufructuario la parte de los días transcurridos hasta el veinte, y al propietario, a partir de entonces.

27. LAS DOS ACEPCIONES DE LOS FRUTOS COMO BIENES Y COMO BENEFICIO LIQUIDO

En principio, el Código Civil parte de que los «frutos» son «bienes» que se obtienen de otros «bienes».

Pero junto a esta acepción del fruto, hay una serie de preceptos que conciben el fruto en su acepción económica de «beneficio líquido», que es

asumida como concepto también jurídico. Se trata, entonces, no de un bien independiente, sino de una suma económica que se obtiene por la diferencia entre el activo y el pasivo.

Pero no puede decirse que el concepto de fruto en general y en todos los aspectos se contemple por el Derecho siempre en ese sentido económico de beneficio líquido, hasta el punto de que pueda pensarse que haya sustituido al fruto como un «bien» o «cosa» autónoma procedente de otra. No es así: la regla general en los preceptos del Derecho positivo es la configuración del fruto como «bien», fuera de toda idea de beneficio líquido.

La configuración del fruto como «bien procedente de otro» es la que resulta de la definición o clasificación general de los frutos, desde la perspectiva de la llamada «accesión por producción», que resulta de los artículos 354 y 355 del Código Civil.

Pero el concepto de fruto en sentido económico como BENEFICIO LÍQUIDO hace su aparición en todos aquellos preceptos que contemplan la «restitución» de los frutos, pues ésta ha de plantearse no sólo como *restitución in natura*, imposible en la mayor parte de los supuestos, dada la normal consumibilidad de los frutos y el tiempo transcurrido hasta que se produce la obligación de restitución, sino más bien como restitución de la cantidad de dinero correspondiente a la diferencia entre el activo que representa la producción de los frutos y el pasivo que suponen los gastos necesarios para ello.

En este sentido, el artículo 356 del Código Civil se refiere al aspecto económico de fruto, pues dice que «el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación».

Este precepto aproxima el concepto de fruto al beneficio neto. Significa no sólo que el que percibe los frutos es el que está obligado a pagar al tercero esos gastos, sino además, que los frutos son, en determinados aspectos, la diferencia entre los beneficios y los gastos hechos para la producción, recolección y conservación de los frutos.

Este concepto económico de frutos tiene importancia especial, según hemos indicado, cuando se plantea la obligación de restitución de frutos, pues evidentemente, si se han consumido no se tienen que restituir los frutos *in natura*, sino el producto líquido, es decir, su importe en dinero, una vez deducidos los gastos. Pero también aparece en otros supuestos.

Haciendo un resumen de supuestos en que interesa el concepto de fruto como «beneficio neto», más que como «bien individualizado», tenemos los siguientes:

- a) Cuando se plantea la referida restitución de frutos, pues evidentemente, aquí lo que se reclama por regla general, sobre todo en

productos perecederos, es el equivalente económico al beneficio, sobre todo teniendo en cuenta que hay que descontar los gastos de producción, conservación y recolección (art. 356).

- b) En el caso de los frutos pendientes por parte del poseedor de buena fe, que tiene derecho al producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de la posesión, deducidos los gastos de producción (art. 452 del Código Civil).
- c) Cuando se trata de definir como fruto el beneficio de una explotación industrial o agrícola, es decir, de una empresa, en que se utiliza el concepto de beneficio neto, propio de la ganancia de la empresa.
- d) En la anticresis, en el artículo 1.882 del Código Civil, pues el acreedor, al imputar los frutos al pago de intereses y después al capital, ha de deducir los gastos necesarios para su conservación y reparación y las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca.

28. TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS FRUTOS

Volviendo al concepto general u ordinario de FRUTO, como bien procedente de otro, se han planteado diversas teorías para explicar sus especificidades como bien singular, de cuya suma de teorías, más que de su crítica, podemos obtener los diferentes caracteres que nos han de llevar al concepto general de fruto, pues, como ocurre en otras discusiones doctrinales, las teorías no son excluyentes, sino perfectamente compatibles:

- a) El fruto como producto orgánico de la naturaleza (Teoría orgánica).—Es la del Derecho Romano antiguo. Algunos romanistas (SAVIGNY) parten de la misma al definir el fruto como «lo que suele nacer y renacer», dándole la nota de «periodicidad de reproducción». Algunos pandectistas añaden, junto a los frutos naturales, los réditos derivados de una relación jurídica (frutos jurídicos o civiles), en que existe también esa periodicidad.

De esta teoría, se obtiene el carácter de «periodicidad», aunque no sea con carácter regular, propia de todo bien que merezca jurídicamente el calificativo de fruto.

- b) El fruto como parte separada de una cosa que constituye el rédito de la misma (Teoría de la separación, de SCIALOJA).—Según esta teoría, fruto es «la parte destinada a separarse de la cosa que según los usos sociales se considera como el rédito de la misma». No todas las partes de la cosa que se separan son fruto. Ha de ser rédito de la cosa. Los ciclos periódicos importan menos en esta teoría. Reconoce que hay frutos que son puro rédito y no partes de la cosa (frutos civiles).

De esta teoría se obtiene la caracterización del fruto como «rédito» o «rendimiento» de otra cosa, que se concibe como ente separado de ella. Rédito y cosa separada, como dos nuevas notas del concepto de fruto.

- c) El fruto como una entidad que no altera la sustancia de la cosa productiva.—Es la teoría propia de los autores franceses, al distinguir fruto y producto. Fruto es lo que una cosa produce periódicamente sin alterar su sustancia. En cambio, productos serían los que agotan la sustancia de la cosa. La distinción entre frutos y productos es propia de la antigua doctrina francesa. Pero se planteó el problema de los árboles de tala del bosque y de las minas, pues en ambos casos, se altera y disminuye con la explotación del bien la sustancia del mismo, lo que daría lugar a la configuración como productos y no frutos. Pero los minerales aunque vayan agotando la mina, han de configurarse jurídicamente como frutos, porque la disminución de la sustancia se realiza lentamente. Y lo mismo los árboles de monte destinado a tala de madera, siempre que ésta se realice conforme a un plan ordenado de explotación, de modo que se van sustituyendo los árboles cortados por los nuevos, pues entonces no se altera la forma ni la sustancia de la finca en que nacen y se desarrollan los árboles.

En cambio, hay que considerar como productos los que se obtienen de la cosa, por destrucción o alteración de ésta (la carne de los animales al sacrificarlos).

En muchos casos, el Código Civil equipara productos a frutos, como términos sinónimos, lo cual no puede desconocerse. Pero al propio tiempo, cabe entender que la distinción que ofrece esta teoría, es útil para el concepto estricto de fruto, como bien que procediendo de otra cosa, mantiene la sustancia de ésta sin alterarla ni disminuirla de modo esencial.

- d) Teoría del destino económico de la cosa (FERRARA).—«Fruto es todo producto o utilidad que constituye el rédito de la cosa según su destino económico». Por tanto, lo importante aquí es atender al destino económico que hace producir frutos a la cosa según ese destino económico que tiene la propia cosa, siempre que no sea alterado indebidamente, correspondiendo decidir ese destino económico al legitimado legalmente a tal efecto, que, en principio es el propietario, pero que puede serlo también el poseedor de buena fe. Desde esta perspectiva, el usufructuario y el arrendatario deben mantener este destino económico al recibir los frutos. Por la misma razón de tener que atender al destino económico, el tesoro encontra-

do en la finca no es fruto. Ni lo son tampoco los árboles plantados cuando la finca no se destine a monte tallar.

En los frutos civiles existe también ese destino económico de la cosa, que produce un rédito de sustitución.

Esta teoría del destino económico es ciertamente discutible, pues con independencia del destino económico, los frutos se pueden producir objetivamente en la cosa. Ahora bien, es evidente que si una persona tiene derecho a los frutos (usufructuario, etc.), sólo podrá percibir los que se acomoden al destino económico de la cosa, no los que supongan una extralimitación respecto a la misma. En cierto modo, esta nota va unida a la del mantenimiento de la sustancia, pero añadiendo el matiz de destino ordenado de la cosa, para evitar exageraciones en la obtención de frutos, con grave perjuicio de la cosa madre.

- e) Teoría subjetiva de PETRAZYCKI (Berlín 1839-1895). Según este autor, no cabe hablar de un concepto objetivo de fruto, pues un mismo bien puede ser considerado unas veces como fruto y otras como capital. De lo que se trata, como nota positiva del fruto, según esta posición, es de separarlo del capital. Capital es la cosa productiva y fruto es el producto de ese capital destinado al consumo, al que se le ha dado por el sujeto el destino de rédito. Estamos ante una concepción subjetiva de fruto por lo siguiente:

- Si un usufructuario ha recibido una finca con los graneros llenos de frutos o grano, son capital y no fruto, por lo que debe devolver los graneros llenos al propietario. A pesar de ser usufructuario, no los puede considerar como parte de su derecho a los frutos.

En cambio, si lo adquiere unos meses antes y hace él la recolección, entonces son fruto y los puede consumir.

- En el usufructo de un monte, el concepto de fruto depende de la forma en que se regule su tala conforme a la voluntad del propietario, pues la cualidad de fruto de la madera que obtenga depende de él, ya que para determinados árboles puede diferirse su corta, y no serán todavía fruto.
- Quizá podría añadirse a los ejemplos de PETRAZYCKI, el del artículo 111.2.º de la Ley Hipotecaria, del que luego nos ocuparemos, pues cabe pactar expresamente la extensión de la hipoteca a los frutos «cualquiera que sea la situación en que se encuentren», pero ha de referirse a los frutos en el momento en que todavía tengan relación con el bien inmueble y, por ello, «formen parte integrante de él» (en expresión del art. 334.2.º del Código Civil),

pero no a los frutos ya almacenados o retirados fuera del inmueble con anterioridad al vencimiento de la hipoteca, porque realmente, a efectos de ésta, ya no son frutos, al no ser bienes inmuebles, ni tener relación con el bien inmueble.

En todo caso, la crítica general a la teoría de PETRAZYCKI es que el concepto de fruto, más que subjetivo, ha de considerarse transitorio, lo que es de matiz diferente. No permanece toda la vida, pues el fruto está llamado a consumirse o a restituirse, y no a permanecer en forma indefinida. El concepto de fruto se plantea sólo en un determinado momento. Esa es la explicación de los supuestos que señala el citado autor, sin que por eso, pueda ser negado un concepto objetivo de fruto con unos caracteres determinados y definitorios.

El mérito de dicho autor puede ser el de destacar la importancia del paso a una u otra relación jurídica para el concepto de fruto y el momento de la separación. Es decir, tiene importancia para la configuración del fruto en un determinado momento jurídico, el del tránsito entre dos titulares sucesivos sobre un bien, aspecto ya destacado por la doctrina. Pero sin que ello afecte a la caracterización de los frutos por el conjunto de las notas que resultan de las teorías anteriores.

e) En realidad, podríamos decir que los caracteres del fruto son los que resultan de la integración de las cuatro teorías primeramente indicadas, es decir, las siguientes:

- 1.º) La periodicidad. Los frutos no se obtienen de una sola vez, sino con habitualidad, sin rigidez en los intervalos, que pueden ser desiguales. Pero la repetitibilidad parece que puede considerarse una característica de los frutos, conforme a la llamada teoría orgánica.
- 2.º) Los frutos son bienes que proceden de otra cosa o derecho (cosa o derecho-madre), que se separan o diferencian de las cosas o derechos que los producen y que constituyen un rédito de las cosas o de los derechos (pues éstas los producen). Las cosas producen frutos que a su vez son cosas que se separan de las cosas-madres (frutos naturales) o que constituyen réditos consistentes en créditos, también distintos de las cosas o de los derechos (frutos civiles). Y son entidades que derivan de las cosas, y no partes de ella (no son partes integrantes de las cosas, sino bienes nuevos que derivan de ellas).

Esta nota puede deducirse de la teoría de la separación o rédito de la cosa, patrocinada, según vimos, por SCIALOJA.

- 3.º) Los frutos mantienen o conservan la sustancia de la cosa madre. Este carácter tiene un sentido relativo, pues no importa que se produzca una disminución de la cosa madre, si es lentamente, como ocurre en los supuestos de los minerales, anteriormente examinado.
Esta nota se obtiene de la teoría que distingue entre fruto y producto por razón del mantenimiento de la sustancia propio de los frutos.
- 4.º) El fruto se obtiene sobre la base de observar el destino económico de la cosa, que decide libremente el propietario. Por ejemplo, el usufructuario ha de atender al destino económico para el que se le dio la cosa por el propietario. Si se le dio una finca destinada a monte, ha de obtener los frutos de la madera. Pero si es parque de recreo, los frutos serán los ingresos que obtenga por la visita a ese parque. Un tesoro que se encuentra en una finca no es fruto, porque no está en consonancia con el destino económico de la cosa.
Esta nota de la producción o formación de los frutos conforme al destino económico de la cosa madre se obtiene de la teoría de FERRARA, examinada igualmente con anterioridad.

Algunos autores, como CARRASCO (*Anuario de Derecho Civil*, 1987, que cita a BARCELONA en el mismo sentido, en contra de MOSCO), consideran que el mantenimiento de la destinación de la cosa no es un elemento integrante del concepto de fruto, sino que, a lo más, puede delimitar el alcance de un derecho de goce sobre cosa ajena (art. 467 del Código Civil), y acaso, la responsabilidad en que se incurra por el deterioro ocasionado por el cambio de destino. En todo caso, en el *Manual de Derecho Civil*, CARRASCO considera importante que el fruto se obtenga a partir de una explotación económica ordenada, poniendo el ejemplo del monte tallar en relación con las talas ordinarias, lo que revelaría la importancia del destino económico ordenado de la cosa madre para el concepto de fruto.

Quizá, para que el elemento del destino económico sea aprovechable, habría que configurarlo al estilo de PETRAZYCKI, es decir, sobre la base de que ha de respetarse el destino marcado por el legitimado para decidir sobre ese destino. Así, por ejemplo, en las relaciones entre propietario-usufructuario, o propietario-arrendatario, etc., no puede considerarse fruto lo que éstos perciban por destinar la finca de un modo no previsto por el propietario o arrendador. O sea, que no tienen derecho a esas percepciones, porque no son fruto. En cambio, el poseedor de buena fe, que no responde por el deterioro (art. 467 del Código Civil), es él, al igual que el propietario, el que puede dar el destino que estime conveniente, a efectos del concepto de fruto. Pero

en el poseedor de mala fe, que responde del deterioro o pérdida, hay que observar que tienen la consideración de fruto a restituir los que hubiera podido percibir, concepto éste que sólo se explica desde la perspectiva del destino adecuado de la cosa.

El fruto, en consecuencia, partiendo de las notas resultantes de las teorías señaladas, puede definirse de la siguiente manera:

«Es un bien que se obtiene periódicamente o repetitivamente de una cosa o de un derecho, a través de un ciclo regular o irregular, que se considera un bien procedente de la cosa-madre (o derecho-madre), pero como entidad separada de ella y como rédito de la misma, y que se produce teniendo en cuenta el destino económico de la cosa o derecho que lo produce, determinado por el titular legitimado al efecto, y que mantiene la sustancia de la cosa-madre».

29. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE FRUTO

El concepto de fruto tiene varias aplicaciones importantes:

- a) En cuanto al problema de cuándo ha de entenderse que se adquieren. Ya sabemos que los frutos naturales e industriales, desde que se alzan o separan. Y los frutos civiles se adquieren por días.
- b) En cuanto al problema de a quién corresponden los frutos, la contestación es que corresponden al propietario del bien que los produce o al titular de otros derechos reales u obligacionales existentes en relación con la cosa productiva. Corresponden al propietario en base a la facultad de disfrute (art. 348 del Código Civil), que el artículo 354 denomina accesión por producción. Pero también pueden corresponder a los que se encuentren en otra relación jurídica con el propietario: usufructuario, usuario, enfiteuta, acreedor anticrético, acreedor hipotecario que tenga la administración en el procedimiento, arrendatario. Existe también el supuesto del poseedor de buena fe, en que se discute si tiene un título de propiedad sobre los frutos (los hará suyos: art. 451 del Código Civil), o bien, se trata de que, perteneciendo al propietario, se dispensa al poseedor de la obligación de restituirlos (CARRASCO). Dentro de la discutibilidad de esta cuestión, nos inclinamos más bien por la primera posición, pues el Código dice que el poseedor de buena fe los «hará suyos», lo que apunta al significado de propiedad más que de simple dispensa de la obligación de restitución. Hay además supuestos de «frutos por administración», que permiten a un titular obtener determinados frutos para destinarlos a la administración de un patrimonio

(representante del ausente con posesión temporal: artículo 186; padres: artículo 164; tutores, etc.). En caso de comunidad, corresponden los frutos a los comuneros en proporción a su cuota sobre la cosa madre.

En caso de herencia, existe el principio de *fructus augent hereditatem*. Pero en el Código Civil es discutible. Podría ser manifestación el caso del artículo 760, pues los incapaces e indignos, no sólo éstos, deben restituir los frutos percibidos, lo que representa una especialidad en cuanto a las normas de la posesión de buena y mala fe. En el caso del artículo 1.063 del Código Civil, se llevan a la partición los frutos, lo que significa que se parte de que pertenecen a la herencia, sin perjuicio de los derechos de cada coheredero en proporción a su cuota sobre el patrimonio (art. 399 del Código Civil). En el caso del artículo 1.049 se colaciona su importe graduándolo por el rendimiento de bienes hereditarios similares, pero en todo caso, contado a partir de la apertura de la sucesión, no desde la donación evidentemente. El artículo 847 del Código Civil también parte en el pago de la legítima en metálico, que se computen los frutos desde el fallecimiento.

En caso de régimen de gananciales, los frutos son gananciales, pero se permiten actos dispositivos al cónyuge para administración de su patrimonio privativo.

- c) En cuanto a cómo se regula la atribución en caso de sucesión de relaciones jurídicas. A través de la regulación del momento de adquisición de los frutos: desde que se alzan o separan, los naturales e industriales; y por días, los civiles. Con algunas especialidades sobre frutos pendientes en materia de usufructo y posesión.
- d) La cuestión de determinación de los supuestos en que se produce la obligación de restitución de los frutos y de qué forma. Aquí podría tener entrada, según vimos, el concepto económico de fruto como beneficio neto o líquido, que sería lo que habría que restituir, y no los frutos *in natura*.

Respecto a los supuestos de restitución, CARRASCO señala hasta cinco supuestos que ofrecen distinta regulación. No obstante, reconoce que en el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia aplican con preferencia y de forma expansiva el criterio de las normas de la posesión de buena y de mala fe. Ciertamente, hay una serie de supuestos que tienen una regulación específica en cuanto a la pertenencia de los frutos. Parece que si hay una regulación específica para una determinada relación jurídica, ha de estarse a dicha regulación. Por otra parte, si la restitución se plantea como consecuencia de un sinalagma, ha de estarse a la regulación especial (CARRASCO, res-

pecto a supuestos de ineficacia de contratos sinalagmáticos). En otro caso, podría aplicarse la regulación general de la posesión de buena y mala fe.

Pero habrá que comprobar en cada supuesto la regulación específica de los frutos.

La restitución por acción reivindicatoria o por personación del ausente no ofrece problemas: se aplica la buena o mala fe de las normas de posesión, que también están previstas para la ausencia.

En cambio, la restitución por ineficacia en supuestos de nulidad, rescisión, resolución (arts. 1.303 y 1.295) plantea el problema de si hay que devolver frutos e intereses en todo caso, o se aplican las normas de la posesión de buena o mala fe. En principio, hay que devolver por aplicación del efecto retroactivo de la ineficacia. Sin embargo, algunos autores y la jurisprudencia mayoritaria, pero no unánime, aplican las normas de la posesión de buena o mala fe, entendiendo que hay que integrar la interpretación de esos preceptos con los de la posesión, e incluso con el del pago de lo indebido (arts. 1.896 y 1.897: DELGADO ECHEVERRÍA). Pero CARRASCO, con buen criterio, entiende que las normas de los artículos 1.393 y 1.295 responden al sinalagma propio de los contratos bilaterales, según ha quedado ya indicado, por lo que han de aplicarse sin compensaciones ni aplicación de otras normas.

En ocasiones se aplica un sistema de COMPENSACION: es el caso de la compensación de frutos por intereses del artículo 1.120, en caso de cumplimiento de condición suspensiva, en que a pesar de la retroactividad, se establece esa norma especial, por razones de simplificación. También aparece la simplificación, esta vez en cuanto a COMPENSACION DE FRUTOS POR FRUTOS, en el caso de recuperación de la cosa por retracto convencional (art. 1.519.1.º del Código Civil) sobre la base de compensar los que estaban pendientes en el momento de la venta y los que lo estén en el momento de ejercicio del retracto.

En el pago de lo indebido por error, en los artículos 1.896 a 1.898 se aplican las normas de la posesión, a pesar de que el artículo 1.897 no es muy explícito, pero por interpretación *a sensu contrario* del 1.896, hay que entender que en el 1.897, el que ha de restituir si recibió el pago de buena fe, no debe restituir los frutos.

En materia de COMPRAVENTA, existe la especialidad en materia de EVICCION, en que el comprador puede pedir al vendedor los frutos, sin distinción si es de buena o mala fe, cuando ha sido condenado a entregarlos al tercero que le venció en juicio. La razón es que disfruta de una posesión por causa o título derivado del vendedor, por lo que éste debe responder, aunque el comprador sea de mala fe.

Otra norma especial en materia de compraventa es la del artículo 1.501.2.º, en que se deben intereses cuando la cosa comprada produce fruto o renta.

Pero se interpreta que es cuando no se ha pactado un aplazamiento. Pues si se pacta aplazamiento sin intereses, en el precio ya está incluido el mayor valor correspondiente a los intereses. Se tratará sólo del supuesto en que hay retraso pero sin haber sido puesto en mora.

Especialidad tiene también el artículo 1.126 del Código Civil, en que el que paga por error anticipadamente, tiene derecho a la devolución, y además a los frutos percibidos por el acreedor. Quizá porque en el precio aplazado está ya el mayor importe correspondiente.

30. RESTITUCIONES DE FRUTOS SEGUN LAS REGLAS GENERALES DE LA POSESION DE BUENA Y MALA FE

En tanto en cuanto las reglas de restitución de la posesión de buena y mala fe, sirven de aplicación general en una buena parte de los supuestos, como normas-tipo, aplicables por la doctrina y la jurisprudencia a otros supuestos, procede recordar dichas reglas de restitución:

- a) El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión (según unos desde la contestación a la demanda, según otros desde el emplazamiento). Se aplica la norma general ya vista sobre adquisición de los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan; y los frutos civiles por días. Pero respecto a los frutos pendientes, el artículo 452 (a diferencia del usufructo) introduce la norma de que el poseedor tiene derecho al «producto líquido» proporcional al tiempo de su posesión y derecho a los gastos realizados para su producción.
- b) El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.

31. LA REGULACION DE LOS FRUTOS EN LA LEGISLACION HIPOTECARIA

La importancia de los frutos en relación con la legislación hipotecaria se manifiesta en diferentes aspectos:

1.º) En cuanto a la extensión de la hipoteca inmobiliaria a los frutos, el apartado 2.º del artículo 111 de la Ley Hipotecaria exige pacto expreso en el contrato para que la hipoteca se extienda a los frutos, «cualquiera que sea la situación en que se encuentren», a diferencia del artículo 1.877 del Código Civil, que sólo alude a «los frutos pendientes», y que ha de entenderse completado por lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En la primitiva Ley

Hipotecaria de 1861 se aludía a los frutos pendientes o cogidos, pero no levantados ni almacenados «al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligación hipotecaria». Algunos autores defienden una interpretación amplia del artículo 111.2.º de la Ley Hipotecaria, refiriéndolo a toda clase de frutos (MORELL, *Comentarios*, III, pág. 728; CHICO ORTIZ, *Estudios*, II, pág. 692). En cambio, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos Reales*, pág. 432) sólo cree posible el pacto de extensión a los «frutos pendientes» e incluso a los «ya escindidos, pero no levantados ni almacenados». Esta última solución podría tener su apoyo en que el artículo 111.2.º de la Ley Hipotecaria, conforme a sus antecedentes, y además, porque concuerda con el fruto como bien inmueble según el artículo 334.2.º del Código Civil, dado que la hipoteca, en principio, ha de recaer sobre bienes inmuebles, según el artículo 1.874.1.º del Código Civil. Y conviene recordar que el carácter de bienes inmuebles sólo lo tienen, por imperativo del artículo 334.2.º del propio Código, «los frutos pendientes mientras se hallaren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble». Aunque esta última frase ha sido discutida, podría referirse aparte de los frutos pendientes, a los ya cogidos, pero no levantados ni almacenados, a que se refería la Ley Hipotecaria de 1861, vigente en el momento de redactarse el artículo 334.2.º del Código Civil, tal como indicamos al comentar este apartado, al tratar del concepto de parte integrante en el Código Civil:

La amplitud de la expresión utilizada por el legislador en el artículo 111.2.º de la Ley Hipotecaria hace referencia a que puede pactarse la extensión de la hipoteca no sólo a los frutos pendientes, sino a los que vayan produciéndose después del vencimiento de la hipoteca, e incluso a los ya cogidos, pero no levantados, ni almacenados o separados del inmueble. La inclusión de los frutos posteriores a dicho vencimiento de una hipoteca en ejecución resulta del artículo 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ahora veremos. En cuanto a los frutos ya separados y almacenados en el momento de ejecutarse la hipoteca, si se encuentran todavía en el inmueble o están depositados o almacenados en el mismo, no parece que deban excluirse de la hipoteca, que se pactó con extensión a los frutos «cualquiera que fuese la situación en que se encontraran», pero siempre dentro del inmueble en cuestión.

2.º) El apartado 3.º del artículo 111 de la Ley Hipotecaria admite también el pacto de extensión de la hipoteca a «las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada». Se trata aquí de los frutos civiles del inmueble hipotecado, que, aun no siendo bienes inmuebles, derivan de un inmueble por razón de la llamada «accesión discreta» (arts. 353 y 354 del Código Civil) y conservan su relación de procedencia con la cosa madre mientras no han sido satisfechas (a modo de frutos pendientes). El pacto de extensión de la hipoteca no puede

referirse a las rentas anteriores y percibidas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, pues tales rentas corresponden al dueño de la finca, ya que la hipoteca no es un derecho real de uso y disfrute, sino de garantía y de realización de valor. Respecto a las rentas que vayan venciendo en la fase de ejecución, si el acreedor solicita la administración o posesión interina de la finca, podría cobrar con tales rentas las cantidades garantizadas, conforme al artículo 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según este precepto, «el acreedor percibirá en dicho caso las rentas vencidas y no satisfechas, si así se hubiese estipulado, y los frutos, rentas y productos posteriores, cubriendo con ellos los gastos de conservación y explotación de los bienes y después su propio crédito».

La regulación del artículo 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe ponerse en relación con el artículo 111.2.º y 3.º de la Ley Hipotecaria, pues si no se hubiera pactado en el contrato de hipoteca la extensión de ésta a los frutos y a las rentas, no parece que pueda exigirse la administración y posesión interina de la finca hipotecada, ya que faltaría la causa o título jurídico civil o registral para ostentar la percepción de los frutos y rentas.

Por tanto, el precepto procesal tiene que tener un apoyo sustantivo, y éste es el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, que prevé el pacto de extensión de la hipoteca a los frutos y rentas en la forma que señala.

Ciertamente, el artículo 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo alude al pacto de extensión respecto a las «rentas vencidas y no satisfechas», pero la referencia a «frutos, rentas y productos posteriores» también exige que se extienda la hipoteca a los mismos en virtud de pacto expreso, conforme a la legislación sustantiva, salvo que se entienda que la Ley procesal establece un título legal de adquisición de tales frutos a favor del acreedor hipotecario, lo que no sería conforme con el concepto de hipoteca, que no da lugar a la adquisición de los frutos, sin perjuicio de la extensión de la hipoteca a los frutos y rentas si así se hubiera pactado expresamente.

En cuanto al «anticipo de rentas no vencidas», no puede perjudicar al acreedor hipotecario, conforme establece el artículo 215.2.º del Reglamento Hipotecario, y confirma el artículo 390 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al aludir a «los frutos, rentas y productos POSTERIORES», sin ninguna limitación.

3.º) Por lo que se refiere a la prenda sin desplazamiento sobre frutos, el artículo 52 de la Ley reguladora de la misma, de 16 de diciembre de 1954, prevé la posibilidad de constitución de prenda sin desplazamiento, entre otros bienes, sobre los frutos siguientes de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias:

- Sobre los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.

- Sobre los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse.
- Sobre los animales, así como sus crías y productos.

En relación con este precepto, hay que observar:

- a) Que, respecto a los frutos pendientes, aunque según el artículo 334.2.º del Código Civil, son bienes inmuebles, cabe considerarlos susceptibles de prenda sin desplazamiento. Ciertamente, hay aquí una modalidad del precepto, pero ello es un problema coincidente con el que se da en la hipoteca mobiliaria, en que se permite que recaiga sobre maquinaria, aunque sea «pertenencia» de un bien inmueble, y por tanto, bien inmueble, conforme al Código Civil.
En definitiva, los frutos pendientes, a pesar de ser bienes inmuebles según el Código Civil, son susceptibles de prenda sin desplazamiento.
Realmente, teniendo en cuenta el concepto de prenda sin desplazamiento, que no implica traspaso posesorio de los bienes pignorados, se explica la posibilidad de que pueda constituirse sobre los frutos pendientes, siempre que no resulten hipotecados por razón de una hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a tales frutos, dada la prohibición de constituir prenda sin desplazamiento sobre bienes ya hipotecados (cfr. art. 2 de su ley reguladora). Pero cabe también hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a los frutos, aunque éstos estén sujetos a prenda sin desplazamiento, en cuyo caso, para determinar la preferencia es fundamental la nota marginal del artículo 75 de la Ley reguladora de la prenda sin desplazamiento, que ha de consignarse al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que se pignoran los frutos pendientes o las cosechas esperadas dentro del año agrícola.
- b) Respecto a las «cosechas esperadas», es uno de los supuestos en que caben derechos sobre «bienes futuros», y cabe aplicar la misma norma señalada respecto a los frutos pendientes, a propósito de la nota al margen de la inscripción de dominio, pues podrían llegar a tener el carácter de «frutos pendientes» en el momento de vencimiento de la hipoteca o en las sucesivas fases de la ejecución.
- c) Por lo que se refiere a los «animales y sus crías y productos», el concepto de fruto ha de aplicarse a las crías y productos de los animales, conforme al artículo 357 del Código Civil, y no al animal madre, aunque cabe prenda sin desplazamiento sobre unos y otros, pues todos ellos son bienes muebles.

En cuanto a la posible relación en este caso, entre hipoteca inmobiliaria y prenda sin desplazamiento, cabría entender que los animales pueden entenderse comprendidos entre los «objetos muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada cuando ésta comprende una explotación ganadera», pues serían «pertenencias» y por tanto, bienes inmuebles, a los que por pacto expreso podría extenderse la hipoteca inmobiliaria, en cuyo caso, los animales de la explotación serían las pertenencias y las crías y productos de ellos, sus frutos. En todo caso, si con anterioridad a la hipoteca inmobiliaria se hubiera constituido prenda sin desplazamiento sobre los animales y sus crías y productos existentes en una explotación ganadera de una finca, cabría aplicar la nota marginal del artículo 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. En todo caso, ante las dudas que puede producir esta asimilación de unos bienes que son «semovientes» a los «objetos muebles» del artículo 111.2.º de la Ley Hipotecaria, debería especificarse en cada caso esta extensión específica de la hipoteca inmobiliaria con el detalle y precisión correspondientes permanentemente para la explotación», y las crías y productos de los animales, serían frutos de esos objetos muebles hipotecados. Es dudosa esta interpretación. Para evitar dudas en la práctica, el pacto de extensión de la hipoteca debería referirse expresamente a los animales y sus crías y productos de la explotación ganadera existente en la finca de que se tratase.

4.º) Otra manifestación del concepto de fruto en la legislación hipotecaria, se produce en relación con el principio de legitimación registral en su aspecto procesal, y concretamente, en el párrafo tercero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, al establecer el sobreseimiento del embargo DE LOS FRUTOS de un inmueble, cuando este inmueble conste inscrito a favor de persona distinta de aquélla contra la que se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro.

La referencia a los frutos en este precepto, deriva de la presunción de posesión a favor del titular registral, que le lleva a su derecho a la percepción y titularidad de los frutos del inmueble, indebidamente embargados en un procedimiento no dirigido contra dicho titular registral.

5.º) También hace referencia a los frutos, el artículo 439.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la caución que ha de prestar el demandado en el juicio del número 7.º del apartado 1 del artículo 250 de dicha Ley, «en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio».

La referencia a los «frutos» se explica desde el punto de vista sustantivo o registral por la presunción de posesión a favor del titular registral demandante establecida en el artículo 38.1.º de la Ley Hipotecaria, que determina

su derecho a los frutos. No obstante, como el citado artículo 439 LEC, se refiere a la percepción «indebida» de los frutos por parte del demandado no titular registral, puede determinar que si es poseedor de buena fe sólo tenga que devolver los frutos que señalan los artículos 451 y 452 del Código Civil; y si es de mala fe, ha de estarse al artículo 455 del mismo Código.

32. GASTOS Y MEJORAS

A) CONCEPTO

El uso de los bienes da lugar no sólo a los frutos sino a gastos y mejoras sobre los bienes:

- a) Por una parte, en relación con los frutos, se habla de los gastos de producción, conservación y recolección de los frutos. Conocemos ya los artículos 356 y 452 del Código Civil, que nos sirven para perfilar un concepto económico de fruto como beneficio neto o líquido, una vez deducidos los gastos citados. Se trata de que la persona que tiene derecho a los frutos está obligado a pagar los gastos hechos por un tercero para su producción, conservación y recolección.
- b) Por otra parte, fuera ya del concepto de frutos, cobran también autonomía los gastos y mejoras sobre los bienes, pudiendo distinguirse las siguientes clases:
 - Gastos necesarios: son los indispensables para la conservación de la cosa, sin los cuales ésta se destruiría. Estos no se denominan mejoras, sino simplemente gastos necesarios, pues el bien no mejora sino que se conserva. Sí pueden ser consideradas como reparaciones, cuando tratan de sustituir elementos destruidos.
 - Gastos útiles, que son los que, aun no siendo necesarios para la conservación de la cosa, aumentan la capacidad de rendimiento de las cosas o aumentan el valor de la cosa, pero desde la perspectiva objetiva de la cosa y no desde la perspectiva subjetiva del que los realiza. O mejor dicho: aumentan el valor de la cosa teniendo en cuenta su destino económico. Estos gastos útiles son los que producen las llamadas mejoras útiles, que pueden consistir en nuevas construcciones, plantaciones, obras, uniones de cosas, etc. En arrendamientos rústicos, la LAR ha admitido las llamadas mejoras sociales junto a las mejoras útiles.
 - Gastos de puro lujo o mero recreo, o suntuarios, que son los de ornato o embellecimiento, pero que no son ni necesarios ni tienen por qué aumentar el rendimiento o valor de la cosa desde

el punto de vista objetivo del destino económico de la cosa. Así, si se construye una piscina en una finca rústica, se trata de un gasto de puro lujo o mero recreo, pues aunque aumente el valor no es desde el punto de vista del destino económico de la cosa, pues, a tales efectos sigue teniendo el mismo valor. El resultado de los gastos de puro lujo o mero recreo podría denominarse mejoras de lujo o mero recreo, aunque al no ser útiles, no son propiamente mejoras.

Las mejoras son las que producen un aumento de valor de la cosa o un adorno. No constituyen un concepto idéntico al de gasto, pues éste se relaciona con el coste, y la mejora es el resultado de ese coste. Aparte de que puede existir mejora derivada de la naturaleza o del tiempo, que ceden en favor del que haya vencido en la posesión (art. 456). Y puede también darse el caso de que la mejora alcance en un determinado momento un valor distinto del gasto, al ser éste el coste, y aquella un objeto que va cambiando de valor. Esto puede tener importancia, si la mejora es separable.

B) RÉGIMEN

La distinción tiene importancia práctica respecto a quién los debe realizar y si se deben o no restituir.

Hay unas normas respecto al que fue poseedor de buena y de mala fe. Según CARRASCO PEREIRA (*Anuario Derecho Civil*, 1987, pág. 1124), estas normas posesorias sólo son aplicables a supuestos puramente posesorios (de reivindicación del propietario, *condictio indebiti* del art. 1.895 y el caso del ausente) y, además, los de restitución de la cosa derivadas de la ineficacia inicial o sobrevenida del título (nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, reducción).

En cambio, si se trata de la restitución de bienes de los que se ostentaba un título de uso temporal, cada supuesto tiene una regulación específica diferente de las normas de posesión (así, usufructuario: art. 487, 500 a 503; arrendatario: art. 1.573; comodato: art. 1.751; depósito: art. 1.779, etc.; véase también las mejoras en la hipoteca: arts. 109 y sigs. LH).

En la sucesión temporal de titulares (condición suspensiva o titulares sucesorios por fideicomiso, reserva, reversión, heredero a plazo, etc.), se plantean dudas. La doctrina mayoritaria considera que se aplican las normas de la posesión. Pero CARRASCO se apoya en el artículo 783.2.º del Código Civil (mejoras en bienes fideicomitidos) para aplicar las normas del usufructuario, y en el 1.122 *in fine*, en tema de condición suspensiva.

En la restitución con función solutoria o de pago (1.094, 1.160, 1.484), entiende que es aplicable la norma de gastos del depositario, a que se refiere el artículo 1.779 (gastos de conservación hechos en la cosa), pues es como si la tuviera en depósito hasta la entrega a que se ha obligado.

Respecto a las normas posesorias del Código Civil en materia de GASTOS y MEJORAS, son las siguientes:

- a) Los gastos necesarios se han de abonar a todo poseedor, pero sólo el de buena fe puede retener la cosa hasta que se le paguen.
- b) Los gastos útiles sólo se abonan al poseedor de buena fe, con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el propietario por pagar esos gastos o el aumento de valor.
- c) Los gastos de puro lujo o mero recreo no se abonan a ninguno, pero el poseedor de buena fe puede llevarse las mejoras si son separables sin deterioro salvo que prefiera abonar el propietario el importe de lo gastado.

El poseedor de mala fe puede llevarse las mejoras de puro lujo o mero recreo siempre que sean separables y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellas abonando su valor en el momento de entrar en la posesión.

En cuanto a la importancia del concepto de mejoras en relación con la extensión de la hipoteca, ya nos hemos ocupado con anterioridad de esa cuestión, al tratar de las partes integrantes, teniendo en cuenta que las mejoras que se integran en los bienes tienen el concepto de parte integrante de los mismos.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Figueres

La hipoteca de la concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria

SUMARIO: I. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO MODALIDAD DE «PROJECT FINANCE».—II. CONCEPTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: a) CON ARREGLO AL DERECHO VIGENTE; b) EN EL PROYECTO DE LEY DE OBRAS PÚBLICAS.—III. NATURALEZA JURÍDICA: a) RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO DE LAS CONCESIONES DEMANIALES Y DE LAS DE SERVICIOS; b) NATURALEZA DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS; c) DIFERENCIA CON LAS AUTORIZACIONES.—IV. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. CARACTERES.—VI. LA CONCESIÓN DE LA EJECUCIÓN URBANÍSTICA POR SISTEMA DE EXPROPIACIÓN.—VII. DERECHOS Y DEBERES DEL CONCESIONARIO DE OBRAS PÚBLICAS.—VIII. SANCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.—IX. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO MODALIDAD DE FINANCIACIÓN DEL CONCESIONARIO: a) LA EMISIÓN DE OBLIGACIONES Y BONOS; b) OBLIGACIONES Y BONOS HIPOTECARIOS; c) TITULIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO DEL CONCESIONARIO; d) CRÉDITOS PARTICIPATIVOS; e) HIPOTECA DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.—X. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA COMO HIPOTECA ESPECIAL.—XI. CONSTITUCIÓN: a) FORMA; b) OBLIGATORIA INSCRIPCIÓN PREVIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA Y FACULTATIVA INSCRIPCIÓN PREVIA DE LOS BIENES AFECTOS; c) CONSENTIMIENTO PREVIO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE; d) NECESARIA RELACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ASEGURADA CON LA CONCESIÓN; e) LUGAR DE INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA; f) DISTRIBUCIÓN.—XII. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: a) DURANTE LA FASE DE PENDENCIA. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE DEVASTACIÓN; b) DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN: PECULIARIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN INTERINA.—XIII. EJECUCIÓN.—XIV. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA: a) CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN POR TRANSCURSO DEL PLAZO; b) CANCELACIÓN POR RESOLUCIÓN; c) DERECHO A SUBROGARSE EN LA POSICIÓN DEL CONCESIONARIO EN CASO DE RESOLUCIÓN.—XV. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN SUPUESTOS ESPECIALES.

I. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO MODALIDAD DE «PROJECT FINANCE»

La concesión administrativa y su hipoteca como forma de financiación de la realización de grandes obras públicas tiene un gran interés tanto desde una perspectiva jurídica como económica.

Se trata de una materia insuficientemente regulada en el Derecho vigente y que afronta con decisión el Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, por el que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio (Proyecto publicado en el BOCG de 21 de junio de 2002).

El objeto del presente trabajo es analizar esta figura a la luz del Derecho vigente y del proyectado.

Desde una perspectiva económica, la hipoteca de concesión de obras públicas podría encuadrarse dentro de las formas de financiación de proyectos conocidas como «Project finance».

Ante la insuficiencia del valor del inmueble para asegurar la totalidad de la operación a través de un préstamo hipotecario (a veces el valor del suelo representa un porcentaje mínimo del valor de la operación), el «project finance» supone un método de financiación en el que la garantía la constituye el proyecto inmobiliario en sí. Es el propio proyecto empresarial el que sirve de garantía para la devolución de los créditos.

Normalmente el «Project finance» exige la constitución de una sociedad *ad hoc* específica que, como titular del proyecto, obtiene financiación. Con ello se consigue que los accionistas de la empresa promotora que realmente está detrás de la inversión, queden indemnes frente los riesgos derivados de la ejecución de la obra.

Esta forma de financiación, normalmente aplicada a grandes proyectos empresariales, supone la configuración jurídica autónoma del propio proyecto empresarial, que es el que se da en garantía, de manera que ante un eventual impago de los créditos obtenidos para la financiación de la obra, es el propio proyecto en sí (con sus correspondientes licencias, obras ya realizadas, posibilidad de explotación futura de las obras en ejecución) el que es objeto de realización para la satisfacción del crédito.

Tiene esta forma de financiación grandes ventajas: diversificación del riesgo, obtención de financiación sin comprometer el patrimonio ni el crédito de los promotores, posibilidad de obtención de fondos que difícilmente se conseguirían de otro modo, dada su cuantía, etcétera. Se suelen citar entre los inconvenientes, la dificultad de diseño de la operación y costes de transacción adecuados, que se sitúan entre el 1 y el 2 por 100 del volumen de la operación, debido precisamente a la complejidad de la operación.

¿En qué contexto se sitúa la hipoteca de concesión administrativa de obras públicas? Pues bien, tal hipoteca supone la aplicación concreta y práctica, un ejemplo clarísimo de «Project finance».

La posibilidad de hipotecar la concesión administrativa de una obra pública permite que el propio objeto de la financiación, que es la realización y explotación de una obra pública en régimen de concesión, sirva de base y garantía a la financiación misma.

Sin embargo, es desde la perspectiva jurídica donde la figura alcanza su máximo interés.

II. CONCEPTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

a) CON ARREGLO AL DERECHO VIGENTE

El contrato de concesión de obras públicas es una modalidad del contrato de obras con la Administración Pública que se caracteriza porque la contraprestación de quien se encarga de construir la obra consiste en el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra o en dicho derecho acompañado del derecho a percibir un precio (art. 130 del RDL 2/2000).

Hoy en día, con arreglo al Derecho vigente, se puede decir que la concesión de obra pública tiene por objeto la realización de obras en bienes demaniales públicos, a cambio de la explotación en régimen de concesional de tales obras públicas, pudiendo el concesionario recibir además aportaciones dinerarias públicas.

Es decir, como todo contrato de obras con la Administración Pública tiene por objeto (vid. art. 120 RDL):

- a) la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, aeropuertos, bases navales, defensa de litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias y cualquier otra análoga de ingeniería civil;
- b) realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, regeneración de playas u otros análogos;
- c) reforma, reparación, conservación o demolición de las anteriores.

b) EN EL PROYECTO DE LEY DE OBRAS PÚBLICAS

El concepto de contrato de concesión de obras públicas se amplía en el Proyecto de Ley de Obras Públicas, de manera que se entiende por contrato

de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración Pública o Entidad de Derecho Público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación de las obras públicas —anteriormente reseñadas— o en general aquéllas que siendo susceptibles de explotación sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (art. 220.1 del Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas).

Con esto, el objeto del contrato no sólo puede ser la construcción de obras públicas a cambio de su explotación en régimen concesional, sino que puede tener por objeto exclusivo tal explotación de obras públicas o servicios públicos.

En cualquier caso, la contraprestación a la construcción consiste en que el adjudicatario tendrá derecho a la explotación de la obra pública (resarciéndose con sus rendimientos) o a ese derecho acompañado del de percibir un precio.

En el Proyecto se admite que la retribución al concesionario pueda consistir en el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, así como en los rendimientos procedentes de la explotación de zonas comerciales vinculadas a la concesión o por aportaciones de la propia Administración (art. 225 proyecto).

III. NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina hipotecarista siempre ha distinguido dos grandes clases de concesiones para diferenciar su régimen jurídico y su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad: las concesiones demaniales y las de servicios públicos.

a) RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO DE LAS CONCESIONES DEMANIALES Y DE LAS DE SERVICIOS

Así, desde la perspectiva de su régimen jurídico, PAREJO GAMIR las distingue, diciendo que la concesión administrativa sobre bienes demaniales se entiende que es generadora de un derecho real administrativo, libremente transmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*, mientras que la concesión de servicios tiene carácter *intuitu personae* y no puede transmitirse a tercero sin autorización previa de la Administración concedente (1).

(1) PAREJO GAMIR, ROBERTO, *La transmisión y gravamen de concesiones administrativas*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Conferencia pronunciada el 28 de febrero de 1985.

La concesión administrativa es la fórmula normal para la utilización privativa de bienes demaniales públicos. No cabrían otros instrumentos jurídicos, salvo que se procediera a la previa desafectación de los bienes demaniales. En este sentido cabe destacar la Resolución de la DGRN, de 5 de abril de 2002, que —para supuestos de aparcamiento existentes bajo suelo público— introduce en nuestro Derecho la posibilidad de que volúmenes edificables de terrenos abran folio registral y que puedan tener tratamiento jurídico privado previa desafectación de los mismos y que aunque se sitúen bajo suelo demanial público, que no se verá afectado (2).

Lo que nunca puede es que un particular sea titular de bienes demaniales públicos, aunque sea una sociedad municipal a la que se aporten (3).

b) NATURALEZA DE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

En nuestro Derecho, como luego desarrollaremos más ampliamente, la concesión de obras públicas podría catalogarse como de naturaleza mixta; se acerca a la concesión demanial en cuanto supone la realización y explotación de una obra pública, es decir, obras sobre bienes públicos; y se acerca a la concesión de servicios cuando tiene por objeto la utilización privativa de una obra pública como medio para la explotación de un servicio público o de interés general.

Lo que no cabe es un supuesto de concesión de obra pública que no implique una utilización privativa de los terrenos demaniales en que se asienta la obra pública. En esto se diferencia de la concesión de servicios públicos.

En todo caso, y así aparece plenamente confirmado en el Proyecto de Ley, la concesión de obras públicas, cualquiera que sea su contenido (realización y explotación de obra pública o prestación de servicio público en que es

(2) En la Resolución de 5 de abril de 2002, para un supuesto de construcción de aparcamientos bajo suelo público, admite que pueda desafectarse tan sólo el subsuelo que se convierte en bien patrimonial, conservando el suelo su carácter demanial y articulándose entre uno y otro un complejo inmobiliario. Para ello deben seguirse los trámites previstos en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales para la desafectación de los bienes demaniales, acreditándose la legalidad y oportunidad de la alteración de la calificación del bien y que sea compatible con el planeamiento. La técnica hipotecaria debe ser la de hacer constar en el folio abierto al suelo público la configuración como bien patrimonial del subsuelo (de forma similar a como se haría constar la división entre dominio directo y útil); y en el folio abierto al volumen edificable de carácter patrimonial constará la finca matriz de procedencia; y en ambos las reglas del complejo inmobiliario articulado.

(3) Es el caso de la Resolución de 15 de noviembre de 1988, en el que se planteó la posibilidad de inscribir a nombre de una sociedad municipal una determinada concesión (cosa que se admitió) y al mismo tiempo los terrenos adscritos al servicio municipal de cementerio (cosa que no se admitió por ser bienes demaniales). Cuestión distinta es que se hubieran afectados a la propia concesión.

necesaria la utilización de una obra pública) es un contrato que se celebra con la Administración Pública, que genera un derecho real administrativo, eficaz *erga omnes*, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, pero que no es total y libremente transmisible, ya que como se estudiará más ampliamente, está sujeto a autorización administrativa previa tanto en su enajenación como en su gravamen. Así, el Proyecto regula la posibilidad de hipoteca de concesiones de obras públicas sin distinguir su contenido.

c) DIFERENCIA CON LAS AUTORIZACIONES

En cualquier caso no puede confundirse la concesión de obras públicas con las meras autorizaciones para la realización de actividades sobre bienes demaniales. Así la concesión genera un verdadero derecho real, vinculando a la Administración Pública concedente durante el plazo y en las condiciones fijadas en el pliego concesional, mientras que la autorización es libremente revocable por la Administración en cualquier tiempo y no genera derecho real alguno en beneficio del favorecido por ellas.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de abril de 1969, las diferencia:

- en atención a su contenido, las concesiones generan un auténtico derecho real, no así las meras autorizaciones;
- la concesión, a diferencia de la autorización, vincula a la Administración concedente durante un plazo fijo;
- la concesión, a diferencia de la autorización, no es libremente revocable por la Administración concedente.

Las diferencias no son, sin embargo, definitivas, ya que en ocasiones de forma expresa, aunque sea excepcional, se admite la inscripción de los actos de transmisión o gravamen de permisos o autorizaciones y no sólo de concesiones, como ocurre en materia de derechos mineros (art. 63 RH) (4).

Y además la concesión puede ser objeto de rescate, sin necesidad de causa justificada, aunque sin perjuicio del derecho a la indemnización que pudiera corresponder al concesionario (quizá en el derecho a obtener la indemnización es donde realmente radica la diferencia).

(4) Así lo confirma la Resolución de la DGRN, de 8 de octubre de 1992, según la cual es inscribible en el Registro de la Propiedad un acto de autorización de recursos mineros de la Sección A, ya que lo que importa no es la denominación dada al acto administrativo sino la verdadera naturaleza del mismo, y será inscribible si por él se constituye, reconoce o modifica un verdadero derecho real oponible a terceros y a la Administración durante su plazo de vigencia; en cambio no es inscribible si el acto

IV. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En cuanto a su acceso al Registro de la Propiedad, la doctrina suele admitir que las concesiones administrativas sobre bienes demaniales claramente son inscribibles, mientras que las concesiones sobre servicios públicos no lo son. Como tampoco lo son las meras autorizaciones.

Cierto es que pueden existir concesiones mixtas, de obras y servicios, que no se limiten a la explotación del servicio sino que impliquen la utilización privativa de algún bien demanial, en cuyo caso también serán inscribibles.

Esto es lo que ocurre con las concesiones de obras públicas, que con arreglo al Derecho vigente son claramente inscribibles, en cuanto siempre implican utilización privativa de bienes demaniales. Lo que parece claro es que la concesión debe recaer sobre bienes demaniales y no sobre bienes patrimoniales (5).

En la configuración jurídica del Proyecto serán inscribibles todas, aún cuando se limiten a ser concesiones sobre obras públicas necesarias para la explotación de servicios públicos o de interés general (por tanto siempre que afecten a bienes inmuebles, pero esto, tratándose de obra pública, lo será siempre) (6).

Es decir, accederán al Registro de la Propiedad cuando sean concesiones demaniales propiamente dichas o de carácter híbrido, esto es, que abarquen tanto la realización de la obra como su explotación posterior; pero también —a mi juicio— lo serán cuando, limitándose a la explotación de la obra pública, impliquen utilización privativa de los bienes demaniales en que se asienta la obra pública objeto de concesión.

administrativo confiere una situación precaria o de mera tolerancia que pueda cesar en cualquier momento sin derecho de indemnización por decisión unilateral de la Administración. En el caso de las autorizaciones para la explotación de recursos mineros, conforme a la legislación de minas, la autorización tiene un especial significado sustantivo, en cuanto a aprovechamiento, cesión y caducidad; se trata, por tanto, de un acto administrativo que, como las concesiones, afecta a un derecho de aprovechamiento especial sobre bienes de dominio público y por consiguiente procede su inscripción.

(5) La Resolución de la DGRN, de 16 de julio de 2002, admitió la inscripción de una escritura de elevación a público de concesión administrativa sobre un palacio propiedad municipal en la que la sociedad concesionaria se obligaba a la rehabilitación del edificio y al pago de un canon anual; sin entrar en si cabe o no concesión sobre bienes patrimoniales —cosa que no parece posible— en base al principio de *numerus apertus* de nuestro Derecho, admite la inscripción del contrato por constituirse un derecho al uso exclusivo del bien cedido durante un plazo y a cambio de determinadas obligaciones y un canon anual, por lo que independientemente del nombre que se dé al derecho concedido —más bien parecía un arrendamiento— entendió que reúne las condiciones para su inscripción.

(6) A diferencia de las concesiones de obras públicas, no serían inscribibles las concesiones de servicios públicos no afectantes a inmuebles como las relativas a transportes, telecomunicaciones, servicios postales, etc.

El artículo 31 del Reglamento Hipotecario acoge esta idea al establecer que:

«Las concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles, se inscribirán a favor del concesionario con la extensión y condiciones que resulten del título correspondiente».

Y establece la coordinación de los historiales jurídicos de las fincas físicas sobre los que se asienta la concesión, con el folio abierto a la concesión, esto es, con la finca funcional en que la concesión administrativa consiste (7).

Y ordena la unicidad del régimen jurídico de unas y otras, prohibiendo la inscripción de cargas sobre las fincas físicas afectas a la concesión si no recaen también sobre éstas:

«La adquisición por expropiación forzosa o por cualquier otro título de fincas o derechos inscritos que hayan quedado afectos a la concesión, se inscribirá a favor del concesionario, haciéndose constar en las inscripciones respectivas la afectación y en la inscripción de la concesión la incorporación de aquéllos por nota marginal. También se hará constar en las inscripciones y notas marginales respectivas que las fincas incorporadas quedan gravadas con las cargas a que esté sujeta o se sujete en lo futuro la concesión.

Sobre las fincas o derechos inscritos afectos a una concesión no se podrán inscribir otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre ésta y hayan sido autorizados por la Administración concedente» (8).

V. CARACTERES

Son así caracteres del contrato de concesión de obras públicas los siguientes:

- a) el objeto de la concesión es la realización de la obra pública, en la realización de la misma y su explotación, o solamente su explotación;

(7) La concesión administrativa abre folio registral por sí, como finca funcional o especial, de la misma manera que ocurre en supuestos especiales de derechos reales autónomos, susceptibles de negociación desvinculados de la finca física sobre la que se asientan, como ocurre con el derecho de aprovechamiento urbanístico.

(8) El asiento a practicar en caso de expropiación de fincas para su afectación a concesiones administrativas es el de inscripción y no el de nota marginal prevista en el antiguo artículo 6.º RH —art. 17 RH antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001— para hacer constar su carácter público, ya que esa nota marginal de adscripción como bien demanial procederá una vez que se produzca la reversión a favor de la Administración (Resolución de la DGRN, de 17 de marzo de 1972).

- b) la construcción y explotación de las obras se realizan a riesgo y ventura del concesionario, que asume los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación;
- c) el concesionario debe financiar la obra pública. Al respecto puede acudir a la financiación privada (emisión de títulos, préstamos hipotecarios), aunque también se admite que cuando concurren razones de rentabilidad económica o de interés general pueda aportarse recursos públicos para la financiación.

Una de las formas de financiación privada de la concesión de obra pública es la hipoteca, es decir, los préstamos asegurados con hipoteca sobre la propia concesión y sobre los bienes inmuebles afectos a la misma (sean públicos o privados).

La posibilidad de que la hipoteca abarque no sólo la concesión, sino también a los bienes demaniales afectos a la concesión, está sancionada —como veremos— en la legislación hipotecaria y se corrobora en la del proyecto, que prevé que las aportaciones públicas puedan consistir en aportaciones no dinerarias, de manera que los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión y revertirán a la Administración en el momento de su extinción (art. 245-2 del Proyecto).

Evidentemente la reversión sólo tendrá lugar cuando los bienes afectos sean públicos y no cuando sean privados.

VI. LA CONCESIÓN DE LA EJECUCIÓN URBANÍSTICA POR SISTEMA DE EXPROPIACIÓN

Un ejemplo muy interesante de concesión administrativa de obra pública es el previsto en el artículo 211 del aún vigente Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, según el cual:

«El Estado, las Entidades Locales y las Entidades Urbanísticas podrán ejecutar los planes de ordenación a través de concesión administrativa, cuando el sistema de actuación sea el de expropiación».

Hoy en día, sabido es que tras la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997, la determinación y regulación de los sistemas de actuación urbanística corresponde a las Comunidades Autónomas. Pero caso de que se reconozca, como es lo normal, el de expropiación forzosa, ésta podrá llevarse a cabo en régimen de concesión, de manera que sea el concesionario quien lleve a cabo la obra urbanizadora y ejecute el plan.

Se trata de una modalidad de concesión administrativa de obra y no de gestión de servicio público, pues el objeto de la concesión es la ejecu-

ción de la obra urbanizadora por el concesionario, que se resarce luego de la inversión mediante la explotación temporal de la misma obra o de parte de ella.

Y como tal concesión de obra pública es hipotecable (9).

VII. DERECHOS Y DEBERES DEL CONCESIONARIO DE OBRAS PÚBLICAS

Para entender la naturaleza de la concesión administrativa es preciso analizar los derechos y deberes derivados del otorgamiento de una concesión administrativa de obras públicas.

Estos derechos y deberes estarán recogidos en el pliego concesional y será lo que se inscriba en el Registro de la Propiedad, así como los gravámenes y transmisiones posteriores, en su caso, con la correspondiente autorización administrativa.

a) REGLAMENTO DE SERVICIOS DE 17 DE JUNIO DE 1955

a') *Derechos*

Con arreglo al Derecho vigente, si nos atenemos al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (10), el concesionario, entre otras facultades, tiene derecho:

(9) Sin embargo, en el Ayuntamiento de Madrid no ha llegado a prosperar esta figura de la hipoteca de concesión administrativa de ejecución urbanística del sistema de expropiación, en concreto en el PERI 18.2 Barrio del Carmen, por entender, a mi juicio equivocadamente, los servicios jurídicos que el Ayuntamiento asumía un riesgo: que en el momento en que el concesionario recibiera el préstamo hipotecario, el concesionario estaría ya resarcido, de manera que en caso de incumplimiento, el Ayuntamiento tendría que emplear el dinero de la fianza en amortizar el crédito hipotecario, si las quisiera liberar de la carga y acometer la obra pendiente. Se entendió procedente así que se denegara la autorización, si bien nada impediría —se decía en el informe— que se constituyera hipoteca o cualquier otro gravamen sobre las parcelas finales que fueran surgiendo de la gestión, una vez agrupadas y parceladas, y que conforme al pliego fuera de titularidad del concesionario.

Sin embargo, se olvidaba que el Ayuntamiento puede resolver la concesión por incumplimiento, sin tener que indemnizar nada en tal caso al concesionario, y que esa resolución conlleva la de la propia hipoteca, de manera que podría acometer la obra sin carga alguna.

En definitiva, el riesgo lo tiene el acreedor hipotecario, de ahí que deba controlar qué se invierte en la obra, no debe ser objeto de entrega simultánea sino contra certificación y en todo caso —como veremos— tiene derecho a subrogarse en la concesión en caso de resolución para evitar precisamente actuaciones perjudiciales por parte del concesionario.

(10) Artículos 128 y 129.

- a) a percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio;
- b) a obtener compensación económica por las modificaciones que se le ordenaren introducir en el servicio;
- c) a ser indemnizado en caso de rescate de la concesión o suspensión del servicio;
- d) a recabar de la Administración los procedimientos de expropiación forzosa para la adquisición del dominio o derechos reales sobre los bienes precisos para el funcionamiento del servicio;
- e) y a utilizar la vía de apremio para la percepción de las prestaciones económicas que adeuden los usuarios (tasas y contribuciones especiales).

b') *Deberes*

Son sus deberes u obligaciones, los siguientes:

- a) prestar el servicio o explotación en la forma determinada en el título concesional;
- b) admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos establecidos para ello;
- c) indemnizar a terceros de los daños que ocasione el funcionamiento del servicio;
- d) no enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la Administración concedente, ni gravarlos, sin autorización expresa por parte de ésta;
- e) ejercer por sí la concesión y no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Administración concedente.

b) PROYECTO DE LEY REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

El Proyecto de Ley regula con más detalle los derechos y obligaciones del concesionario.

a'') *Derechos*

Son sus derechos los siguientes (art. 242):

- a) el derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión;
- b) el derecho a mantener el equilibrio económico de la concesión, no sólo en el caso de modificación por razón de interés público, de las

condiciones de explotación, sino también cuando por fuerza mayor o por actuaciones de la Administración se determinara de forma sustancial la ruptura de la economía de la concesión (sería una aplicación indirecta de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*) o cuando se produzcan los supuestos previstos en el propio contrato concesional para su revisión;

- c) derecho de utilización de los bienes de derecho público necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública;
- d) derecho de recabar de la Administración Pública la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo para la construcción, modificación y conservación de la obra pública, quedando los bienes y derechos expropiados afectos a la obra pública incorporados al dominio público;
- e) derecho a ceder la concesión y a hipotecarla, previa autorización administrativa del órgano de contratación;
- f) derecho a titularizar sus derechos de crédito.

b'') *Deberes*

Son deberes del concesionario (art. 243 del Proyecto) los siguientes:

- a) ejecutar las obras conforme a lo dispuesto en el contrato;
- b) explotar la obra pública asumiendo el riesgo económico de su gestión;
- c) admitir la utilización de la obra pública por todo usuario en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono de la correspondiente tarifa;
- d) cuidar el buen orden y calidad de la obra pública y de su uso, pudiendo dictar instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al órgano de contratación;
- e) indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de ejecución de las obras o de su explotación;
- f) proteger el dominio público vinculado a la concesión.

VIII. SANCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

En caso de incumplimiento de sus obligaciones por el concesionario, además de la imposición de sanciones por parte de la Administración con-

cedente, puede ésta proceder al secuestro temporal de la concesión, encargándose directamente de la explotación y de la percepción de los derechos establecidos. En caso de que se vuelva a reiterar el incumplimiento puede procederse a la declaración de caducidad de la concesión.

Con arreglo al Proyecto, en caso de incumplimiento por el concesionario, puede procederse de las siguientes maneras:

- a) imponiendo las sanciones económicas que se hayan previsto en el pliego de cláusulas de la concesión, sin que pueda exceder del 10 por 100 del presupuesto total de la obra durante su fase de construcción, o multas de 3.000 euros diarios;
- b) los incumplimientos graves pueden dar lugar a la resolución de la concesión en los términos previstos en el pliego;
- c) igualmente en el pliego de condiciones de la concesión pueden determinarse que los incumplimientos graves den lugar al secuestro temporal de la concesión. En efecto, la duración del secuestro la determinará el órgano de contratación, sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años. Efectuado el secuestro, corresponde a la Administración concedente la explotación directa de la obra y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo material y personal que el concesionario.

IX. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO MODALIDAD DE FINANCIACIÓN DEL CONCESIONARIO

El concesionario debe financiar la construcción de la obra pública objeto de concesión. Las formas de financiación que específicamente se regulan en el Proyecto son:

a) LA EMISIÓN DE OBLIGACIONES Y BONOS

Es la forma de apelar al crédito en el mercado de capitales.

Se caracterizan por lo siguiente:

* Estas emisiones podrán estar garantizadas con aval del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos.

* La emisión no requiere autorización de la Administración. Tan sólo deberá ser comunicada al órgano de contratación en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la emisión.

* A estas emisiones le son aplicables las reglas generales de la Ley del Mercado de Valores, debiendo en consecuencia, aunque no es necesaria

autorización administrativa previa, comunicar la emisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con aportación de los documentos que acrediten la emisión, las características de los valores emitidos y los derechos y obligaciones de los tenedores; deberá registrarse también por la Comisión el folleto informativo de la emisión proyectada y la auditoría de cuentas de los estados financieros del emisor (art. 26 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).

* Los que nunca podrán emitir obligaciones serán los concesionarios que sean personas físicas, sociedades civiles, colectivas y comanditarias simples (Disposición Adicional tercera de la Ley 2/1999, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

b) OBLIGACIONES Y BONOS HIPOTECARIOS

Estas emisiones de obligaciones y bonos pueden estar garantizadas con hipoteca, en cuyo caso le serán aplicables las reglas generales aplicables a este tipo de hipotecas, reguladas en los artículos 154 a 156 de la Ley Hipotecaria. Merece destacar entre sus especialidades:

* En cuanto a su constitución: la escritura se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente al lugar donde radique el *arranque o cabeza* de la obra pública, haciéndose inscripciones de referencia en los demás Registros por cuyo territorio atraviere aquélla (art. 154.1).

* Entre las circunstancias propias de la constitución de la hipoteca deberán figurar: el número y valor de las obligaciones que se emitan y que se garanticen por la hipoteca; la serie o serie a que correspondan; la fecha de emisión; el plazo y forma de amortización; si son al portador debe hacerse constar que se constituye la hipoteca a favor de los tenedores presentes o futuros de la obligación. En la medida que no es necesaria la autorización previa de la Administración concedente, el Registrador no podrá exigirla, si bien suspenderá la inscripción en tanto no se le acredite que se ha practicado la notificación al órgano de contratación a que antes se ha hecho referencia. El defecto debe estimarse subsanable (11).

(11) PAREJO GAMIR, *op. cit.*, pág. 57, frente al criterio de hipotecaristas como GALINDO Y ESCOSURA, MORELL Y FERRY o ROCA SASTRE, que postulan la posibilidad de la inscripción, sostiene el carácter de defecto de las hipotecas sometidas a comunicación posterior, si ésta no se acredita. Aunque él considera que la reforma del artículo 98 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 no tiene trascendencia, sí es factor decisivo, pues se han suprimido supuestos excepcionales de acceso al Registro de actos claudicantes o sometidos a algún tipo de licencia, autorización o comunicación administrativa.

* La inscripción de la emisión de las obligaciones hipotecarias se hará constar no sólo en el Registro de la Propiedad sino también en el Registro Mercantil (art. 154.3 LH; 285 TRLSA de 22 de diciembre de 1989; la referencia del art. 154.3 LH al 21.10 del Código de Comercio, tras la reforma de éste por Ley de 25 de julio de 1989, ya no se refiere expresamente a la emisión de títulos).

* En caso de transferencia de la obligación hipotecaria emitida, el Derecho Hipotecario se entiende transferido con la obligación o con el título, sin necesidad de dar conocimiento de ello al deudor, ni de hacerse constar la transferencia en el Registro (art. 151 LH).

* En caso de ejecución de algún título, subsistirán los demás, entendiéndose que el rematante las acepta y que se subroga en ellas, sin destinarse a su pago o extinción el precio de remate (art. 155 LH). Cuestión distinta es que los títulos emitidos sean letras de cambio, y la hipoteca con que se garantice afecte a varias fincas (varias concesiones, por ejemplo), ya que en tal caso será necesaria la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas (como exigió la Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 1996), por lo que la ejecución de alguna letra no afectará para nada a las letras garantizadas con hipoteca sobre otras fincas.

* Son aplicables los supuestos de cancelación por escritura o solicitud firmada por todos los interesados que hayan cobrado sus créditos acompañadas de los títulos inutilizados; o acta notarial de estar recogida y en poder del deudor toda la emisión de los títulos debidamente inutilizados; declaración de la entidad emisora de que los títulos no han sido puestos en circulación acompañada de certificación de su contabilidad de que no han existido ingresos correspondientes al valor de los mismos, con publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y en un diario de la localidad donde radique la concesión y en donde esté domiciliada la entidad concesionaria anunciando su propósito de solicitar la cancelación, y demás supuestos de cancelación parcial mediante acta notarial previstos en el artículo 156 LH.

* La emisión de obligaciones y bonos, cuando estén garantizados con hipoteca sobre la propia concesión, así como los créditos participativos —a los que luego nos referiremos— en cuanto cesión parcial de los derechos derivados de la concesión, deben entenderse que son inscribibles en el Registro de la Propiedad, en el folio abierto a la concesión.

c) TITULIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO DEL CONCESIONARIO

El concesionario podrá titular los derechos a su favor, mediante la emisión de valores que representen la participación en uno o varios de tales derechos.

Sería una fórmula parecida a las emisiones de obligaciones a que se ha hecho referencia anteriormente, pero con la diferencia de que el que suscriba los títulos tendrá como garantía de la devolución de su inversión, los créditos del concesionario derivados de la concesión misma (tarifas de usuarios, aportaciones públicas, etc.).

Por eso se prevé que la cesión de estos derechos se formalice en escritura pública y su suscripción y tenencia se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal, en la inscripción de la concesión correspondiente, de forma parecida a lo que respecto de los bonos hipotecarios prevé la Ley de Mercado Hipotecario y su Reglamento con relación a los préstamos hipotecarios afectos (cfr. art. 50 del Reglamento de 17 de marzo de 1982).

La emisión de estos títulos, a diferencia de la emisión de obligaciones, requiere autorización administrativa. Por lo que su omisión será determinante de una calificación denegatoria por parte del Registrador como defecto insubsanable (12).

Los créditos incorporados a valores emitidos para la financiación privada de obras públicas tendrán el carácter de separables en caso de quiebra del concesionario y sus tenedores tendrán para el cobro de sus créditos el mismo orden de prelación que el acreedor hipotecario, incluso en el supuesto en que la Administración asuma la deuda correspondiente.

Es de destacar al respecto como el Proyecto de Ley concursal mantiene el crédito hipotecario como crédito singularmente privilegiado de primer grado, que es el mismo que tendrían los tenedores de estos títulos. Esto es, serían los primeros en cobrar con cargo a los propios créditos contra la Administración del concesionario. Aunque se suspende la posibilidad de ejercer separadamente la acción derivada de este crédito privilegiado en tanto no se apruebe un convenio con el suspenso cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho (convenio que exigiría que el acreedor hipotecario prestara su consentimiento) o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 55 del Proyecto de Ley concursal, *BOCG* de 23 de julio de 2002).

En cualquier caso debe quedar claro que la titulización tendrá la preferencia derivada de su constatación en el Registro de la Propiedad, de manera que sin reflejo registral nunca tendría preferencia frente a una hipoteca inscrita sobre la concesión.

(12) Debe tenerse en cuenta, para esta calificación denegatoria, el carácter de previa que tiene que tener esta autorización.

d) CRÉDITOS PARTICIPATIVOS

Se admiten los créditos participativos para la financiación de la construcción y explotación, o sólo la explotación de las obras públicas objeto de concesión. En tal caso, la participación del prestamista se producirá sobre los ingresos del concesionario.

A mi juicio son verdaderas cesiones parciales de los derechos de crédito del concesionario. Nada regula el Proyecto respecto de su constitución, pero habrá de entenderse que están sujetos a libertad de forma; si se pretende su acceso al Registro de la Propiedad (por su naturaleza de cesión parcial de los derechos derivados de la concesión deben ser inscribibles) sí que deberán formalizarse en escritura pública. Sería una forma de financiación similar a las participaciones hipotecarias en la Ley de Mercado Hipotecario.

e) HIPOTECA DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Finalmente el Proyecto regula específicamente la hipoteca de concesión de obras públicas como medio de financiación privado del concesionario, dedicándole la Sección 2.^a (hipoteca de concesión) del capítulo IV (financiación privada) del título V (del contrato de concesión de obras públicas) del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

X. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA
COMO HIPOTECA ESPECIAL

La hipoteca de la concesión es así uno de los medios de financiación privada del concesionario.

La gran especialidad de la hipoteca de concesión de obras públicas, además de la citada desde la perspectiva económica (la de que permite la financiación de la obra pública con el propio proyecto, esto es, con la concesión misma, sin necesidad de afectar otros bienes o derechos en garantía de la financiación requerida) es que rompe con la regla general de que sólo los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos que sean transmisibles pueden ser hipotecados.

En efecto, el artículo 106 de la Ley Hipotecaria establece que pueden ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables sobre los mismos bienes.

No cabe duda de que las concesiones administrativas tienen la consideración de bienes inmuebles. Son bienes inmuebles no por naturaleza sino bienes inmuebles por ficción legal; fincas funcionales o especiales. Así el

artículo 334-10 del Código Civil dispone que son bienes inmuebles las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Sin embargo es más discutible que puedan ser considerados bienes inmuebles enajenables, ya que como hemos visto su enajenación o gravamen, tanto con arreglo al Derecho vigente como al proyectado, exigen autorización administrativa.

Pero lejos de ser incluida entre los derechos reales no hipotecables en el artículo 108 de la Ley Hipotecaria (que precisamente recoge supuestos de no hipotecabilidad por no ser derechos enajenables, como son las servidumbres contempladas junto con las concesiones en el art. 334-10 del Código Civil), la legislación hipotecaria expresamente incluye las concesiones administrativas entre los derechos hipotecables.

En efecto, el artículo 107, párrafo 6.º de la Ley Hipotecaria establece que:

«Podrán hipotecarse las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público y los edificios o terrenos que no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del concesionario».

Desarrolla este precepto el artículo 175-3.º del Reglamento Hipotecario, al regular la hipoteca de concesión de obras públicas dentro de los supuestos de cancelación sin necesidad de consentimiento del titular registral, esto es, dentro de los supuestos previstos en el artículo 82, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria de cancelación por disposición de la ley o por resultar del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción. Dispone, en efecto, ese artículo 175-3.º, que:

«Las inscripciones de hipotecas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario».

Si se tiene en cuenta que la concesión administrativa no es transmisible sin consentimiento de la Administración Pública concedente, ¿cómo es posible que se admita su hipoteca?

Para resolver esta cuestión debe acudir a la evolución de la normativa existente.

En la época del Código Civil la concesión administrativa era entendida como bien inmueble libremente transmisible. A diferencia de la concesión de servicios públicos que desde el principio se configuró como una figura *intuitu personae* y no puede transmitirse sin consentimiento de la Administración concedente, la concesión administrativa sobre bienes demaniales era entendida como un derecho libremente transmisible.

Así, la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, en su artículo 103, se disponía que:

«El concesionario podrá transferir su concesión o enajenar las obras libremente, pero entendiéndose que el que le sustituye en sus derechos le sustituye también en las obligaciones que le imponen las cláusulas de la concesión y quedando subsistente las garantías que han de hacer efectiva su responsabilidad. De la enajenación o transferencia de los derechos correspondientes al concesionario se dará cuenta al Ministerio de Fomento o a la Corporación que hubiera dictado la concesión a los efectos oportunos».

Se partía por tanto de una libre transmisibilidad de las concesiones administrativas sobre bienes demaniales, que sólo se sometían al requisito *a posteriori* de su comunicación a la Administración. Esto justificó que las concesiones administrativas de obras públicas se admitieran como objeto de hipoteca por la legislación hipotecaria.

La libre transmisibilidad de las concesiones administrativas fue mermando-se vía limitación a su transmisión, sin consentimiento de la Administración concedente en el título concesional.

De ahí que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no contienen un precepto similar al 103 de la Ley de 1877, que consagre la libre transmisibilidad de las concesiones administrativas sobre obras públicas, sino que por el contrario la someten a autorización administrativa.

Así el artículo 114 del RDL 2/2000, permite la cesión de los contratos con las Administraciones Públicas (entre ellas el de concesión de obras públicas) siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato;
- b) que la administración concedente autorice expresamente y con carácter previo la cesión;
- c) que el cedente haya ejecutado al menos un 20 por 100 del contrato;

- d) que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y no haya sido inhabilitada para contratar,
- e) y que se formalice la cesión en escritura pública.

El Proyecto de Ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas (*BOCG* de 21 de junio de 2002) que añade todo un nuevo Título V al Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mantiene los requisitos generales del artículo 114, al señalar en su artículo 242, entre los derechos del concesionario, el de ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 de la citada Ley y a hipotecar la misma, previa autorización administrativa, en ambos casos, del órgano de contratación.

Es decir, la hipoteca de concesión administrativa, al igual que la enajenación voluntaria, está sometida a previa autorización administrativa.

No es, sin embargo, el único supuesto de derecho real inscribible en el Registro, de transmisibilidad limitada, que es hipotecable. Piénsese en la figura del arrendamiento financiero inmobiliario o *leasing*, cuya hipotecabilidad ha sido admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 26 de octubre de 1998, con la particularidad de que preste su consentimiento a ello el arrendador financiero. El Centro Directivo entiende que el derecho del arrendatario tiene carácter real y oponible *erga omnes*, que es algo más que un mero derecho de arrendamiento unido a una opción de compra, y que en consecuencia es hipotecable siempre que conste el consentimiento del arrendador.

De la misma manera cabrá hipotecarse la concesión administrativa de obra pública, siempre que conste la previa autorización de la Administración concedente.

XI. CONSTITUCIÓN

a) FORMA

La hipoteca sobre concesión administrativa deberá formalizarse en escritura pública. A diferencia de la propia concesión, en la que el título inscribible puede ser tanto la escritura pública como el título mismo de la concesión, esto es, la resolución administrativa de concesión en la que se incorporen literalmente las condiciones generales y las condiciones particulares y económicas (art. 60 del Reglamento Hipotecario), la hipoteca sobre la concesión (en garantía de la financiación obtenida a través de un préstamo o de una emisión de títulos) debe otorgarse en escritura pública.

La exigencia de escritura pública para toda transmisión en general, es exigida por el artículo 114 del vigente RDL 2/2000 de Contratos de las

Administraciones Públicas. Por lo que la hipoteca, como transmisión anticipada que es (es de esencia de la hipoteca que vencida la obligación, el acreedor pueda instar la enajenación de la garantía, cfr. art. 1.858 del Código Civil) también debe hacerse en escritura pública.

Aunque algún sector doctrinal haya interpretado que se trata de un requisito de forma *ad solemnitatem* (13), lo cierto es que la escritura es requisito necesario para que pueda practicarse la inscripción en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 3 y 145 LH), sin cuya inscripción la hipoteca no puede existir, ni siquiera *inter partes* (véase, en cuanto a su carácter constitutivo, el art. 130 LH).

b) OBLIGATORIA INSCRIPCIÓN PREVIA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA
Y FACULTATIVA INSCRIPCIÓN PREVIA DE LOS BIENES AFECTOS

El otorgamiento de la hipoteca exigirá la inscripción previa de la concesión administrativa que se va a hipotecar. La concesión administrativa de obras públicas, por tanto, si bien no es de inscripción obligatoria, necesitará ser inscrita si se quiere hipotecar.

A su vez, los bienes inmuebles demaniales públicos o los privados, afectos a la concesión, deberán estar inscritos, si se quiere que conste registralmente la afectación; pero no es obstáculo su no inscripción para que pueda inscribirse la concesión administrativa de la obra pública (14).

En este sentido, debe recordarse que los bienes demaniales públicos son susceptibles de inscripción: la legislación especial parece seguir el criterio de que tales bienes deben inscribirse obligatoriamente (art. 42 y 47 de la Ley de Patrimonio del Estado y 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), en tanto que la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, al interpretar el artículo 17 del Reglamento Hipotecario en la reforma dada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, entiende que es facultativa, precisamente declarando nula la reforma por el carácter imperativo que a su juicio contenía.

(13) Para PAREJO GAMIR es un supuesto de forma *ad solemnitatem* o sustancial, forma de ser y no meramente forma de valer, forma sustancial cuyo fundamento es rodear a la transmisión de las mayores garantías posibles.

(14) Así se entendió ya desde la Resolución de 5 de septiembre de 1908, que consideró no inscribible una escritura de emisión de obligaciones garantizadas con hipoteca no sólo sobre la concesión sino también sobre las obras del ferrocarril, por faltar la previa inscripción no sólo de la concesión sino también de los terrenos en que se asentaban las obras.

c) CONSENTIMIENTO PREVIO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE

Se precisará el consentimiento de la Administración concedente. Este consentimiento no debe entenderse como un acto discrecional de la Administración (15) sino como un acto reglado que debe concederse si concurren los requisitos para ello, prevaleciendo, en caso de discrepancia, el superior criterio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Proyecto de Ley prevé que las solicitudes referentes a autorizaciones administrativas se resolverán por el órgano de contratación en el plazo de un mes, debiendo entenderse desestimadas si no se resuelve y notifica en ese plazo (art. 255.2). Aunque no dice expresamente que la autorización tiene carácter reglado, sí lo hace al regular la autorización para participar como postor en la ejecución hipotecaria (art. 257 del Proyecto), por lo que tiene apoyo la tesis de que no es discrecional su otorgamiento.

d) NECESARIA RELACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ASEGURADA CON LA CONCESIÓN

La hipoteca de la concesión lo lógico es que se constituya no en garantía de cualquier clase de obligación (como con carácter general prevé el art. 1.861 del Código Civil) sino tan sólo en garantía de deudas contraídas para la realización de la obra pública o para la explotación de la concesión. Precisamente porque existen intereses de carácter general en juego y porque el riesgo derivado de la realización de la obra pública recae en el propio concesionario, parece razonable que la concesión de obra pública (como en general debería predicarse respecto de cualquier concesión sobre bienes demaniales o de servicios públicos) no pueda hipotecarse en garantía de otras obligaciones que pudiera tener el titular de la concesión (por ejemplo, la sociedad mercantil concesionaria) por razón de otros negocios.

Así lo reconoce el Proyecto cuando establece que no se admitirán hipoteca de concesión de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente (art. 255 del Código Civil). Un supuesto para que no se produzca la autorización administrativa, lo que demuestra que no es discrecional sino reglada (16).

(15) En esto discrepo de la tesis de PAREJO GAMIR, *op. cit.*, pág. 32.

(16) Este extremo será calificable por el Registrador, de manera que no será inscribible la hipoteca si consta en la escritura que el préstamo hipotecario tiene un destino distinto de la propia obra pública.

e) LUGAR DE INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca se inscribirá en el Registro donde radique la concesión en el folio abierto a ésta, haciéndose constar también en los folios de las fincas afectas a la concesión por nota marginal, pues ya sabemos que sobre las fincas afectas a la concesión no pueden recaer otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre éstas y hayan sido autorizados por la Administración concedente.

Tratándose de concesión de obra pública que abarque la demarcación de más de un Registro de la Propiedad, la hipoteca se inscribirá, al igual que la concesión, de forma principal en el Registro correspondiente al arranque o cabecera de la concesión, haciéndose inscripciones de referencia en los demás Registros por donde atraviere la obra pública.

Sin inscripción, la hipoteca de la concesión no puede existir no sólo frente a terceros sino tampoco *inter partes*.

f) DISTRIBUCIÓN

Como toda hipoteca, la que recae sobre concesión de obra pública está sometida a los principios de especialidad e indivisibilidad.

El principio de especialidad exigirá que cuando se hipotequen varias concesiones administrativas a la vez, o la concesión administrativa y otros bienes del concesionario no afectos a la concesión, se determine la cantidad o parte de gravamen de que cada una de ellas deba responder (art. 119 de la Ley Hipotecaria).

Tratándose de bienes privados o demaniales que queden afectos a la concesión, no es precisa la distribución (ni siquiera sería posible aunque se pretendiera) ya que, como se ha dicho, tales bienes no pueden tener un régimen jurídico diverso de la propia concesión administrativa: sobre los bienes inscritos afectos a una concesión no se pueden inscribir otras cargas o gravámenes que los que recaigan sobre ésta y hayan sido autorizados por la Administración concedente (art. 31 RH).

Fuera de estos supuestos la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas o derechos no afectos a la concesión (por ejemplo, varias concesiones) siempre será exigible.

Esta distribución sólo producirá efectos frente a terceros, respecto de los cuales no se podrá repetir más que por la cantidad de que respectivamente responda cada bien hipotecado (art. 120 LH).

Entre partes, esto es, si no ha surgido un tercer poseedor o algún titular de derecho inscrito o anotado con posterioridad a la hipoteca, el acreedor podrá reclamar con cargo a cada finca por la totalidad de lo debido por

principal, intereses y costas (cfr. art. 692 LEC) (17). Regirá, por tanto, el principio de indivisibilidad de la hipoteca (arts. 122 y 123 LH).

En caso de hipoteca de varias concesiones administrativas (pensemos sobre varios saltos de agua en la misma cuenca hidrográfica), puede interesar a la Administración concedente que en caso de ejecución el adjudicatario sea una sola persona, física o jurídica. En este sentido, ejerciendo el derecho que tiene para prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca y a que no concurren postores sin su autorización, podrá exigir en la escritura de constitución que el postor deba licitar por la totalidad de los derechos ejecutados, esto es, por la totalidad de las concesiones (que actúen por un solo lote). Ahora bien, es evidente que esto no alterará el derecho de los terceros, en su caso, de manera que éstos siempre tendrán el derecho de liberar la hipoteca pagando la cifra de responsabilidad hipotecaria de la concesión respectiva (cfr. art. 124 LH).

XII. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

a) DURANTE LA FASE DE PENDENCIA. LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA DE DEVASTACIÓN

Durante la fase de pendencia de la hipoteca, el acreedor hipotecario tiene derecho a que se conserve la garantía. En caso contrario, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria le autoriza para ejercer la acción de devastación.

El Proyecto de Ley de Concesión de Obras Públicas adapta este derecho a las peculiaridades de las concesiones, dando una intervención preponderante a la Administración concedente en la apreciación de la existencia de disminución de la garantía y en la adopción de medidas para su conservación. Así cuando el valor de la concesión hipotecada sufriera grave deterioro por causa imputable al concesionario, el acreedor hipotecario podrá solicitar del órgano de contratación pronunciamiento sobre la existencia efectiva de dicho deterioro. Si éste se confirmara podrá el acreedor hipotecario solicitar de la Administración que, previa audiencia del concesionario, ordene a éste hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.

Esta acción administrativa no es incompatible con el ejercicio de la acción de devastación judicial del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, pero en principio existe una presunción de renuncia a su ejercicio si se acude a ella (debe entenderse salvo que expresamente el acreedor se reserve su ejercicio).

(17) El párrafo segundo dispone que «cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito objeto de ejecución, una vez satisfechos los créditos inscritos o anotados

b) DURANTE LA FASE DE EJECUCIÓN: PECULIARIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN INTERINA

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la administración interina de la finca hipotecada, por parte del acreedor hipotecario, en el artículo 690, consistente en el derecho del acreedor a pedir, durante la ejecución, las rentas vencidas y no satisfechas si así se hubiera estipulado, y los frutos, rentas y productos posteriores para cubrir con ello los gastos de conservación y explotación y después su propio crédito.

Este derecho de administrar interinamente el bien hipotecado, objeto de ejecución, para que durante ella no sufra menoscabo el derecho del acreedor al cobro, es adaptado en el Proyecto a las características propias de la hipoteca de concesión administrativa de obras públicas.

En concreto, se permite que incluso antes de promover el procedimiento de ejecución correspondiente, siempre que la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento y que así se hubiera previsto en la escritura de constitución de la hipoteca, el acreedor hipotecario pueda:

- a) solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, disponga que se le asigne una parte de la recaudación derivada de la explotación de la concesión y de las cantidades que, en su caso, tuviera que hacer efectivas la propia Administración al concesionario, en concepto de amortización de la deuda; a este efecto la Administración podrá designar un interventor que compruebe los ingresos y se haga cargo de estos cobros en la cuantía previamente determinada;
- b) solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, le otorgue la explotación de la obra pública durante un determinado período de tiempo o de las zonas de explotación comercial. Este derecho es eficaz frente a tercero (cabalmente sólo si está inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad), de manera que si las zonas comerciales estuvieran siendo explotadas por un tercero en virtud de una relación jurídico-privada con el concesionario —caso, por ejemplo, de un arrendatario—, la medida deberá ser notificada a este tercero, ya que si bien su relación jurídica se va a mantener (al menos hasta el momento de la realización forzosa si se ultima la ejecución) deberá efectuar al acreedor hipotecario los pagos que debiera hacer al concesionario.

posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en suspensión de pagos o quiebra», supuestos en los que vuelve a jugar como límite la cifra de responsabilidad hipotecaria.

XIII. EJECUCIÓN

Las peculiaridades de la concesión administrativa de obras públicas, en particular el interés general que está en juego y que justifica el control de la concesión por la Administración concedente, se manifiesta también en fase de ejecución de la garantía.

Además de poder ejercitar el procedimiento de apremio o de ejecución ordinario sobre los bienes del concesionario, en caso de falta de pago de la deuda al acreedor hipotecario, éste puede ir directamente a la realización de los bienes, sin necesidad de avalúo del bien ni traba del mismo, mediante el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados regulado en los artículos 681 y siguientes de la LEC. En realidad se trata de una fase dentro del proceso ejecutivo previsto en la Ley Procesal Civil.

Lo característico cuando de hipoteca de concesiones administrativas de obras públicas se trata es que debe intervenir la Administración concedente en la ejecución para controlar que los posibles licitadores reúnen los requisitos necesarios para llevar a cabo la ejecución de la obra pública o la explotación de la misma.

Por eso, ante la falta de claridad del Derecho vigente al respecto, el Proyecto de Ley de Concesión de Obras Públicas regula detalladamente esta intervención señalando que:

- a) el adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa;
- b) para obtener esta autorización, todo licitador o eventual adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario, si así lo pretende, deberá comunicarlo al órgano de contratación solicitando autorización;
- c) la autorización administrativa tiene carácter reglado, de manera que se concederá si el peticionario reúne los requisitos exigidos al concesionario;
- d) la autorización, caso de concederse, deberá notificarse en el plazo máximo de quince días;
- e) caso de que la subasta quedara desierta o ningún interesado fuera autorizado por el órgano de contratación para participar en la subasta, y ni siquiera el acreedor hipotecario autorizado para ser concesionario opte finalmente por la adjudicación, la Administración concedente podrá elegir entre:
 - acordar el secuestro de la concesión, de manera que sea la Administración la que explote la obra pública y perciba los rendimientos, sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno. En

este caso deberá darse trámite al acreedor hipotecario para ofrecerle la posibilidad de proponer un nuevo concesionario;

- o resolver la concesión y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada; si no hay acuerdo, la Administración quedará liberada con pagar al acreedor el importe de la indemnización que corresponda al concesionario por razón de la resolución, esto es, el importe de las inversiones realizadas por la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la concesión, teniendo en cuenta su grado de amortización.

A mi juicio, además será aplicable a la ejecución de la hipoteca sobre concesiones de obras públicas, no sólo el sistema de realización forzosa mediante subasta, sino también la realización por persona o entidad especializada y —sobre todo, porque se ajusta muy bien a su naturaleza— el convenio de realización judicialmente aprobado regulado en los artículos 640 y siguientes de la LEC.

Evidentemente además del consentimiento del ejecutante y del ejecutado y de los titulares de cargas intermedias en el caso del convenio de realización (18). Y por supuesto la aprobación judicial en ambos casos.

XIV. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca se cancelará en virtud del procedimiento de ejecución, presentando el testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del auto de aprobación del remate o adjudicación y del que resulte la consignación en su caso, del precio, acompañado del mandamiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada (art. 133 LH).

Al no tratarse de un trámite que se perfeccione en la esfera judicial, entiendo que la necesaria autorización administrativa previa debe acreditarse al Registrador, sin que baste la aprobación judicial de remate, adjudicación (o convenio de realización) para entender cumplido este requisito.

(18) El párrafo 3 del artículo 640 LEC establece que cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta. Creo que habrá que entender que el precepto se refiere a los terceros posteriores a la hipoteca pero anteriores a la expedición de certificación de cargas en el procedimiento; las posteriores a la nota marginal deberán acudir de oficio al procedimiento para impedir la aprobación judicial si el convenio les perjudica, pero si no acuden deberán entenderse afectados por el convenio.

Pero no es este el único supuesto de cancelación de la hipoteca. Como vimos, las hipotecas de concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público y los edificios o terrenos que no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen afectos a aquellas obras, quedan pendientes de la resolución del derecho del concesionario (art. 107, párrafo 6.º de la LH). Esto significa que, cancelada la concesión, se cancela también la hipoteca.

Y como también se dijo anteriormente, desarrolla este precepto el artículo 175-3.º del Reglamento Hipotecario, al regular la hipoteca de concesión de obras públicas dentro de los supuestos de cancelación sin necesidad de consentimiento del titular registral, esto es, dentro de los supuestos previstos en el artículo 82, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria de cancelación por disposición de la ley o por resultar del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción. Establece ese artículo 175-3.º RH, que:

«Las inscripciones de hipotecas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario».

¿Cuáles son esas causas de cancelación de la concesión que determinarían la cancelación de la hipoteca constituida sobre ella?

a) CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN POR TRANSCURSO DEL PLAZO

No señala el RDL 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas, la duración máxima del contrato de concesión de obras públicas.

Podría pensarse que habría que atenerse a lo previsto en la Legislación reguladora del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Así, el artículo 126 del TR de la Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, establece un plazo máximo de noventa y nueve años, siempre que la legislación especial no señale un plazo menor.

Pero precisamente porque la concesión de obras públicas necesariamente implica la explotación de la misma (esto es, la realización de la obra y su explotación o sólo su explotación) podrá defenderse que opera el límite establecido de forma específica para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 157 del RDL 2/2000, cuando tras señalar que el

contrato de gestión de servicios públicos no puede tener carácter perpetuo o indefinido establece que su duración total, incluidas las prórrogas, no puede exceder de cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de la obra y la explotación del servicio público.

El Proyecto de Ley clarifica la cuestión al establecer que las concesiones de explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de cuarenta años (art. 263).

Caso de que exista legislación especial habrá que atenerse a ella. Así, por ejemplo, la Ley de Aguas (TR aprobado por RDL 1/2001, de 20 de julio, art. 134) prevé que el plazo de explotación de las obras hidráulicas será el previsto en cada pliego de condiciones generales, sin que pueda exceder en ningún caso de setenta y cinco años.

Este plazo especial está previsto mantenerlo en el Proyecto de Ley de Concesión de Obras Públicas, en cuya Disposición Adicional undécima se modifica la Ley de Aguas para considerar aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como supletoria, esto es, en cuanto no se oponga a lo previsto en la propia Ley de Aguas.

De la misma manera, la misma Disposición Adicional undécima para las obras públicas hidráulicas prevé que el plazo de duración de la concesión será el previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que pueda exceder de setenta y cinco años.

Extinguida la concesión por transcurso del plazo, quedará cancelada la hipoteca automáticamente, sin necesidad de consentimiento para la cancelación del acreedor hipotecario y sin justificación de consignación alguna a favor suyo o de acreedores posteriores. Bastará con presentar el título del que resulte esa extinción, que no será sino el traslado de la resolución administrativa declarando la caducidad de la concesión.

El Proyecto específicamente regula la extinción de las concesiones por transcurso del plazo inicialmente establecido y de sus prórrogas, en su caso, de manera que quedarán extinguidos todos los contratos vinculados a aquéllas (art. 262.4).

Del Reglamento Hipotecario (art. 175.3) resulta igualmente que en este caso la cancelación es automática, sin ulteriores requisitos, ya que la consignación está sólo prevista para el caso de que proceda indemnización, lo que no ocurre tratándose de caducidad de la concesión.

b) CANCELACIÓN POR RESOLUCIÓN

En los casos de resolución de la concesión, la hipoteca constituida sobre la misma también se cancela sin necesidad del consentimiento del acreedor

hipotecario, pero no es una cancelación automática, ya que además de la resolución administrativa declarando la resolución deberá acreditarse la consignación de las cantidades debidas al acreedor hipotecario (art. 175.3).

Esta consignación se acredita presentando en el Registro de la Propiedad el mandamiento judicial a que se refiere el artículo 1.180 del Código Civil, en el cual conste que se ha declarado bien hecha la consignación (art. 180 RH).

El RDL 2/2000, regula de forma dispersa las causas de resolución del contrato de obras (arts. 111 y 149), así como los efectos de esa resolución (art. 151), previendo indemnizaciones a favor del concesionario cuando la resolución no es imputable a él.

En el Proyecto de Ley se prevén como causas de resolución de la concesión y por tanto de la hipoteca constituida sobre la misma, las siguientes:

- Muerte o incapacidad sobrevenida del empresario individual o extinción de la personalidad jurídica si es persona jurídica.
Pese a la muerte del concesionario persona física, la Administración concedente puede autorizar la continuación de la concesión con los herederos, si cumplen los requisitos exigidos al concesionario.
La fusión, escisión, aportación o transmisión de empresas no son causa de extinción de la concesión, pero exigen el consentimiento previo de la Administración concedente para que la sociedad absorbente o adquiriente se subrogue en la concesión.
- Declaración de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores del concesionario.
- Ejecución hipotecaria declarada desierta (supuesto novedoso del proyecto no contemplado en el Derecho vigente).
- Mutuo acuerdo.
- Secuestro de la concesión por plazo superior al máximo de tres años.
- Demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación.
- Rescate de la obra pública por el órgano de contratación, esto es, la declaración unilateral que puede hacer la Administración concedente por la que se da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión del titular.
- Supresión de la explotación por razones de interés público (19).

(19) No cabe confundir extinción de la concesión por supresión del servicio público, con modificación parcial de las condiciones del servicio, que no es causa de resolución. Así, la Resolución de la DGRN, de 20 de julio de 2001, considera que para la cancelación de un asiento se precisa la extinción del derecho inscrito, lo que no ocurre cuando en la concesión se modifican tan sólo en un aspecto parcial, como son las condiciones de transmisión de los derechos del concesionario.

- Imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.
- Abandono o renuncia unilateral por el concesionario.
- Cualquier otra causa prevista en la ley o en el contrato.

En todos los supuestos de resolución procede abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de las expropiaciones de terrenos, ejecución de las obras de construcción y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la concesión, teniendo en cuenta su grado de amortización.

En los casos de rescate, supresión de la explotación por razón de interés general e imposibilidad de cumplimiento imputable a la Administración, procede indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios.

Todo esto deberá acreditarse al Registrador a través del mandamiento judicial a que se refiere el artículo 1.180 del Código Civil en el cual conste que se ha declarado bien hecha la consignación (art. 180 RH). Es decir, no bastará cualquier testimonio judicial acreditativo de la consignación, sino mandamiento expreso ordenando la cancelación por estar bien hecha la consignación, decisión judicial que habrá sido notificada al concesionario, y que debe ser firme.

Lo que no necesitará, para cancelar la concesión (sea por caducidad o por resolución) es que se ordene expresamente la cancelación de las cargas posteriores. Bastará que se presente el título (resolución administrativa) por la que se declare la extinción de la concesión, junto con el mandamiento acreditativo de haberse realizado bien la consignación de las cantidades debidas al concesionario por consecuencia de la resolución, así como que se acredite que en el expediente consta la audiencia al concesionario y a los titulares de cargas constituidas sobre la misma y que se van a cancelar como consecuencia de la extinción de la concesión; pero no es necesario referencia expresa a tales asientos (cfr. Resolución de la DGRN, de 27 de enero de 1998) (20).

(20) Esta Resolución deja claro que el derecho de hipoteca sobre una concesión administrativa se extingue cuando se resuelve el derecho del concesionario y para su cancelación basta con que en el propio título se haga constar esa resolución del derecho hipotecado, junto con el documento acreditativo del pago de las indemnizaciones procedentes en su caso, sin necesidad de que se ordene en el título de forma expresa la cancelación de asientos posteriores relativos a derechos constituidos sobre dicha concesión.

c) DERECHO A SUBROGARSE EN LA POSICIÓN DEL CONCESIONARIO EN CASO DE RESOLUCIÓN

Con arreglo al Derecho vigente era muy discutida la participación que debían tener los titulares de cargas sobre la concesión en caso de resolución.

El artículo 184 del Reglamento Hipotecario establece que:

«A todo expediente de caducidad de concesión deberá incorporarse certificación del Registro de la Propiedad comprensiva de los asientos vigentes de todas clases o de los extendidos con anterioridad a la fecha de la nota a que se refiere el artículo anterior, si se hubiere extendido, al efecto de que sean oídos en el expediente los interesados y puedan ejercitar el derecho de subrogación por su orden de prelación registral».

Este artículo debe entenderse referido a los supuestos de caducidad por resolución, no a los supuestos de caducidad por transcurso de plazo, ya que ningún sentido tiene subrogarse en una concesión cuyo plazo de vigencia ha vencido.

Y aunque parece que todos los titulares de asientos posteriores tendrían derecho a subrogarse en la concesión que se resuelve, esto será así si la legislación sustantiva así lo reconoce.

Una novedad importante del Proyecto es que resuelve definitivamente esta cuestión con relación a las concesiones de obras públicas, de manera que cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario, ya que le reconoce el derecho a subrogarse en la concesión de la obra pública siempre que la Administración concedente lo considerara compatible con el buen fin de la concesión (art. 256.3 del Proyecto).

No parece que tenga ese derecho a subrogarse ningún otro acreedor de la concesión, aunque esté inscrito, pese a la proclamación general del derecho a subrogarse que hace respecto de todo titular de asientos posteriores el artículo 184 RH, ya que la legislación reguladora de la concesión de obras públicas sólo se lo reconoce al acreedor hipotecario. Pero los titulares de asientos posteriores sí tendrán derecho a hacer efectivo su derecho sobre las cantidades que en su caso pueda percibir el concesionario como consecuencia de la resolución.

Así, el Proyecto prevé (art. 258) que en caso de resolución concesional, la Administración solicitará certificación del Registro de la Propiedad al objeto de que puedan ser oídos todos los titulares de cargas y derechos (se entiende posteriores a la concesión, no los anteriores que no se ven afectados), extendiendo nota marginal el registrador de iniciación del procedimiento de resolución.

De manera que para cancelar estas cargas y derechos anotados o inscritos con posterioridad a la hipoteca, será necesaria resolución administrativa firme que declare la resolución de la concesión y el previo depósito a favor de los titulares de estos derechos de las indemnizaciones debidas al concesionario.

Es decir, que la consignación prevista en el artículo 175.6 RH —a que antes nos referíamos— debe realizarse a favor no sólo del acreedor hipotecario sino también de los acreedores posteriores anotados o inscritos con posterioridad a la hipoteca, siendo el juez el que en un incidente posterior resuelva a quien debe entregarse el dinero. Parece que lo procedente es que lo entregue al acreedor hipotecario en pago de su principal, intereses y costas, hasta el límite de la cifra de responsabilidad hipotecaria, y el resto si lo hubiere, se entregue a acreedores posteriores, salvo que el concesionario se encuentre en suspensión de pagos, concurso o quiebra, en que el remanente se entregará al juez del concurso (cfr. art. 672.1 LEC).

Con esta solución, el Proyecto ampara la posición favorable a admitir no sólo la hipoteca de la concesión, sino la existencia de otras cargas sobre la misma, como anotaciones de embargo, arrendamientos, subhipotecas, etc. No resuelve la cuestión de si necesitan o no consentimiento de la Administración concedente. Habrá que estar a lo dispuesto en el título concesional, pero en principio podrían establecerse las siguientes reglas:

- Tratándose de derechos o gravámenes voluntarios sobre la concesión, siempre se necesitará autorización previa del órgano de contratación de forma análoga a la hipoteca. Es el caso de que se arriende la concesión total o parcialmente, que se subhipoteque la propia hipoteca, o que se constituya un derecho de uso sobre partes de la concesión, como ocurre en las divisiones horizontales de concesiones administrativas de puertos deportivos, en las que se trasmite a particulares esos derechos de uso de partes individualizadas resultantes de la división horizontal, todo lo cual exigirá autorización administrativa.
- Tratándose de embargo sobre los rendimientos de la concesión, no se necesitará consentimiento de la Administración concedente, ya que el concesionario no constituye una excepción a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil.
- Tratándose de embargo sobre la propia concesión, tampoco se requerirá consentimiento de la Administración concedente para su traba y anotación, dado su carácter forzoso, pero sí parece necesaria la notificación del embargo a la citada Administración, ya que en la ejecución, de forma análoga a la ejecución hipotecaria, no cabrá admitir licitadores que no hayan cumplido con los requisitos exigidos para ser concesionario, lo que exigirá autorización de la Administración. Si no concu-

riera nadie a la subasta procedería la resolución de la concesión y la consignación a favor de estos acreedores posteriores de las indemnizaciones debidas al concesionario.

- Supuesto excepcional es el caso de las hipotecas y gravámenes sobre concesiones de bienes de dominio público marítimo-terrestre, que no exige autorización previa pero sí comunicación a la Administración concedente por parte del favorecido por la carga o gravamen, unificando su regulación con la de las anotaciones de embargo (cfr. art. 70.3, Ley 23/1988, de 28 de julio, de Costas).

XV. LA HIPOTECA DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN SUPUESTOS ESPECIALES

La regulación del contrato de concesión de obras públicas debe entenderse que tiene carácter general y supletorio respecto de la legislación especial.

El Proyecto de Ley de Obras Públicas, no obstante, con relación a las autopistas en régimen de concesión, unifica su régimen jurídico, al menos en los principios generales (otorgamiento de la concesión, trámites, derechos y deberes, causas de extinción) con las concesiones de obras públicas en general, y en este sentido tiene previsto la derogación de los artículos 2.1, 4.2, 5, 6, 7, 13, 16.1, 25.2, 25.bis, 26, 30, 32 y 34 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de autopistas en régimen de concesión; así como los artículos 53 a 105 y 111 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

Sería conveniente, a mi juicio, modificar también el artículo 17 de la Ley 25/1988, de 25 de julio, de Carreteras, que se remite a la legislación específica para la regulación de las concesiones administrativas sobre carreteras estatales, cuando precisamente se van a considerar prevalente los preceptos de la legislación general sobre contratos de obras públicas.

Seguirán prevaleciendo las disposiciones especiales en materias de concesiones sobre los siguientes bienes demaniales:

- a) Aguas, regidas por los artículos 59 a 80 del RDL 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el TR de la Ley de Aguas. Merece destacarse la regulación del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de su inscripción no sólo en el Registro administrativo de aguas sino en el folio abierto a la concesión en el Registro de la Propiedad.
- b) Aprovechamientos de recursos mineros en régimen de concesión o autorización, que se seguirán rigiendo por la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas.

- c) El régimen jurídico y económico de los aprovechamientos en montes del Estado, que se registrarán preferentemente por las disposiciones de la Ley de Patrimonio Forestal por imperativo del artículo 37 de la Ley de 8 de junio de 1957, de Montes.
- d) Las concesiones sobre bienes de dominio público marítimo-terrestre, regulados por los artículos 64 y siguientes de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que expresamente declara inscribible estas concesiones en el Registro de la Propiedad, no autoriza una duración superior a treinta años, no admite la transmisión *inter vivos* de las concesiones salvo que sirvan de soporte a la prestación de un servicio público y lo autorice la Administración concedente y admite no sólo la hipoteca de la concesión y otros derechos de garantía, así como el embargo de las mismas, sin necesidad de autorización previa, bastando la comunicación previa a la Administración por la persona o entidad a cuyo favor se constituye el derecho (cfr. art. 70.3) (21).

XVI. CONCLUSIONES

1.º La hipoteca de concesión administrativa de obra pública tiene un gran interés desde la perspectiva económica, como manifestación concreta del método de financiación con cargo al propio proyecto, conocido como «Project finance».

2.º La hipoteca de concesión de obra pública es uno de los medios de financiación privada con que cuenta el concesionario, que corre con el riesgo de la explotación; otras formas de financiarse son la emisión de obligaciones y bonos o los créditos participativos.

3.º Las concesiones de obras públicas son inscribibles en el Registro de la Propiedad porque generan un derecho real administrativo, a diferencia de las concesiones de servicios públicos o las meras autorizaciones.

4.º Las concesiones de obras públicas, pese a estar sometidas a autorización administrativa, son hipotecables; para ello es necesario que esté previamente inscrita la concesión. No es imprescindible que los bienes demaniales estén, a su vez, previamente inscritos, salvo que se quiera hacer constar su afectación.

(21) La Resolución de 13 de marzo de 1995 consideró que los inequívocos términos de la Ley de Costas respecto de la ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre, previa concesión cuya duración en ningún caso puede exceder de treinta años, hacen insostenible la pretensión de aplicar el plazo de noventa y nueve años del artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado a una concesión para la explotación de un centro comercial y aparcamiento subterráneo en el Muelle España del Port Vell de Barcelona.

5.º También son inscribibles las emisiones de obligaciones y bonos por el concesionario cuando están garantizadas con hipoteca sobre la propia concesión (a través de un asiento de inscripción en el folio abierto a la concesión); así como la titulización de los derechos de crédito del concesionario (en este caso mediante nota al margen de la inscripción de la concesión).

6.º La hipoteca de concesión administrativa de obra pública constituye una excepción a la regla general de que sólo los bienes y derechos transmisibles son hipotecables; la concesión sólo es transmisible e hipotecable previa autorización de la Administración concedente. Su omisión será así defecto insubsanable que impida la inscripción.

7.º Esta autorización administrativa no es discrecional sino reglada y su denegación se puede recurrir en vía contencioso-administrativa.

8.º La hipoteca está sujeta a los avatares de la propia concesión de obra pública, en la que prevalece el interés general.

9.º Todo esto hace que la hipoteca de concesión administrativa de obra pública tenga unas especialidades propias, tanto durante la fase de pendencia como en caso de ejecución.

- a) en la fase de pendencia el acreedor hipotecario tiene una acción administrativa propia para instar a la Administración concedente para que obtenga del concesionario la conservación de la garantía;
- b) en la fase de ejecución, incluso antes de iniciada ésta, siempre que el concesionario haya incumplido el pago de algún vencimiento y que este derecho esté pactado en la escritura inscrita en el Registro, el acreedor hipotecario tiene un peculiar derecho de administración interina sobre la concesión que le permite pedir parte de los rendimientos de la explotación o el derecho mismo a explotar la obra pública;
- c) en caso de resolución de la concesión por incumplimiento del concesionario, el acreedor hipotecario tiene derecho a subrogarse en los derechos derivados de la concesión con preferencia al derecho de la Administración a resolver;
- d) los titulares de otro tipo de derechos, distintos del acreedor hipotecario, aunque no tienen derecho de subrogarse, sí tienen derecho a que se les notifique la resolución, a ser oídos y a que se consigne a su favor la indemnización a que tiene derecho el concesionario en caso de resolución.

10.º No sólo cabe la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* (en este caso cuando sea persona física) sino también hipoteca y cualquier otro gravamen voluntario sobre las concesiones administrativas de obras públicas, si bien siempre es necesaria la autorización previa de la Administración concedente.

11.º Las concesiones administrativas son susceptibles de embargo, no sólo en cuanto a sus rendimientos líquidos, sino la concesión en sí misma, si bien en este caso su anotación en el Registro exigirá la notificación previa a la Administración concedente, que también tendrá derecho a determinar si el mejor postor reúne los requisitos para licitar en la subasta.

12.º Las concesiones administrativas sobre obras públicas se registrarán por la Ley de Contratos con las Administraciones Públicas, una vez reformada por la Ley de Concesión de Obras Públicas, salvo cuando recaigan sobre bienes demaniales regulados por una legislación especial, cuyos preceptos prevalecerán frente a aquélla que operará como Derecho supletorio: hipoteca de obras en zona marítimo-terrestre, puertos, montes, minas, sistemas de actuación urbanística por expropiación, etc.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la
Dirección General de los Registros y del Notariado

Control judicial de la legalidad registral y tutela efectiva del derecho a inscribir

SUMARIO: I. PROPUESTA DE REFORMA—II. LA PRIMERA NOVEDAD DE LA PROPUESTA.—III. LA SEGUNDA NOVEDAD DE LA PROPUESTA.—IV. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REVISION JURISDICCIONAL.—V. CONSIDERACION DE OTRAS PROPUESTAS.—VI. CONCLUSIONES PROCESALES.

I. PROPUESTA DE REFORMA

1. *Contenido de la propuesta* (1). Las calificaciones negativas de los Registradores de la Propiedad deberían recurrirse directamente ante la Sala del Tribunal Superior, que corresponda por razón de la naturaleza del derecho cuya inscripción se pretende.

El recurso se formalizaría ante la Sala de lo Civil si los derechos, cuya inscripción se solicita, son civiles; y ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo si los derechos, cuya inscripción se pide, tienen naturaleza administrativa.

2. *Motivos de la propuesta.* Conviene no olvidar que en todos los países de Europa, sin excepción, la revisión de las calificaciones negativas de los Registradores es judicial y que también lo era en nuestra primera Ley

(1) Esta relativamente breve memoria se confeccionó antes de la promulgación de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos del 2002 que reformó determinados artículos de la Ley Hipotecaria; y, por tanto, antes de la introducción del nuevo recurso judicial directo contra las Resoluciones de la Dirección General suspensivas o denegatorias de inscripciones a practicar en los Registros de la Propiedad y Mercantiles. La parquedad de la nueva Ley hace difícil su exégesis. La propuesta defiende una regulación del recurso diferente en algunos aspectos de la que finalmente salió. De todos modos, las dudas y problemas que plantea, en mi opinión, siguen teniendo interés para comprender el alcance y sentido de la reforma.

Hipotecaria. Precisamente la lentitud de la justicia fue el amparo de que se sirvió una famosa Real Orden de 1864, para privar a los Jueces de sus competencias legales (!) de revisión y atribuir las a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Hoy esta decisión no podría desde luego justificarse, a la vista de los hechos, en el mismo fundamento.

De rebote, la propuesta conseguirá rellenar las competencias de los Tribunales Superiores, y especialmente las de sus Salas Civiles, manifiestamente infrautilizadas y, de paso, generalizar a toda España una solución que, mediante mandato expreso, imponen al legislador siete Estatutos de Autonomía (2).

3. *Importancia práctica de la propuesta.* La necesidad de someter las calificaciones a directa revisión judicial no sólo viene exigida por la necesidad de dispensar justicia y, por tanto, de terminar con la incertidumbre que genera siempre el inicio de cualquier tipo de procedimiento; incertidumbre que, mientras dura, desvaloriza notablemente el valor de mercado de los derechos cuya inscripción se pide (2 bis).

La revisión temporánea de las calificaciones es, también, una exigencia imperiosa del colectivo registral. El exceso de poder que indirectamente le procuran las demoras del recurso gubernativo no contribuye precisamente a prestigiar la vertiente jurídica de la función registral, sino más bien a acrecentar la propiamente burocrática: las notas de calificación, en muchos casos, en la práctica, operan como auténticos *dictats* para los usuarios necesitados de la inscripción y no como resoluciones susceptibles de ser discutidas.

(2) La legislación vigente, y también su problemática, está expuesta de forma breve pero exhaustiva en GARCÍA GARCÍA, *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil* (2001) pág. 124, nota 41.

(2 bis) Presupuesto de la propuesta es la unanimidad que se respira sobre la necesidad de someter a control judicial las resoluciones de la Administración registral. La eliminación de la instancia ante la Dirección General, ciertamente, desde un punto de vista teórico, no es en absoluto necesaria pero, desde un punto de vista práctico, podría quizá justificarse en dos motivos. En primer lugar, porque permitiría superar la actualmente inexplicable dualidad de «jurisdicciones» (una la verdadera jurisdicción, y otra una «jurisdicción» administrativa) e impediría que pudiesen generarse «jurisprudencias contradictorias» sobre un mismo punto discutible, como pasó, y todavía sigue pasando. En segundo lugar, porque la llamada «jurisprudencia registral», a partir de ahora, perderá gran parte de su utilidad. En efecto, como en todo caso, el Centro Directivo dejará de tener la «última palabra» en materias registrales, su doctrina perderá importancia, puesto que la jurisprudencia relevante no deriva nunca de la instancia intermedia sino del órgano superior (en este caso judicial) a quien, a partir de ahora, corresponda la decisión final. En cualquier caso, motivos que no parecen ni mucho menos decisivos. Lo cierto es que «jurisdicciones» administrativas intermedias vienen funcionando con general satisfacción en otros ámbitos de la Administración Pública y que la doctrina, por ejemplo, del Tribunal Económico-Administrativo Central sigue gozando de gran predicamento.

4. *Problemática de fondo de la propuesta.* Exigida por la doctrina y la jurisprudencia, por razones constitucionales, la revisión judicial de las resoluciones registrales, su articulación no es, sin embargo, sencilla, ya que exige pronunciarse, con carácter previo, sobre algunas de las cuestiones centrales que vienen ocupando tanto al Derecho Hipotecario como al Procesal y Administrativo.

La propuesta afronta toda esta compleja problemática, centrándola en dos puntos cuya discusión será origen de las dos principales novedades con que se presenta.

II. LA PRIMERA NOVEDAD DE LA PROPUESTA

5. *La principal novedad de la propuesta.* La primera y principal novedad de la propuesta está en que las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores tendrían que pronunciarse, en el recurso civil, con fuerza de **cosa juzgada**, no sólo sobre la (abstracta) legalidad de la calificación registral del título, sino además, y aquí está lo fundamental, sobre el derecho del solicitante a exigir la práctica del asiento (3).

La novedad de fondo de la propuesta está en que, en el **mismo proceso**, tal como pasa en los contenciosos-administrativos, no sólo se somete a control la legalidad de la nota de calificación, sino que se permite el reconocimiento de «situaciones jurídicas individualizadas»: en este caso, la existencia del derecho a inscribir del que así lo solicita (4).

(3) La tutela judicial, garantizada por el artículo 24 de la CE, no sólo exige la defensa de los demandados, y posibles perjudicados, en caso de que la pretensión sea estimada; sino también la defensa del interés del actor en lograr una sentencia favorable y efectiva. «La indefensión con efectos jurídico-constitucionales y, consiguientemente, **la lesión de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, se produce cuando se priva al ciudadano de las posibilidades de impetrar la protección judicial de los derechos e intereses (...)**»: STC de 11-6-1984. El derecho a la **tutela efectiva** tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos, y como precisa la sentencia 32/1982, de este Tribunal, **también el derecho** a que el fallo se cumpla y **a que el recurrente sea repuesto en su derecho (...)**: STC de 13-4-1983. Cmpr. PRIETO-CASTRO, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, en el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Jornadas de Derecho Procesal* (1984), pág. 26. Este doble aspecto está eficazmente resaltado por la Constitución italiana cuyo precepto equivalente (también el art. 24), tiene un primer párrafo dedicado al derecho de acción (*tutti possono agire in giudizio per la tutela del proprio diritto*): el segundo se ocupa, en cambio, del derecho de defensa o contradicción (*la difesa diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*). Sobre el derecho de acción o derecho a la justicia (*Justizanspruch*) en la dogmática y jurisprudencia alemana. Cmpr. CALAVROS, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritter* (1978), pág. 44.

(4) Dos son las competencias relevantes del Estado en materia registral y, como fruto de esa doble competencia, dos son los deberes que le sujetan y vinculan: uno el

De poco serviría que el Tribunal rechazase los motivos de calificación suspensiva o denegatoria por ilegales, si cuando el particular exigiese la ejecución de la sentencia, pudiese la Administración, procediendo a una nueva calificación, denegar la pretensión de inscripción aduciendo nuevos motivos de ilegalidad. De ser así las cosas, no se prestaría, desde luego, tutela alguna, que mereciese nombre de «efectiva», del derecho a inscribir que afirma el recurrente (5).

6. *La planta del «recurso gubernativo».* En sistema tradicional, tal como fue diseñado por la reforma hipotecaria de 1869, la Dirección General de los Registros no se pronuncia sobre la existencia del derecho a inscribir. El recurso gubernativo, en efecto, fue concebido como un remedio de naturaleza provisional en que no se hacía pronunciamiento definitivo alguno sobre el derecho a inscribir del solicitante, lo que permitía que, sin audiencia de los presuntos perjudicados por la inscripción y sobre la base de las mismas pruebas que había tenido a la vista el Registrador, pudiese decidirse únicamente la abstracta legalidad de la nota de calificación. Dos eran sus pilares.

En primer lugar, como la cognición del Registrador era sumaria y se trataba sólo de revisar su legalidad (juicio de Derecho, no de hechos), la Dirección tenía que partir de las mismas pruebas que aquél había manejado: pruebas que, por limitadas, sólo permitían un pronunciamiento provisional, y nunca definitivo sobre la existencia y validez de los derechos civiles implicados y, por tanto, su derecho a ser inscritos.

de calificar, y otro el de inscribir, cuyo correcto cumplimiento controlan, porque ambos deben ejercerse con arreglo a la Ley y al Derecho (art. 103 CE), Jueces y Tribunales (art. 106 de la CE). Pues bien, interesa aquí, más que vigilar el ejercicio de la primera de las competencias, tutelar de modo efectivo la segunda. No se trata, por tanto, de garantizar sólo el derecho del ciudadano a que se anulen las calificaciones cuyos motivos se demuestren ilegales (sin que nada asegure que otras del mismo tenor se puedan reproducir a continuación) sino de hacer efectivo, **de una vez** y para siempre, el derecho de la parte a inscribir sus títulos, caso de que corresponda. En consecuencia, la sentencia deberá imponer al Estado una efectiva obligación de inscribir: no basta con anular las suspensiones o denegaciones cuyos motivos se demuestren improcedentes. Por tanto, el recurrente podrá ejercitar, además de una pretensión constitutiva (de anulación de la calificación negativa, previa declaración de su ilegalidad), otra de condena contra la Administración para que inscriba el derecho, lo que exige declaración previa de su preferencia frente a los inscritos o no, que se le oponen como contradictorios en todo o en parte. Cfr. nota 11 y para el caso paralelo del contencioso-administrativo, CORDÓN, *El proceso contencioso-administrativo* (2001), pág. 153 y sigs.

(5) Hasta tal punto son dos pretensiones distintas que puede ejercerse una y no otra. Así pasa, en el recurso a efectos doctrinales, en que sólo se ejercita la pretensión de ilegalidad de la calificación, pero no la de inscribir el derecho porque, como es obvio, entretanto se había inscrito. Una cosa es, por tanto, la declaración de ilegalidad de la calificación y, otra por tanto, el reconocimiento del derecho al asiento. Cfr., lo que sobre la legitimación del notario dice la STS, Sala tercera, Sección sexta, de 22-5-2000 que anula algunos artículos del RH introducidos por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y el comentario de GARCÍA GARCÍA, cit., pág. 375 y sigs.

En efecto, se revisa la legalidad de un juicio sólo cuando se parte de las mismas premisas de hecho, en otro caso no se revisa un juicio anterior sino que se pronuncia otro distinto. Por la misma razón, se revisa la legalidad del juicio sólo cuando se reproduce la misma discusión de Derecho y, por tanto, se vuelven a discutir las mismas alegaciones ya valoradas en la primera instancia. Ahora bien, siendo las premisas falibles, también, por lógica consecuencia, tendrán que serlo las conclusiones no sólo del juicio revisado sino también del juicio revisor.

Por tanto, el recurso gubernativo tenía que abstenerse de hacer cualquier tipo de pronunciamiento **definitivo** sobre derechos, esto es, sobre si el que pretendía inscribir a su favor tenía verdadero y auténtico derecho a exigir la practica del asiento.

En segundo lugar, como se trataba unicamente de revisar la legalidad de la calificación (negativa), se estimó innecesario oír en el recurso a los terceros que el Registrador señalaba como posibles perjudicados por el asiento, que se le pedía; y no se consideró necesario porque lo que se discutía era precisamente que hubiese perjuicio, y por tanto perjudicado, alguno: el Registrador así lo afirmaba, pero el solicitante lo negaba. Ciertamente para contar con los perjudicados, es preciso decidir con carácter previo si los hay y, si los hay, identificar quiénes eran.

La discusión de este punto era precisamente el cometido del recurso gubernativo. La Dirección se limitaba sólo a decidir esta cuestión previa: si creía que los terceros designados por el Registrador podían resultar perjudicados, denegaba la pretensión y obligaba a tenerlos en cuenta, y accedía sin más a la inscripción, en el caso contrario.

7. *La publicación de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.* Lo más característico de la evolución posterior fue que, mientras la Administración General se volvió mucho más garantista y, por si fuera poco, se sometió a un control jurisdiccional pleno, la registral siguió empantanada en los viejos esquemas.

La separación entre lo gubernativo y lo jurisdiccional, por una parte, y lo provisional y lo definitivo, por otra, pudo sobrevivir, sin sobresaltos, hasta la publicación de la LJCA en 1956. Es sabido que, desde entonces, se articuló un derecho de los particulares a la legalidad por lo que es posible la revocación judicial de los actos de la Administración por cualquier infracción del Ordenamiento jurídico. Y no sólo eso, hubo algo todavía más importante: la sentencia no sólo podía declarar la ilegalidad del acto y anularlo sino también reconocer el derecho del recurrente a que la Administración diese cumplida satisfacción a la pretensión cuya ejecución reclamaba.

El recurso contencioso-administrativo es, por tanto, un recurso de «plena jurisdicción» en que la sentencia no sólo «casa» el acto viciado

sino que además hoy, para el caso de que no la pueda sustituir directamente, vincula de forma irresistible a la Administración para que dicte el que se le exige y corresponde en Derecho (6).

8. *La promulgación de la Constitución.* Era natural que, a partir de esa fecha, y sobre todo de la publicación de la CE, que **sometió la Administración de «modo pleno» no sólo a la Ley sino también al Derecho** y prometió a los ciudadanos una tutela efectiva de sus pretensiones (también de las dirigidas contra la Administración) creciese la conciencia de que el recurso «registral», con su separación entre lo gubernativo y lo jurisdiccional, y lo provisional y lo definitivo, no era más que una reliquia del pasado (7).

Los primeros escauceos se centraron en el control jurisdiccional de las Resoluciones de la Dirección; escauceos que fueron, sin embargo, hábilmente solventados porque la consideración de la revisión de las notas suspensivas o denegatorias como materia gubernativa, esto es, administrativa, por extraño que pueda parecer, sirvió, en la práctica, de magistral antídoto contra los intentos de expansión de la regla general a la Administración Registral.

Los Tribunales contencioso-administrativos no podían revisar la negativa a inscribir porque la calificación versaba sobre cuestiones de propiedad, tradicionalmente reservadas a la jurisdicción civil; y los Tribunales civiles,

(6) Cuando se trata de una decisión reglada (como pasa siempre con las registrales) ya la jurisprudencia se había decantado por la opinión de que el Tribunal podía sustituir a la Administración en sus pronunciamientos siempre que «exista ya base en autos»: SSTs de 11-6-1991 y 15-12-1986. «Según el artículo 108 de la LJCA, si la sentencia condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez podrá (...) suplir la actividad administrativa, material o formal, objeto de la condena, (...) por sus propios medios, siempre que la naturaleza de la actividad le sea posible (...). En fin, el sistema legal se cierra con la norma general del artículo 103.4, que sanciona con nulidad de pleno derecho los actos (...) contrarios a los pronunciamientos de las sentencias (...)». CORDÓN, cit., págs. 288 y 154.

(7) Interesa, más que el 106 de la CE, su artículo 103 (claramente influido por el art. 20 de la *Grundgesetz*) que, al declarar el sometimiento **pleno** de la Administración a la Ley y también **al Derecho**, «constitucionaliza resueltamente esa idea básica de que no sólo la legalidad escrita vincula de una manera positiva la acción —cualquier acción: plenitud del sometimiento— de los poderes administrativos de cualquier orden; el Derecho, como distinto de la Ley, es aquí el fondo material de justicia que (...) expresan precisamente los principios generales y sublegales y que es siempre inexcusable aplicar en la relación Administración-ciudadanos como fundamento del orden político (art. 10.1 de la CE)». Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I* (1981), págs. 72-73. No se confunde, por tanto, la sujeción de la Administración al Derecho con la que tiene frente a la Ley, sino que se le superpone lo que entraña importantes repercusiones también para el **principio** de tutela efectiva. En efecto, «**el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (!)**. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización (...)»: ALEX, *Teoría de los derechos fundamentales* (1993), pág. 86.

que podrían hacerlo fácilmente, no se aventuraron a dar ese paso porque a ellos no les correspondía vigilar o controlar la actuación de los órganos de la Administración.

Sólo, a partir de los años noventa, cambió la situación: una reciente sentencia del Tribunal Supremo anuló parte de la última reforma del Reglamento Hipotecario y puso sobre el tapete la necesidad de establecer una revisión judicial de las resoluciones dictadas por la Administración Registral.

9. *Los terceros y el procedimiento gubernativo.* Era, sobre todo, especialmente chocante, a partir del nuevo ambiente que se crea con la publicación de la Constitución, que no sólo se siguiese sin notificar, a los posibles perjudicados por la inscripción, la interposición del recurso contra la negativa a practicar el asiento solicitado sino sobre todo que se les impidiese personarse en el procedimiento para hacer valer sus derechos: a fin de cuentas, los intereses que se ventilaban eran los suyos y no los del Registrador o la Dirección General que, por cierto, no otra cosa hacían que defenderles, por lo demás, sin o contra su voluntad.

Sorprende que no hacía más que crecer, cuando se reparaba en que, al contrario de lo que disponía la Ley de Enjuiciamiento Civil para los supuestos de jurisdicción voluntaria, se prohibía que los posibles interesados, entablando el oportuno pleito, pudiesen paralizar el recurso «gubernativo» en curso; un «juicio» administrativo, todo lo provisional que se quisiera, pero que, de acceder a la inscripción, tantas y tan graves consecuencias podía tener para los derechos incompatibles y preferentes, inscritos o pendientes de inscribir (8).

El rechazo de estas excepciones procedía sin contemplaciones, también, si se analizaba el caso desde las categorías del procedimiento administrativo, porque procedimiento administrativo es el que hay que seguir ante cualquier Administración y Administración, desde luego, lo es la registral.

Aquí las sorpresas se multiplicaban y eran inaceptables: ni intervención de los posibles perjudicados, ni libertad de prueba ni revisión judicial plenaria con reconocimiento, en su caso, a favor de los litigantes y coadyugantes de derechos firmes (en este caso, a la inscripción) contra la Administración (9).

(8) Para la naturaleza de la Jurisdicción voluntaria en nuestro Derecho, sigue siendo obligado CARRERAS, *Eficacia de las resoluciones de Jurisdicción voluntaria* (en FENECH CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*) (1962), pág. 661 y sigs.

(9) Al contrario que los titulares de intereses legítimos, individuales y colectivos, cuyo reconocimiento como tales interesados se subordina al hecho de que se personen (sin que esté, por tanto, obligada a llamarles la Administración); los titulares de **derechos** que puedan resultar afectados por la decisión, aunque no se personen, tienen siempre la consideración de interesados (por lo que deberán ser, en todo caso, llamados por la Administración): artículo 31 de la LRJAEPAC. Cmp. AYALA y otros, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo* (2002), pág. 182.

III. LA SEGUNDA NOVEDAD DE LA PROPUESTA

10. *La segunda novedad.* La segunda novedad de la propuesta está en que las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores deberán pronunciarse, en un **mismo proceso**, no sólo sobre el derecho del solicitante a inscribir su título sino también porque una cosa implica la otra, sobre si el asiento solicitado causa gravamen o perjuicio a derechos de terceros, lo que obviamente exige **algún tipo** de pronunciamiento sobre su existencia y, en su caso, mejor preferencia (10).

En efecto **la llamada «calificación registral»** consiste en el examen de la legitimidad de la pretensión que ejercita el que quiere inscribir un título; **y comprende no sólo la comprobación de la legalidad material y formal de ese título sino también, indisolublemente, la (comprobación) de que el derecho que deriva del título que se pretende publicar no causa perjuicio a otros derechos públicos o privados, inscritos o por inscribir, mejores o preferentes. No es posible hacer una cosa sin hacer la otra: mejor dicho, hacer una cosa exige hacer al mismo tiempo la otra** (11).

(10) La pretensión de condena es contra la Administración, pero la declaración previa de derechos que la fundamenta es frente a terceros: contra los titulares de derechos obstructivos, extintivos o limitativos que puedan impedir la inscripción del título de quien la pretende. No podrán, por tanto, los Tribunales decidir sobre una cuestión (sobre si el solicitante tiene derecho definitivo al asiento) sin resolver previamente la otra (sobre si el derecho que se quiere inscribir vulnera otros derechos prevalentes, inscritos o no inscritos). A la inversa, y por la misma razón, si fuese revocable, provisional o revisable el pronunciamiento sobre la variable independiente (los derechos civiles subyacentes); lo será también el que se haga sobre la variable dependiente (el reconocimiento del derecho al asiento) y por tanto será inhábil la sentencia para proporcionar tutela verdaderamente efectiva al derecho a inscribir su título que reclama el solicitante. «Son numerosísimos los casos en que para absolver o condenar, el órgano jurisdiccional ha de decidir si existe y es válida y eficaz una determinada relación jurídica; si se llevó a cabo, con los requisitos exigidos para su validez y eficacia, un negocio jurídico, si alguien es titular, o no, de un derecho o cuál es su concreto contenido: sobre todo eso —si es imprescindible, básico o fundamental para la decisión— se juzga tras un debate real o posible. Y se juzga, no *inciditèr tantum* ni a los solos efectos prejudiciales, sino de forma directa y tomando la materia u objeto del juicio como **elemento inmediatamente causal de la decisión, del fallo**». DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada* (1991), pág. 105. Ahora bien, si la suerte final (registral) de la relación jurídica que la petición de inscripción genera entre la Administración y el solicitante depende de la suerte jurisdiccional de las relaciones jurídicas subyacentes, que ligan a sujetos de derecho que no son ni la Administración ni el peticionario; no será posible dispensar protección judicial efectiva (esto es, definitiva) al demandante del asiento sin que la sentencia vincule o extienda también su eficacia, a los terceros pretendidamente perjudicados por su práctica, en primer lugar a los ya identificados por la nota de calificación.

(11) La cancelación o postergación de derechos por causa de una inscripción improcedente, esto es, sin consentimiento de sus titulares, perjudicaría:

11. *El papel de los terceros perjudicados por el asiento.* Para inscribir un derecho, como veremos en detalle más adelante, es preciso antes cancelar los contradictorios; es imposible prestar protección registral a uno sin quitársela a otro u otros porque no es posible dar entrada a un derecho en el Registro sin forzar la salida de los incompatibles. Es más, no puede ingresar el nuevo derecho, si antes no le franquean el paso:

- i) En primer lugar, claro está, el que hasta entonces era titular (registral) del derecho que el solicitante pretende «poner a su nombre».
- ii) En segundo lugar, todos los titulares de derechos preferentes, inscritos **o no**, con cuyo contenido pueda colisionar en todo o en parte (11 bis).

-
- i) de hecho: a los acreedores insatisfechos del titular del derecho improcedentemente cancelado o postergado por cuanto no podrán anotar de embargo o deberán contentarse con anotar uno devaluado;
 - ii) y de derecho: en primer lugar, a los propios titulares de los derechos, cancelados o postergados por la inscripción irregular; y, en segundo lugar, a sus causahabientes por cuanto, cancelados o postergados los derechos de sus causantes, no podrán inscribir los suyos o deberán hacerlo con rango inferior.

Los perjuicios de derecho son de triple orden: primero, los derivados del principio de cierre registral por cuanto el derecho perjudicado no podrá inscribirse, en su caso reinscribirse, mientras le vedan el acceso registral los incompatibles, defectuosamente inscritos; segundo, los producidos por el principio de prioridad por cuanto los títulos, aún los irregularmente inscritos, prevalecen, por hipótesis, sobre los cancelados o postergados; tercero, los inducidos por el principio de fe pública, por cuanto los derechos mal inscritos pasarán definitivamente al que los adquiera, a título oneroso y de buena fe. Vid. PARDO, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda* (1997), pág. 29.

(11 bis) Perjuicios sufren, en primer lugar, los derechos inscritos (derechos bien inscritos) que, para dejar paso a los mal inscritos, tienen que ser (irregularmente) cancelados o desinscritos. En efecto, como el Registro español no consiente publicidades contradictorias, la inscripción de un derecho implica, siempre, la desinscripción de los incompatibles: la diferencia específica que define nuestro sistema hipotecario está en que, al contrario de los que siguen el modelo francés, es imposible la publicidad simultánea de derechos contradictorios; cfr. nota 12. En consecuencia, procederá la inscripción si concurren los consentimientos de los titulares de los asientos incompatibles; en otro caso, no. Si, a pesar de faltar alguno de los consentimientos, la sentencia autoriza el asiento, causaría perjuicios directos e insoslayables al titular del o de los asientos indebidamente cancelados. **Es más, para practicar la inscripción, no hay que contar sólo con los titulares de derechos inscritos; hay que contar, en segundo lugar, con los titulares o representantes de otros derechos e intereses (normalmente de naturaleza pública), preferentes por disposición de Ley aunque no estén especialmente inscritos.** Por tanto, procederá el asiento, sólo si concurren todos los consentimientos y autorizaciones necesarias, esto es, «si están todos los que son y son todos los que están». La parte lo afirma, pero el Registrador lo niega; por ello hay recurso; recurso, por lo demás, cuyo único objeto será precisamente dilucidar este punto. Ahora bien, como la inscripción en nuestro sistema es accesorio del derecho, esto es, porque nuestro Registro es causal, y los derechos se publican sólo si se prueba, y en tanto se prueba, que existen (cfr. arts. 2, 18 y 40 de la LH); será imposible pronunciarse sobre su legalidad, sobre

Si hacemos la herencia a favor de los segundos sustitutos fideicomisarios, cae el derecho inscrito de los sustitutos vulgares del primer fideicomisario. Si aceptamos la venta sin poder o representación insuficiente, cae el derecho del *dominus* sin que tenga éste arte ni parte. Pero también si «entra» la compraventa, «cae», además del derecho del vendedor, la prohibición pública de disponer que la impedía; si «entra» la división de un piso, «cae» el derecho de la comunidad de propietarios a prohibirla; o del Ayuntamiento o la Consejería de Agricultura, si la división fuese de una unidad mínima indivisible, urbana o rústica, etc. (12).

todo de las cancelaciones previas, sin hacerlo a la vez sobre la existencia de los derechos que los justifican y fundamentan y, sobre todo, la inexistencia de derechos que la podían impedir.

(12) En las viejas Contadurías, así como en las Conservadurías de tipo francés: la inscripción de un título ni impide la de otros títulos que no hayan tenido todavía acceso al Registro, aunque sean contradictorios, ni cancela los asientos ni, por tanto, perjudica a los derechos que hayan ingresado antes en la Conservaduría. **En los Registros de tipo francés, al contrario que en los de corte alemán, la inscripción sólo tiene efectos sobre el derecho del peticionario. En el Registro francés no hay restricciones de acceso y los asientos practicados nunca mueren: están siempre «vivos» porque, salvo alguna excepción, en nada les afecta que se inscriban nuevos títulos, aunque sean contradictorios. Por ello, cuando el conservador niega el asiento, sólo el peticionario, como único perjudicado por la resolución, tiene interés en su remoción.** Consecuentemente, la sentencia dictada por el Tribunal Civil, que conoce el recurso, puede tener eficacia de cosa juzgada y así hacer efectiva la tutela del único interés que se ventila: el del solicitante (cfr. art. 26 del Decreto de 4-1-1955). Por el contrario, **en los Registros de corte germánico como el Registro español, siempre que se inscribe un derecho, se EXPULSA de la red a los contradictorios ya inscritos y se impide el acceso o posterga a los no inscritos** (posibles contradictorios que puedan querer inscribir en el futuro). **En el sistema español, como en el alemán, la acción conjunta de los principios de «exclusión», «tracto» y «cierre» elimina la posibilidad de asientos o informaciones contradictorias. Sólo puede entrar un derecho en la red, si salen antes todos los que chocan, en todo o en parte, con él. En los sistemas que rige el principio de especialidad sólo está vivo el último asiento porque su práctica es presupuesto de la muerte de todos los contradictorios anteriores (sistema de «registro telón»): la red registral ofrece un único propietario para cada finca y un único titular para cada derecho.** En cualquier caso, porque la inscripción es presupuesto de la eficacia de la protección real, el derecho expulsado o rechazado ve rebajada su condición, por lo general, a la de un derecho de naturaleza personal u obligatorio. **Es, pues, obvio que el interés en inscribir del solicitante, no es el único que se ventila en recurso contra la negativa registral ni puede ser, por tanto, su defensa la única preocupación del legislador.** Hay que dispensar también cumplida protección a todos aquellos derechos inscritos, o por inscribir, a quienes la práctica del asiento pretendido pueda perjudicar y que, por tanto, estarán interesados en que no se inscriba; especialmente a todos aquellos que están obligados a salir de la red registral para que el aspirante pueda entrar. Conviene insistir que, en nuestro Derecho, los asientos registrales ya practicados están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no puede causárseles ningún perjuicio fuera de los casos en que su titular haya consentido expresamente su cancelación total o parcial. Sobre estas y otras cuestiones, PARDO, «Entre la purga y la fe pública. Génesis del sistema hipotecario español», en *RCDI* 614 (1993); también, PARDO, «La organización del tráfico inmobili-

12. *La eficacia indivisible de la inscripción.* **La inscripción es un acto de eficacia indivisible:** no puede darse publicidad a unos derechos (y en consecuencia beneficiarles), sin a su vez quitar esa misma publicidad a otro u otros (y perjudicarles, por tanto). Más en general: **no puede publicarse como existente un derecho sin publicar al mismo tiempo la extinción de todos los que se le oponen** (inscritos o no), **en la medida que lo hagan** (12 bis).

Para los administrativistas esta dialéctica no constituye ninguna sorpresa. El acto administrativo también tiene siempre un doble alcance: por una parte, frente al solicitante o recurrente pero, por otro, también frente a «terceras personas afectadas por él, sean éstas beneficiarias o perjudicadas». En efecto, el acto administrativo, como la sentencia que la anula, no puede ser eficaz frente a uno (el solicitante) e ineficaz frente a otro u otros (los «genéricos» terceros perjudicados).

La sentencia estimatoria, por ello, tiene en el proceso contencioso-administrativo también una doble vertiente. El acto, si es anulado, desaparece completamente y no sólo en parte o a medias: eliminado un acto, ya nadie podrá extraer consecuencias de él ni positivas ni negativas.

13. *La diferencia entre el proceso civil y el contencioso-administrativo.* Semejante planteamiento, en cambio, era y sigue siendo, en gran parte, extraño al proceso civil: las sentencias tienen eficacia entre las partes y sus causahabientes. Las contiendas (sobre derechos) civiles son, por hipótesis entre los particulares que se hayan constituido en parte y, para resolverlas, no es preciso pronunciarse sobre la legalidad de la actuación de Administración alguna que implique a terceros.

Sólo cuando se planteó el Registro de la Propiedad (un registro jurídico en el que la práctica de la inscripción solicitada se supedita a un juicio de conformidad del título presentado con la Ley, y por tanto de comprobación de la compatibilidad del asiento a extender con los asientos ya practicados y de ausencia de perjuicios para los que acaso deban de practicarse en el futuro), surgieron problemas con el principio de dualidad de partes (¿la pretensión de inscribir debe dirigirse sólo contra la Administración, sólo contra los titulares de derechos presuntamente perjudicados, en todo o en parte, por la pretensión que se ejercita, o contra la Administración y los terceros a la vez?) y, por tanto, fue inevitable entrar en la dialéctica parecida a la hoy típica de nuestro actual procedimiento administrativo.

liario. El sistema español ante el Derecho Comparado» en *Homenaje a José María Chico Ortiz* (1995), pág. 712 y sigs.

(12 bis) No sólo la inscripción es un acto de eficacia indivisible; lo es también la calificación que impide la práctica del asiento solicitado. En efecto, la calificación negativa confirma la situación registral previa y por tanto la eficacia de los derechos que en ella se declaran, porque niega validez, y por ello también derecho a la inscripción, al título que la pide.

14. *Fundamentos dogmáticos e históricos de la propuesta.* La contendida por la inscripción podía, pues, plantearse de dos maneras: la disputa sobre su procedencia podía limitarse exclusivamente a los particulares; o, por el contrario, podía entablarla el solicitante contra la Administración (registral). La Ley Hipotecaria de 1861, desde presupuestos típicamente liberales, atribuyó el conocimiento de ambas pretensiones, ya que versaban sobre cuestiones de propiedad, a la misma jurisdicción (en concreto, a la jurisdicción civil) y remitió a las partes, para ventilarlas, a un mismo proceso (13).

En 1864, el Ministerio de Justicia, sin embargo, en una famosa Real Orden, alegando razones de agilidad y sirviéndose de una fórmula entonces de uso frecuente cuando se buscaba sustraer competencias a la Jurisdicción para traspasarlas a la Administración, procedió a calificar de «asunto gubernativo» la revisión de la negativa de los Registradores a inscribir cuando sólo éstos se oponían.

A partir de entonces la vía civil se reserva exclusivamente para aquellos casos en que las partes implicadas discutían «entre sí» sobre la legalidad de los títulos que se querían inscribir. Cuando la contienda era con la Administración, la calificación de la materia como gubernativa impedía recurrir a los jueces y forzaba una alzada *impropia* ante la Dirección del ramo (hoy llamada de los Registros).

Por entonces, en efecto, la calificación formal de determinados asuntos como «gubernativos», por medio de leyes especiales, no era otra cosa que un cómodo expediente para detraer competencias a los jueces y así asegurar una mayor expeditividad en la solución de los conflictos o una mayor libertad de actuación a la Administración.

Mediante manipulaciones interesadas de la distinción entre gubernativo y contencioso, por tanto, al tiempo que se reducía el conocimiento de los jueces, la Administración, de rebote, conseguía retener la competencia de revisión de la legalidad de sus propios actos. Sobre este presupuesto se redactó el artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 1869, hoy todavía vigente.

(13) Resultaba claramente del artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 1861: «*Si dentro de los treinta días siguientes al de la fecha de dicho asiento (de presentación), propusiere aquél cuyo título haya sido desechado, demanda para obtener su inscripción o la declaración de validez (...) la que se verifique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación*». La existencia de un recurso judicial directo contra la negativa a inscribir de Administración resultaba con toda claridad de la RO de 1864, que lo suprime. Un resumen de la situación original y su posterior transformación en PARDO, *La organización*, cit., pág. 731, nota 34.

IV. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REVISION JURISDICCIONAL

15. *El objeto de la revisión judicial.* El derecho que tienen los titulares de derechos reales para exigir su inscripción en el Registro de la Propiedad es gestionado por el Estado, pero no arbitrariamente.

Los particulares tienen un derecho constitucionalmente protegido a exigir que la autoridad judicial revise la legalidad de la decisión de la Administración Registral cuando, por las razones que sean, deniega la práctica del asiento. Pero no sólo eso; tienen, desde luego, derecho a que se controle la legalidad de la actuación administrativa pero también a que se les reconozca, en el mismo pleito, en su caso, el derecho a que se practique el asiento que habían solicitado.

Ahora bien el reconocimiento de ese derecho exige necesariamente la presencia de los posibles perjudicados por la inscripción demandada. La pretensión de inscripción, que ejercita el solicitante, tiene siempre una doble dirección y, por tanto, incurre en una característica bifurcación: la pretensión se dirige ciertamente contra la Administración, pero su admisión procede sólo si el interesado consigue demostrar que su satisfacción no causa perjuicios a terceros; titulares de derechos prevalentes, inscritos, no inscritos, o por inscribir.

En nuestro sistema hipotecario es imposible incribir el derecho del solicitante sin negar el de los contradictorios o incompatibles. Por tanto, si del expediente resultase fundado temor de que la práctica del asiento puede producir perjuicios a personas que no han consentido el derecho cuya inscripción se pide, será preciso, para disipar las dudas sobre su procedencia, que se conceda a esos terceros, posibles perjudicados, la oportunidad de intervenir.

El pretendiente exige la inscripción del Registro pero, si el Registro se niega, la Jurisdicción que lo controla no puede acceder a su petición, si los posibles perjudicados por la práctica del asiento no tienen la oportunidad de comparecer (14).

16. *La intervención de los posibles perjudicados.* Son por ello parte en los procedimientos administrativos no los perjudicados «a secas» sino, cosa distinta, los posibles perjudicados en sus derechos e intereses: por lo que,

(14) Se reproduce aquí, a escala particular, un problema ya bien conocido y tratado en otras latitudes. Frente al modelo de Derecho continental europeo, parece imponerse el sistema procesal angloamericano, en que el fin del proceso no es la aplicación de la voluntad de la ley, sino la resolución del litigio. En la doctrina italiana se ha sostenido, por ello, que «la aspiración a formar un mandato completo para la composición del litigio, **no sólo de aquella parte que el actor revela en la demanda**, informa seguramente (algunos) mecanismos legales (...) (se refiere en concreto al art. 107 del CPC) y preside su concreta (y correcta) aplicación como instrumento de extensión de los límites (...) del juicio» (hasta donde lo exija la composición del litigio): TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice* (1984), pág. 456.

identificados en el expediente probables sujetos de perjuicios, se vuelve necesario contar con ellos.

Sería una broma de mal gusto que, aunque la CE reconozca a «todos» un derecho inviolable a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, la conveniencia del ejercicio de la defensa no quedase al arbitrio y la voluntad de los directamente interesados o perjudicados sino de los órganos del Estado que serían los que decidirían a sus espaldas, por sí solos, quienes efectivamente resultan perjudicados y por tanto «merecen» que se les «permita», en cada caso, la defensa que, a lo que se ve, solo genéricamente se les había reconocido.

Y tanto no es esto así, que en cualquier momento los terceros que se crean perjudicados, aunque no se les hubiese llamado, pueden forzar que se les escuche personándose en el procedimiento para hacer valer sus derechos. Es más, es regla general, en el caso concreto del procedimiento administrativo y de su revisión judicial posterior, la necesidad de contar con todos los que, a la vista del expediente, puedan resultar perjudicados y, por ello, en primer lugar y ante todo, por los que hayan sido identificados como tales por el órgano instructor.

La afirmación constitucional de que «en ningún caso» se puede producir indefensión, quiere decir que no es posible decidir si una determinada resolución perjudicará a determinadas personas, sin contar con ellas, esto es, sin oírles: en cuanto consten en el expediente posibles perjudicados ya será imposible, a sus espaldas, continuar el procedimiento (15).

(15) Claramente explicadas las repercusiones que el acogimiento constitucional del principio de tutela y prohibición de indefensión tuvo sobre el procedimiento civil alemán (que, al contrario que el italiano, no disponía de una norma equivalente al art. 107 del CPC) en LÓPEZ FRAGOSO, *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español* (1990), pág. 114 y 223 y sigs.: «el Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia de 1-2-1967, establece que **la garantía del derecho de audiencia corresponde no sólo a las partes originarias del proceso, sino a todos aquellos que puedan quedar directamente perjudicados por la resolución judicial en cuestión**, y sobre esta base declara la **necesidad de evitar la simple ficción en el conocimiento de la existencia del proceso de referencia, viniendo obligados los jueces a concretar la posibilidad abstracta de intervención de los terceros mediante su citación en el proceso**. El mismo Alto Tribunal, en sentencia de 9-2-1982, integra la laguna que al respecto presenta la ZPO mediante el uso analógico de la citación de oficio regulada **en las leyes procesales administrativa** (!), financiera y social». Nuestro Ordenamiento tradicionalmente fue siempre sensible a esta necesidad: artículos 260.2 de la antigua LEC y 270 de la LOPJ. Por lo demás, en Derecho Constitucional, las recomendaciones en esta materia son órdenes debido a que los derechos fundamentales, como principios, envuelven mandatos de optimización: cfr. ALEXY, cit. Siempre, por ello, habrá que acoger aquellas fórmulas normativas e interpretativas que garanticen, en mayor grado, la aplicación extensiva de los derechos fundamentales. Sobre la «fuerza expansiva de los principios», DE CASTRO, *Derecho Civil de España I* (1984), pág. 428 y sigs. No puede, por ello, aceptarse que, después de afirmar que parece del todo

17. *La cuestión constitucional.* Por lo demás, cuando de un proceso judicial se trata, la personación de los terceros afectados viene exigida por la garantía de tutela efectiva en su versión más fuerte: en efecto viene respaldada por el **principio de audiencia**.

«En todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria (de los interesados concediéndoles), la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, sin que pueda justificarse la resolución judicial inaudita para más que en caso de incomparacencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable» (SSTC 112/1987 y 251/1987, entre otras).

Presta amparo, por ello, el Alto Tribunal a la consorte si puede resultar perjudicada por una sentencia de deshaucio (por sumario que sea el proceso) aunque arrendatario sea sólo el marido. Afirmo, también, con pronunciamientos terminantes, el mismo Tribunal, el derecho del subarrendatario a ser parte en el juicio de deshaucio (sumario, por tanto) seguido contra el arrendatario subarrendador. Por último, ratifica el mismo criterio el Tribunal Constitucional en el sumario hipotecario cuando, sin darle oportunidad de defenderse, se desaloja a una arrendataria de una vivienda subastada (16).

Dice DE LA OLIVA que el principio de audiencia tiene «un perfil claro y netamente distinto de otras exigencias de Justicia, de otros principios y criterios (como el principio de igualdad de las partes)», por cuanto está pensado exclusivamente para «impedir una resolución judicial perjudicial de quien no haya podido (...) intervenir en el proceso correspondiente o para **impedir que se dicten normas jurídicas determinantes o permisivas de semejante resultado**» (17).

«oportuno» el reconocimiento legislativo de los institutos de la intervención provocada o coactiva de terceros a fin de «**garantizar un mejor cumplimiento de la nota de efectividad con la que el constituyente dotó al derecho de acción**» se sostenga, sin más, que «el legislador ordinario no esté obligado a regularlos». Cfr. LÓPEZ-FRAGOSO, cit., pág. 232.

(16) Sobre la necesidad de respetar el principio de audiencia, incluso en procesos sumarios, STC 135/1986, de 31 de octubre (indefensión de mujer separada ocupante de la vivienda que no puede intervenir en el **juicio de deshaucio** contra su marido arrendatario); STC 58/1988, de 6 de abril (indefensión del subarrendatario que no es oído en el **juicio de deshaucio** seguido contra el arrendatario); y STC 6/1992, 16 de enero (indefensión del arrendatario a quien se desaloja sin oírle en el **sumario hipotecario**). Para este último caso, una completa síntesis en LARRONDO, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria: exposición sistemática», en *BCERC*, 86 (1999), 305 y sigs. Cfr. notas 34 y 35.

(17) Cfr. DE LA OLIVA en DE LA OLIVA, Díez-PICAZO y VEGA, *Derecho Procesal. Introducción*, cit., pág. 52-54.

En consecuencia, por lo que a nosotros nos interesa, procede sentar la siguiente conclusión: **será constitucionalmente correcta la revisión judicial de las calificaciones negativas sólo y en tanto se cuente con los posibles perjudicados por la inscripción cuya práctica se solicita.**

Ahora bien, esta conclusión no viene sólo: no es posible, en efecto, aceptar este punto sin pasar también por todas los corolarios que impone.

18. *La ilegalidad «abstracta» o formal y el derecho al asiento.* La antigua regulación del procedimiento registral no admitía en el «recurso gubernativo» otra discusión que la que versase sobre los motivos de ilegalidad alegados por el Registrador en su nota. Esta restricción ya no es posible trasladarla sin más al nuevo recurso judicial, cualquiera que sea el procedimiento ordinario que se elija para sustanciarlo.

Si el Tribunal se limita a anular el acto ilegal; si el Tribunal no reconoce el derecho de la parte a que se practique, de una vez, el asiento solicitado; si se permite, por tanto, a la Administración reproducir su negativa simplemente poniendo nota del mismo contenido (denegatorio) pero amparada ahora en nuevos motivos; el nuevo recurso no prestará tutela efectiva de «los derechos e intereses legítimos» de los particulares, en este caso, a conseguir la inscripción de sus títulos (17 bis).

Es más, resucitará una antigualla que, hace ya casi medio siglo, había sido arrumbada del contencioso-administrativo: un juicio exclusivamente revisor y simple eficacia anulatoria de la calificación ilegal pero incapaz de impedir otra nueva con diferentes fundamentos pero el mismo resultado. Esto es, será incapaz de proporcionar al usuario del servicio lo que realmente pide: la protección de su derecho a inscribir (18).

(17 bis) El tránsito del «proceso al acto», al «proceso al derecho», no es tanto fruto de un cambio de Derecho material como de Derecho procesal. No se trata tanto de que antes no hubiese «verdaderos» derechos contra la Administración sino que, para obtener su reconocimiento, había que obtener tantas sentencias favorables como pronunciamientos contrarios se le hubiera ocurrido hacer: una tarea, ciertamente, de titanes. El tránsito del enjuiciamiento al acto al reconocimiento del derecho más bien tiene que ver con el paso de un sistema de jurisdicción revisora (en que la apreciación de cualquier tipo de nulidad material o formal determina la retroacción de las actuaciones y la remisión del expediente al órgano instructor para que dicte una nueva resolución) a un sistema de Jurisdicción plena en que el Tribunal adopta directamente la que corresponde en Derecho. Cfr., para la evolución de la casación, coincidente en muchos puntos con la del contencioso-administrativo, CALAMANDREI, *La Casación Civil* 2 (1945), pág. 41. Para la historia del proceso contencioso-administrativo en España, FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, (1998).

(18) No se resucita una especie de casación sino una casación en su fase más primitiva de evolución, ya que el Tribunal no haría pronunciamientos sobre el derecho controvertido (*ius litigatoris*), sino que se limitaría a controlar el cumplimiento, por la instancia inferior, de las leyes procesales y materiales (función nomofiláctica). De ahí que, si estima el recurso, la sentencia anule la resolución del inferior y le devuelva

19. *La eficacia excluyente de la sentencia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.* En cualquier caso, después de las innovaciones que en materia de litispendencia, acumulación y cosa juzgada ha introducido la nueva LEC, ya no es posible limitar la cognición judicial en los juicios ordinarios civiles (**salvo que, de ser verbal, otra cosa se diga expresamente por Ley**); por tanto, en nuestro caso, tampoco sólo al examen de la legalidad de los motivos alegados por el Registrador.

Son principios inspiradores de nuestra Ley Procesal Civil, «por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos (...) cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente pueda zanjarse en uno sólo», por lo que establece la nueva Ley «una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos ya conocida en nuestro Derecho (...)» que afecta a todas las posibles *causae petendi* en que pudiera fundamentarse la pretensión de tutela (19).

Esta era ya, en efecto, la regla general en nuestro Derecho contencioso-administrativo: «nuestro Tribunal Supremo —sobre la base del art. 43 de la LJCA de 1956— ha dicho que no se puede recurrir una segunda vez contra

(reenvíe) los autos para que proceda a emitir otra nueva, pero se abstenga de ponerla directamente. Otra nueva que puede, claro está, insistir en la denegación. Vid. CALAMANDREI, cit., págs. 63 y 358. Dice el artículo 127 del Reglamento Hipotecario vigente: «Si (el Registrador no hubiese incluido en la calificación, todos los motivos por los cuales procede la suspensión o denegación del asiento solicitado) y se (...) acordase su inscripción en recurso gubernativo correspondiente, podrá alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior (...)». La STS de 22-5-2000, que anuló algunos artículos del Real Decreto 1867/1998, de 14 de septiembre, que había reformado el Reglamento Hipotecario, afirma que la posibilidad de alegar nuevos motivos genera indefensión, lo que parece incierto, ya que el solicitante siempre puede interponer nuevo recurso (gubernativo) y, sobre todo, tiene abierto el juicio declarativo. Interesa, sin embargo, no dejar en saco roto este pronunciamiento del Tribunal Supremo: si la prohibición de indefensión impide que, alegando «defectos no comprendidos en la calificación anterior», puedan dejarse sin efecto las resoluciones estimatorias recaídas en los recursos gubernativos; con más razón estaría impedida esta posibilidad cuando (la resolución) sea judicial y dictada precisamente en recursos (como es el que nos ocupa) pensados para procurar tutela efectiva y controlar la legalidad de las decisiones de la Administración Registral. Es más, si se acepta que el Registrador carece de competencia para alegar nuevos defectos o motivos y no se quiere abdicar del principio contitucional que exige el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, no queda otro remedio que aceptar, so pena de incurrir en contradicción, que esos defectos o motivos de ilegalidad no pueden ser alegados porque han dejado de existir o ser operativos: la sentencia firme necesariamente los ha «degollado», como consecuencia de la eficacia preclusiva típica de las resoluciones judiciales. Si los defectos o motivos de ilegalidad subsistiesen o fuesen operativos, es obvio que la Administración no sólo no podría si no que estaría obligada a hacerlos valer y por tanto, vinculada como está al principio de legalidad, imposibilitada para dictar el acto que se le pide.

(19) Son palabras recogidas del epígrafe VIII de la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

el mismo acto, aunque la nueva demanda se funde en motivos de ilegalidad distintos (...)». En consecuencia, la cosa juzgada material no queda identificada por el concreto motivo de ilegalidad, por lo que existe un impedimento procesal para interponer una segunda acción, con fundamento en unos mismos hechos, sobre la base de un motivo de ilegalidad distinto (20).

20. *La preclusión de hechos y fundamentos jurídicos no alegados.* Los hechos o fundamentos o títulos jurídicos que resultasen conocidos o pudiesen invocarse, no pueden reservarse para un proceso ulterior sencillamente porque se pierden. Por tanto, una vez el Tribunal se ha pronunciado, la función excluyente de la cosa juzgada impide entrar a conocer, en otro proceso, motivos no alegados en el primero.

Esta norma de preclusión, como hemos visto, es especialmente procedente cuando estamos, como es el caso, ante la revisión jurisdiccional, constitucionalmente obligada, de decisiones registrales, esto es, de origen administrativo. La resolución que suspende o deniega la inscripción debe ser conforme no sólo a la Ley sino también a Derecho; y, por tanto, en primer lugar, a los derechos de propiedad de las partes, esto es, a la situación jurídica material, ya que la inscripción en nuestro Derecho Inmobiliario es causal o accesoria y, por ello, su procedencia subordinada forzosamente a la existencia y legalidad de los derechos que la pretenden (así SANZ FERNÁNDEZ a la vista de los arts. 40 y 79 de la Ley Hipotecaria) (21).

(20) Según CORDÓN, *El Proceso*, cit., pág. 40, «no se trata, como alguna vez se ha afirmado, de que a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, la pretensión se acota cualitativamente por el *petitum* referido a un acto, pero no por la *causa petendi*, es decir, por los vicios o motivos que se aducen por las partes: la pretensión en el proceso contencioso-administrativo también se acota por la *causa petendi*: lo que ocurre es que los motivos de ilegalidad no forman parte de ella». Es dudoso, en Derecho Administrativo Común, cuando debe considerarse que un acto es distinto de otro, esto es, cuando no reproduce otro anterior y, por tanto, existe la posibilidad de recurrirlo. No entraremos ahora en esa espinosa cuestión. En cualquier caso, la identificación del acto por los motivos (nuevos motivos originan un acto distinto) regía antes de la publicación del LJCA de 1956. Afirmaba, por ejemplo, ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española* 7 (1894), pág. 252, que «solicitudes que reproducen la súplica de otras denegadas, pero apoyándose en distintos fundamentos, deben estimarse como nuevas peticiones distintas de las anteriores; y la resolución que las deniega es susceptible de revisión en vía contenciosa (dos autos de 7 de junio de 1890. *Gac.* de 2 de diciembre, pág. 137).

(21) En esta materia representa SANZ, «El Registro y la realidad jurídica», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 14 (1964), la buena doctrina: quien consciente y voluntariamente renuncia al asiento, renuncia también a la acción de rectificación que es inseparable del derecho material (cfr. art. 40, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, renuncia al derecho mismo; salvo, claro está, prueba de incapacidad, falta de legitimación, poder de disposición y error u otro vicio del consentimiento. Afirmar, en efecto, el citado párrafo del artículo 40 de la LH, que *la acción de rectificación es inseparable del dominio o derecho real de que se derive*. Cfr. NOGUE-ROLES, «Comentario al artículo 97.1 y 2 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO y DÍAZ

Ahora bien, la legalidad y la conformidad plena de la inscripción a los derechos materiales (que la sustentan y justifican) es o no es: por tanto de poco serviría aquí, disponer para comprobar una y otra, juicios o cogniciones parciales o mutiladas. En efecto, los Tribunales están para hacer efectivo el mandato contitucional de un sometimiento pleno, esto es, nunca parcial, de la Administración al Derecho (o sea, a todo el Derecho), lo que, de nuevo, no es compatible con cogniciones provisionales o parciales.

21. *Concurso de procesos: defensa posible en el proceso declarativo ulterior.* Por lo demás, si fuese el mismo Tribunal el que, a instancia de parte o de oficio, prohibiese la alegación de otros motivos y reservase su discusión para otro juicio, conduciría a las partes a un callejón sin salida: en efecto la (parte) que intentase abrir el segundo proceso, asistiría impotente al fracaso de su propósito.

En primer lugar, pendiente el recurso judicial contra la calificación, hay escasas posibilidades de abrir un declarativo para ventilar, entre las partes, fundamentos o razones no alegados en el primero (22). La excepción de

ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* 7, 5 (2000), pág. 604-605. La renuncia es, por lo demás, irrevocable: cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* (1985), págs. 478-479. Un inteligente esfuerzo para distinguir la «renuncia a la acción» de la «renuncia al derecho», en DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos* (1980), pág. 87 y sigs. Pero, ateniéndonos a sus mismas palabras, sería «tremenda (la) inseguridad jurídica que provocaría el intento de hacer valer las diferencias entre la renuncia a la acción y la renuncia al derecho subjetivo privado (...); si los demandantes, cuando renuncian, perseveran en no especificar a qué renuncian (...) no parece soportable para la vida jurídica extraprocesal (...). (Es más), **para que la diferencia entre renuncia a la acción y renuncia al derecho fuese efectiva, haría falta (...) que claramente se acogiese por la Ley o, al menos por la jurisprudencia, la posibilidad abstracta de renunciar a un derecho y/o al otro (...).** Y antes aún: si la Ley o la jurisprudencia no acogen la diferencia entre (la renuncia a) la acción y al derecho (...) pocos (...) sabrán hacer esa distinción. (...). (Por último), en estrechísima relación con lo anterior, constituye un importante óbice para la real eficacia de las distinciones apuntadas, la existencia de una corriente doctrinal que niega la acción como derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional concreta (...).». Según CORDÓN, «Comentario al artículo 20», en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil I* (2001), pág. 236, «el efecto de la renuncia a la acción será la extinción de ésta y, en consecuencia, la privación de accionabilidad al derecho subjetivo material que le sirve de fundamento, por lo que el Tribunal se verá abocado, lo mismo que en el caso de renuncia del derecho, a dictar una sentencia absolutoria en cuanto al fondo. Pero no comporta la extinción del derecho, ya que, por ejemplo, el pago de una cantidad debida a cuya acción se ha renunciado no constituye pago de lo indebido». Interesantes desarrollos, aunque no propios de este lugar, admite este paralelo de renuncia defectuosa al asiento con el cobro de lo indebido.

(22) Dice el artículo 400 de la LEC: «1. Cuando lo que se pida en demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de deducirse en ellos cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea posible reservar su alegación para un proceso ulterior (...). 2. De

litispendencia siempre permitirá a la parte, que no interese ampliar la cognición, yugular *in nuce* el proceso que se intenta abrir (23).

En segundo lugar, aunque no se alegue litispendencia, al estar impedida la acumulación por la misma razón, el recurso seguirá libremente su curso con evidente peligro de, que recaída sentencia, si es estimatoria, se dañe irreversiblemente a las personas perjudicadas por la práctica del asiento. En efecto, los motivos o fundamentos, que no se adujeron en la primera revisión jurisdiccional, se vuelven armas inútiles porque la «cosa» o asunto, dictada sentencia, ha sido juzgado y, por tanto, ha quedado definitivamente resuelta (24).

22. *El recurso judicial, la defensa efectiva de los derechos y la fe pública registra*l. Ciertamente, si el recurso judicial fuese sumario, ya no podría yugularse el segundo proceso (plenario) con las excepciones de litis-

conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a los efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste». Ya, sobre la base de la antigua Ley de Enjuiciamiento, se había formulado, con especial acierto, un criterio claro en esta materia: la cosa juzgada debe abarcar todo aquello que alegaron las partes o podía ser atendido por el Juez **sin incurrir en vicio de incongruencia**. Cmpr. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pág. 92 y sigs.

(23) La consecuencia que se desprende es que «no sólo la preclusión afecta a todos los posibles argumentos de hecho y de derecho que se hubieran alegado o pudieran alegarse como constitutivos de esa concreta pretensión de tutela (...); sino también a todos los posibles argumentos de hecho y de derecho que hubieran podido alegarse aunque fundamenten una pretensión distinta. En este segundo aspecto, las acciones que concurren a un mismo fin (concurso propio de acciones) se verán afectadas por esta norma de preclusión (...). A los fines antedichos (...) si en un segundo proceso, el actor solicitara lo mismo y frente al mismo demandado, si bien con fundamentación distinta, las instituciones señaladas (excepción de litispendencia y cosa juzgada, respectivamente) impedirían la existencia y eficacia de ese segundo proceso, porque esta norma de preclusión se lo impide, y el actor desoyó la carga que tal norma le imponía; por lo que habrá de estar y pasar por las consecuencias perjudiciales de la desatención de la carga impuesta (...)». Vid. TAPIA, *Comentario al artículo 400*, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, cit. págs. 1332-1334.

(24) De la misma manera, y «puesto que una tasada causa de improcedencia de acumulación de procesos es *cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia* (art. 78.1 LEC) (...), (con) esta norma, en conexión con la del número 2 de este artículo 78, según la cual *tampoco procederá la acumulación de procesos cuando no se justifique que, con la primera demanda, con la ampliación de ésta o con la reconvencción, no puede promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda*, el legislador ha impedido expresamente que se utilice la institución de la acumulación de procesos para subsanar deficiencias que se hayan cometido en el proceso en el que se pretende la acumulación con el posterior». Vid. TAPIA, cit., pág. 1334. Para la distinción entre excepción y reconvencción, por lo demás, debe seguirse a MONTERO, *Derecho Jurisdiccional 2* (1998), pág. 174: no existe reconvencción cuando lo que el demandado alega y pide en la contestación a la demanda quedaría cubierto por la cosa juzgada.

pendencia y cosa juzgada. Ahora bien, el recurso judicial no puede ser sumario y no puede serlo porque, como veremos, los juicios sumarios no sirven para proporcionar aquello que estamos echando en falta: la tutela judicial efectiva del derecho del demandante a exigir el asiento y, por tanto, del derecho de los perjudicados por su práctica a impedirlo.

Es más el recurso judicial no puede ser sumario porque un juicio sumario no garantiza la efectiva legalidad de la inscripción y, por tanto, no permite suprimir los graves riesgos que, debido a la fuerza irrefrenable de los asientos, soportan los derechos perjudicados por una inscripción improcedente (25).

Siempre que sea estimatoria la (primera) sentencia, y se autorice la inscripción solicitada, los derechos de los que, oponiéndose a su práctica, sólo hayan podido ejercer una defensa parcial de sus derechos, corren serio peligro. Si, como suele suceder, el asiento autorizado por la primera sentencia habilita la extensión inmediata de otro posterior que hace surgir un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, esto es, un tercero protegido por la fe pública, morirán las defensas (que no se han podido hacer servir) y, con ellas, los derechos.

Así pasará, por ejemplo, en el caso de que presentadas, al mismo tiempo, sendas escrituras de compra e hipoteca, se discuta la procedencia de la inscripción de la primera. Una vez inscrita la venta y después la hipoteca, habrá pasado definitivamente al acreedor el valor de la finca y, por tanto se habrá definitivamente perdido para los perjudicados por el asiento; y se habrá perdido por muchos y buenos que sean los medios de defensa de que dispusiesen.

Ni siquiera podría evitar tan deplorable resultado la anotación en el Registro de la demanda del segundo proceso, y no sólo porque, por hipótesis, sería siempre posterior al asiento de presentación de los títulos cuya calificación se recurrió. La anotación deberá ser forzosamente cancelada cuando, recaída sentencia estimatoria en el primero (proceso), se ordene junto con la

(25) «La preclusión (de alegaciones y acciones que previene el art. 400 de la LEC) debe alcanzar a los litigios que se sustancien a través del juicio verbal. Otra cosa no tendría sentido. Además otras normas reguladoras en sede de juicio ordinario son también aplicables al verbal, como las que hacen referencia a los efectos de la pendencia del proceso». Vid. TAPIA, cit., pág. 1332. Si no se estimase así, no podrían acumularse los ordinarios al verbal por expresa prohibición de la ley (art. 438.2 de la misma Ley), pero sí, en cualquier caso, a la inversa. En cualquier caso habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 43 de la LEC: *«cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil (!) (en nuestro caso el «viejo» recurso judicial), si no fuere posible la acumulación (!) de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial»*.

inscripción de los títulos, la retroacción de la eficacia de los asientos a la fecha de su presentación y la cancelación de las notas de prórroga. Porque, con las notas de prórroga, caerán también forzosamente todos los asientos de presentación practicados durante su vigencia en cuanto amparen títulos contradictorios con el asiento cuya práctica se autoriza: por tanto, también el asiento de presentación del mandamiento que ordenaba la anotación de demanda (26).

En conclusión, normalmente, el segundo proceso llegará siempre tarde y por tanto la defensa que pueda proporcionar será, en la mayor parte de los casos, completamente inútil (27).

23. *La materialización de la indefensión.* Es cierto, en fin, que nuestro Derecho Hipotecario conoce casos en que un proceso sumario puede producir la transmisión definitiva de derechos, por tanto, la pérdida irrevocable de la finca, sin que puedan los terceros perjudicados exigir que se suspenda o paralice el procedimiento, a fin de que se diluciden como, en Derecho correspondiente, los motivos de oposición que pudiesen alegar: así, por ejemplo, en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria.

En efecto, el viejo artículo 132 de la Ley Hipotecaria que, apenas maquillado, ha pasado a la nueva LEC, así lo autorizaba. En este caso, sin embargo, los interesados no perdían definitivamente sus defensas y derechos porque podían hacerlos valer para cobrarse sobre el precio de subasta obtenido que, convenientemente consignado, quedaba a la espera de la resolución recaída (en el ordinario) para proceder a su definitiva entrega bien al acreedor ejecutante bien a los interesados que se probasen perjudicados por una ejecución en sí misma irregular, o realizada sobre derechos inexistentes, inválidos o ineficaces.

(26) El recurso suspende hasta la resolución definitiva la vigencia del asiento de presentación del documento calificado (art. 436 del RH). Los asientos posteriores contradictorios o conexos, anteriores posteriores, serán prorrogados (art. 111 del RH). Una vez devenida firme la resolución estimatoria, recaída en el gubernativo, se practicará la inscripción solicitada y, por tanto, se volverán ininscribibles los títulos contradictorios de posteriores asientos de presentación (art. 20 de la LH). Cfr. GARCÍA GARCÍA, cit., pág. 562.

(27) En efecto, extendido el asiento, ya no se puede, por hipótesis, impedir su práctica y procede sólo la acción de rectificación: cfr. artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Por lo demás sería también un remedio inútil por impracticable: la anotación del artículo 66 *in fine* está pensada para tutelar al demandante del asiento; no serviría, desde luego, para proteger a los titulares de derechos que ya los tienen inscritos a su favor y menos para el hipotético caso de que pueden resultar perjudicados por una inscripción cuya práctica se ha denegado. A no ser que se permita, en el colmo del absurdo, que los titulares registrales, que se opongan a la extensión del nuevo asiento solicitado, puedan pedir *ad cautelam* una anotación de demanda de (re)inscripción de sus derechos, aunque esos derechos ya consten inscritos a su favor: una especie, pues, de anotación de demanda de un derecho sobre el propio derecho (?).

Esta retención del precio, todo lo criticable que se quiera, garantizaba sin duda, al menos, por medio de una especie de subrogación real, la satisfacción o resarcimiento de los perjudicados sobre el valor de la finca ejecutada. Por desgracia, esta posibilidad no procede en nuestro caso, ya que no se arbitra precaución alguna y, por tanto, las partes o terceros, maniatadas sus defensas, perderán con ellas definitivamente sus derechos: una pérdida, por lo demás, producida con ocasión de un proceso pensado para procurar tutela efectiva a todos los interesados pero que, en la práctica, no demuestra servir para otra cosa que para impedirla.

V. CONSIDERACION DE OTRAS PROPUESTAS

24. *Contenido de otras propuestas.* Lo curioso es que las propuestas de introducción de la revisión judicial de las notas firmes de calificación, hechas hasta la fecha, siguen ancladas en el obsoleto modelo **dual** del artículo 66 de la Ley Hipotecaria de 1869, dictado en un momento en que, como sabemos, porque no se admitía otra legitimación procesal en juicio, también en el contencioso-administrativo (1845), que la que se fundamentaba en lesión de derechos materiales, y no se concedían recursos judiciales contra la Administración en defensa de la abstracta legalidad.

Se insiste, por tanto, en separar el pronunciamiento sobre la legalidad de la resolución administrativa que deniega la inscripción y el pronunciamiento sobre la existencia del derecho a inscribir, y, para adoptarlos, se persiste en mantener dos procedimientos judiciales distintos e independientes.

Así VALLS, siguiendo un planteamiento, desde hace muchos años, totalmente superado en los contenciosos-administrativos, defiende la necesidad de dos juicios **distintos**, ambos civiles a la vista del artículo 22.1 y 9.1 de la LOPJ, que, por tanto, deben discurrir por cauces totalmente separados: uno sería plenario, y en él se discutiría la «validez de los títulos» (art. 66, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria), esto es, la existencia de derechos; y otro, sumario, también civil, que, para rellenar el «hueco» que dejaba la legislación tradicional, se limitaría exclusivamente a revisar la (abstracta) legalidad de la resolución denegatoria del asiento solicitado (28).

25. *La dualidad de procesos.* Según este autor, para remover la calificación negativa del Registrador y conseguir la práctica del asiento, tiene el solicitante dos caminos que nunca se cruzan:

(28) La propuesta, que se comenta y critica en el texto puede encontrarse en VALLS, «La impugnación judicial contra la resolución definitiva del recurso gubernativo (el denominado recurso ante la jurisdicción civil contra las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)», en *BCERC*, 82 (1999), pág. 254 y sigs.

- i) Podría, en primer lugar, entablar un **plenario** para que los Tribunales reconozcan la existencia de los derechos cuya inscripción se solicita: en este declarativo ordinario (*inter privatos*) correspondería la calidad de partes únicamente a los titulares de los derechos, inscritos o no, que obstaculizan la práctica del asiento que se deniega (art. 66, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria).
- ii) Pero también podría, en segundo lugar, plantear un recurso (nuevo) ante la Jurisdicción ordinaria, que se limitase a revisar la conformidad a Derecho (la legalidad) de la negativa de la Dirección General a practicar el asiento solicitado: la base de la cognición del Tribunal, en este caso, sería la misma que la de la instancia registral cuya negativa se impugna; y parte demandada, únicamente la Administración (sin oír, por tanto, a los posibles perjudicados que la nota de calificación señala): un procedimiento, pues, especial y sumario; en su opinión, con eficacia limitada de cosa juzgada.

En cualquier caso, y ahí está lo verdaderamente importante, el trasvase o confusión de ambos procedimientos, que se mantienen como absolutamente impermeables, estaría impedida, además, porque, en el recurso contra la negativa a inscribir, la legitimación pasiva se atribuye exclusivamente al Abogado del Estado y la cognición judicial sería limitada; debe circunscribirse a las pruebas que tuvo a la vista, en su día, el Registrador antes de poner su nota de calificación.

26. *Crítica de la propuesta.* Ahora bien, es obvio que la cognición sumaria y la ausencia de los titulares de los derechos que el Registrador señala como presuntamente perjudicados por la inscripción que se pretende, frustran la posibilidad de que el remedio procesal, que se propone, pueda proporcionar la tutela efectiva a que se aspira; **tutela judicial, por cierto, que se echaba en falta en el viejo sistema y que precisamente justificaba su reforma.**

No basta, para que haya verdadera tutela efectiva, con que la revisión se haga por jueces. Es preciso que la hagan, precisamente, mediante un juicio en que **todos los posibles afectados por la sentencia tengan oportunidad de defenderse:** en efecto, sólo en este caso se habrá respetado el principio de audiencia.

Es más, la pretensión de inscribir que el recurrente ejercita no puede recibir tutela efectiva en un juicio sumario. En el momento actual, dice la Exposición de Motivos de la LJCA, debe entender superada «la tradicional y restringida concepción del (control jurisdiccional) como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto» y abiertas definitivamente «las puertas para obtener justicia» de modo que, en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial, puede pretenderse

«el reconocimiento de una situación jurídica individualizada» (en este caso del derecho a inscribir) lo que, por tanto, siempre que exista base en los autos, permite que (los Tribunales) sustituyan a la Administración en sus pronunciamientos (SSTS de 11-6-1991 y 15-12-1986) (29).

Ahora bien, si esto es lo que se piensa en general de los actos administrativos, no se entiende por qué podría pensarse y disponerse otra cosa para las notas de calificación, que, a fin de cuentas, son también actos de la Administración.

27. *El control judicial pleno de la legalidad de los actos de la Administración no puede conseguirse sin proporcionar tutela efectiva a los derechos e intereses legítimos de todos los implicados.* Sobre la vinculación de ambos principios ha tenido ocasión de pronunciarse ya nuestra doctrina. Se ha dicho, por ejemplo, que, aunque podría «sostenerse que es concretamente el artículo 106 CE —no el art. 24.1 CE— el que obliga a establecer el acceso a la jurisdicción y que, además, el control de legalidad de las actuaciones administrativas puede estructurarse sin genuino derecho a la tutela judicial, se trataría de una interpretación sistemática del texto constitucional que vendría a entrañar, como bases hermeúticas, dos que no parecen acertadas: la primera que, frente a la integración que se hace, por ejemplo, del artículo 24.1 con el 120.3, en lo tocante a la motivación, en cambio no procede integrar el artículo 24.1 CE, en cuanto a la fuerza vinculante para el legislador con ningún otro precepto constitucional que revele la necesidad de tutela jurisdiccional; la segunda, que el texto constitucional se concibió en una clave rupturista con el sistema jurídico español, de modo que, por ejemplo, se piensa en el control de legalidad de las actuaciones administrativas **sin relación con la defensa de derechos e intereses legítimos tal vez lesionados por una actuación ilegal [20]**. (Esa) (...) clave rupturista no existe (...): (semejante) **interpretación daría la espalda al hecho de que el artículo 24.1 CE establece el derecho a la tutela judicial en razón de los derechos e intereses legítimos** (30).

(29) Vid. CORDÓN, *El proceso*, cit., pág. 288 y sigs. Cfr. nota 5.

(30) En cualquier caso, el Tribunal Constitucional se atiene a la necesidad de poner en conexión el artículo 106 de la CE con el 24 de la CE: la **«doctrina de las exigencias legislativas del artículo 24.1 CE en consonancia con el 106 CE se ha construido en relación con la tutela judicial de las personas privadas»** (cmpr. STC 197/1988). «Está claro, para el Tribunal Constitucional, que el legislador no puede prohibir o, más exactamente, que debe establecer la tutela jurisdiccional inherente al control de la legalidad de la actuación administrativa, incluido su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106 CE); la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) **enlaza con esa concreción de la virtualidad legislativa del artículo 24.1 CE** que la STC 197/1988 pone de manifiesto». Vid. DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA, Díez-PICAZO y VEGA, cit. pág. 445.

Dicho de otro modo: «un proceso impugnatorio de actos administrativos» que «agote toda su funcionalidad en el examen de su legalidad con la consiguiente sentencia anulatoria o absolutoria», (...) un «proceso al acto», concluye en lo que, entre nosotros, se llamó el carácter revisor; carácter que excluía cualquier otra función del proceso que no fuese controlar la legalidad «objetiva» del acto recurrido. (...) (Esta especie de) casación, en la que no se admitía «la prueba ni cuestiones nuevas respecto de las ya tratadas en las instancias inferiores» ha sido definitivamente desmontada por «el artículo 24 de la CE que configura la actuación judicial (...), como una técnica de tutela efectiva de derechos e intereses legítimos» (31).

28. *La regulación legislativa del recurso judicial no puede ser arbitraria: los casos sustancialmente idénticos deben recibir el mismo trato procesal.* En efecto, aunque la tutela efectiva es un derecho de configuración legal, eso no quiere decir que quede ésta al arbitrio del legislador: **serán constitucionalmente válidos sólo aquellos límites que, respetando su contenido esencial, están enderezados (los límites) a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida** (SSTC 206/1987, 60/1988 y 147/1989) (32).

Precisamente porque esto es así, esto es, porque el legislador carece de un derecho absoluto y discrecional para regular el acceso a la Jurisdicción como mejor le parezca, no puede aceptarse que, en unos casos, esto es, cuando de actos ordinarios de la Administración se trata, se articulen fórmulas que, con la finalidad de ofrecer una defensa procesal completa y, por tanto, con el propósito de conseguir pronunciamientos rápidos y definitivos sobre las cuestiones debatidas, imputen a Administración y

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo 2* (2001), pág. 621. Sobre el origen del «carácter revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa (carácter que exigía controlar exclusivamente la legalidad «objetiva» del acto recurrido, sin tomar en consideración otra situación que aquélla en la que el acto fue producido originariamente por la Administración). Cfr. FERNÁNDEZ TORRES, cit. pág. 359 y sigs.

(32) El control de la legalidad, que la CE dispone, no admite distinciones por razón de la naturaleza de los actos que la Administración realice. Todos los actos de todas las Administraciones deben ser sometidos a control judicial, cualquiera que sea su naturaleza; por supuesto los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo (a saber, los llamados actos administrativos), pero también cualesquiera otros (esto es, también los actos de la Administración sujetos a un Derecho que no sea administrativo): por tanto, los sometidos a leyes como la Ley Hipotecaria. Es más, dado que la CE no distingue, no parece que el legislador, sin más ni más, pueda articular un régimen de control diferente para unos y otros actos. Dicho de otro modo: **reconocida por todos la bondad del plenario para el modelo contencioso-administrativo, no será fácil justificar por qué debe prescindirse de él cuando de actos de la Administración, no sujetos al Derecho Administrativo, se trata.** Cfr. nota 6.

Jurisdicción la carga de integrar la relación jurídico-procesal (provocando la comparecencia de todos los posibles perjudicados); y que, en cambio, en otros casos, esto es, cuando estamos ante actos registrales, se obligue a los particulares, empeñados en la defensa de su derecho a inscribir, a elegir entre un sumario (que no les garantiza nada definitivo), o un declarativo en el que, al no poder constituir en parte a la Administración, tendrán que asumir la carga de identificar a todos los posibles perjudicados por la inscripción que solicita (32 bis). Por lo demás, sin garantía alguna de que, al final, la susodicha Administración eche en falta algunos y de que, por tanto, se encuentren en la penosa obligación de iniciar un nuevo pleito, que ya más bien que pleito parecería una forma de sofisticada tortura (33).

29. *Contenido de la «tutela judicial efectiva».* **En resumen, una cosa es que, porque siempre está abierto el plenario posterior, los procesos sumarios no conculquen la tutela efectiva y otra que la proporcionen (34).**

(32 bis) No es el reclamante quien cree que la inscripción, que pide, perjudica a terceros, sino la Administración. En realidad, en el contencioso-administrativo se prevé una intervención *iussu iudicis*, hasta cierto punto, semejante al del 107 del CPC italiano: sólo que, al contrario que allí, en el caso de no hacer los llamamientos la parte, los hará el Tribunal y continuará el procedimiento. Cfr. artículos 60 y 64 de la LJCA y nota 37.

(33) En el caso de los actos de la Administración Registral, a nadie parece preocuparle que la regulación vigente y las alternativas que se proponen (persistiendo en el enfoque tradicional), insistan en ensayar soluciones «originales» totalmente alejadas del paradigma del contencioso-administrativo; pensadas, a lo que parece, no para dar sino para retrasar todo lo posible la tutela efectiva del derecho a inscribir de los interesados. No deja de ser sorprendente que, para impugnar la nota de calificación, cuya cercanía a los actos administrativos típicos parece evidente, se articulen fórmulas procesales desechadas desde hace siglos en el contencioso-administrativo; y que, en cambio, cuando de impugnar una inscripción se trata, cuya eficacia civil no ofrece duda, se remita a los perjudicados al plenario siguiendo ahora la regla tradicional del contencioso-administrativo. Si el sumario es bueno allí, ¿por qué no lo es aquí?; y si el plenario es bueno aquí, ¿por qué no lo es allí? Nos gustaría que, al menos, se nos ofreciese una razón que permita dar razón de tan diferente trato. Y no se diga que calificación y asiento son cosas distintas porque el asiento da entrada a un derecho y por tanto innova la situación anterior, y que, en cambio, la calificación negativa veda su acceso, por lo que deja todo como estaba. Como resulta claramente del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, en uno y otro caso, se trata de rectificar un asiento ya extendido, y precisamente en razón de los peligros que envuelve (exactamente los mismos en uno y otro caso): la posibilidad de privar de su derecho al impugnante por el juego de la fe pública. La única diferencia está en que, en el segundo caso, el asiento antiguo que se impugna se rectifica en virtud de una cancelación y, en el primero, mediante una inscripción de transferencia (precisamente los dos modos de extinción de asientos que enumera el art. 76 de la Ley Hipotecaria). **La tutela judicial efectiva es un principio constitucional y los principios son mandatos de optimización y por tanto nada impide sino que todo obliga, salvo que otro principio constitucional lo impida, a que lo que se puede hacer en una jurisdicción debe hacerse en las demás en cuanto se demuestra que sirve para garantizar una mejor y más efectiva tutela judicial.** Vid. nota 6.

(34) Precisamente porque «queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado

Sirva de apoyo, aquí, la cita de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el sumario hipotecario: repiten las nueve sentencias recaídas hasta hoy, «que, si hay tutela efectiva, no es porque la conceda el ejecutivo hipotecario sino precisamente porque las partes pueden siempre acudir al juicio declarativo ordinario».

Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a tutela judicial efectiva comprende, por lo que ahora interesa:

- i) La exigencia de proceder al emplazamiento de todos los **posibles** afectados por la sentencia: **«todos los titulares de derechos e intereses legítimos** tienen que ser llamados directamente al proceso judicial (...) para que puedan ser parte procesal y ejercitar el derecho a defenderse contradictoriamente si les conviene, con la dialéctica jurídica y justificaciones oportunas (...): *audiatur et altera pars*» (STC de 20-10-1983); «la omisión de tal emplazamiento, cuando no es suplido por una actividad espontánea de las partes, a la que en modo alguno están obligadas, vicia las actuaciones judiciales (...)» (STC de 8-6-1988; hay otras muchas).
- ii) La obtención de un pronunciamiento irrevocable sobre el fondo: «Una de las proyecciones del derecho de tutela judicial efectiva (...) consiste en el derecho a que las resoluciones alcancen la eficacia otorgada por el Ordenamiento, lo que no sólo significa el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, y respeten la firmeza e intangibilidad de las situaciones en ellas declaradas (ATC 232/1998, de 28 de octubre)»; sino que también exige que el recurrente **«sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiese lugar a ello, por el daño sufrido»** (STC de 7-6-1982). La tutela efectiva no consiente ni limitación de excepciones ni, en consecuencia, cogniciones parciales ni, por tanto, resoluciones de eficacia limitada o provisional (cfr., por ejemplo, para el sumario hipotecario, la doctrina de la STC de 18-12-1981) (35).

que la ausencia de controversia (...), no vulnera el derecho de defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución»: STC 41/198, de 18 de diciembre. «El TC ha acogido el esquema clásico (...) al poner de relieve la privación de cosa juzgada como mecanismo de justificación y compensación de la sumariedad (...). Y lo que no hemos hallado en la jurisprudencia del TC es ningún reconocimiento de efectos de cosa juzgada, ni siquiera limitados, para las sentencias dictadas en procesos sumarios»: DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, *Derecho Procesal. El proceso de declaración* (2001), pág. 499-500. Noticia exhaustiva sobre la jurisprudencia constitucional y los desarrollos doctrinales pertinentes puede hallarse en GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional* (2001).

(35) Conculcan el derecho a la tutela efectiva «aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto

30. *La Jurisdicción y los jueces.* No se dispensa tutela efectiva al derecho a inscribir que tienen los ciudadanos frente a la Administración, revisando **sumariamente** sus actos, aunque sea por un Juez, y menos si no se da **oportunidad de defenderse a los posibles perjudicados y con todos los medios, por supuesto también los de prueba, a su disposición:** por ello, la Jurisdicción contencioso-administrativa cumple con el mandato constitucional de control de la Administración y defensa de la legalidad y, al contrario, no lo hace el proceso que VALLS reclama. Los procesos, que buscan proporcionar una tutela y control efectivo, no se montan porque los jueces tengan, por así decirlo, un derecho propio a decir siempre la última palabra; al contrario, sólo tienen los jueces la última palabra cuando deciden imparcialmente, esto es, cuando resuelven con cognición plena en juicio contradictorio: por ello no sirven a este fin, ya que no definen derechos firmes, las cogniciones parciales y provisionales.

Los jueces no ocupan en el organigrama del Estado de Derecho una especie de posición cuasisacerdotal. Su superior criterio no deriva de una especie de contacto carismático con la Justicia que, reproduciendo un modelo de rancio abolengo eclesiástico, transforme en justa, por hipótesis, cualquier decisión que adopten.

En realidad, más bien, sucede lo contrario: existe verdadera tutela efectiva, en el sentido que el constituyente la entiende, sólo cuando los jueces ejercen de jueces y, a esa condición, es inherente la dirección y resolución sólo de aquellos procesos en que concurren un conjunto de garantías básicas o mínimas: fundamentalmente, presencia de los posibles perjudicados por la sentencia, posibilidad de contradicción y prueba libre.

31. *Los límites constitucionales.* Es asimismo evidente que la reserva exclusiva de la legitimación pasiva al Abogado del Estado, en la revisión judicial de las resoluciones firmes denegatorias de la inscripción, choca directamente con principios constitucionales tan importantes como son los sentados en el artículo 24 (nadie, y menos que nadie el Estado, puede asumir la defensa de derechos privados sin consentimiento de sus titulares) y artículo 33 de la CE (**sólo si media expropiación, podrá tener el Estado la disposición, y por tanto la gestión procesal, de derechos ajenos**).

La Abogacía del Estado no puede arrogarse la representación forzosa en el proceso de intereses privados, o incluso públicos, cuya gestión no le corresponde.

a los fines que persigue el legislador; como asimismo lo serán (en los mismos casos y bajo las mismas condiciones), la **imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de acciones o de los recursos legalmente establecidos**» (SSTC 206/1987, 60/1988 y 147/1989). Cfr. nota 42 pero también la 34 y 16.

Así sucederá siempre que el Registrador funde su negativa a inscribir en que el derecho, cuya inscripción se pretende, vulnera una servidumbre de paso, desconoce el derecho de unos fideicomisarios, prescinde de la licencia municipal o de la autorización de la Junta de Propietarios, invade el demanio de titularidad autonómica o en que el derecho se constituyó sin intervención (consentimiento) de su titular, esto es, sin poder o con insuficiente poder:

«la indefensión no ha quedado eliminada (...) por el hecho de que la defensa de la legalidad de las resoluciones administrativas impugnadas en el proceso contencioso la asumiera el Abogado del Estado, ya que aquí lo que se denuncia no es otra cosa que la falta de emplazamiento personal y consiguiente posibilidad de hacerse oír directamente en un proceso en el que se debate un asunto que afecta a los derechos e intereses del (no emplazado) que invoca tal infracción constitucional con independencia de que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo reitere o no el contenido de la sentencia impugnada, la demandante de amparo tiene derecho, de acuerdo con el artículo 24 de la CE y la doctrina establecida por este TC (...), a ser emplazada personalmente en el proceso contencioso porque, en este caso, su derecho es a ser oída al margen de que sus alegaciones coincidan o no, entera o parcialmente, con las de cualquiera de las partes que hayan comparecido en el proceso» (STC de 31-5-1983).

32. *El Estado de Derecho y el Registro de la Propiedad.* El Estado de Derecho se funda en la distinción entre sociedad y Estado, entre Derecho Público y Derecho Privado, y esa distinción desaparecería totalmente si, so capa del planteamiento del Registro de la Propiedad (la representación del) Estado se arrogase la **gestión y representación forzosa de (la defensa de) todos y cada uno de los derechos (privados) inscritos y por inscribir.**

La gestión forzosa por la Administración Pública de derechos privados no es posible en un Estado de Derecho sino que es la característica típica de un Estado dictatorial o totalitario. De ahí que el Ministerio Fiscal como representante de ciertos intereses privados cualificados no se incardine en el Gobierno y la Administración (al contrario que la Abogacía del Estado); y de ahí la imposibilidad política de suprimir ese *tertium genus* que es la Jurisdicción voluntaria.

En fin, para terminar este punto, **un recurso judicial en el que los posibles perjudicados por una resolución administrativa no puedan constituirse en parte ni usar todos los medios de prueba para defenderse ni obtener una resolución con eficacia de cosa juzgada, no sirve ni para procurar a los ciudadanos tutela judicial efectiva ni para garantizar que la negativa a practicar un asiento, que sólo procede legítimamente si no perjudica derechos e intereses de terceros, es ajustada a Ley y está sometida de modo «pleno» al «Derecho».**

33. *Los asientos registrales en Derecho español perjudican a terceros.* No es posible admitir fórmulas judiciales de revisión de la actividad registral que no se ajusten a las particularidades operativas del Registro español y, por tanto, a las implicaciones de los asientos que en él se extienden.

Pues bien, un principio esencial del sistema español (como del alemán, el austríaco, australiano, inglés, danés o suizo) obliga a suspender o denegar la inscripción solicitada, en los siguientes casos:

- i) Cuando el asiento pretendido perjudique derechos inscritos y falte el consentimiento de sus titulares.
- ii) Cuando perjudique derechos implícitamente inscritos (derechos con los que hay que contar aunque no estén explícitamente inscritos), como ocurre con muchos derechos o intereses de naturaleza pública.
- iii) O cuando pueda perjudicar, sin razón legal que lo justifique, derechos susceptibles de inscripción en el futuro (36).

(36) Basta analizar cualquier recopilación de jurisprudencia registral para comprobar que **son dos las causas principales de denegación de asientos en Derecho español:** i) En primer lugar, se deniega el asiento si se entiende que su práctica puede perjudicar a un derecho previamente inscrito y no consta la transmisión o renuncia autorizada por su titular; ii) en segundo lugar, si se estima que el derecho cuya inscripción se solicita, infringe las reglas estrictas, de orden público (contractual, real e hipotecario), que protegen los intereses públicos o privados prevalentes, en especial los de futuros y posibles adquirentes de derechos en la cosa. Esta segunda causa de suspensión tiene su razón de ser en que, si ingresasen derechos irregulares, podrían sanarse negocios nulos por el juego de la fe pública y, desde luego, se impediría el acceso futuro de otros regulares (embargos de los acreedores del causante o segundas transmisiones o gravámenes, estos sí, legítimos): cfr. nota 11. Los vicios de capacidad o causas de anulabilidad (u otras semejantes) se traducen en la necesidad de la intervención de terceros (titulares directos o representantes legítimos de los intereses implicados) y las de nulidad, que deben apreciarse de oficio en la autorización de los órganos públicos encargados de su custodia. Así, para el caso paralelo del allanamiento, ordena el legislador que si «*se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dicte auto rechazándolo y siga el proceso adelante*»: artículo 21 de la LEC. El sistema hipotecario somete a riguroso control la constitución de los derechos reales: el derecho real es un arma mucho más poderosa que el de crédito, por ello impide el ordenamiento civil que las partes creen derechos reales al *tun tun* o a la «buena de Dios»: vid. DIEZ-PICAZO, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 513 (1976). **Los derechos reales, como por hipótesis, perjudican a terceros** (no sólo a las partes que los negocian), **exigen causa suficiente y sólo hay causa suficiente cuando se cumplen las reglas de juego que el sistema exige para su reconocimiento porque, si no se cumplen, no surge un derecho real sino un simple derecho de crédito** (una acción de responsabilidad por nulidad, fraude o evicción contra el transmitente, o una obligación de posterior transmisión efectiva del derecho prometido y no adquirido). Ahora bien, sólo ingresan en el Registro derechos reales; los derechos de crédito, como todo el mundo sabe, no tienen acceso registral.

34. *La defensa judicial de los posibles perjudicados.* La necesidad de implicar en el proceso judicial a los titulares de derechos, cuya protección registral la calificación del Registrador había estimado incompatible con la extensión del asiento que se solicita, hoy es obligada tanto si se analiza el caso desde el punto de vista de la depurada técnica del contencioso-administrativo como desde el nuevo juicio ordinario, armado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, si fuese cierto eso, sólo en cuanto los posibles perjudicados por el asiento se personen y coadyuven al recurrente, deberá accederse al asiento.

Bastará, en cambio, que uno cualquiera de esos terceros no comparezca o se oponga a la pretensión del actor, para que se vuelva imposible decidir sobre la procedencia del asiento y, por tanto, sobre la legitimidad de su pretensión, sin pronunciarse sobre la existencia material de los derechos que entran en colisión.

No hay que olvidar que el Registrador denegó el asiento porque estimó que existían terceros perjudicados que no habían autorizado el título que se trata de inscribir y que sus derechos eran prevalentes al del solicitante; en consecuencia, la identidad de «posibles perjudicados» resulta del expediente; por lo tanto, el Tribunal tendrá que llamarles necesariamente.

35. *El paradigma del contencioso-administrativo.* Puesto que, en el caso que nos viene ocupando aquí (el control judicial de la Administración Registral), estamos ante actos de una Administración, lo lógico sería que no se perdiese de vista, a la hora de articular la revisión por Tribunales Civiles de las resoluciones registrales, la regulación vigente del contencioso-administrativo.

Pues bien, la revisión judicial de los actos administrativos es, siempre por supuesto, de plena jurisdicción. El contencioso-administrativo es un juicio plenario (cfr. arts. 74.3 y 4 y art. 75 de la LJCA) y se considerarán parte demandada todas aquellas «personas (...) que ostenten una situación jurídica que será directamente afectada por la sentencia que se pronuncie» (cfr. art. 29.1.b de la LJCA).

Se puede discutir ante el Tribunal, por tanto, haciendo uso de cualesquiera medios de prueba, no sólo la abstracta legalidad del acto recurrido sino la existencia, y posible perjuicio, de derechos individuales: la vigilancia de una correcta integración de la relación jurídica procesal es incluso un deber del juez puesto que a él corresponde velar por que se emplace, a la vista del expediente administrativo, a todos cuantos parezcan interesados o afectados por la futura sentencia que dicte (art. 64 y 60 de la LJCA).

En consecuencia la sentencia producirá efectos entre las partes pero también «respecto de terceros afectados por el acto anulado» (art. 86.2 de la LJCA) y, entre esos efectos, está la anulación del acto pero tam-

bién, nada lo impide, el reconocimiento de derechos: en este caso el derecho firme del particular frente a la Administración a exigir la práctica del asiento que solicita («situaciones jurídicas individualizadas» del art. 84.2 de la misma ley).

Porque concurren todos estos llamamientos, y es plenario el juicio, el contencioso-administrativo procura tutela efectiva a todos los posibles afectados por el asiento que se solicita y garantiza la vinculación de la Administración al Derecho (37).

(37) «¿De qué modo se evita, en el proceso administrativo, que no se vean perjudicados quienes no han tenido la oportunidad de ser oídos y vencidos en juicio? (...) ¿Cómo se hace efectivo en dicho proceso el principio de audiencia (nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio)?», se preguntaba antes de la última reforma DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., pág. 131 y sigs. Y contesta: «Hemos visto la razonable explicación del fenómeno consistente en que la anulación de un acto (...) se proyecte con fuerza de cosa juzgada sobre todos los destinatarios (...) aunque no hayan litigado («en el art. 86.2 LJCA se encuentra el mismo o similar sustrato fundamental que en el art. 1.252 del Código Civil, por lo que respecta a las sentencias sobre validez o nulidad de disposiciones testamentarias: el testamento no puede, por ejemplo, ser nulo para uno de los herederos forzosos que interpuso la demanda de nulidad, y a la vez válido y eficaz para los herederos forzosos que no litigaron»). (Pero este argumento no justifica) **sin más** una extensión a terceros, *ope legis*, de la cosa juzgada (...). La extensión de la cosa juzgada a sujetos no litigantes debe establecerse del siguiente modo: *a)* teniendo en cuenta que pueden darse casos de destinatarios y afectados por el acto o la disposición judicialmente impugnados que no desean la anulación o que, al contrario, la desean y tienen interés legítimo en impugnar una y otro y aportarían hechos y fundamentos jurídicos diferentes y quizá más relevantes y eficaces que los aportados por el recurrente; *b)* disponiendo los mecanismos jurídicos adecuados para abrir las puertas del proceso administrativo a estos interesados, de modo que, por una parte, se dé satisfacción a su derecho a la tutela efectiva y, por otra, no se lesione, con indefensión, el principio de audiencia (...). Y así se hace. **El caso de quienes deseen sostener la juridicidad y permanencia (...) del acto, se prevé con la posible coadyuvación con la Administración (...) y también con la posibilidad de constituirse en demandados (...) quienes estén legitimados para ello (...).** Para que los sujetos a los que se acaba de hacer referencia conozcan la pendencia del proceso y puedan intervenir en él (...), se ha de publicar la iniciación del proceso en el Boletín Oficial correspondiente al ámbito de Tribunal (art. 60 LJCA), y esa publicación sirve de emplazamiento a los legitimados como demandados y coadyuvantes (art. 64 LJCA), aunque una reiterada jurisprudencia del TC ha rectificado esa norma, imponiendo al tribunal para la efectividad del derecho fundamental a obtener tutela efectiva, la citación personal de los sujetos aparentemente legitimados (los interesados) **que puedan ser identificados con los datos obrantes en el expediente** relativos al acto (...) objeto del proceso. De este modo se desea hacer efectivo el principio de audiencia y, así, el tribunal contencioso-administrativo no ha de plantear de oficio, ni ante él está previsto plantear, como en el proceso civil, una posible constitución irregular de la litis o falta del debido litisconsorcio necesario».

VI. CONCLUSIONES PROCESALES

36. *La doble cara del asiento: círculo de afectados por su práctica.* El sometimiento de las resoluciones registrales al control de la Jurisdicción está para **proporcionar tutela efectiva** y no para perder tiempo y dinero en «circuitos inútiles» o sesiones de «fuegos artificiales».

Sabemos que, en el Registro de la Propiedad español, entra un derecho porque sale otro. Los asientos siempre benefician y perjudican al mismo tiempo a personas con intereses distintos y generalmente contradictorios: se declara el derecho del (acreedor) hipotecario sobre el pleno dominio porque no sólo se grava el del hipotecante nudo propietario, sino también el del tercero usufructuario; se afirma la propiedad del comprador de una VPO no sólo porque se niega la del vendedor sino también la vigencia de la prohibición de disponer constituida en defensa de intereses públicos, etc.

Dicho de otro modo: no es posible, materialmente, proporcionar protección al derecho de uno sin, al mismo tiempo, negársela a los derechos (incompatibles) de otro u otros. Y como es así, están indisolublemente ligados el derecho de entrada de uno y el deber de salida de otro y, por tanto, no es posible reconocer el derecho (de entrada) de uno sin, al mismo tiempo, imponer el correspondiente deber (de salida) al otro; estamos ante un pronunciamiento indivisible que como JANO tiene dos caras completamente inseparables (38).

37. *Comunidad en la causa.* Por tanto, afectados directamente por la sentencia están no sólo el solicitante del asiento que pide el ingreso sino también todos los que tengan derechos que lo impidan u obstaculizen; y, por tanto, también a éstos, si se quiere que no se «produzca en ningún caso

(38) La particularidad de este caso consiste en que se trata de extender a los terceros, además de a las partes, los antecedentes lógicos, no sólo la parte dispositiva de la sentencia; y se trata de hacerlo porque, en otro caso, el Tribunal sólo podría hacer sobre la pretensión de condena que ejercita el solicitante, declaraciones provisionales. **Hay que pronunciarse sobre las relaciones civiles subyacentes no por razones de utilidad (no en vista al ejercicio posterior, v.g., de una acción de garantía o de una pretensión de responsabilidad) sino por razones de la más estricta necesidad.** Al contrario que el típico «garante» o «garantizado», interesado en decidir en el pleito principal los elementos básicos de la relación subordinada de garantía que le une con un tercero, porque pretende prevenir no un perjuicio directo sino indirecto (por repercusión de la relación que es objeto del pleito en otra conexa de garantía o posible responsabilidad que podría ser definida de modo independiente en pleito posterior); la cancelación o postergación de los derechos de terceros es presupuesto de la inscripción del propio y por tanto la sentencia que decida ésta tiene inevitable efecto prejudicial sobre aquéllos. Sobre extensión objetiva de la cosa juzgada y lo «implícito e inescindible afirmado», cfr. DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 510 y sigs.

indefensión», habrá necesariamente que oírles (39). **Es más, precisamente porque no es posible beneficiar a uno (el solicitante) sin perjudicar a otro u otros (los afectados por el nuevo asiento), para dar tutela judicial efectiva a los intereses de unos es preciso proporcionársela a los de los otros (40).**

Una cosa, sin embargo, es la identidad de la causa y otra su comunidad. Nos encontramos ante terceros «que habrían podido ser litisconsortes del demandado, pero que el actor no quiere ni puede ser obligado a demandar» (41). En efecto, el recurrente dirige su pretensión de condena contra la

(39) Los **pronunciamientos de la sentencia podrán perjudicar, de «modo directo e insoslayable», a terceros aunque no versen sobre la relación central debatida sino sobre las que constituyen su antecedente lógico o necesario.** Es precisamente esto lo que sucede en este caso: una sentencia única tiene que hacer pronunciamientos diferentes pero indisolublemente vinculados sobre relaciones jurídicas distintas pero interdependientes. Por una parte y con carácter previo, sobre las sustantivas o civiles que implican a uno o incluso a varios derechos civiles concurrentes sobre un mismo inmueble; por otra y como lógica consecuencia, sobre la (relación jurídica) registral que, aunque subordinada a aquéllas, pues constituyen su antecedente lógico, concede o no el asiento, esto es, la pretensión ejercitada. De dictarse sentencia definitiva con la presencia sólo del peticionario insatisfecho (demandante voluntario) y la Administración, demandada por el actor, podrían resultar **perjudicados en forma directa** otros sujetos (los titulares de los derechos cancelados o postergados si la inscripción improcedente se consuma) y no sólo perjudicados por la sentencia como hecho (como les pasaría a sus acreedores) o por efectos reflejos (como les pasaría a sus causahabientes): notas 11 y 36. Por tanto, la presencia de los titulares de derechos, en peligro de cancelación o postergación de practicarse el asiento solicitado, al contrario de la de sus acreedores o causahabientes, procede no por razón de utilidad sino de necesidad, a saber, es debida por razón del principio de defensa, no del de armonía o economía. Vid. cfr. TROCKER, cit., pág. 233 y sigs., y notas 42 y 43.

(40) Pronunciamiento previo, es cierto, pero, además, parcial o limitado porque se ocupa sólo de algunos aspectos de los derechos civiles subyacentes: precisamente de aquellos de los que depende la procedencia del asiento solicitado. Así, v.g., para denegar el asiento de una escritura de obra nueva, otorgada exclusivamente por el propietario, será suficiente con pronunciarse sobre si existe una carga real impositiva del *ius edificandi*, y poco importa de qué naturaleza sea (derecho de superficie, servidumbre de paso o de luces y vistas). Por la misma razón, para impedir la cancelación de la hipoteca, poco importa su cuantía o plazo, sino que basta con que no se haya abonado al vendedor el precio retenido o descontado, etc. Estamos, por tanto, ante pronunciamientos previos que sólo en los concretos aspectos enjuiciados tienen efecto prejudicial sobre pleito posterior. «Es sabido que (la función positiva o prejudicial) no entra en juego cuando se da la identidad total de objeto (que es precisa para apreciar la función negativa o excluyente), pero se requiere siempre la existencia de **conexión** o conexidad entre el objeto de un (posterior) proceso y el objeto de la cosa juzgada derivada de la sentencia firme que puso fin a un proceso anterior. (...) Lo decidido en el primer proceso debe ser idéntico a parte de lo que habría de decidirse en el segundo (...). Entre la *res iudicanda* y la *res iudicata* hay una identidad parcial». DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, cit., págs. 104-105.

(41) CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil* 2 (1922), pág. 715. En el proceso civil, la comunidad en causa venía legitimando para proceder al llamamiento de los posibles afectados por la sentencia. Se discutía sólo si ese llamamiento **implicaba siempre «la proposición de una (nueva) demanda** que diera lugar a la acumulación

Administración registral conminándola a que consienta en realizar un asiento, que en su opinión procede con arreglo a Ley. Nada, en efecto, sin contradecirse, podría pretender de los terceros; y no podría hacerlo porque precisamente entiende el actor, contra el parecer del Registrador, que el

necesaria y subsiguiente de una nueva causa conexa con la originaria» como, por ejemplo, quería CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile* 4 (1926), pág. 956. En la doctrina italiana domina el parecer de que sólo en casos muy contados, para garantizar la utilidad del proceso, debe exigirse la integración del contradictorio y por tanto procede apreciar la excepción de litisconsorcio: CHIOVENDA, cit., pág. 715-716. Normalmente se estima suficiente la *litisdenuntiatio* del proceso a los terceros directamente afectados cuya «finalidad (consiste simplemente) en informar legalmente de la pendencia de una causa (denuncia de la litis) (...), al doble efecto de ponerles en condiciones de participar en ella y de extenderles también los efectos de la cosa juzgada que se forme sobre **los elementos comunes** de la relación debatida, de modo que no se pueda ya desconocer en el futuro los efectos de dicha declaración de certeza (...)». CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2 (1962), pág. 341. En nuestro caso, la pretensión de condena a la Administración, que ejercita el actor, presupone el reconocimiento previo de su derecho a inscribir, pero esa declaración implica, como su antecedente lógico necesario, otra de naturaleza alternativa sobre derechos de terceros (con conexión objetiva con el derecho que pretende inscribir el actor). Conexión objetiva necesaria porque todos los derechos enjuiciados tienen que recaer o, al menos afectar de alguna manera, a la finca sobre la que el recurrente exige inscribir el suyo y además alternativa porque el reconocimiento del derecho del demandante es incompatible con el de los de los terceros que se oponen al asiento. Esta declaración **no siempre** exige el planteamiento de una nueva pretensión que haga adquirir a los terceros la condición de parte y deba producir cosa juzgada sobre el (nuevo) objeto procesal, introducido por la propia llamada; cosa juzgada, por lo demás, que sería objetivamente diferente de la que se produce sobre el objeto originario del proceso. Eso sucederá sólo si los llamados efectivamente comparecen y se oponen; lo que no tiene por qué suceder siempre: cfr. nota 47 y el texto que pretende aclarar. Por ello, el llamado que no comparece, no se transforma en rebelde; y la causa que constituía el objeto del proceso seguirá siendo la misma, como seguirá siendo el mismo el objeto de decisión de la sentencia. Sentencia, por lo demás, con eficacia de cosa juzgada entre las partes iniciales pero no sólo entre ellas porque, aquí está lo importante, extenderá su fuerza prejudicial sobre determinados elementos o aspectos comunes de las relaciones civiles subyacentes (tanto de las que afirma el actor como de las que le oponen los terceros) cuya apreciación es presupuesto de la condena o absolución de la Administración demandada. En efecto, las relaciones entre la parte actora del proceso pendiente y los terceros, presuntos perjudicados por el asiento que aquélla reclama, se encuentran en una conexión eventual y excluyente porque «los presupuestos constitutivos (del derecho a inscribir) resultan ser al mismo tiempo presupuestos negativos (impeditivos, extintivos) del derecho (a seguir estando inscritos o protegidos por el Registro) de los que se oponen» («conexión en tijera»). Existe conexión alternativa negativa siempre que dos sujetos ejercen pretensiones contradictorias frente a la misma persona (en este caso la Administración Registral), siendo así que el derecho sólo puede reconocerse en uno. Cmpr. LÓPEZ-FRAGOSO, cit., pág. 132 y sigs. Es precisamente en estos casos cuando, no tanto en vista a proteger el interés de las partes o de los terceros como el de la Justicia, procede realizar el llamamiento judicial, mejor en la forma prevista en los artículos 60 y 64 de la LJCA, menos severa que la del artículo 107 de la Ley Procesal italiana en la que piensa TROKCEK, pág. 233 y sigs. cuando razona de la misma manera: no se trata tanto de garantizar sentencias «lógica o teóricamente compatibles» sino de evitar «sen-

derecho, que afirma como propio, no perjudica a nadie y, por ello, le es debido el asiento que pide. Tan es esto así, que cabe perfectamente que los terceros llamados no sólo no se opongan a su pretensión sino que la refrenden y hagan causa común contra la Administración.

Y sin embargo es necesario llamarles. En efecto, la Administración resiste la petición porque estima que la inscripción que se le pide perjudica derechos de terceros; por lo que, si la practicase, infringiría su deber constitucional de cumplimiento de la legalidad (art. 103 de la CE en relación con los arts. 18 y 20 de la Ley Hipotecaria).

38. *La inutilidad de la sentencia y la tutela judicial efectiva de la pretensión del recurrente.* En otro caso, siendo el «pronunciamiento jurisdiccional inescindible» frente a todos los legitimados pasivamente, la sentencia podría volverse inútil e ineficaz, no ya «respecto a los no demandados sino incluso respecto de los que litigaron» (empezando, claro está, por el propio demandante).

En efecto, en estos casos, «más que un riesgo de injusta extensión de la cosa juzgada a quienes no litigaron y no pudieron defenderse, el riesgo sería el contrario: el de que la sentencia fuese imposible o inútil porque no afectaría a quienes debería afectar, si ha de servir para algo». Esto es, en nuestro caso, el riesgo estaría en no poder prestar verdadera tutela efectiva al solicitante del asiento (42).

En consecuencia, habrá que llamar a todos los perjudicados por la inscripción solicitada, empezando por todos aquellos a quienes la nota de calificación haya identificado como tales.

tencias de hecho incompatibles». O lo que es lo mismo: se trata de evitar que sentencias jurídicamente válidas, por haberse pronunciado entre «legítimos contradictores», impliquen en la práctica una denegación de tutela y, por tanto, del efectivo cumplimiento de los propios derechos materiales. Cfr. nota 42. Para poder conseguirlo, parece imprescindible que la fuerza prejudicial de la sentencia no se limite a la parte dispositiva de la sentencia sino que alcance también a sus fundamentos o premisas, tanto fácticas como jurídicas (parágrafo 72 de la ZPO), para lo que debe bastar, desde luego en la legislación alemana, la correcta denuncia de la pendencia del proceso al tercero con independencia de que llegue o no a participar (parágrafo 74.3 de la ZPO).

(42) En otro caso, «la sentencia será inútil e ineficaz, no ya respecto a los no demandados, **sino incluso respecto a los litigantes** (...). Más que un riesgo (por tanto) de injusta extensión de la cosa juzgada a quienes no litigaron y no pudieron defenderse, el riesgo sería el contrario: que la sentencia sea imposible o inútil porque no afecte a quienes debería afectar, **si ha de servir para algo**». Cfr. el excelente comentario de I. Díez-PICAZO, en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 182. Ya CALAVROS, cit., pág. 26 y sigs., sostuvo que las diversas formas de **denuncia del litigio protegen los intereses de las partes y no los de los terceros; y reciben sustento constitucional** del artículo 103.1 de la *Grundgesetz* (en su caso, con el apoyo del 19.4) que garantiza no simplemente el derecho de audiencia sino, más allá, también el derecho de acción, esto es, el derecho a la jurisdicción (*Justizanspruch*) que obliga al Estado a procurar protección efectiva a la pretensión ejercitada. Cfr. nota 35.

39. *Llamamiento al proceso a los afectados por la sentencia.* Ciertamente, por expresa previsión legal, no se precisa demandar siempre a todos los legitimados pasivamente (por ejemplo, a los deudores solidarios), ni, desde luego, deben serlo, en el proceso civil, todos cuantos tengan un interés legítimo y directo en el pleito (art. 13.1 de la LEC *a contrario*).

Por tanto, so pena de incurrir en cierta contradicción, no se refiere a unos y otros el artículo 150 de la LEC cuando dispone que, por mandato del Tribunal, «se notifique la pendencia del proceso a todas las personas que, según los mismos autos, pudieran verse afectadas por la sentencia». En efecto, carecería de sentido «la previsión individualizada (de la intervención y el litisconsorcio **voluntario** en los arts. 13 y 12.2 de la LEC) si aquellos terceros **tuviesen siempre** la consideración de afectados por la sentencia» y, por tanto, necesariamente debiesen ser llamados por el Tribunal (43).

Ahora bien, también es cierto que, cuando «la protección jurisdiccional (aquí el reconocimiento del derecho a inscribir del solicitante) sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente», y no proceda el litisconsorcio necesario pero se pretenda no sólo que el proceso sea válido sino además efectivo; a falta de expresa exclusión legal, será procedente dar entrada al artículo 150 de la LEC y, en consecuencia, habrá que llamar por el Tribunal a los directamente implicados en el proceso que se sigue y por tanto directamente afectados por la sentencia que se dicte (44).

(43) Parece sensato exigir la notificación no sólo en los casos en que el Tribunal advierta que las partes están usando el proceso con fines fraudulentos sino, en primer lugar, cuando se identifiquen «terceros que puedan verse afectados por la cosa juzgada de la sentencia». En nuestro caso, es presupuesto inseparable del reconocimiento del derecho del solicitante a inscribir su título, la decisión sobre si dañará, o no, efectivamente, el asiento a aquellos terceros que la Administración, cuya resolución se impugna, ha identificado como posibles perjudicados por su práctica. Habrá que notificar, por tanto, a todos cuantos puedan estimarse perjudicados por la pretensión del demandante (recurrente) y, por tanto, afectados directamente por la sentencia, ya que la clarificación de su «situación (jurídica) es el objeto mismo de la discusión»: STC 53/1988, de 24 de mayo. En estos casos, «ante la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario, el instrumento para darles la oportunidad de intervenir en el proceso será la notificación de la pendencia del mismo»: así CORDÓN, *Comentario al artículo 150*, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, cit., pág. 639 y sigs. Cfr. nota 16.

(44) «Así como, por representación, una persona puede ejercitar derechos ajenos y, en este caso, el representado es parte en el litigio; en Derecho procesal, por sustitución, se puede actuar en juicio por un derecho ajeno, siendo parte el sustituto al que siempre liga un interés con el sustituido»: STS de 5-2-1990. En nuestro caso se ejercitarían derechos privados por el Estado en nombre propio pero no sólo interés ajeno: la Administración tiene interés propio en el cumplimiento de la legalidad. Estamos lejos por tanto de la legitimación «representativa»: cfr. DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 131 y sigs. En cualquier caso, imposible porque el Estado, sin romper la Constitución, no puede (auto)atribuirse, genérica y unilateralmente, la gestión procesal de la defensa de los derechos (privados) de todos los propietarios y titulares de derechos reales de la nación.

40. *La legitimación pasiva del Abogado del Estado.* Hemos visto que, en nuestro sistema registral entran unos derechos porque salen (dejan de estar protegidos) los contradictorios o se postergan los compatibles (pérdida de rango). Por ello, para practicar el asiento, se exige el consentimiento de todos los posibles perjudicados por su práctica (arts. 18 y 20 de la Ley Hipotecaria) (45).

Perjudicados por una inscripción improcedente, nunca normalmente serán ni el Registrador ni el Estado porque los posibles asientos o derechos conculcados, si se practica la inscripción solicitada, habitualmente ni pertenecen ni están inscritos a favor del Registrador o del Estado.

Al contrario, los asientos ya extendidos lo están normalmente a nombre de personas privadas y, por lo que se refiere a los derechos, incluso a los públicos (operativos sin necesidad de estar inscritos), ni su defensa corresponde forzosamente al Abogado del Estado (¿y el Fiscal?) ni tienen porqué pertenecer necesariamente al Estado sino que pueden ser de Municipios, Autonomías u otras entidades públicas.

(45) Si los terceros perjudicados por el asiento conservasen la defensa íntegra contra la sentencia que concede el derecho de inscripción, la resolución judicial nunca podría alcanzar o tener fuerza de definitiva. En efecto, por regla general, los terceros litisconsortes sólo pierden sus defensas cuando son demandados o llamados o si, a pesar de no haberse hecho ni una cosa ni otra, se les extiende, por especial disposición de ley, la eficacia de la sentencia. Posibilidad, esta última, reconocida tradicionalmente por el legislador por diferentes razones y en distintos casos, pero vista siempre con disfavor por el Tribunal Supremo y que, después de la promulgación de la CE, aunque haya vuelto a acogerse expresamente en el artículo 12.2 de la nueva LEC, ciertamente no parece fácil de admitir. En efecto, procede el recurso de amparo siempre que se infrinja el derecho que, según la Constitución, tienen todas las personas para la defensa de sus derechos e intereses y pocas dudas caben sobre el hecho de que el respeto del principio de audiencia es la más básica de las exigencias que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (vid. las incisivas críticas de DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA, Díez-PICAZO y VEGAS, *Introducción*, cit., pág. 441 a cierta Jurisprudencia del TC que subordina la concesión del amparo por infracción del art. 24 de la CE no a la prueba de la falta de audiencia, sino a la de que, si mediase, se habrían evitado los perjuicios). En definitiva, deben ser parte formal todos los directamente perjudicados por la sentencia; bien como demandados si la integración del contradictorio se exige *ab initio*, bien, caso de apreciarse comunidad en causa, como llamados o litisdenunciados *a posteriori* por la contraparte o, incluso, directamente por el Tribunal. Conviene insistir en que las leyes ordinarias deben interpretarse conforme a la Constitución y **la sustracción de la facultad de gestión procesal al titular del derecho** supone siempre una traslación forzosa de derechos, prohibida en principio por el artículo 33.2 de la CE, tal como viene siendo interpretado desde la decisiva intervención de WOLFF, «Reichsverfassung und Eigentum», en *Festgabe für W. Kahl* 4 (1923), págs. 1-30. En consecuencia, sólo en muy contados casos podrá el legislador dispensar de demandar o llamar a la causa a los directamente perjudicados por la sentencia y, por consiguiente, admitir una sustitución en el ejercicio de la defensa procesal. «Razones de peso» exige DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y Díez-PICAZO, cit., pág. 509.

41. *Sustitución procesal*. Ahora bien, de ser esto así, como el Abogado del Estado no puede disponer ni de derechos (ni menos de asientos ya extendidos), cuya titularidad no corresponda al Estado (cuando su postergación o cancelación sea, como normalmente lo es, presupuesto necesario para la práctica de la inscripción denegada); tampoco podrá arrogarse su gestión procesal, a falta del oportuno poder de sus titulares (arts. 24 y 33 de la Constitución).

Evidentemente tendrá legitimación el Abogado del Estado cuando los asientos a cancelar estén a nombre del Estado, o los derechos perjudicados pertenezcan al Estado. En los demás casos, **de imponer semejante «representación» una Ley** (¿constitucional?), estaríamos ante una especie de sustitución procesal: el Estado a través del Abogado del Estado «ejercitaría en nombre propio derechos e intereses ajenos, esto es, sin representación de sus titulares».

En los casos de sustitución procesal, la legitimación corresponde siempre *prima facie* a persona «distinta del titular del derecho sustancial». Pero hay algo todavía más importante: en estos casos, «los efectos de la sentencia que recaigan en el proceso se extienden a la relación jurídica existente entre el sustituido y la parte contraria» (46).

42. *Llamamiento judicial y fraude procesal*. Por tanto, en este caso, porque, por hipótesis, no cabe apreciar litisconsorcio pasivo necesario, si no se quiere que la gestión procesal de los derechos de los propietarios por el Abogado del Estado sea forzosa, a modo de la representación legal del incapaz por un tutor, al menos, será preciso aceptar, con SERRA, que:

«Esta facultad (de representación del sustituto) no puede ser concedida en forma tan absoluta que permita al titular (pasivo en este caso) de la acción directa abusar, en perjuicio del titular, del derecho que se encuentra en litigio».

(46) SERRA, «Intervención de terceros en el proceso», en *Estudios de Derecho Procesal* (1969), pág. 208 y sigs. Los terceros sustituidos (partes materiales) no conservan sus defensas, a menos que consigan demostrar la existencia de fraude procesal, por lo que no podrán impugnar la sentencia de gravamen que haya sido dictada contra el sustituto. No está claro en quiénes piensa el legislador cuando manda que «*por disposición del tribunal se notifique la pendencia del proceso a todas las personas que según los autos puedan verse afectadas por la sentencia*» (art. 150.2 de la LEC). Si fuese en los perjudicados de hecho por la sentencia, estarían comprendidos también los terceros sustituidos, como titulares de los derechos subjetivos e intereses materiales que se ventilan en el proceso. Más difícil de entender es que se insista en no reconocerles, aunque se personen, la posibilidad de ejercer una defensa autónoma y por tanto, v.g., que los propietarios, por causa del efecto prejudicial de la sentencia, deban pasar, en un segundo proceso, por la (defensa) que de sus propios (!) derechos de dominio hayan hecho, por ejemplo, los acreedores pignoraticios.

«Para impedirlo, es indispensable que se reconozca al titular del derecho debatido la posibilidad de intervenir en el proceso, intervención que forzosamente debe ser calificada de litisconsorcial».

Ahora bien, donde hay riesgo de fraude procesal, hay que cumplir, sin lugar a dudas, el mandato del artículo 150.2 de la nueva LEC de cuya sombra, a lo que se ve, es imposible desprenderse (47).

Por disposición del Tribunal, también se notificarán la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare.

43. *El verdadero papel de la representación del Estado.* Sirve, en cambio, para justificar la demanda contra el Estado, el interés que el recurrente tiene en facilitar la ejecución de la sentencia (estimatoria) que pueda llegar a dictarse ordenando la práctica del asiento.

En efecto, es una Administración del Estado, en este caso la registral, la encargada de, y por tanto obligada a, hacerlo (por lo que no basta la presencia de los perjudicados por su práctica): en consecuencia, la personación de la representación del Estado es necesaria y no sólo para evitar que aparezcan sorpresas (obstáculos o resistencias) de última hora de naturaleza puramente registral.

Y no sólo eso: un juicio declarativo en que interviniesen sólo los particulares, no serviría para que los Tribunales ejerciesen control sobre la actuación administrativa, sencillamente porque en él, por hipótesis, no sería parte la Administración.

(47) La posición procesal de las partes originarias y los intervinientes puede cambiar en el curso del proceso. En efecto, así como el tercero llamado como coadyuvante de la Administración, puede girar su propia posición procesal hasta convertirse en coadyuvante del demandante; así también si el demandado (la Administración del Estado) renuncia o no ejerce la defensa o se allana, la posición del tercero que se opone al actor girará hacia la propia de un interviniente principal. Así pasa en el caso paralelo del embargado que decide no defenderse y deja el curso del proceso en manos del tercerista (litigio entre pretendientes), cfr. el artículo 600 de la LEC y el comentario de VEGAS, en DE LA OLIVA, Díez-PICAZO y VEGAS, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales 3* (2002), pág. 154. Existe litigio entre pretendientes cuando, «entablado proceso entre dos personas en reclamación de un derecho (...), el demandado (...) lo atribuye a un tercero (...) llamándola para que acuda al proceso en su defensa y separándose de la dirección del proceso»: SERRA, cit., pág. 216 y sigs. En efecto, aunque la parte original renuncie a su defensa no la pierde por ello el interviniente: no hay solidaridad en la defensa sino que cada uno conserva la suya.

Por tanto, por causa del principio de audiencia, ya que, en definitiva, también se hace un pronunciamiento de condena contra el Estado y que le obliga, será indispensable su comparecencia (48).

44. *El cauce procedimental adecuado.* Este recurso de plena jurisdicción debe ventilarse en el juicio declarativo ordinario. Así parece exigirlo el artículo 249 de la nueva LEC. Deben decidirse en juicio ordinario, cualquiera sea su cuantía, las demandas «que pretendan la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental», y derecho fundamental es el de propiedad, amenazado por un acto de la Administración que le impide gozar de la protección registral a la que tiene derecho.

Por lo demás, debe plantearse como puramente facultativo. La falta de impugnación en plazo no puede perjudicar derechos materiales a los que el Código Civil otorga una vida más larga durante la cual es perfectamente posible y legítimo todo intento de hacerlos valer. Dentro del plazo de prescripción de los derechos (civiles) que se quieren inscribir, puede intentarse la reclamación judicial sin obstáculo alguno, tantas veces como sea necesario, siempre que los anteriores resultasen frustrados por un defectuoso planteamiento procesal (49).

Y esto es así porque, en primer lugar, lo dice la Ley Hipotecaria (en su art. 40) y, en segundo lugar, porque de otro modo, por el simple transcurso de días o meses, negocios cuyo plazo de impugnación se cuenta por años, quedarían sanados o convalidados; y derechos de larga duración como son los derechos reales, extinguidos.

45. *Medios de prueba.* Como se quiere proporcionar tutela efectiva, el proceso tiene que ser plenario; no puede ser de cognición limitada: caben, por tanto, todos los medios de prueba (50).

(48) Por lo demás, el Estado tiene interés en llamar a los posibles perjudicados por el asiento: precisamente para asegurarse de que no incurrirá en responsabilidad por su práctica. Conexión condicional negativa: se trata de evitar que la parte (en este caso la Administración), en caso de ser condenada a cumplir determinada obligación, pueda ser declarada responsable (por mala gestión procesal) frente a un tercero por los daños que (la sentencia) pudiera irrogarle a éste: «sería el caso de una parte que actuara en un proceso gestionando un derecho ajeno»: LÓPEZ-FRAGOSO, cit., pág. 134. Cfr. nota 38.

(49) Si se dispone un plazo, no debería ser de interposición del recurso sino de vigencia del asiento de presentación (del documento que haya sido calificado como defectuoso). Transcurrido el cual, no queda impedido el recurso sino, como mucho, únicamente el despacho del título; y sólo si se diese el caso de que entretanto se hayan practicado asientos de derechos contradictorios o incompatibles a favor de terceros, y no corresponda o pueda conseguirse su cancelación. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., págs. 534-536.

(50) La implantación de un nuevo recurso judicial directo de plena jurisdicción, contra las calificaciones de los Registradores, no priva de toda utilidad a la segunda vía que la legislación vigente previene para conseguir de los jueces la inscripción que le reclama y la Administración niega: el juicio (llamado también recurso) ante los Tribu-

46. *Cosa juzgada*. Se implanta la revisión judicial de la negativa a inscribir para proporcionar tutela judicial efectiva a los intereses que se ventilan del procedimiento registral, que, en el caso español, como sabemos, no son sólo los del solicitante del asiento; y sólo existe efectiva tutela si se hace un «pronunciamiento irreversible» sobre la procedencia del asiento solicitado, esto es, una resolución con eficacia de cosa juzgada.

Por lo demás, ni siquiera los juicios verbales carecen de eficacia de cosa juzgada si no les «niega **expresamente** la ley esos efectos» (art. 447.4 de la nueva LEC).

CELESTINO PARDO NÚÑEZ

nales que regula el artículo 66, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria. Como es sabido en éste no se impugna directamente la decisión de la Administración Registral sino que la condición de partes se reserva exclusivamente a los interesados cuando «ventilan entre sí» la nulidad o validez de los títulos exclusivamente. Procederá, por tanto, el nuevo recurso judicial, que se propone, cuando el solicitante insista en que su pretensión no afecta o perjudica a terceros por lo que su derecho, y el título que la fundamenta, cumplen con todos los requisitos legales y, por tanto, la negativa de la Administración carece de fundamento. Servirá el «viejo» recurso judicial, el juicio civil del artículo 66 cuando el pretendiente del asiento exija el reconocimiento de la validez o eficacia de su título a la contraparte o a terceros porque éstos le niegan su concurso, debido o prometido, pero en cualquier caso necesario, para integrar el indicado título, sanarlo o convalidarlo a fin de proceder a su inscripción (así, v.g., cuando se le niegan la ratificación del *dominus* o del mismo poderdante, la elevación a forma pública de los documentos privados, la entrega de certificaciones indispensables de órganos administrativos, societarios o comunidades de propietarios, etc.). En definitiva, seguirá sirviendo el viejo recurso cuando hay contención declarada entre las partes porque el concurso de una de ellas es necesario para proceder al asiento (suspendido o denegado) del título defectuoso. En conclusión, **en un caso, porque se discrepa de la calificación, la pretensión de condena se dirige contra la Administración; en otro, porque se acepta (la calificación), (la pretensión de condena) se dirige contra la (contra) parte.**

Fuerza codificadora y doctrina codificada en el artículo 1.875 del Código Civil: La inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: INCERTIDUMBRE EN EL ORIGEN Y CERTEZA EN LA APARICIÓN DEL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA.—2. EL MARCO DOCTRINAL DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA: 2.1. LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA FRENTE A LA SITUACIÓN DE LA PROPIEDAD. 2.2. LA PRESENCIA DE AZCÁRATE EN LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 1.875 DEL CÓDIGO CIVIL. 2.3. AZCÁRATE FRENTE A LA INSCRIPCIÓN: TEORÍA Y PRINCIPIOS.—3. EL ARTÍCULO 1.875 DEL CODIGO CIVIL Y SU APARICION, ACOGIDA Y CONSOLIDACION EN LA CIVILISTICA: 3.1. LA APARICIÓN DEL PRECEPTO. 3.2. LA ACOGIDA DE LA NOVEDAD. 3.3. VIGOR CODIFICADOR Y CONSOLIDACIÓN DOCTRINAL: LA FUERZA DE UN PRECEPTO.—4. CONCLUSION: DEL FINAL DE LA INCOMPREENSIÓN DE LA NOVEDAD AL PRINCIPIO DE LA INCOMPREENSIÓN DE LO PREEXISTENTE

1. INTRODUCCION

INCERTIDUMBRE EN EL ORIGEN Y CERTEZA EN LA APARICIÓN DEL CARÁCTER
CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA

Corría en España el mes de noviembre del año 1886 cuando uno de los más prestigiosos hipotecaristas del momento, don BIENVENIDO OLIVER (1), «por

(*) Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del proyecto de investigación «Historia institucional y cultural de la justicia hispana (siglos XIII-XIX)», con referencia BHA2000-0195, del Programa Nacional de Promoción General del Conocimiento.

(1) Don BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER era, en aquel momento y desde 1874, subdirector general de los Registros y del Notariado. Recibía constantes encargos por

sus muchos y buenos conocimientos en la materia», recibe el mandato de «redactar los títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca», que se incorporarían al Código Civil, por aquel entonces en su fase final de elaboración (2).

parte de los ministros de Gracia y Justicia y trabajaba activamente en la Comisión General de Codificación; no obstante, no era OLIVER vocal de esa Comisión, sino que fue nombrado con posterioridad a la promulgación del Código Civil, el 18 de abril de 1899, el mismo año en que llegaría a ser director general de los Registros y del Notariado (vid. y, en general, sobre toda la vida y obra de don BIENVENIDO OLIVER, ANTONIO PAU PEDRÓN, *Bienvenido Oliver en el pensamiento español del siglo XIX*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997, págs. 28 a 30).

(2) Por Real Decreto de 11 de noviembre de 1886, que refrenda ALONSO MARTÍNEZ, se «encarga a BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, por sus muchos y buenos conocimientos en la materia, redactar los títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca (...) con el criterio de continuar vigente la actual Ley (...), procurando aclarar las dudas y completar y desenvolver los principios de la Base 26 del proyecto de la entonces vigente Ley de Bases para la redacción del Código Civil. En efecto, tras haber retomado el impulso codificador en esta última fase de elaboración del Código «propiamente codificadora», que PAU PEDRÓN fecha entre un primer proyecto de Ley de Bases en 1881 y la promulgación de la segunda edición del Código Civil por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (ANTONIO PAU PEDRÓN, *Estructura y fuentes del Derecho Civil español*, Fundación Matritense del Notariado, cuadernos notariales, núm. 11, Madrid, 1980, pág. 32), se opera a través de una nueva Ley de Bases, tal y como ya se había hecho en un momento anterior, en 1881. Así pues, el 7 de enero de 1885 se dicta un decreto autorizando al ministro de Gracia y Justicia a presentar a las Cortes un proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código Civil, encargo que lleva a cabo FRANCISCO SILVELA (vid. JUAN FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, tomo IV, vol. 1, págs. 426 y sigs., y JUAN BARÓ PAZOS, *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993, págs. 246 a 257). Para OLIVER esta Ley de Bases es distinta a la anterior, puesto que al enumerar las leyes que como especiales debían continuar vigentes, esta vez no se cita la Ley Hipotecaria (Base 9.^a), con lo que, a su juicio, la Ley Hipotecaria no tendría el carácter de especial, dando a entender, según OLIVER, que su autor se hallaba de acuerdo con los juristas que redactaron la Ley, al considerarla de naturaleza civil y, por tanto, que debía formar parte del Código. En efecto, la naturaleza de la Ley Hipotecaria había recibido grandes críticas por parte de OLIVER en el proyecto de Ley de Bases que ALONSO MARTÍNEZ había presentado a las Cortes el 22 de octubre de 1881. En él, la Base 2.^a establecía que «quedarán en vigor la Ley Hipotecaria, la del Registro Civil, la de Minas, la de Aguas y cualesquiera otras especiales que contengan disposiciones de carácter civil. El Gobierno, sin embargo, llevará al Código los preceptos sustantivos que haya en ellas, en la medida que la estructura del Código lo exija» (vid. LASSO GAITE, «Crónica...», *op. cit.*, y BARÓ PAZOS, «La codificación...», *op. cit.*, pág. 231. Las bases se encuentran, además, recogidas por el propio ALONSO MARTÍNEZ en *El Código Civil en su relación con las legislaciones forales*, tomo I, Madrid, 1884-85, págs. 279 a 284). Esta equiparación de la Ley Hipotecaria con las leyes especiales merece una grave censura por parte de OLIVER, quien estima que la Ley Hipotecaria era esencialmente civil, por lo que debería ser sencillamente incluida en el Código Civil, mientras que las otras citadas tenían un carácter público y privado que sí aconsejaba el tratamiento recomendado en las bases. Criticaba, además, el «concepto secundario» en que el Código tenía al Registro de la Propiedad, «cuando es precisamente el organismo en que descansa toda la propiedad

Cuenta OLIVER en su *Derecho Inmobiliario Español* (3) que optó por llevar al Código no el texto de la Ley Hipotecaria, sino «sólo las disposiciones sustantivas y orgánicas o propiamente legislativas —no reglamentarias—» de la citada ley, para que su contenido resultase armónico en su conjunto (4).

territorial» (vid. LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, págs. 415 y sigs.). Respecto a las Bases de 1888, considera, además, que hubiera sido preferible a estas indicaciones aisladas una base destinada a expresar con más claridad el modo de llevar al Código los artículos de la Ley Hipotecaria, máxime después de consagrar una base especial al Registro Civil (vid. LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, págs. 426 y sigs.). Finalmente, la Ley de Bases fue sancionada por la reina María Cristina, el 11 de mayo de 1888. Esta Ley de Bases se aparta del proyecto de 1851 en algunos puntos en la medida en que, tal y como la Base 26 establece, recoge principios sustantivos de la legislación especial posterior, como la materia hipotecaria (LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, pág. 541. Vid. también, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte general*. Tomo I, Madrid, 1949, págs. 198 y sigs.). Con independencia de la evolución seguida por los distintos proyectos de Ley de Bases, la Comisión General de Codificación continuó con su tarea de avanzar en la codificación del derecho civil. A partir del 7 de marzo de 1884, la Sección Civil de la Comisión se dividió en dos subsecciones, ambas presididas por ALONSO MARTÍNEZ. La compuesta por GAMAZO, IGÓN y ALBACETE se encargaría de la redacción del Libro IV (vid. COMAS, Sesión del Senado de 8 de febrero de 1889, «Debates parlamentarios...», *op. cit.*, II, pág. 594). Y ALONSO MARTÍNEZ fue encargado por la Sección de la redacción de la ponencia sobre la materia hipotecaria, pero declinó la tarea en beneficio de OLIVER. Señala BARÓ que era extraño que no hubiese sido CÁRDENAS, que formaba parte de la Sección, quien hubiese sido encargado de su redacción como ponente y autor de la Ley de 1861, cuyo tenor era respetado por la Sección, según las Bases aprobadas. Opina este autor que probablemente la razón de no haberle sido atribuida tal ponencia, se explicase por las diferencias que pudo tener con el presidente de la Comisión, que le mantuvieron al margen de las tareas de la Sección (vid. BARÓ PAZOS, «La codificación...», *op. cit.*, pág. 260).

(3) BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundada y sistemática de la Ley Hipotecaria vigente en la Península, islas adyacentes, Canarias, territorios de Africa, Cuba, Puerto Rico y Filipinas*, Madrid 1892, pág. 775.

(4) Expone OLIVER sus razonamientos (vid. OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario...», op. cit.*, págs. 770 y sigs.), entendiendo que así como en el Proyecto de Ley de Bases de 1882 proponía la Base 2.^a dejar vigente la Ley Hipotecaria (vid. nota 2), el proyecto de Bases que SILVELA presentó omitió la Ley Hipotecaria entre las especiales que continuarían en vigor después del Código, queriendo, pues, decir su autor que la Ley Hipotecaria de 1861 debía formar parte del Código, tal y como ya figuraba en el proyecto del 51. Expone OLIVER que, ante esta situación y entre las distintas soluciones, optó por incorporar no el texto de la ley, sino «sólo de las disposiciones sustantivas y orgánicas o propiamente legislativas —no reglamentarias— que contiene» la Ley citada, para que el contenido resultase armónico dentro del Código, de acuerdo con la Base 26. En este sentido, puesto que el proyecto del 51 no podía recoger todos los principios hipotecarios que desarrollaba la Ley de 1861, decidió OLIVER traer lo relativo a la organización del Registro de la Propiedad, como ya había hecho la Comisión con el Registro Civil de las personas. Por otra parte, respecto a la parte sustantiva, consideró OLIVER demasiado casuística y analítica la Ley como para transcribir sus textos, por lo que optó por «reproducir su doctrina en una forma sintética y concentrada, y bajo un orden más lógico y natural»; y aunque ello le reportaría más trabajo, lo haría «aprovechando los estudios a que desde muchos años vengo dedicado

De los trabajos de OLIVER al respecto hay conocida constancia en la Comisión General de Codificación (5). Su ponencia la había dividido en tres títulos: de la inscripción, de las hipotecas y de la organización del Registro de la Propiedad (6). Al título segundo corresponde un artículo

para publicar la presente obra» (se está refiriendo a su *Derecho Inmobiliario...*, del que sólo apareció un tomo).

(5) La ponencia de OLIVER se encuentra en el Archivo de la Comisión General de Codificación (ACGC), legajo 18, de Código Civil, carpeta 4, I y II. En la cubierta de la primera de las dos subcarpetas, dice ANTEQUERA: «Legislación hipotecaria (Ponencia señor OLIVER). Artículos aprobados por la subsección (1887)»; y más abajo: «este trabajo quedó completamente sin efecto, acordando el señor ministro que se redactase en otra forma, trayéndose al Código puramente lo sustancial de la materia de hipotecas y dejando intacta la Ley Hipotecaria». En la cubierta de la segunda subcarpeta dice el Secretario: «Artículos aprobados por la Comisión. 1888». Contiene los títulos II y III, que constan respectivamente de 18 y 17 artículos, más otros cuatro de hipotecas legales. En los demás artículos pone al margen: «aprobado», sin que por la mera colocación de los títulos en una u otra carpeta podamos aseverar que los aprobó la subsección o la Comisión, que para el resultado práctico fue lo mismo. Todos los artículos llevan al pie la indicación de su origen, generalmente la «Ley Hipotecaria», o «nuevo». El artículo 9 presentado por OLIVER establece que «deben inscribirse, para que produzcan efectos en cuanto a tercero: 2.º La constitución, reconocimiento, transmisión o extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 2 de la Ley Hipotecaria, núm. 2)». El artículo 15, al lado del cual se abre una llave indicando que fue aprobado, establece que «son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyan». El artículo siguiente, con la misma llave, sostiene que «los créditos hipotecarios inscritos pueden cederse, gravarse, posponerse y subrogarse por el acreedor. La cesión o gravamen de un crédito hipotecario surtirá efecto en cuanto al deudor desde que se le dé conocimiento en debida forma y en cuanto a tercero desde su inscripción (...)». Respecto a las hipotecas legales, el artículo 1 tiene una llave que dice que «este artículo y los siguientes se leyeron, pero no recayó sobre ellos acuerdo alguno; así pues, el artículo 2 recogía que «las personas a quienes se confiere hipoteca legal no tienen otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de un crédito. Y para que se entiendan constituidas las hipotecas legales se necesita la inscripción del documento en cuya virtud se constituyan (158 y 159 de la Ley Hipotecaria mod.)». Tanto al final del índice como en la portada del último cuaderno del Libro IV, consta que el título de hipotecas se dará por apéndice a este cuaderno, lo que parece indicar el propósito de una mayor extensión que los trece artículos de que consta la hoja, con que se resolvió después el problema, según estima LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, pág. 562. En las galeradas de los cuadernos 1.º y 2.º del Libro IV, las correcciones, puestas por ANTEQUERA, carecen de relieve y son pocas; así, no hay pruebas del título de hipotecas (ACGC, legajo 18, carpeta 5). Respecto a todo este tema, vid. LASSO GAITE, «Crónica...», tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, págs. 560 a 562, o BARÓ PAZOS, «La Codificación...», *op. cit.*, págs. 260 a 261.

(6) El primer título contenía cuatro capítulos: bienes que son objeto de inscripción y de los terceros; actos y contratos inscribibles; efectos de la inscripción, y extinción de los derechos inscritos. Sostiene OLIVER (*Derecho Inmobiliario...*, *op. cit.*, pág. 778) que «terminada esta primera parte de mi ponencia, la sometí a la aprobación de la Sección de lo Civil de la Comisión de Codificación, y después de discutir muy detenidamente cada uno de los cincuenta y seis artículos de que consta en diferentes sesiones, tuve la satisfacción de que fuesen aprobados con algunas modificaciones de escasa

lo que, según consta, fue aprobado por la Comisión, y que reza como sigue: «deben inscribirse, para que produzcan efectos en cuanto a terce-

importancia. Así resulta de los Libros de actas de aquella docta Corporación y así lo afirmó en el Congreso uno de los dignos vocales de la misma». Y, en efecto, en la sesión en el Congreso del 22 de marzo de 1889 (intervención del diputado MANUEL DANVILA, *Diario de Sesiones del Congreso*, 1889, núm. 90, pág. 2405), afirma DANVILA que «las actas revelan que, en la última época de la elaboración de la obra codificadora, se llamó al seno de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación al subdirector general del Registro de la Propiedad, para que formulase una ponencia referente a las bases fundamentales de la Ley Hipotecaria y al Registro de la Propiedad. Las actas descubren que, después de varias sesiones luminosas en que esta materia se discutió con gran detenimiento, se llegaron a aprobar cincuenta artículos que no han venido al Código, y hasta se indicó que el trabajo de la ponencia se componía de más de cien artículos y que existía el propósito de traer al Código los principios fundamentales de la Ley Hipotecaria, y reservar para una ley de procedimiento, a semejanza de lo que había hecho el imperio alemán, la organización del Registro de la Propiedad. Lo que después pasó no consta en las actas; pero el trabajo votado por la Comisión no es el que aparece en el Código Civil español; por el contrario, no hace más que trasladar algunos artículos de la Ley Hipotecaria allá a lo último del Código, y traer por toda solución, como organización del Registro de la Propiedad, cuatro artículos, para concluir diciendo lo que dice en la mayor parte de los casos: “en todo lo demás se regirá por la ley especial de donde se han transportado dichos artículos”». Prosigue OLIVER alegando que en esas actas «no constan los motivos que hubo para dejar de incluir en el Código la parte de mi proyecto que había sido aprobada, ni para que dejasen de discutirse las partes restantes (...)» (BIENVENIDO OLIVER, «Derecho Inmobiliario...», *op. cit.*, pág. 779). En la sesión del Congreso del 9 de abril de 1889 (intervención del diputado GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Diario de Sesiones del Congreso*, 1889, núm. 90, pág. 2405), AZCÁRATE interviene diciendo: «(...) al ocuparnos en la hipoteca, no sé por qué decís que, para que exista, es requisito esencial que exista una obligación principal. Yo quisiera conocer en este punto de la hipoteca las reformas que propuso el señor OLIVER, a quien considero como la persona más competente de España en materia hipotecaria. Me figuro que serían trascendentales, a la vez que prácticas, y probablemente sería una de ellas la creación de la hipoteca independiente (...)». Requerido por AZCÁRATE, explica GAMAZO en la sesión de 10 de abril de 1889 (intervención del señor GERMÁN GAMAZO, *Diario de Sesiones del Congreso*, 1889, núm. 92, pág. 2455) lo siguiente: «Tratóse en la Comisión de Códigos de redactar el título correspondiente a la hipoteca, y fue encomendada esta tarea, que asumió el mismo señor presidente y ministro de Gracia y Justicia a la sazón, delegándola en el señor OLIVER. El señor OLIVER, que es, como con justicia ha dicho el señor AZCÁRATE, una de las personas más competentes, si no la más competente en esta clase de estudios en España, presentó a la Comisión un trabajo notabilísimo, digno de competencia, pero que envolvía la reforma de preceptos importantes de la Ley Hipotecaria y, por tanto, iba a crear entre el Derecho Hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el Derecho Hipotecario de las provincias aforadas, antagonismos que entendía la Comisión que no se conciliaban con la Base de la Ley de 1888, ni tampoco podían admitirse sin detrimento de la potestad que el Estado tiene, y sin menoscabo de la unidad en ciertas materias. No es que la Comisión creyera que debían retirarse muchas de las cosas sabiamente discurridas y propuestas por el señor OLIVER, no; que reformarla sólo para el Código Civil era crear una disparidad de derecho; y que esa reforma, que se recomendaba por algunas circunstancias dignas de ser tenidas en cuenta, debería venir en una ley especial que mantendría el *statu quo* y sería igualmente aplicable a los que gozan de fuero especial y a los que están sometidos

ro (7): (...) 2.º La constitución, reconocimiento, transmisión o extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles».

El 14 de junio de 1888 uno de los vocales de la Comisión firma y fecha la portada de su cuaderno de observaciones hechas al proyecto de Código Civil, y en el artículo 6 de los trece referentes a la hipoteca que el proyecto recoge se puede leer lo siguiente: «*Para que la hipoteca pueda perjudicar a terceros se requiere* (8): 1.º Que se haya convenido o mandado constituir en escritura pública o documento susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. 2.º Que la escritura o documento se haya inscrito (arts. 146 y 159 de la Ley Hipotecaria)» (9).

Pocos meses más tarde, el 7 de diciembre de ese mismo año, aparece publicado en la *Gaceta de Madrid* el artículo del Código que iba a configurar definitivamente el carácter de la inscripción de la hipoteca. El 1.875 de los preceptos codificados comenzaba disponiendo lo siguiente: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, *es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida* (10), que el documento en el que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (11).

a la legislación común. He aquí por qué la Comisión se encerró dentro de las Bases de 1888 y se contentó con consignar aquellos principios cardinales de la legislación hipotecaria en los distintos títulos del Código que eran adecuados al caso, manteniendo (y así lo declaró, como le estaba mandado), manteniendo la Ley Hipotecaria en toda su integridad, y poniendo un especial cuidado en no alterar los preceptos que contenía, para que no surgieran complicaciones ni divergencias». Argumenta a este propósito OLIVER (*Derecho Inmobiliario...*, *op. cit.*, págs. 779 a 781) que las modificaciones que él proponía no podían producir esos antagonismos, pero que, además, según había dicho el ministro SILVELA, publicado el Código se entendería modificado el Derecho Hipotecario en todas las provincias españolas (intervención de FRANCISCO SILVELA, *Diario de Sesiones del Congreso*, 1885, núm. 176, pág. 5173). LATOUR BROTONS refiere que, efectivamente, la Comisión no tuvo en cuenta los trabajos de OLIVER, «tal vez por las prisas que ALONSO MARTÍNEZ tenía en presentar a la sanción real el Código Civil, malogrando nuestra reforma hipotecaria» (LATOUR BROTONS, «Antecedentes de la primitiva Ley Hipotecaria; su génesis, circunstancias y efectos de la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1962, págs. 433 a 506 y 737 a 811). Por su parte, entiende BARÓ (*La codificación...*, *op. cit.*, pág. 261) que «(...) se desprende de la ponencia de OLIVER su intención de reformar la Ley Hipotecaria, lo que no era conciliable con las Bases aprobadas. Esa fue la razón de su no incorporación al Código».

(7) La cursiva es mía.

(8) La cursiva es mía.

(9) Se trata del cuaderno de «observaciones que don MANUEL DANVILA, individuo de la Comisión de Codificación, hace al proyecto de Código Civil en cumplimiento de lo mencionado en la Real Orden de 30 de abril del corriente año. Madrid, 14 de junio de 1888» (ACGC, legajo 19, de Código Civil, carpeta 3).

(10) La cursiva es mía.

(11) Este artículo se inserta en el capítulo III, «de la hipoteca», del título XV, «de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis», del Libro IV, «de las obligaciones y contratos» del Código Civil y dispone, literalmente, lo siguiente: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.875, es indispensable, para que la hipoteca quede

Así comienza la historia del tema que ahora nos ocupa. Es la historia de la implantación definitiva en nuestro país de la inscripción constitutiva de la hipoteca (12). Se trata de una historia importante. Todo lo relacionado con la propiedad en este momento lo es. Y, sin embargo, es una historia demasiado breve. De ella sabemos no mucho más de lo que acaba de contarse: su principio y su final. Conocemos, ciertamente, su inicio, marcado por

válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria a favor del Estado, las provincias y los pueblos por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro».

(12) El contenido del artículo 1.875 del Código Civil y la inscripción constitutiva de la hipoteca, especialmente analizada desde sus antecedentes, ha sido un tema ampliamente estudiado por la civilística actual. Vid. entre otros, a estos efectos, los antecedentes históricos de la regulación de la figura de la garantía hipotecaria en RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ, *La hipoteca. Génesis de su estructura y función*, Madrid, 1980; MARGARITA SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, págs. 335-451; FERNANDO CANALS BRAGE, «El valor de la inscripción en la hipoteca», en *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (ciclo de conferencias)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989, págs. 321-341; MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica. Conferencias del seminario sobre hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, págs. 13 a 36; «¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?», «Inscripción constitutiva», «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles», todos en MARIANO HERMIDA LINARES, *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1973, págs. 7 a 23, 77 a 87, 161 a 255, respectivamente; el primero de los artículos citados también se encuentra en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, núm. 253, págs. 378 y sigs. SANTIAGO CHAMORRO PIÑEIRO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1943 (págs. 3 a 48), y febrero, 1943 (págs. 123 a 166); ANTONIO PAU PEDRÓN, *La hipoteca unilateral, constitución, aceptación, cancelación*, Madrid, 1996; RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, «La hipoteca y la inscripción después del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, febrero 1949, núm. 249, págs. 172 y sigs. y, del mismo autor, «La inscripción y la hipoteca hasta el Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, separata*, 1949; MANUEL VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, núm. 259, págs. 289 y sigs.; en el mismo número, MANUEL GÓMEZ GÓMEZ, «¿Inscripción no constitutiva o constitutiva?», págs. 787 y sigs.; GORDILLO, «Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y la determinación de su momento constitutivo», en *Academia Sevillana del Notariado*, IV, Madrid, 1991, págs. 319 y sigs. y, del mismo autor, «Excerpta en tema de constitución de hipoteca voluntaria», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1992, págs. 427 y sigs., y FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada, 1999.

una fecha en la que los redactores del Código coincidían en ratificar lo que la Ley Hipotecaria decía hasta el momento, que la inscripción de la hipoteca sólo afectaba a terceros; pero también, y sobre todo, conocemos su final. Un final que, a su vez, coincide con otro principio, el de la vigencia del Código Civil, en el que claramente se proclama el carácter constitutivo de la inscripción. Curiosamente, aparte de esto, de lo que pasó entre medias, de los argumentos y de los motivos, nada sabemos.

Tal y como hemos relatado, hasta al menos el 14 de junio de 1888, la inscripción de la hipoteca se concebía como no constitutiva. Esto significa que el artículo 1.875 del Código procede del período comprendido entre ese momento y el 29 de noviembre de 1888, fecha de la última de las sesiones celebradas por la Sección Civil de la Comisión (13); y, en todo caso, seguro que de antes del 7 de diciembre del mismo año, cuando ya se publicó como tal en la Gaceta (14). Sea como fuere, las actas

(13) Después de la publicación del Decreto de 6 de octubre, desde esa fecha hasta el 29 de noviembre, la Sección celebró, según el testimonio de DANVILA, veinticuatro sesiones dedicadas a la corrección e incluso modificación de los dos últimos Libros, «Debates Parlamentarios...», *op. cit.* Congreso, pág. 2189. Esto también es destacado por LUIS SILVELA quien, en la sesión del Senado del 16 de febrero de 1889, denunció la supresión de algunos artículos, *ibidem*, II, pág. 755.

(14) A estos efectos estima CANALS BRAGE (FERNANDO CANALS BRAGE, *El valor de la inscripción...*, cit., pág. 328), que «la redacción del artículo 1.875 del Código Civil procede de ese período oscuro que una cierta mala conciencia mantiene en la nebulosa, de las sesiones de la Comisión desde esa fecha hasta el decreto de 6 de octubre autorizando la publicación del Código Civil, o de las veinte celebradas con escasa asistencia de individuos —parece seguro que abandonados de CÁRDENAS, quien defiende el sistema ecléctico—, entre esa fecha de 6 de octubre y el 29 de noviembre, que fueron reformando al ritmo de su publicación un Código aprobado como anexo pero no suscrito por la reina regente —el art. 1.875 vio la luz en la Gaceta de 7 de diciembre—. O incluso pudiera haber sido aquel precepto introducido de contrabando, sin pasar por la Comisión codificadora, como ocurrió nada menos que con los artículos relativos al Registro de la Propiedad al final del Libro II, según decía el vocal DANVILA en la posterior discusión en el Congreso sobre si el Gobierno había o no cumplido la Ley de Bases». En efecto, las revisiones que se introdujeron fueron acordadas por la Sección Civil, y no por el pleno de la Comisión, incluso después de la publicación del Decreto de 6 de octubre de 1888, que ordenaba publicar en la *Gaceta de Madrid* la edición oficial del Código Civil; desde esa fecha, y hasta el 29 de noviembre, como ya se ha señalado, la Sección celebró, tal y como cuenta DANVILA, veinticuatro sesiones dedicadas a corregir e incluso modificar los dos últimos Libros. En este sentido, relata LASSO (vid. LASSO GAITE, *Crónica...*, tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, pág. 566. Vid. también, a estos efectos, BARÓ PAZOS, *La Codificación...*, *op. cit.*, págs. 274 a 280) que, respecto al Libro IV, refunde el Código en el título de XV los títulos de prenda e hipoteca con profundas modificaciones, reduciendo aún más la extensión del título de hipoteca del anteproyecto, si bien dedica al Registro de la Propiedad un título nuevo, el último del Libro II, que no figuraba en el proyecto de Libros I y II de 1882. Se completa el título de la prenda e hipoteca introduciendo la anticresis. Así pues, son nuevos los artículos del Libro IV, 1.858, 1.860, 1.861 y 1.862 sobre prenda e hipoteca y los artículos 1.874 a 1.879 sobre hipoteca. Como hemos visto, OLIVER censura el sistema del

de este período no se encuentran en el archivo de la Comisión General de Codificación (15).

Don BIENVENIDO OLIVER, a la vista del resultado final del Código, se pronuncia en su obra antes citada en los siguientes términos: «Por más que he meditado mucho, no me ha sido posible descubrir el criterio en que se han inspirado los redactores del Código a llevar al mismo las doctrinas de la Ley Hipotecaria (...)» (16). SÁNCHEZ ROMÁN, sin duda uno de los mejores civilistas de la época, tras analizar la nueva regulación acaba concluyendo que el párrafo primero del artículo 1.875 es «más de origen casual que intencional» (17). En nuestros días, CANALS BRAGE, uno de los autores que ha sacado a relucir el tema de la introducción del nuevo artículo, finaliza su estudio al respecto afirmando que no ha encontrado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia ni en la legislación ninguna razón que justificara la quiebra de lo que, a su juicio, era una «meditada progresión histórica» (18). Así pues, no sólo desconocemos el desenvolvimiento de esta historia, sino que ni siquiera parece que se pueda llegar a conocer.

Y, sin embargo, los pocos detalles de los que disponemos son suficientes para que el episodio incremente el interés que su propia oscuridad ya le atribuye. En efecto, hay algo que llama más la atención que la carencia de datos acerca de la introducción de un cambio tan sustancial en una materia indiscutiblemente relevante como es el derecho de hipoteca, y eso es, pre-

Código para la regulación de la hipoteca por falta de unidad en los dispersos preceptos de Derecho Inmobiliario, presentando algunos secundarios y omitiendo otros fundamentales, y en algún caso, modificando la Ley (vid. OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario...*, op. cit., págs. 782 a 786). LASSO refiere las novedades observadas entre los Libros del anteproyecto y la primera edición del Código Civil, «unas veces por supresión de requisitos, otras por adición en los artículos nuevos, favoreciendo, en definitiva, la redacción del Código Civil» (LASSO GAITE, *Crónica...*, tomo IV, vol. 1, op. cit., pág. 566). PEÑA (MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, vol. I, Madrid, 1965) destaca que el resultado de las modificaciones introducidas fue «un texto más condensado y elegante que el del anteproyecto, pero en el que éste aparece siendo el elemento básico y un antecedente inmediato y fundamental, por su significado y contenido».

(15) Faltan las Actas de la Comisión desde la última conservada, de 25 de octubre de 1882. Vid. el exhaustivo seguimiento de las Actas de BARÓ PAZOS, *La Codificación...*, op. cit., pág. 259, nota 231. En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El anteproyecto del Código Civil...*, op. cit.

(16) BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario...*, op. cit., pág. 782.

(17) Vid. FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil e historia general de la legislación española*, tomo III: Derechos de obligaciones, Madrid, 1888-89, pág. 870.

(18) Vid. CANALS BRAGE, *El valor de la inscripción...*, cit., pág. 328.

cisamente, lo que sí conocemos, el momento definitivo del cambio, es decir, el final de esta historia.

Vayamos de nuevo a la conclusión. Por mandato del Real Decreto de 6 de octubre de 1888, se ordena publicar en la *Gaceta de Madrid* la primera edición oficial del Código Civil (19). Iniciada la publicación el 9 de ese mismo mes, el 7 de diciembre le llega el turno al artícu-

(19) Comunicada a las Cámaras esta publicación, empieza a deliberarse sobre si el Gobierno había o no cumplido con los términos que le imponía la Ley de Bases. Mientras tanto, puesto que estaba muy cercano el plazo de sesenta días (contados desde que se comunicó a las Cortes su publicación) para que empezara a regir como Ley el Código Civil, éste es prorrogado hasta el 1 de mayo de 1889, por Real Decreto de 11 de febrero de 1889. En la deliberación parlamentaria en las Cámaras se hicieron numerosas críticas contra el Código Civil. Resultado de estos debates fue que la propuesta hecha por representantes de los dos cuerpos colegisladores de hacer una edición corregida del Código Civil fuera aceptada por el Gobierno. Así, por Ley de 26 de mayo de 1889, se ordena que el Gobierno haga «una edición del Código Civil con las enmiendas y adiciones que, a juicio de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación sean necesarias o convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos cuerpos colegisladores» dentro del plazo máximo de dos meses. La Comisión hace las reformas que cree oportunas en el texto, y el 24 de julio de 1889 se promulga la nueva y definitiva edición del Código Civil (vid. *Gacetas* del 25 de julio al 27 de julio de 1889. La primera edición del Código Civil, pues, se aplicó desde el 1 de mayo al 27 de julio de 1889, y la revisada, desde el 27 de julio hasta la actualidad. Vid., a este respecto, LASSO GAITE, *Crónica...*, tomo IV, vol. 1, *op. cit.*, pág. 626; BARÓ PAZOS, *La Codificación...*, *op. cit.*, págs. 280 a 284, o FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte general*, tomo I, Madrid, 1949, pág. 198). No obstante, como hemos expuesto, el artículo 1.875 ya aparecía en la primera edición del Código Civil tal y como se encuentra en vigor en la actualidad. A estos efectos, FALCÓN, que hace un estudio comparativo de los artículos del Código Civil modificados por la segunda edición, no contempla ninguna clase de modificación sufrida por el artículo 1.875 desde la primera edición. El único artículo que, íntimamente relacionado con éste, sufre alguna alteración es el 1.857, que establecía en la primera edición del Código que «son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1.º Que exista una obligación principal válida (...)» y se modifica el apartado 1.º para venir a decir en la segunda edición: «1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (...)». Este autor, al hablar de la Base 26, afirma que, a su juicio, «el crédito territorial, a pesar de la Base, fue pasado por ojo en el Código», MODESTO FALCÓN, *Código Civil español, redactado en cumplimiento de la Ley de 11 de mayo de 1888 y publicado a virtud del derecho de autorización concedido al mismo por Real Decreto de 6 de octubre del mismo año*, tomo V, apéndice, Madrid, 1890, pág. 169. Respecto a cómo se han llevado las doctrinas de la Ley Hipotecaria al Código Civil, expone este autor que «nunca lamentaremos bastante el sistema seguido por el Código de dejar fuera de él leyes tan esencialmente civiles como la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro. Por este procedimiento no puede afirmarse con verdad que el Derecho Civil esté codificado todavía. Para estarlo, debería reunir en un solo cuerpo legal toda la legislación civil general de España, y ya vemos por el funesto sistema adoptado que no es así. Una ley exclusivamente civil y de una importancia tan excepcional como la Hipotecaria, vive fuera del Código, y vive con existencia independiente del mismo, como si fuera de un orden distinto» (MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo IV, *op. cit.*, pág. 414).

lo 1.875 (20). Y el cambio ya es irreversible. La inscripción constitutiva ha irrumpido en el panorama de la gran obra legislativa hipotecaria de 1861, «ley de terceros», como todos los juristas recordaban incansablemente en sus escritos. Se produce una llamativa ruptura. Y definitiva.

Destaca, en primer lugar, que el cambio se realice en un Código, en el Civil. Al margen de la reforma queda la anterior Ley Hipotecaria, que hasta la fecha había recogido monopolísticamente lo concerniente al derecho de hipoteca. El Código Civil viene así a alterar toda una trayectoria legislativa ratificada por la inmensa generalidad de una doctrina que veía en la inscripción de la hipoteca un instrumento de oponibilidad exclusivamente contra tercero, pero sin valor entre las partes (21).

Y, en segundo lugar, y derivado de lo anterior, llama la atención la fuerza con que la modificación irrumpe en el terreno del Derecho Hipotecario vigente. Una fuerza legislativa que no sólo altera la regulación anterior, sino que obliga a que todo ese bagaje legislativo se adecúe, un poco más tarde, en 1909, a los nuevos preceptos codificados. Entre ellos al 1.875. Es la misma fuerza codificadora que atraerá hacia sí a la doctrina y que comenzará a convertirla en comentarista de su propia letra. Una fuerza que, en fin, ha hecho que el artículo permanezca, a pesar de todo, codificado e inmutable.

Es en este punto donde merece la pena detenerse y reflexionar, aunque sea muy escuetamente. La falta de información reduce las dimensiones y los planteamientos del trabajo. No se tratará, pues, de explicar ni de dar razones de la introducción de ese artículo, porque el escaso material convertiría las afirmaciones en meras conjeturas y especulaciones sin fundamento, y porque

(20) *Gaceta de Madrid*, núm. 342. Esta primera edición del Código comenzó a publicarse el 9 de octubre de 1888 y finalizó el 8 de diciembre de ese mismo año.

(21) El artículo 146 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1861, que se encontraba en vigor, establecía que «para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública; 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley». En este mismo año de 1882 escriben GALINDO Y DE VERA y DE LA ESCOSURA, manteniendo sin ningún género de dudas la doctrina así establecida desde 1861, que «siendo la hipoteca un derecho real, por fuerza ha de inscribirse para que produzca efectos contra terceros. Si no se inscribe, el contrato valdrá respecto a los dos otorgantes, que dirimirán sus cuestiones con arreglo al Derecho Civil, siendo la inscripción indiferente para su validez y firmeza» (LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo III, Madrid, 1882, pág. 291). Las citas en el mismo sentido a lo largo de estos años son innumerables. Valga por toda la doctrina vigente el *Tratado de legislación hipotecaria y de inscripción del dominio*, Valencia, 1875, pág. 110, del hipotecarista JOAQUÍN MOSCOSO DEL PRADO, quien remite, al hablar de la hipoteca voluntaria, al artículo 146 de la Ley Hipotecaria en vigor, y afirma, sobre los efectos de la inscripción, que los principios fundamentales de ésta son dos: que la inscripción es sólo necesaria con respecto a tercero, y que el tercero, por lo tanto, no puede ser perjudicado más que en virtud de títulos inscritos o de causas que resulten claramente del Registro.

siempre cabría la posibilidad de estimar que realmente se trató de un error, más o menos afortunado; y, sobre todo, porque ello implicaría adentrarse en profundidad en el intrincado mundo de la propiedad y del Derecho Inmobiliario Registral en la España del siglo XIX, algo que desbordaría con creces las expectativas de este estudio.

La misma ausencia de datos no sólo limita la amplitud de los objetivos, sino que además condiciona la manera de abordar también los menos ambiciosos. La carencia de otro tipo de fuentes más adecuadas sobre este aspecto concreto convierte, por ello, a la doctrina coetánea a la aparición del cambio en una de las perspectivas más interesantes al respecto.

Y, pese a todo lo anterior, es este mismo silencio el que pone de relieve lo que más interesa. El momento de cierre de un sistema y la apertura de un régimen hipotecario que resulta ser ya el nuestro. Quizá sin todas las explicaciones, razonamientos y motivaciones deseables a nuestro alcance, pero sí con una realidad: la del artículo 1.875 del Código Civil, la de la inscripción constitutiva de la hipoteca y el peso de la casi totalidad de la doctrina actual, que ha entendido como prácticamente incuestionable un modo de constituir el derecho de hipoteca que hasta un momento anterior, no muy lejano en el tiempo, era concebido precisamente al contrario.

Acudamos, pues, al observatorio privilegiado que los autores de aquel entonces nos proporcionan de ese momento de ruptura, y veamos qué es aquello que el hecho mismo y el contenido de sus observaciones, como detractores o como partidarios, o incluso su silencio, nos permite percibir de ese cambio. Y acerquémonos con la cautela que debe preceder a toda aproximación desde nuestro mundo a uno de sus momentos de fundación, cuando muchos elementos parecen reconocibles pero todavía pertenecen a una realidad ajena. La vuelta a los orígenes quizá siga teniendo algo que decir.

2. EL MARCO DOCTRINAL DE LA INSCRIPCION CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA

2.1. LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA FRENTE A LA SITUACION DE LA PROPIEDAD

El carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca no era en absoluto desconocido en España por aquel entonces. Expone MARGARITA SERNA que, de hecho, la Ley Hipotecaria de 1861 vino a desterrar toda una tradición legislativa que, hasta el siglo XIX, había concebido la inscripción como constitutiva (22). A estos efectos, tal y como hemos visto, el artículo 146 de

(22) En efecto, respecto a la publicidad registral en la Ley Hipotecaria de 1861, MARGARITA SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el Derecho Hipotecario*

la Ley de 8 de febrero de 1861, que se mantuvo tras la reforma a la que en 1869 fue sometido, afirmaba lo siguiente: «*Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero* (23) se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública; 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley».

El artículo, a juicio de esta autora, trataba de dar respuesta a una serie de realidades problemáticas que rodeaban la inscripción hipotecaria. Al parecer, la publicidad de la situación real de las fincas perjudicaba, en primer lugar, a los vendedores de censos, puesto que si sobre el inmueble recaían numerosas cargas, el conocimiento de la existencia de éstas disuadiría a los posibles compradores. Del mismo modo, beneficiaba a aquéllos la clandestinidad de una venta de un censo, que les eximía de pagar alcabalas. Por otra parte, las deficiencias del sistema de publicidad registral suscitaban la desconfianza de los prestamistas, que no se arriesgaban a ofrecer el capital en buenas condiciones por la venta de un censo, cuando existía gran incertidumbre sobre las cargas existentes realmente sobre el inmueble. A todo ello se añadió la creación durante este siglo de un impuesto, denominado «medio por ciento de hipotecas» o «derecho de hipotecas» que gravaba la inscripción de determinados actos sobre la propiedad (24).

La desconfianza general hacia el registro de las hipotecas alimentaba su clandestinidad. La apuesta en 1861 por la publicidad registral requería, según expone SERNA VALLEJO, demostrar los beneficios que de ella se derivaban, demostración que pasaba por desvincular la inscripción de la percepción de cualquier tipo de impuesto y establecer su carácter voluntario, de modo que ésta sólo fuera necesaria en el caso de que se

histórico español, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pág. 451, señala lo siguiente: «En la legislación hipotecaria española se había establecido siempre un plazo para que las partes, antes de su cumplimiento, procedieran al registro de los títulos y, además, se había atribuido carácter constitutivo a la inscripción, de tal manera que, en teoría, ésta era necesaria para que los títulos sujetos a inscripción causaran efectos entre las partes y respecto de terceros. Separándose de esta tradición, la Comisión suprime cualquier tipo de plazo y otorgar a la inscripción el carácter de voluntaria, piénsese en la importancia que tiene esta decisión de la Comisión cuando incluso en las Bases que se habían aprobado en el Congreso en 1858 se preveía el carácter obligatorio de la inscripción (Base 1.ª)». Vid., también, en el mismo sentido, MARGARITA SERNA VALLEJO, «La protección registral de la propiedad: especial referencia a las Resoluciones de la Dirección General del Registro de la Propiedad y a la Doctrina del Tribunal Supremo», en SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORJANO, coords., *Historia de la propiedad en España, siglos XV-XX. Encuentro interdisciplinar*, Salamanca, 3-6 de junio de 1998, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 542.

(23) La cursiva es mía.

(24) Vid. MARGARITA SERNA VALLEJO, *La protección registral...*, cit., págs. 540-542.

pretendiera que el acto jurídico sobre la propiedad pudiera oponerse a terceros (25).

A finales del siglo, y durante la fase final de elaboración del Código Civil, es la de 1861, aun modificada en el 69, la Ley Hipotecaria que se encuentra vigente. Sin embargo, a estas alturas, la regulación que esta Ley ofrecía no acababa de dar respuesta a la que se había convertido en una demanda constante por parte de los hipotecaristas de la época: la pro-

(25) Afirma textualmente la autora que «en esta situación, cuando en el siglo XIX el legislador apuesta decididamente por la institución registral va a ser necesario convencer a los hipotéticos beneficiarios de la publicidad registral de las ventajas derivadas de la misma, para lo que fue indispensable, como finalmente se recoge en el texto de 1861, desvincular la institución registral de la percepción de cualquier tipo de impuesto, establecer el carácter voluntario de la inscripción en la inmensa mayoría de los casos y suprimir, como consecuencia de esto, los plazos dentro de los cuales habría de inscribirse. De este modo, mientras que en la legislación relativa a la publicidad inmobiliaria del antiguo régimen y en alguno de los proyectos del XIX se había establecido un plazo para que las partes, antes de su cumplimiento, procedieran al registro de los títulos y, además, se había otorgado carácter constitutivo a la inscripción, de modo que, en teoría, ésta era necesaria para que los títulos sujetos a inscripción causaran efectos entre las partes y respecto de terceros, en la reforma de 1861 se suprime cualquier tipo de plazo y se otorga a la inscripción carácter voluntario de manera que aquella sólo es necesaria para que los efectos de los actos jurídicos sobre la propiedad afecten a terceros pero no a las partes intervinientes» (MARGARITA SERNA VALLEJO, *La protección registral...*, cit., pág. 542). Así pues, los efectos derivados de la inscripción benefician al que inscribe sus derechos, ya que «los títulos que dejan de inscribirse no perjudican a terceros (art. 23); los títulos inscritos surten sus efectos incluso contra los acreedores singularmente privilegiados (art. 24); los títulos inscritos afectan a terceros desde la fecha de la inscripción (art. 25); las acciones rescisorias y resolutorias no pueden darse contra el tercero que ha inscrito sus derechos, salvo cuando estas acciones deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro de la Propiedad y en los casos de acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, cuando la segunda enajenación haya sido hecha a título gratuito o cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude (arts. 36 y 37). Respecto al impuesto, la inscripción se constituye con el carácter de voluntaria y, por consiguiente, la falta de inscripción y del pago del tributo no puede suponer ya la nulidad del acto o contrato no registrado» (MARGARITA SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria...*, op. cit., págs. 451 y 476). En el mismo sentido, AMORÓS GUARDIOLA estima que la preocupación de los legisladores por la implantación del principio de publicidad de las hipotecas y de especialidad de las mismas impidió que se impusiera el carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria: «(...) parece razonable pensar que en la Ley Hipotecaria no se había llegado a establecer este criterio de la inscripción constitutiva (...) porque los legisladores que introdujeron el nuevo sistema de Registro tuvieron principalmente la preocupación de establecer los principios de publicidad de las hipotecas —para excluir las antiguas hipotecas tácitas— y de especialidad de las mismas —para impedir las hipotecas generales—. Para conseguir la seguridad del tráfico inmobiliario y del crédito territorial inicialmente se pudo pensar que bastaba con la publicidad de la garantía hipotecaria, que estuviera aparente en el Registro, ya que no tenía exteriorización posesoria, aún sin llegar a la inscripción constitutiva, sino meramente de oponibilidad o eficacia frente a terceros como en los demás derechos reales» (MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios...*, cit., págs. 25-26).

liferación del crédito territorial; ni conseguía solucionar lo que estos concebían como el principal y prácticamente único problema del estancamiento del crédito: la falta de inscripción de la propiedad.

Las reivindicaciones que a estos efectos hace en 1888 uno de los juristas del momento sintetizan el parecer de la generalidad de los autores de toda esta última etapa: «La inscripción obligatoria hace ya muchos años que debía haberse implantado sin miramiento de ninguna clase, ni espíritu de escuela, ni otra cosa más que la misma utilidad y conveniencia pública y sin tener que llamar la atención de los poderes públicos para que se estudie ahora una cuestión que ya debía estar antigua en el derecho y en el uso. La Ley parece que se dio para los grandes propietarios; los pequeños, que son la mayoría, como carecen de recursos y la inscripción no es obligatoria directamente, no se apresuran a cumplir un requisito que, después de todo, es voluntario (...). Nos referimos a la riqueza relativa de un país, medida por la base de su crédito territorial. ¿Hay propiedad inscrita? Hay crédito. ¿No hay propiedad inscrita? Entonces no existe más que ruina, usura y calamidad» (26).

(26) ANTONIO RUS, en *La Reforma Legislativa*, *Revista de Legislación, Jurisprudencia y Administración*, 8 de enero de 1888, año XVII, núm. 836. Las citas al respecto en el mismo sentido son numerosas. El 17 de enero de 1886 se publica en *La Reforma Legislativa* un artículo del registrador LUIS GARCÍA ANDREU titulado «Deficiencias hipotecarias», que establecía como base 3.^a de la reforma: «transición (...) la actual legislación hipotecaria entre la formalidad rentística de la antigua Contaduría y la aspiración científica de establecer por la expresión práctica en el Registro el único modo legal de adquirir el dominio y los demás derechos reales en bienes inmuebles; en las proyectadas disgregaciones y agrupaciones del contenido de la ley y reglamento, débese perseguir y proseguir esta tendencia, acentuando la sustantividad de la inscripción, su carácter de Derecho Civil en cuanto lo consientan los moldes a que sobre esta materia se sujeta el Código» (*La Reforma Legislativa...*, cit., 17 de enero de 1886, año XV, núm. 733). Una de las soluciones que se propugnaban para conseguir la inscripción de la propiedad consistía en promover lo que se vino a llamar la «contratación ante el registrador». Al respecto publica VICTORINO SANTAMARÍA (que era el autor de los *Estudios sobre la legislación hipotecaria y notarial. La contratación ante los Registradores de la Propiedad*, Barcelona, 1887) en los primeros meses de 1888 un artículo titulado «La contratación ante los Registradores de la Propiedad» (en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 36, tomo 72, primer semestre, págs. 633, 648 y 652). SANTAMARÍA comienza transcribiendo una afirmación de RUIZ GÓMEZ, preocupado por articular modos para que se inscriba: «La causa principal de hallarse sin inscribir tanta propiedad consiste, sin duda, en haberse verificado su adquisición por contratos privados o sin ningún documento escrito». Basándose SANTAMARÍA en este autor y en GARCÍA ANDREU, a quien hemos citado en un comienzo, propugna la «contratación ante el Registrador». Dice SANTAMARÍA: «Toda la gloria del actual movimiento, ya hoy imponente, acerca de la contratación ante los Registradores de la Propiedad, corresponde a don LUIS GARCÍA ANDREU, actual Registrador de Yecla, y a la sazón en que escribía lo que hemos transcrito (había recogido parte del artículo de GARCÍA ANDREU, en *La reforma legislativa*), de PEGO. A nosotros nos inspiró la idea de escribir nuestra monografía (*Estudios sobre la legislación hipotecaria y notarial. La contratación ante los Registradores de la Propiedad*) lo que el señor GARCÍA ANDREU consignaba en su trabajo referente a que la comparecencia de los interesados en el Registro y la inscripción del derecho real en cuya

Tras el artículo 146 de la Ley Hipotecaria, la siguiente respuesta que obtienen estas demandas será también legislativa, y se contendrá en el artículo 1.875 del Código Civil. El mero hecho de que el carácter de la inscripción de la hipoteca no se modifique desde ese momento nos había permitido calificar, además, esa respuesta como definitiva. Ya sabemos que

transmisión o gravamen convienen con capacidad bastante ante el Registrador, sea a la vez título y modo de adquirir». Prosigue SANTAMARÍA su artículo *La contratación ante los Registradores de la Propiedad*, en otro de los números de la revista afirmando que, «en Prusia, el artículo 5 de la primera ley de 5 de mayo de 1872, afirma que “cualquiera que sea el modo de adquisición, el adquirente no podrá consentir una investidura ni constituir un derecho real sobre inmueble si no ha inscrito antes su derecho en el Libro territorial”»; el artículo 1 también dice que “en caso de enajenación voluntaria, la propiedad de un inmueble no se adquiere sino por virtud de una inscripción en el Libro territorial (...)”. (...) Esta parte de la legislación prusiana es análoga a la del sistema de sir ROBERT TORRENS (...) y por lo ventajosa que es al crédito territorial, debe procurar implantarse en España, para llegar a lo cual debemos proseguir en el camino de la sustantividad de la ley, pues hacia la misma se dirige. Es aceptado como axiomático, con referencia a la legislación hipotecaria, el principio de que por la inscripción, no por la tradición, se adquiere el dominio de los inmuebles y derechos reales. El Tribunal Supremo (...) marcha hacia la sustantividad de la misma, concediendo a la inscripción efectos indudables en crédito del dominio y posesión de la finca a favor del que la tiene inscrita como suya en el Registro, dando a esta posesión y dominio efectos coercitivos ante los tribunales, contra el que no ostenta título inscrito» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1888, tomo 73, 2.º semestre, págs. 10 a 15). El 22 de julio de 1888 publica la revista *La Reforma Legislativa*, el artículo «Titulación e inscripción forzosa» (*La Reforma Legislativa...*, cit., 22 de julio de 1888, año XVII, núm. 864). En un momento del artículo se dice que «ahora que el proyecto de ley de 1 de enero del año pasado, presentado al Senado por el excelentísimo señor ministro de Gracia y Justicia, sobre reformas de algunos artículos de la Ley Hipotecaria, que parece que la Comisión nombrada para dar dictamen sobre él piensa aprovechar la ocasión para proponer alguna medida que abra a la propiedad de poco valor las puertas del Registro, cerradas hasta ahora para ella por los gastos relativamente cuantiosos que son necesarios para ponerla en condición de acogerse al seguro de la inscripción (...) puesto que ya es generalmente conocido que a dicho Registro sólo llega para inscribirse una pequeña parte de la propiedad que se transmite, sin que ésta sea sólo la de pequeño valor». La revista *La Reforma Legislativa* publica el 22 de septiembre de 1889 el discurso leído por el excelentísimo señor don JOSÉ CANALEJAS Y MÉNDEZ, ministro de Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los tribunales celebrada el 16 de septiembre de 1889. Apunta CANALEJAS en su discurso lo siguiente: «Con buen acuerdo remitieron los autores del Código a la Ley Hipotecaria la forma y efectos de las inscripciones de actos y contratos relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad. Materia tan importante (...) asociada en parte no pequeña a la política financiera y en cuyo régimen buscamos mucho remedio o alivio a la crisis de la propiedad rústica y urbana, no es susceptible de reformas parciales, y la total que exige debe asentarse sobre bases que importa ir cimentando con materiales acopiados por organismos administrativos, cuyo concierto no era fácil para realizarlo bajo el apremio de la general impaciencia con que se esperaba la publicación del Código Civil. El docto publicista que dirigía el Ministerio de Gracia y Justicia en 1883 expuso ante vosotros las múltiples consideraciones que explican el desvío de muchos propietarios hacia el régimen y su excesiva y peligrosa afición a utilizar las facilidades que les brindan las informaciones posesorias:

no disponemos de documentación en la que se justifique el cambio. Por ello seguimos hablando de un cambio, en su sentido más literal, injustificado.

De ahí que resulte muy ilustrativo atender a lo que los juristas puedan decirnos de algunas de las concepciones que se aceptaban en ese momento de cierre; o, en otros términos, acudir a lo que la doctrina que se lleva a ese

para aplaudirlas, tan sólo hago más aquellas sintéticas y persuasivas razones aducidas por el señor ROMERO GIRÓN al explicar por qué deficiencias legales no se han podido aclimatar y generalizar en las comarcas agrícolas un sistema de institución de crédito territorial, y sigue en tan precario estado la pequeña propiedad, presa obligada de la usura del prestamista o de la codicia del rico propietario». La preocupación por el crédito agrícola ya era y sigue siendo, con una importancia creciente, muy notable. Así, en la Gaceta de 26 de agosto de 1888, se publica la convocatoria de un concurso organizado por el Ministerio de Fomento sobre el crédito agrícola en España. El mismo año publica, por ejemplo, la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 36, tomo 72, primer semestre, págs. 331 a 448, «El crédito agrícola», de MONTERO RÍOS. EUSEBIO ROLDÁN publica en 1891 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 39, tomo 79, pág. 105, un artículo titulado «Crédito agrícola», en el que afirma que debe crearse el crédito agrícola, que no se había logrado en veintiocho años, entre otras causas porque la inscripción no es obligatoria. «La inscripción debe ser obligatoria porque no hay iniciativa privada; ha pasado más de medio siglo, y sólo lo que hace falta en el momento se inscribe; aquello de que no hay que echar mano continúa y continuará sin venir al Registro». Un poco después, escribe BUENAVENTURA AGULLÓ Y PRATS, *El crédito territorial. Tratado científico-legal de la legislación hipotecaria de España*, Barcelona, 1892 (este mismo autor publicaría en 1896 su obra *Sistemas hipotecarios*). La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* publica en 1893 el discurso leído por el ministro de Gracia y Justicia, TRINITARIO RUIZ CAPDEPÓN, en la solemne apertura de los tribunales el 15 de septiembre de 1893. El discurso lleva por título «Reformas que exige el Estado de nuestra legislación penal, hipotecaria y notarial y penitenciaria, y organización judicial»; respecto a los problemas hipotecarios, señala el ministro el hecho de tener un verdadero catastro como la «gran deficiencia que ya notaron dos de mis ilustres predecesores, señores ROMERO GIRÓN y CANALEJAS (...)». Mientras se carezca de él, serán estériles e infructuosas cuantas reformas se intenten para acallar aquellas censuras y, desde luego, será preciso renunciar al pensamiento tan seductor de movilizar el crédito territorial mediante la emisión por el propietario de cédulas hipotecarias para transmitir las por endoso al portador, fundándose en la admirable teoría de la hipoteca independiente o sustantiva, que con tan excelentes resultados existe en Prusia, y cuya legislación sirvió, hace más de treinta años, de tipo o patrón a nuestra Ley Hipotecaria. Por eso, entiendo que debe completarse ésta de acuerdo y en armonía con la legislación modelo, en vez de derogarla, como algunos pretenden, y sustituirla por el sistema australiano, conocido también con el nombre de Acta TORRENS, el cual, prescindiendo de los grandes inconvenientes que ofrece en algunos puntos, exige necesariamente la formación previa de un catastro de la propiedad territorial» (en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1893, año 41, tomo 83, págs. 211 y sigs.). Ya en 1895, en *Observaciones al proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de la Península*, mantiene MORELL lo siguiente: «(...) El sistema escogido por la Ley de 1861, muy bueno en teoría, muy científico, no produce resultados en la práctica (...) y es claro; nuestro sistema hipotecario es un sistema de excepción, y como tal, en circunstancias normales, para nada sirve. La necesidad de inscripción no se siente; la utilidad no se ve ni se aprecia en las relaciones normales de la vida (...)» (en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1895, año 43, tomo 86, pág. 82).

artículo quizá nos pueda revelar de la clausura de toda la etapa anterior. En este caso surgiría una dificultad: ¿a qué doctrina debemos referirnos?

2.2. LA PRESENCIA DE AZCÁRATE EN LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 1.875 DEL CÓDIGO CIVIL

No se han encontrado escritos previos al artículo definitivo del Código que justifiquen el cambio de rumbo que respecto a la inscripción hipotecaria éste representa; no obstante, nos disponemos a traer a colación un pequeño episodio, que no pasaría de ser pura anécdota si no fuera porque nos aporta un dato que no hemos podido conocer por otros medios: quién intervino en la elaboración del artículo 1.875 del Código Civil.

Vayamos al 26 de mayo de 1909. Veinte años después de la promulgación del Código, se está debatiendo en el Senado la totalidad de un proyecto de ley de reforma de la Ley Hipotecaria, entonces vigente, para adaptarla al Código Civil. Este debate nos interesará en un momento posterior por otros aspectos. Ahora sólo nos importa un pequeño detalle de la intervención de uno de los senadores, de SÁNCHEZ ROMÁN, quien, hablando de la sustancialidad de algunas de las reformas hechas por el Código Civil en la Ley Hipotecaria, afirma lo siguiente: «El Código Civil ha hecho modificaciones en la Ley Hipotecaria y ha dejado subsistente en ésta aquello en que la modifica. Para que vea la Comisión que no se trata de una imaginación visionaria, citaré un caso, porque los hay tan fundamentales como, por ejemplo, el del artículo 1.875, *que vino a variar el concepto de la hipoteca, y lo hizo, por cierto, en compañía de persona muy querida para el señor Alvarez Guijarro y muy perita en Derecho*, de quien recibí el honor de que aceptara una indicación mía en un trabajo profesional. Ya sabe S. S. a quién me refiero (27). Digo esto para que sirva de prenda de que no digo una cosa que no tenga el contraste de esta garantía de verdad» (28).

(27) Está aludiendo aquí a ALVAREZ GUIJARRO. La cursiva es mía.

(28) Vid. intervención del señor SÁNCHEZ ROMÁN en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria. Interpretación auténtica de la Ley de 21 de abril de 1909*, tomo I, Madrid, 1909, págs. 157 y 158. En la edición más frecuentemente consultada de estos debates, la de las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1989, tomo II, vol. 1, págs. 311 y sigs., se pueden leer las siguientes palabras de SÁNCHEZ ROMÁN, respecto a la misma intervención a la que nos estamos refiriendo: «(...) el Código Civil ha hecho modificaciones en la Ley Hipotecaria y ha dejado subsistente en esta materia aquello en que no la modifica. Para que vea la Comisión que no se trata de una suposición gratuita, citaré un caso, porque los hay tan fundamentales como, por ejemplo, el del artículo 1.875, *que vino a citar el concepto de la hipoteca*». No se recoge ninguna de las frases que hemos transcrito en la parte superior dirigidas a ALVAREZ GUIJARRO. Lo que

La mención a esta «persona perita en Derecho» que intervino en la «variación del concepto de la hipoteca» no acaba aquí. En una réplica de ALVAREZ GUIJARRO, al que SÁNCHEZ ROMÁN había hecho alusión, aquél le dirige a este último las siguientes palabras: «Hay otra persona a quien S. S. aludía la otra tarde (29), a la cual me unen lazos fraternales de cariño y de consideración, y esa persona, estimada en mucho por S. S., hasta el punto que yo no creo que S. S. desdeñe la lectura de sus obras, en un libro que publicó hace lo menos veinte años, suspiraba por la introducción de este precepto (30) en la institución hipotecaria española» (31).

La autoridad del argumento se revela definitivamente en una intervención posterior de SÁNCHEZ ROMÁN dirigida, de nuevo, a ALVAREZ GUIJARRO: «Aludía S. S. (...) al libro del señor Azcárate sobre la historia del derecho de propiedad (...)» (32).

Tenemos un nombre. El nombre del o al menos de uno de los intervinientes en la elaboración del artículo 1.875 del Código Civil. Don GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ (33), jurista autor de numerosas obras y escritos y, entre ellos, de su famoso *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad* en tres tomos, publicados, respectivamente, en 1879, 1880 y 1883.

El episodio, meras referencias colaterales en un debate del calado del que se estaba manteniendo, ha resultado verdaderamente revelador. Ha desvelado, en efecto, la presencia de AZCÁRATE en la elaboración del artículo 1.875

se pretende poner de manifiesto es que hay una diferencia muy sustancial a nuestros efectos entre ambas ediciones. La versión de la *Reforma de la legislación hipotecaria. Interpretación auténtica de la Ley de 21 de abril de 1909*, pese a tratarse de una edición no oficial de los debates parlamentarios, aporta más datos interesantes para el objeto de este estudio que la moderna edición. La cursiva es mía.

(29) En el discurso de SÁNCHEZ ROMÁN sólo se hace alusión a la «persona» a la que nos estamos refiriendo, a ninguna otra; de tal manera que la referencia que ALVAREZ GUIJARRO no puede sino referirse a ésta misma.

(30) El debate giraba en torno a los artículos 12 y 13 del citado proyecto de ley de reforma que se estaba discutiendo.

(31) Vid. intervención del señor ALVAREZ GUIJARRO, en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, op. cit., pág. 177.

(32) Vid. intervención del señor SÁNCHEZ ROMÁN, en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, op. cit., pág. 204. La cursiva es mía.

(33) Añadamos una mera curiosidad. El senador Alvarez Guijarro habla de Azcárate como de alguien a quien le unían «lazos fraternales de cariño y consideración» y, posteriormente, se refiere a él como a su «hermano» (vid., intervención del señor Alvarez Guijarro, en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, op. cit., pág. 211); y, en efecto, entre ellos existía un vínculo familiar, puesto que éste se había casado en segundas nupcias con la hermana de aquél, M.^a Benita Alvarez y Guijarro, en 1882, habiendo fallecido ésta veinte años después. Respecto a la biografía de Azcárate y su trayectoria profesional, vid. CARLOS VATTIER FUENZALIDA, *Gumersindo de Azcárate y la renovación de la ciencia del derecho en el siglo XIX*, Seminario Jerónimo González, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998.

del Código. El hecho de que a este precepto se llevaran las doctrinas de AZCÁRATE nos dice, por de pronto, dos cosas: que los redactores del Código consideraron oportuno aceptar su pensamiento en la medida en que lo compartían; y que en su teoría deben encontrarse elementos suficientes que sean congruentes con la sustantividad que se le otorga a la inscripción. Y nos conduce a una primordial: a saber en qué consistía en este punto el pensamiento de AZCÁRATE.

2.3. AZCÁRATE FRENTE A LA INSCRIPCIÓN: TEORÍA Y PRINCIPIOS

La obra de AZCÁRATE es muy extensa. Gran jurista de su época, abarcó numerosos campos de estudio, pero parte de él lo dedicó a la propiedad y al registro. El *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*, ya citado, es probablemente, la obra más gráfica y completa a nuestros efectos. Su contenido es harto conocido y el tratamiento que al derecho de propiedad le da su autor muy amplio; sin embargo, aquí nos interesa retomar algunas ideas que, aun sabidas, se encuentran presentes, expresa o implícitamente, a lo largo de ese ensayo. Ideas que eran compartidas en el momento de aceptar su participación en la elaboración del Código y que debían existir en los redactores de los libros II y III, «sobre la propiedad».

Debemos comenzar para ello enmarcando el planteamiento de este autor, para quien la propiedad de «los tiempos actuales» es obra clara de la revolución liberal (34). Es ahí donde AZCÁRATE considera que están viviendo, en el producto revolucionario. La revolución produce un corte radical y marca un antes y un después en el terreno de la propiedad: a los privilegios, la vinculación y la amortización de «los tiempos primitivos» (35), la revolución opone «los principios de igualdad cristiana en cuanto al derecho de la

(34) Azcárate se está refiriendo a las medidas liberales que comienzan a adoptarse por las Cortes de Cádiz y que acaban desembocando en la Constitución de 1812. A partir de ahí, entiende que de un modo progresivo y a lo largo de todo el siglo se han ido llevando a cabo «de un modo completo y definitivo la desamortización civil y eclesiástica, la desvinculación de los bienes amayorazgados y la destrucción de los vestigios que quedaban del régimen feudal» (GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo I, pág. 343).

(35) Respecto al estado de la propiedad en España a finales del antiguo régimen y tras la revolución liberal, vid., entre otras muchas, la célebre obra de FRANCISCO DE CÁRDENAS y ESPEJO, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Madrid, probablemente de 1873; PEDRO RUIZ TORRES, «Señorío y propiedad en la crisis del antiguo régimen», en *Historia de la propiedad...*, op. cit., págs. 329-347; en la misma obra, ALBERTO MARCOS MARTÍN, «Estructuras de la propiedad en la época moderna: evolución y variantes peninsulares», págs. 113-162; MARIANO PESET, «Derecho y propiedad en la España liberal», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núms. 5-6 (1976-1977), págs. 509-548; id. «Dos ensayos sobre la

personalidad, y los del dominio absoluto y unitario de Roma en cuanto al derecho de propiedad» (36).

La enunciación de estos principios, igualdad y dominio absoluto y unitario resultan, no por asumidos, menos reveladores del entramado teórico que sustenta la propiedad en este momento. Atendamos primero al último de ellos, al dominio. Y reparemos precisamente en el término que AZCÁRATE emplea. Dominio y no dominios. No puede ser de otra manera si es absoluto. Y unitario. Esto es algo que se entiende y se comprende en este momento. Pero contrasta con una realidad no tan pretérita. Con la de los dominios, en plural. En una cultura prerrevolucionaria, previa a una cultura revolucionaria «constituyente de ordenamiento», hay una pluralidad de dominios jerarquizados respecto a las cosas, respecto a la misma cosa. No había un derecho de propiedad sobre las cosas, sino derechos concurrentes, propiedades (37).

historia de la propiedad de la tierra», Madrid, 1988; *id.* «Propiedad y crédito agrario», en CARLOS PETIT, coord., *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, 1990, págs. 157-185; BARTOLOMÉ CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1699-1836*, Madrid, 1989; FERNANDO MARTÍNEZ, MARTA LORENTE, REINALDO LÓPEZ, «Amparos posesorios y presentación de títulos. La abolición del señorío jurisdiccional Casa-Aranda Hija (1811-1854)», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVII (1997), II, págs. 1449-1466.

(36) «(...) Fue negativa, esencialmente negativa, la solución dada al problema de entonces. Se repararon injusticias y se removieron obstáculos creados por la ley y acumulados por el tiempo; pero dejando en cierto modo intacto el fondo sobre el que se asentaba todo cuanto se quería destruir. Se *desvinculó* la propiedad de la nobleza, y se *desamortizó* la de la Iglesia; pero no se creó un nuevo derecho de bienes, sino que se redujo todo a someter aquella en masa al derecho común, como lo está mostrando la misma construcción gramatical de las dos palabras que sintetizaban las aspiraciones de aquellos tiempos: *des-vinculación*, *des-amortización*. Por esta razón juegan tan importante papel en las reformas de esa revolución elementos puramente tradicionales, cuales son: los principios de igualdad cristiana en cuanto al derecho de la personalidad, y los del dominio absoluto y unitario de Roma en cuanto al derecho de propiedad (...). Había, es verdad, un partido y una clase que tenazmente se oponían a las reformas; pero enfrente estaban todas las demás con un sentido unánime y con una bandera común, en la que se leía un lema por todos aceptado: *abolición de los privilegios*, *desvinculación*, *desamortización*. Así las instituciones antiguas cayeron a impulsos de un esfuerzo verdaderamente social, fruto de convicciones universales y de sentimientos profundamente arraigados en el corazón de los pueblos, de donde resultaba que las aspiraciones generales tenían un objetivo fijo y preciso» (vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, *op. cit.*, tomo II, págs. 381-382. La cursiva es suya).

(37) «(...) Antes de la revolución no había propiedad, sino, si acaso, *propiedades*, una pluralidad entonces especialmente significativa. (...) En la cultura europea preconstitucional, en una cultura prerrevolucionaria constituyente de ordenamiento, regía efectivamente, no un derecho de propiedad sobre las cosas, sino unos derechos concurrentes por división jerarquizada de dominios respecto a ellas, pudiendo esencialmente distinguirse un *dominium directum*, dominio directo o superior, dominio *derecho* o propio, y un *dominium utile*, dominio útil o inferior, dominio impropio, pero ambos así dominios, ambos derechos dominicales en cosa propia con toda la panoplia de garantía

Sin embargo, para AZCÁRATE no cabe duda. El término «dominio» expresa las relaciones jurídicas «incluidas en el total concepto de propiedad». El dominio, en singular, es «la plenitud de los derechos particulares que constituyen e integran la propiedad» (38). Ya no hay propiedades. La propiedad es un concepto pleno, un concepto «total». Y el dominio, en singular, ha absorbido a su plural. El dominio es ahora absoluto. Y unitario. Un dominio absoluto y unitario que corresponde, congruentemente, a un propietario exclusivo.

Es la libertad el principio inspirador de toda esta revolución. La misma libertad que libera, a su vez, a los sujetos de antiguas pertenencias y los convierte en individuos, iguales entre sí en individualidad y en libertad, es la que libera la propiedad de todas sus antiguas cargas y dominios y la convierte en absoluta e individual. El dominio individual y absoluto de un individuo libre y propietario. AZCÁRATE lo expresa en estos claros términos: «Hacer la propiedad tan libre como el hombre, suprimir las cargas que la gravaban o hacerlas redimibles, concluir con la tradicional división del dominio en directo y útil, borrar casi todas las consecuencias que todavía quedaban en pie de la copropiedad de la familia, dividir el suelo y hacerle enajenable y transmisible casi como una mercancía, en una palabra, hacer el dominio *libre e individual*, tal fue el propósito realizado por la revolución» (39).

La afirmación sobre el dominio es categórica. No obstante, no parece que pudiera haber sido de otra manera. La voluntad revolucionaria de la que AZCÁRATE habla no puede elegir, debe ser radical. Una vez que decide enarbolar la «bandera común» de la «abolición de los privilegios, desvinculación, desamortización» de las «instituciones antiguas» del régimen feudal (40), no puede sino eliminar esos fundamentos, suprimirlos definitivamente en aras de un nuevo orden. Y cualquier manifestación de propiedad

y defensa que la clasificación de dominio implicaba. *Dominium* era el término significativo, y no *proprietas*, que también de tiempo existía. Propiedad significaba mera pertenencia, una idea de atribución que podía venir a reforzar, pero no a especificar ni cualificar, el dominio, ya el directo o superior, ya también el útil o inferior. Y *proprietas* podía particularmente predicarse de la parte más precisada al efecto, la que no entrañaba tenencia física, la del dominio dicho directo, el principal originalmente» (vid. BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR, «Propiedades y propiedad, 1789: el derecho dominical en el momento revolucionario», en *Historia de la propiedad en España...*, op. cit., págs. 250-251. La cursiva es del autor). Respecto a la propiedad en Europa, vid. PAOLO GROSSI, *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona 1986, e id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992.

(38) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, tomo I, Madrid, 1879, págs. 126-127.

(39) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo II, pág. 383. La cursiva es del autor.

(40) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo II, págs. 381-382.

colectiva en cualquiera de sus formas no tiene más opción que sucumbir ante el individualismo de una propiedad posrevolucionaria ahora excluyente y exclusiva (41). La del dominio absoluto y unitario.

Aferrado a este dominio se encuentra el primero de los principios que AZCÁRATE cita como oposición revolucionaria al régimen feudal: la igualdad (42). Se trata de una igualdad que se da en el orden privado, en el de la personalidad. Es una igualdad entre individuos liberados. Pero es una igualdad entre individuos que pertenecen a una esfera concreta, a la de la propiedad. La igualdad de la que habla AZCÁRATE lo es porque la propiedad posrevolucionaria ahora «alcanza a todos, y no es como en pasados tiempos el privilegio de unos pocos». En eso consiste esta igualdad: en el «posible acceso de todos a la propiedad». Esta es la igualdad de AZCÁRATE. Es la igualdad entre propietarios, la igualdad en la propiedad.

La igualdad de propietarios es la derivación lógica de un dominio unitario y absoluto. Habla AZCÁRATE de unidad: de «unidad de derecho, de unidad de bienes, de unidad de dominio». Una unidad que inevitablemente individualiza al propietario exclusivo, ahora ya propietarios exclusivos de dominios unitarios. La igualdad en los dominios iguala a sus propietarios. Y les proporciona iguales garantías en la propiedad a todos ellos. Con razón afirma AZCÁRATE: «Inspirada la revolución en el principio de libertad, y de aquí la consagración de la personalidad en la esfera de la propiedad, que eso significa en sustancia su obra en este orden, puede decirse que de aquélla ha ido a la igualdad por la unidad: unidad de derecho, unidad de bienes, unidad de dominio, y consiguientemente posible acceso de todos a la propiedad y garantías a todos por igual en ella» (43).

Es precisamente la igualdad en las garantías la dinámica que asegura el funcionamiento de todo el engranaje de la propiedad así diseñada. Una vez que se entra en el terreno de juego de la propiedad, en el que los propietarios individuales juegan con sus dominios absolutos, lo único que puede asegurar ese nuevo orden es el buen funcionamiento de las reglas. De las garantías.

El dominio posrevolucionario individual, liberado, absoluto, unitario, igualitario es, en el caso de AZCÁRATE, la lente a través de la cual se observa toda la historia del derecho de propiedad. Pero, más allá de la lectura que

(41) Vid. Pío CARONI, «La historia de la codificación y la historia del Código», en *Initium*, 5 (2000), págs. 420-421. Respecto a la presencia de propiedades colectivas en España, vid. SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO, coords., *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, II Encuentro Interdisciplinar, Salamanca, 31 de mayo-3 de junio de 2000, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

(42) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 381.

(43) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, *op. cit.*, tomo II, pág. 383.

se le da a un pasado que lo es por preceder a la revolución, lo determinante es la percepción de la propiedad en ese momento que estos principios configuran en el autor. Después de la supremacía, y más que supremacía, unicidad de estos principios revolucionarios parece que, al menos teóricamente, la realidad de la propiedad debe ser y no pueden dejar tal y como AZCÁRATE la percibe. Las consecuencias de todo ello en el terreno que nos concierne serán trascendentales.

Comencemos con una idea, muy reiterada, de este jurista: la distinción entre derecho real y derecho personal. Para él la diferencia no radica en que en el primer caso se establezca una relación entre el individuo y una cosa y en el segundo entre un individuo y otro individuo, ya que «la relación jurídica es siempre entre personas, entre dos sujetos, uno activo y otro pasivo, y el objeto de la relación jurídica es siempre una condición que consiste en un acto, en un hecho, en una prestación, la cual puede estar o no incorporada a un objeto. *La diferencia procede de que en unos casos el sujeto pasivo es una persona determinada, mientras que en el otro lo son todas*» (44).

Atendamos a lo que aquí se asevera. AZCÁRATE insiste en resaltar lo que él considera el dato fundamental para comprender los derechos *in re*, los

(44) La cursiva es mía. Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo I, pág. 119. Esta misma idea era compartida por autores como MANUEL CALDERÓN de quien, el 17 de marzo de 1889, en *La Reforma Legislativa* (año XVIII, núm. 898, pág. 81), aparece un artículo titulado «El Código Civil y el Registro», en el que se puede leer lo siguiente: «Al anunciarse la publicación del proyecto del Código Civil, era grande nuestra curiosidad por conocer el sistema que establecería en cuanto a los efectos de la inscripción, y no pudo ser mayor nuestro desencanto cuando nos enteramos del artículo 606, que reduce los efectos de aquélla a los terceros; en una palabra: que siguen los principios que informan la Ley Hipotecaria actual. Nada más contrario a la razón y a la conveniencia social que la inscripción voluntaria, y reducir los efectos de la misma a terceros. Tiene su origen ese sistema en una noción falsa (...). El fundamento de la inscripción no es la utilidad, no es el crédito territorial, errores que han traído como consecuencia limitar los efectos de aquélla a los terceros. El fundamento de la inscripción está en la naturaleza de las cosas, en un principio racional, en un principio de estricta justicia. Por tanto, si la inscripción está exigida por la naturaleza de los derechos que publica, no deben limitarse sus efectos a los terceros; debe exigirse como circunstancia previa y necesaria para la existencia de un derecho real (derecho absoluto, todos deben respetarlos, se hacen efectivos contra cualquier miembro de la sociedad, justo es que todos puedan conocerlos)». El mismo autor, MANUEL CALDERÓN, sostiene en «El Código Civil y la transmisión del dominio» que «por más que el Tribunal Supremo haya adoptado la jurisprudencia contraria, la inscripción es un verdadero modo de adquirir, cuando menos en ciertos casos, lo mismo según el derecho vigente que según el Código. Según expresa la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria, la inscripción suple la falta de tradición al efecto de transmitir el dominio, y una cosa análoga dispone el artículo 1.473.2 del Código. Que en muchos casos la inscripción no es más que un medio de publicar en cuanto a tercero un derecho real anteriormente constituido, es indudable; pero de esto a afirmar que nunca es modo de adquirir, hay mucha diferencia. Cuando la voluntad de dos personas tiene por objeto crear una obligación que sólo afecta a las mismas, enhorabuena que esa voluntad sea

derechos reales: que el sujeto pasivo de esa relación jurídica de la que deriva son todas las personas. Pero hay un concepto previo esencial en el que se sustenta esta afirmación, y es el principio de igualdad. La igualdad en la personalidad de la que hablaba AZCÁRATE. Igualdad que iguala en la propiedad y que produce igualdad entre propietarios. Esa igualdad es la que les atribuye la igual condición a todos de sujetos pasivos de una relación que les afecta a todos por igual. Porque es una garantía de igualdad y de libertad que todos, por tener la misma consideración, participen en los derechos constituidos sobre la propiedad de otro igual.

Participación de todos como sujetos pasivos en su condición de iguales porque todos deben reconocer, respetar y ante todos debe hacerse prevalecer una propiedad y sus circunstancias, que, para que requiera tal protección, no puede sino entenderse como unificada y absoluta. Sólo la propiedad concedida como absoluta puede hacerse prevalecer frente a todos. Contra todos los demás, iguales propietarios exclusivos. Protección absoluta frente a todos es lo que sólo puede exigir el propietario exclusivo de una propiedad absoluta.

Los principios posrevolucionarios parecen tener plena vigencia y coherencia en el pensamiento de AZCÁRATE. Una coherencia que se va desenvolviendo concatenadamente a medida que desarrolla el contenido de los derechos *in re*, entre los que el derecho de hipoteca se encuentra.

En efecto, el dominio absoluto es el que debe hacerse prevalecer frente a todos. Prevalencia que exige reconocimiento y respeto, algo que no puede darse sin un elemento previo fundamental: el conocimiento de la existencia del derecho. «Es una necesidad del derecho de propiedad el que todos le reconozcan y el que prevalezca contra todos, en una palabra, que sea un derecho absoluto»; por ello, «la propiedad no puede quedar en la sombra como la obligación, compromiso puramente personal, porque siendo un derecho absoluto debe ser conocido por todos para que por todos sea respetado», afirmaba LABOULAYE, a quien AZCÁRATE cita (45).

suficiente; pero si la voluntad tiene por objeto crear un derecho real que la sociedad entera debe acatar como tal, no puede admitirse su existencia mientras esa misma sociedad interesada no haya concurrido a la creación del derecho que le afecta por medio de un acto auténtico, y mientras el derecho no se publique de modo que pueda llegar al conocimiento de todos los ciudadanos». Continúa diciendo CALDERÓN que «el Código, en la transmisión del dominio de los inmuebles, hace una amalgama de todos los sistemas conocidos: une el principio de la publicidad por medio del Registro con la publicidad rudimentaria, por medio de la tradición y con la nuda voluntad. En esta amalgama no hay un criterio científico ni un fin práctico. Constituye ese sistema un retroceso evidente en relación al derecho derogado, y con seguridad dará lugar a muchas dudas y litigios» (*La Reforma Legislativa*, 30 de junio de 1889, año XVIII, núm. 914, págs. 211 y 913).

(45) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo I, pág. 116.

El conocimiento se convierte en un elemento sustancial. No podía ser de otra manera. Sin él no puede constituirse al resto de las personas como sujetos pasivos, ni puede exigírseles respeto a un derecho, ni puede hablarse de derecho como absoluto, por que no lo es si no es frente a todos. El hecho de dar a conocer es una garantía de igualdad, de salvaguarda de los iguales, de asegurar la igualdad en las reglas de funcionamiento, igualdad de oportunidades de los participantes. «Garantías a todos por igual en la propiedad», aseguraba AZCÁRATE.

Todo nos conduce irremisiblemente a la publicidad y, en consecuencia, al Registro de la Propiedad. Las palabras de AZCÁRATE no pueden ser más gráficas: «Esta publicidad, base hoy del régimen hipotecario que se lleva a cabo por medio del Registro de la Propiedad, nació de la circunstancia que antes hemos notado, esto es, de que la razón primera y fundamental de la distinción entre los derechos *in re* y *ad rem*, es la de ser en los unos el sujeto pasivo una persona determinada, y serlo, en los otros, todos; y para que todos respeten ese derecho, se hace precisa la publicidad del mismo, mientras que no hay semejante necesidad en el otro caso» (46).

El Registro de la Propiedad proporciona la publicidad necesaria para garantizar la seguridad de las operaciones de unos propietarios exclusivos. Por un lado, la publicidad se presenta como el elemento consustancial a la realidad del derecho real; lo que afecta a la propiedad posrevolucionaria no puede seguir siendo fruto de voluntades particulares desiguales y desconocidas. Un dominio absoluto que lo es por oponerse a todos, en condiciones de igualdad, necesita, en definitiva, la garantía de la publicidad que asegure el conocimiento de todos por igual y, en consecuencia, la exigencia de su respeto. Si no no sería absoluto.

De nuevo lo reitera AZCÁRATE al hablar del Registro de la Propiedad en su *Ensayo*: «Si “la propiedad es un derecho inmediato y absoluto que vale respecto y contra todos, y que todos están obligados a respetar”; si en esta relación jurídica el sujeto pasivo no es una persona determinada, sino que

(46) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo I, pág. 123. Esta idea es contundentemente reiterada por Azcárate, no sólo a lo largo de su *Ensayo*, sino con posterioridad en todos los escritos en los que hace referencia al derecho de propiedad. Es el caso de su comentario, bastante tiempo después, a la obra de don BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario español*, publicado en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, tomo XXI (1897) (enciclopedia), págs. 342-346 y 381-383, y tomo XXII (1898), págs. 53-56, 87-94 y 123-128, en el que se puede leer lo siguiente: «Tratándose de los *derechos reales*, del *derecho de propiedad*, al igual que del de la personalidad, en el que tiene aquél su fundamento, se impone la *publicidad*, por la razón de que, respecto de ellos, son sujetos pasivos *todos*, mientras que en los *personales* lo son sólo los *obligados*, y por lo mismo se hace preciso en cuanto a aquéllos un conocimiento que no lo es en cuanto a éstos» (cit. en CARLOS VATIER FUENZALIDA, *Gumersindo de Azcárate y la renovación...*, op. cit., pág. 217). La cursiva es del autor.

lo son todas, por donde para que respeten ese derecho se hace preciso que todos puedan conocerlo, es evidente la necesidad del Registro, de esta institución *formal* y de *garantía*, cuyo fin es hacer público el estado de los bienes inmuebles mediante la inscripción de todos los actos por los cuales se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas referentes a los mismos, para que de este modo cada finca tenga su historia y sepa el que quiere adquirirla, constituir un derecho sobre ella o prestar con la garantía de la misma, que sólo puede perjudicarle cuanto en él consta, esto es, que no hay más dueño que el que figura en el Registro como tal, ni el fundo tiene otros gravámenes que los que resulten allí consignados» (47).

El Registro se alza, por todo ello, como un foro de igualdad. Constituye, de una parte, instrumento de igualdad que él mismo garantiza; pero, de otra parte, genera a su vez igualdad. Acudamos a un derecho real como el de hipoteca, y retomemos lo que un estricto régimen de publicidad de dominios absolutos había dejado atrás: la concurrencia de unos derechos desiguales sobre las cosas derivados de una jerarquía de dominios. Frente a esa realidad, se hace surgir otra nueva, la de la publicidad de la inscripción. Una inscripción en la que se reflejan dominios unificados y absolutos, y donde el resto de los derechos sobre jerarquizados dominios parecen haberse convertido en otros derechos, pero ahora de crédito (48). Y una inscripción en la que se

(47) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo III, pág. 243. La cursiva es suya.

(48) Esta mutación ha sido expuesta en BARTOLOMÉ CLAVERO, «Propiedades y propiedad, 1789: el derecho dominical en el momento revolucionario», en *Historia de la propiedad...*, op. cit., págs. 245-295. La transformación comienza a ponerse de manifiesto con la reivindicación teórica de Sièyes de la propiedad del diezmo eclesiástico a través de la posibilidad de su redención. Afirma a este respecto CLAVERO que «si la renta puede redimirse, su dominio desaparece desde ya, esto es, sin necesidad de que la redención se efectúe. Si ésta cabe, sólo porque quepa, la carga se convierte en un gravamen crediticio, en una especie a lo más de crédito hipotecario, con la eventualidad entonces de que el dominio gravado sea el que resulte en solitario propiedad. El otro derecho, el de crédito, sólo cabe que se conceptúe como propietario desde la posición prerrevolucionaria de las propiedades en plural (...). Las medidas revolucionarias que contemplan dicha posibilidad de redención de rentas o cargas distintas al diezmo eclesiástico no dejan de reflejar dicha transformación de un dominio en crédito y la consiguiente de otro dominio, el gravado, en propiedad, en su derecho ya singular» (págs. 256-257). Redención por la que también abogaba AZCÁRATE en su *Ensayo*: «Para que los [otros propietarios de la vecindad] vivan de sus rentas tiene [el campesino] que cederles una parte del producto de su pequeño patrimonio, y esas rentas son imprescriptibles e irredimibles. Haga lo que quiera, encuentra siempre en su camino a estos incómodos vecinos que le quitan todos los gustos, le estorban su trabajo y le comen sus frutos; y cuando se ha visto libre de ellos, se presentan otros, vestidos de negro, que le toman lo mejor de su cosecha (...). ¿Dónde está aquí la traslación de la propiedad? ¿Quiénes tenían derecho en *cosa ajena*, los campesinos o los señores? Por algo los antiguos juristas denominaron *dominio útil* al de aquéllos, y por algo la historia ha venido reconociéndolo y ampliándolo hasta consolidarlo plenamente en sus manos. Los

refleja un nuevo orden, no ya entre propietarios, porque ahora sólo hay uno, el exclusivo, sino entre acreedores hipotecarios, tratándose, además, de un orden tan aséptico como el temporal. Probablemente por ello tan igualitario.

La publicidad resulta irrefutablemente necesaria para la implantación y funcionamiento de un sistema de propiedad posrevolucionaria. El Registro de la Propiedad se presenta como indiscutiblemente idóneo para ello. De ahí que sea imprescindible potenciar la publicidad en el Registro, y darle, en consecuencia, un valor sustantivo a la inscripción. Acudamos, sin más, a las propias palabras de AZCÁRATE: «Donde [la inscripción no es una mera solemnidad que se añade a otras para hacer constar el consentimiento], como sucede en los países en que la inscripción sólo es necesaria respecto del tercero y en los que se da a aquélla un valor absoluto, haciendo depender de ella la transmisión, responde a la necesidad de hacer esta pública, como lo pide la naturaleza misma del derecho de propiedad, fin que no cumple la tradición, la cual no fue establecida por los romanos con semejante intento.

En suma, la propiedad se transmite por virtud de las obligaciones, por el mero consentimiento, pero como la ley puede y debe exigir más o menos requisitos o solemnidades para la expresión del mismo según la naturaleza de los actos jurídicos en que se presta, impone en éste el otorgamiento de escritura pública o la declaración ante el Juez, o la lectura del título en los Tribunales, o *la inscripción en el Registro, que viene a ser la prueba definitiva e incontestada, además del medio único de dar a la transmisión la publicidad que exige la naturaleza misma del derecho de propiedad, y cuyo carácter se pondrá más de manifiesto cuando todas las legislaciones lo exijan, no sólo para que perjudique a tercero, sino entre los contratantes mismos, cesando ese dualismo admitido por algunos, que tiene el inconveniente de dejar la propiedad en un estado flotante e indeciso*, puesto que el enajenante, mientras no hay inscripción, sigue siendo propietario para el tercero, mientras que no lo es para el comprador, como sucede en Francia tan pronto como se celebra el contrato, o en España desde que se entrega la cosa» (49).

Esto le oímos proclamar a AZCÁRATE acerca de la inscripción en 1883. El deseo de que le sea atribuido un carácter absoluto. Y con este deseo, la clara voluntad de convertir la publicidad en el Registro en el instrumento idóneo de libertad e igualdad para unos individuos propietarios libres e iguales. Todo encaja en la construcción de AZCÁRATE, y la inscripción constitutiva cobra sentido en sus planteamientos.

cultivadores de la tierra de hace cien años no tenían menos derecho que los siervos, los colonos, los censatarios, los beneficiarios y los vasallos de la Edad Media a que se convirtiera la posesión en propiedad» (GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo II, págs. 389-390).

(49) Vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...*, op. cit., tomo III, págs. 67-68. La cursiva es mía.

Decíamos al principio que esta sustantividad de la inscripción no era desconocida en nuestro país. Pero si se había pretendido con anterioridad a la Ley Hipotecaria de 1861, tenía que deberse a otras motivaciones, no se encuadraba dentro de este planteamiento, de la lógica posrevolucionaria en la que ahora se inserta. Esto es lo relevante en este momento: que cuando se piensa en la inscripción constitutiva en estos últimos años del XIX, se piensa en ella tal y como lo hace AZCÁRATE y por los motivos por los que él lo hace. Era una manifestación más de las congruentes exigencias de una nueva concepción de la propiedad. Y, sobre todo, de la voluntad de su consolidación.

También así se daría respuesta a las demandas con las que habíamos abierto este apartado: el crédito territorial y la sustantividad de la inscripción para alcanzarlo. AZCÁRATE ya había puesto de manifiesto este problema muchos años antes de su *Ensayo*. Había ofrecido entonces un pronóstico claro: «No hay crédito donde no hay confianza; no hay confianza donde, en vez de luz y claridad, todo es tinieblas y confusión» (50). Entonces, también, aventuraba respuestas. Quince años después ofrecía su solución: el valor absoluto de la inscripción.

En 1888 la inscripción de la hipoteca había llegado al final de una etapa. Esta era la doctrina que se consideró idónea para clausurar e inaugurar una nueva lógica propietaria, éstas eran las ideas que los legisladores compartían y consideraron adecuadas y oportunas para encuadrar un cambio en una larga trayectoria histórica. A lo largo de todo este planteamiento, aunque muy escueto, AZCÁRATE nos ha dicho muchas cosas. Nos ha hablado de un dominio libre que ya no se concibe como se concebía y de un individuo libre que ya no concibe su condición propietaria como la concebía. Nos habla de principios que encuentran su aplicación real sobre la realidad que se quiere abandonar a favor de un nuevo orden propietario. Nos habla de unas ideas que no sólo no se modificaron y permanecieron, sino que se consolidaron. Pero en especial llama la atención lo que de todo ello se trasluce: que ya no había marcha atrás.

(50) «Parécenos que (...) a nadie cabrá la duda de que sea posible hoy la creación de institución alguna de crédito territorial; falta la base, la condición imprescindible para que estos establecimientos puedan funcionar. No hay crédito donde no hay confianza; no hay confianza donde, en vez de luz y claridad, todo es tinieblas y confusión» (vid. GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Estudios económicos y sociales*, Madrid, 1876, págs. 239-269; en concreto, el fragmento se ha extraído del capítulo «Estudio sobre el crédito territorial en España en 1868», que, bajo el título «Bancos hipotecarios: imposibilidad de establecerlos hoy en España», fue publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en abril de 1868, todo ello citado en CARLOS VATTIER FUENZALIDA, *Gumersindo de Azcárate y la renovación...*, op. cit., pág. 101).

3. EL ARTICULO 1.875 DEL CODIGO CIVIL Y SU APARICION, ACOGIDA Y CONSOLIDACION EN LA CIVILISTICA

3.1. LA APARICIÓN DEL PRECEPTO

La irrupción de la inscripción constitutiva de la hipoteca en la escena legislativa sigue llamando la atención. Sorprende la fuerza con la que se introduce el cambio, fuerza que, a la vez que es capaz de quebrar la trayectoria normativa anterior, le dota de imposición y permanencia. Ciertamente, tal y como acabamos de ver, los legisladores compartían y estaban acogiendo un cúmulo de principios y de ideas teóricas en las que el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca parecía insertarse congruentemente.

Pero, desde otra perspectiva, los comentarios doctrinales del momento denotan por sí mismos la propia rigidez de la implantación del precepto en el panorama hipotecario. En efecto, las opiniones vertidas en uno u otro sentido por parte de los distintos autores que hacen referencia al artículo 1.875 del Código Civil dejan traslucir el vigor del soporte normativo en el que el precepto se inserta, al ceñirse a una nueva regulación y asumirla como una realidad que, aunque para algunos debiera serlo, ya no es fácilmente modificable.

Acudamos, pues, y una vez más, a lo que dicen los juristas; pero en esta ocasión sin adentrarnos en su contenido. Quedémonos en algo más superficial, en el primer estadio, quizá: en el hecho mismo de pronunciarse. Trataremos, así, de asomarnos desde otra de sus vertientes a la irrupción del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca: esta vez desde la fuerza de precepto mostrada a través de los comentarios de los civilistas y, al mismo tiempo, su consecuente reforzamiento, del que sus autores acaban siendo artífices.

3.2. LA ACOGIDA DE LA NOVEDAD

Recién publicada en 1888 la primera edición del Código Civil, comienzan a salir a la luz numerosos estudios civilísticos en una representativa proliferación doctrinal (51). Dando un primer paso en la doctrina coetánea

(51) Hubo numerosas ediciones comentadas del reciente Código Civil, tales como el *Código Civil comentado con los precedentes y referencias a las leyes antiguas y modernas, y comparación de sus doctrinas con los códigos de las demás naciones*, EMILIO FERNÁNDEZ LUIS y FEDERICO SOLER Y CASTELLÓ, publicado por la *Revista de Derecho Internacional*, Madrid, 1888; de los mismos autores y en la misma fecha se empezaron a publicar los cuadernos de su *Derecho Civil moderno, exposición comparada del nuevo Código Civil en sus relaciones con la legislación antigua, legislaciones*

más próxima en el tiempo a la aparición de la inscripción constitutiva, lo primero que nos encontramos es un conjunto de autores que, abordando el tema de las modificaciones introducidas por el Código Civil y, en especial, lo concerniente al Registro de la Propiedad, o no dan noticia del cambio o, sencillamente, no lo perciben como tal (52). La ausencia de noticia está denotando que aquello que hasta ahora hemos presentado como muy notable no tenía que ser indefectiblemente evidente o, más allá de eso, necesariamente concebido como novedad.

forales y Códigos extranjeros, seguida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia; el Código Civil español según la edición oficial que ha de regir desde mayo próximo, MANUEL DE BOFARULL Y PALAU, 1889, que contenía el Código anotado y concordado con la legislación anterior y jurisprudencia y un tratado completo del Código en forma sinóptica; *Código Civil español según la novísima edición oficial anotado y concordado*, MANUEL DE BOFARULL, Madrid, 1888; «Código Civil anotado y concordado con el Derecho vigente a su publicación», por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1889; *El Código Civil según el texto de la edición oficial reformada conforme a la Ley de 26 de mayo de 1889*, ARTURO CORBELLÁ, Tarragona, 1889; *Código Civil redactado según las bases de la Ley de 11 de mayo de 1888, y con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación y en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889*, anotado por el abogado JOSÉ SIDRO Y SURGA, Madrid, 1889; *Código Civil español*, LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, Madrid, 1891; *El Código Civil español según los principios, Códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, GREGORIO BURÓN GARCÍA, Valladolid, 1898-1900; no obstante, destacan por su extensión y mayor amplitud el *Código Civil español redactado por el Gobierno en cumplimiento de la Ley de 11 de mayo de 1888, y publicado a virtud de autorización concedida al mismo por Real Decreto de 6 de octubre del mismo año*, MODESTO FALCÓN, Madrid, 1888; comenzó la obra a editarse en 1888, cuando se publicó el primer tomo; los tres restantes son de 1889, incluido el *Apéndice al Derecho Civil Español, sobre correcciones, enmiendas y adiciones hechas en el mismo en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889*; de 1890 es el último apéndice de la obra. Igualmente, son dignos de mención los *Comentarios al Código Civil español*, JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, con una introducción de FRANCISCO DE CÁRDENAS, publicados por la *Revista de Legislación*; a nuestros efectos nos interesa el tomo XII de esta extensa obra, editado por primera vez en Madrid, 1890.

(52) Es el caso de, por ejemplo, EMILIO BRAVO MOLTÓ quien, en su *Código Civil anotado y comentado* (Madrid, 1888), nada dice acerca del artículo 1.875. Un poco después, en 1889, DOMINGO ALCALDE PRIETO, en su *Introducción al estudio del Derecho Civil español* (Valladolid, 1889, págs. 274 y sigs.), al referirse al Código Civil español y a las principales reformas que éste ha introducido, no hace en general ni junto a lo que a su juicio se trata de «muchos defectos, omisiones y errores del Código» mención alguna a la nueva regulación de la hipoteca. Destaca también la ausencia de comentario acerca del citado artículo del Código por parte de AURELIANO LINARES RIVAS, durante una conferencia celebrada en el Ateneo de Madrid que llevaba por título *Novedades y modificaciones que introduce en nuestra legislación el Código Civil* (Madrid, 1889). En el mismo año de 1889 escribe SALVADOR DEL VISO, catedrático de Derecho Civil, que la hipoteca se constituye según lo establecido en el artículo 146 de la Ley hipotecaria vigente, y «en lo demás, queda a voluntad de los contrayentes el constituir la hipoteca del modo que tengan por conveniente»; con independencia del contenido de la afirmación, lo destacable es que remite DEL VISO en relación con esta materia a numerosos artículos del Código Civil, entre los que no se encuentra el 1.875, referido claramente

De ahí que, de entre el silencio de este grupo de autores destaque la opinión de uno de ellos, de FALCÓN (53), que se individualiza al explicar, precisamente, porqué él estima que no se puede hablar de novedad en el Título XV, *de los contratos de prenda e hipoteca y anticresis*, del Libro IV del Código Civil. Dice así:

«Los artículos de este capítulo [III] no tienen precedente en el Proyecto de 1851, porque aquel Proyecto no dedicó capítulo alguno a disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca. No los tiene tampoco en las legislaciones extranjeras, porque tampoco los Códigos modernos siguen este procedimiento. El sistema es privativo del Código español y está recomendado por la razón y el buen sentido» (54).

Prosiguiendo con este mismo capítulo, especifica que «los artículos que este capítulo comprende (...) no son más que una reproducción de varias disposiciones de la Ley Hipotecaria vigente; pero reproducción tan fiel que

a la constitución de la hipoteca (SALVADOR DEL VISO, *Lecciones elementales de Derecho Civil*, tomo III, Valencia, 1889, págs. 490-491). PEDREGAL entiende sencillamente que el artículo 1.875 del Código, «inspirado en los preceptos de los artículos 12, 23, 24, 25 y 26 y 157 y sigs., y 217 y sigs. de la Ley Hipotecaria», es coherente con el fin de conseguir publicidad plena de los actos y contratos de derechos reales, en aras de la seguridad en la contratación (MANUEL PEDREGAL Y CAÑEDO, «Texto y comentarios al Código Civil español», por la *Revista de Derecho Internacional*, tomo II, Madrid, 1889, pág. 816). Pero, en esta muy escueta panorámica de juristas que obvian mencionar el nuevo artículo 1.875 del Código Civil, quizá la observación que revista más interés es la que recoge CÁRDENAS en el prólogo de la voluminosa obra que MANRESA publica comentando el articulado del Código Civil (JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*). En este prólogo, CÁRDENAS, al referirse a los bienes, la propiedad y sus modificaciones (el contenido del Libro II del Código Civil), sostiene que ha habido pocas novedades, ya que, a su juicio, España no estaba preparada ni por la opinión ni por sus costumbres, para admitir novedades radicales. Y añade que «si algo pudiera innovarse en esta materia, no es en el Código donde debería hacerse, sino en la Ley Hipotecaria, que ha de quedar vigente». Y, más en concreto, expone: «Poco tengo que decir del Libro IV del Código, porque, además de ser el en que menos novedades se han introducido en la legislación anterior, ha sido también el que más a salvo ha estado de la crítica». Y, a continuación, establece únicamente como novedades en este Libro: determinados aspectos sobre el foro, la supresión del contrato literal, la rescisión del contrato por causa enorme, la supresión del retracto gentilicio y determinados aspectos acerca del contrato de arrendamiento (FRANCISCO DE CÁRDENAS, prólogo a los *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, tomo I, págs. XLIV y LV).

(53) Nos referimos a la extensa obra ya citada de MODESTO FALCÓN, *Código Civil español, redactado por el Gobierno en cumplimiento de la Ley de 11 de mayo de 1888 y publicado a virtud de autorización concedida al mismo por Real Decreto de 6 de octubre del mismo año*, Madrid, tomo I, 1888; tomo II, 1889; tomo III, 1889; tomo IV, 1889; tomo V, 1890, y *Apéndice al Derecho Civil español, sobre correcciones, enmiendas y adiciones hechas en el mismo en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889*, Madrid, 1889.

(54) MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo V, *op. cit.*, pág. 408.

la mayor parte copian literalmente a la Ley, permitiéndose, cuando más, alguna supresión de palabras que en el Código no hacía falta, o la adición de alguna otra que se ha creído necesaria para poner el texto en armonía con lo establecido anteriormente» (55). «El artículo 1.875 —añade a título de ejemplo— es un conjunto de preceptos tomados del artículo 2.º, párrafo 2.º, artículos 158 y 168, párrafo 5.º de dicha Ley Hipotecaria» (56).

De las palabras de FALCÓN parece desprenderse que la bondad del precepto que recoge la inscripción constitutiva de la hipoteca deriva de su congruencia con el espíritu de la legislación que le precede (57); se trata de una manifestación más, que se presenta probablemente más perfeccionada, de una opción recomendada por «la razón y el buen sentido». El ejemplo del artículo 1.875 no es otra cosa que una pieza que se añade a la armonía de un conjunto normativo ya existente. Y su mayor virtud radica, precisamente, en eso, en ser armónico y no discordante.

Por ello, la perspectiva de este autor hace difícil contemplar toda la entidad del artículo en sí mismo; su observación trasciende el mero texto de

(55) MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo V, *op. cit.*, pág. 414.

(56) MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo V, *op. cit.*, pág. 415, nota al pie del artículo 1.874 del Código Civil. Cabe añadir otro pequeño detalle que ratifica, de nuevo, la falta de percepción de novedad del artículo 1.875 del Código Civil, y es que en su índice («Código Civil español...», tomo V, *op. cit.*, pág. 270), dice textualmente que el artículo 1.875 del Código Civil recoge, respecto a la hipoteca, los «bienes y derechos objeto de este contrato» y los «derechos hipotecarios del Estado por el importe de la última anualidad de los tributos y de los aseguradores por el premio del seguro»; ninguna referencia a su constitución.

(57) En estos términos de síntesis del «espíritu» de la legislación hipotecaria se expresa BONEL, quien entiende lo siguiente respecto al artículo 1.875 del Código Civil: «Este precepto sintetiza en cierto modo el espíritu de la Ley Hipotecaria, cuyo objeto, además del aseguramiento y la fijación de la propiedad, es dar publicidad a los actos y contratos relativos al dominio y los demás derechos reales mediante su inscripción o anotación. Grava la hipoteca los bienes sobre los que se constituye, siendo una verdadera carga que despreja esos mismos bienes; y para obtener la necesaria seguridad en la contratación, necesario es que conste explícitamente consignada, de una manera pública, para que todos los hombres conozcan el verdadero estado de la propiedad y no puedan ser perjudicados por ocultos gravámenes». Este autor, comentando el artículo 1.875 del Código Civil, cita otros artículos del Código en relación con él, junto con una instrucción de 9 de noviembre de 1874 sobre la manera de redactar instrumentos sujetos a registro, pero no hace mención alguna a, por ejemplo, el artículo 146 de la Ley Hipotecaria; por el contrario, establece que el artículo 1.875 del Código Civil concuerda, a su juicio, con los artículos 1.965 del Código de Italia, 2.065 del de Guatemala, 2.115 del de Francia, 2.279 del de Uruguay, 2.410 del de Chile, 949 del portugués, 1.224 del holandés, 2.016 del mejicano, 1.889 del de Baja California, 2.016 de Campeche y otros (LEÓN BONEL Y SÁNCHEZ, *Código Civil...*, *op. cit.*, pág. 872). Igualmente, MANUEL DE BOFARULL, *Código Civil español...*, *op. cit.*, pág. 583, y entre otros muchos autores que también lo señalaban, indicaba que el artículo 1.875 del Código Civil español se correspondía a los artículos 1.993, 1.994 y 2.016 del Código de Méjico, 1.965 del italiano, 949 del portugués, 2.410 del chileno, 2.270 del uruguayo y 2.065 del guatemalteco.

la ley para insertarse en el conjunto armónico de una legislación movida por el sentido de lo que debe ser. No le está atribuyendo a la ley la virtualidad de cambiar la realidad, sino de perfeccionarla en función de un diseño ya preconcebido y existente. FALCÓN no es capaz de ceñirse al tenor literal del precepto; no puede hablarse de novedad legal o no en estos términos. El resultado de su concepción es una observación que resulta distante en el tiempo, antigua, que nos separa de nuestra idea actual de comentario de una ley y, en cierta medida, de esa doctrina «comentarista» que, como veremos, la aparición de este artículo hace visiblemente surgir.

Sin embargo, a pesar de su repercusión, no encabeza FALCÓN con su postura un sector representativo, sino más bien minoritario. En efecto, una breve lectura de las opiniones de los autores que tratan la materia evidencia que la mayoría de ellos aprecia, cada vez con más intensidad, el cambio. Frecuente es, entre estas opiniones, la estimación positiva de la novedad, en la que se quiere ver la respuesta a las demandas que ya vimos habían precedido a la reforma de la regulación hipotecaria (58). Y aquí nos deten-

(58) Entre estos autores se pueden citar, por ejemplo, los siguientes: ESCOSURA Y MATHEU, para quien «la hipoteca únicamente puede constituirse mediante documento público, que ha de ser inscrito en el Registro de la Propiedad, conforme a las disposiciones de la Ley Hipotecaria; diferencia esta nacida de la mayor publicidad que debe tener la hipoteca, ya que ostensiblemente no se revela su existencia, lo que no ocurre con la prenda» (FRANCISCO ESCOSURA Y MATHEU, *Contestación a la parte de Derecho Civil, Común y Foral del programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes al notariado y a notarías determinadas*, 2.^a edición, Madrid, 1906); MARTÍNEZ MOREDA constataba que «con relación a terceros, exige la Ley Hipotecaria que las hipotecas voluntarias se constituyan en escritura pública y que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad, pues, de no inscribirse, no perjudicará a los mismos terceros que adquieran después los bienes hipotecados. Esta disposición de la Ley es consecuencia del principio capital del sistema hipotecario, consistente en que los títulos no inscritos no surten efecto en cuanto a tercero y es un castigo justo para el acreedor, que por su descuido de no inscribir pierde la acción real derivada de su título, siquiera le queda la personal». Efectivamente, «respecto a los contratantes, la hipoteca se ha de consignar en escritura pública, puesto que, según el artículo 1.875 del Código Civil, para que la hipoteca quede válidamente constituida es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». (...) «Aunque este artículo no tiene precedente en nuestro Derecho y no se compadece con el sistema de contratación reflejado por el mismo Código», señala a continuación, «nos complace su contenido, porque viene a obligar a los contratantes hipotecarios a inscribir su derecho bajo la sanción de invalidar su contrato. Nosotros, partidarios de la inscripción forzosa, no tenemos más remedio que aplaudir tal innovación en el Derecho Civil, lamentando que no pueda extenderse a los demás contratos que afecten al dominio de los inmuebles o derechos reales sobre los mismos» (MATEO MARTÍNEZ MOREDA, *Comentarios a la jurisprudencia y a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1906, pág. 566); VALVERDE, al apreciar que «el Código Civil determina las circunstancias que han de concurrir en la constitución de la hipoteca para que pueda producir ésta todos los efectos», se refería al artículo 1.875 como «un requisito formal necesario para que la hipoteca, sea de la clase que quiera, quede válidamente constituida, la inscripción en el Registro de la Propiedad, excepto las

dremos un instante, al igual que la doctrina también se detuvo en su momento, favoreciendo así y fortaleciendo, a través de sus comentarios, el asentamiento de un cambio que asumían como dado e indisponible.

hipotecas a favor del Estado y de los aseguradores, los cuales tendrán preferencia sobre los demás acreedores, sin necesidad de constituir hipoteca (...).». Añade este autor que «la hipoteca sólo puede ser constituida en documento que se inscriba en el Registro de la Propiedad (...) habida consideración a la necesidad de mayor publicidad de la hipoteca, ya que la cosa no sale del poder del deudor», puesto que considera que «la sustantividad de la inscripción es la reforma que se impone en el derecho hipotecario moderno, va abriéndose camino en la doctrina y en las legislaciones (...) y es de tal importancia que sólo mediante ella quedará debidamente asegurada la propiedad, se asentará ésta sobre sólidas bases y se podrá pensar en la creación de un buen crédito territorial. En efecto, la inscripción, siendo sustantiva con relación a todos y a las partes, adquiere personalidad independiente del título que le ha dado vida y, por tanto, no ha de poderse invalidar por los efectos de aquél. Proclamada la sustantividad de la inscripción, con todas sus consecuencias, hemos declarado a su vez la independencia entre título y el modo de adquirir y, por tanto, que lo consignado en la inscripción produce sus efectos *erga omnes*, de lo cual resultaría una derivación jurídica importante, la inatacabilidad del título, o lo que es igual, que no deben existir más acciones para atacar la inscripción que las nacidas de la inscripción misma» (CALIXTO VALVERDE VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo II, parte especial de derechos reales, Valladolid-Madrid, 1910, págs. 608-609). La tendencia hacia la sustantividad de la inscripción es, también, la razón que justifica, para BARRACHINA, el contenido del primer párrafo del artículo 1.875 del Código Civil. A raíz del artículo 146 de la modificada Ley Hipotecaria de 1909, afirma BARRACHINA que «este precepto, íntimamente relacionado con los artículos 1.279, 1.280 y 1.875 del Código Civil, introduce bastante novedad en nuestro Derecho Hipotecario, si se le compara con el mismo artículo de la Ley anterior (...) la nueva edición oficial no habla de tercero, de tal manera que, al presente, si la hipoteca no se inscribe en el Registro, no se tiene por tal carga, ni en perjuicio de tercero, ni en el de los mismos contratantes». Se plantea BARRACHINA el porqué de esa «importante variación en los textos legales», ante lo que se inclina por pensar, como lo hacía el autor anterior, que se debe «sin duda a que estamos en camino de llegar hacia la sustantividad del derecho hipotecario, siguiendo la orientación trazada por el régimen absoluto alemán y australiano». BARRACHINA prosigue analizando las implicaciones que esta sustantividad supone. Lo hace en los siguientes términos: «Y cuenta que esa novedad tan saliente es fecunda en consecuencia; porque si el acreedor no inscribe la escritura de hipoteca, le es legalmente imposible acudir, cuando se crea con derecho, al procedimiento ejecutivo sumario para hacerla efectiva. En el mismo procedimiento ejecutivo general en que se exija el pago de la deuda asegurada con hipoteca no inscrita, no cabe, a nuestro sentir, que se ponga veto a la admisión, so color de que ésta no va acompañada de un título anteriormente inscrito, como preceptúa el último apartado del artículo 127, porque no ejercitándose por el ejecutante acción real hipotecaria y sí la personal derivada del contrato de mutuo, por ejemplo, no cabe hacer aplicación del antes citado precepto, que en tanto obliga, en cuanto la hipoteca, de cuya exigibilidad se trate, haya sido colocada bajo las garantías del Registro; y en suma, que el acreedor hipotecario, desprovisto de la inscripción de su derecho real, carece de las prerrogativas y defensas que tendría si su título hubiera merecido los favores de la inscripción» (FEDERICO BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho Hipotecario y Notarial. Comentarios a la Ley Hipotecaria publicada por Real Decreto de 16 de diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y disposiciones del Código Civil*, Castellón, 1910-1911, págs. 20 y 221).

1890 comienza siendo una fecha importante a estos efectos. Lo es porque ve la luz el tomo XII de los *Comentarios al Código Civil español*, referido a la parte del derecho de hipoteca; y lo es, igualmente, por cuanto el autor de estos comentarios es MANRESA, quien no sólo formó parte de la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, sino que fue, además, uno de sus miembros más activos.

Sostiene MANRESA que «la inscripción ordenada en el párrafo 1.º del presente artículo [1.875 del Código Civil] es reproducción de lo ordenado en cuanto a la hipoteca en general, en el número 2.º del artículo 2.º de la citada Ley [Hipotecaria] y, respecto a las voluntarias, en el número 2.º también del artículo 146 de la misma. El Código, pues, no parece introducir novedad ni modificación alguna respecto de este particular» (59).

Sin embargo, prosigue el autor constatando lo que considera ya como patente: «Basta comparar este precepto con el del artículo 146 de la Ley Hipotecaria para comprender que entre uno y otro existe una diferencia importantísima. La Ley Hipotecaria exige el requisito de la inscripción para que la hipoteca pueda *perjudicar a tercero* (60). El Código lo establece como condición indispensable para la validez del acto, lo que es ir mucho más allá, porque sin la inscripción, la hipoteca resulta nula, aun en las relaciones entre las partes. Si se suscita cuestión entre varios interesados, todos ellos sin título inscrito, no debe perderse de vista este precepto del Código, que castiga la falta de inscripción de la hipoteca con la pena de nulidad de la misma, privando de garantía al acreedor descuidado que dejó de inscribir» (61).

(59) Comenzaba Manresa la explicación del párrafo primero del artículo 1.875, afirmando que «dentro del concepto concreto de la hipoteca se ha limitado el Código a consignar los principios generales relativos a los tres elementos esenciales y diferenciales de esta determinada convención, hallándose, en su consecuencia, sometido a las prescripciones de la citada Ley Hipotecaria todo lo referente a la forma, a la extensión y a los efectos de la hipoteca, así como a su constitución, modificación, extinción y a las demás consecuencias jurídicas de la misma no comprendidas en los preceptos del Código, según el artículo 1.880. Y al proceder de ese modo, los autores de dicho cuerpo legal no hicieron otra cosa que aportar a él, con arreglo a la Base 26 de la Ley de 11 de mayo de 1888, las doctrinas propias de la legislación hipotecaria, que constituía, a la sazón, el derecho vigente, sin introducir alteración alguna en ellas». Más adelante, al hacer referencia el autor a los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad, mantenía que «en cuanto a la hipoteca, ese precepto [1.875 del Código Civil] hay que entenderlo limitado por el artículo 146 de la [Ley Hipotecaria], que preceptivamente dispone que las hipotecas voluntarias se convengan o se manden constituir en escritura pública. Expresamente dicho artículo 146 se refiere sólo a las hipotecas voluntarias». Vid. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., pág. 486.

(60) La cursiva es del autor.

(61) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., pág. 478.

Hasta el momento no hace MANRESA más que ratificar lo que parecía ser una modificación innegable en sede de inscripción de la hipoteca. Han sido unas páginas antes cuando el autor ha dado lo que va a considerar el argumento que le hará concluir que quedaba «debidamente explicada la necesidad del requisito especial de la inscripción, exigido en primer lugar por el artículo que comentamos» (62).

En efecto, dice el redactor del Código en los siguientes términos al apuntar el artículo 1.875 del Código Civil: «La razón de la exigencia [de la inscripción constitutiva] es obvia, porque si con el régimen hipotecario se trata de dar fijeza a la propiedad y publicidad a los actos y contratos que afecten al dominio y a los derechos reales impuestos sobre los bienes inmuebles, es de todo punto evidente que, constituyendo la hipoteca una carga real y efectiva que limita y grava el dominio de los bienes sobre los que se halla constituida, necesita ser consignada de una manera expresa en el mencionado Registro para que todos puedan conocer con la debida seguridad el estado verdadero de la propiedad de dichos bienes y no se infieran perjuicios a los contratantes con gravámenes ocultos de los mismos.

Es, por tanto, una necesidad de la seguridad en la contratación el fundamento jurídico de la inscripción de la hipoteca como de los demás gravámenes impuestos sobre el dominio, y corresponde al principio de publicidad, que es una de las bases esenciales del sistema hipotecario» (63).

Esta es una de las opiniones más importantes y extensas que se encuentran al respecto, y que pone de manifiesto la aceptación de una reforma que se presenta, a juicio del autor, como de otros muchos, de todo punto lógica como exigencia de publicidad del dominio gravado con hipoteca. Pero, tal y como se advertía al principio, llegados a este punto dediquémonos a la forma en detrimento del contenido, ahora menos relevante.

MANRESA aprecia el cambio aferrándose al texto de la ley, a lo recogido en la letra de los preceptos 146 de la Ley Hipotecaria vigente hasta la aparición del Código y 1.875 de éste último. El planteamiento teórico ya no es en abstracto, ya no se habla de la doctrina de la publicidad, de la teoría de la inscripción del dominio; ahora se maneja el texto, el tenor de lo escrito, de lo definitivamente plasmado. Por ello el resultado son *Comentarios, Comentarios al Código Civil español*, a sus artículos desde sus términos precisos. El artículo 1.875 del Código ofrece su texto para ser comentado; ese es todo el marco de actuación que permite, el que no se extiende más allá de lo que su precepto recoge. Genera sintomáticamente el Código *comentarios*, como el de MANRESA, entre otros muchos (64), y atrae a la mayoría

(62) *Id.*, pág. 487.

(63) *Id.*, pág. 481.

(64) Vid., a este respecto, la primera de las notas de este tercer apartado.

de los autores hacia sí convirtiéndolos precisamente en eso, en sus propios comentaristas.

Con gran claridad lo expresa MORELL al pronunciarse sobre el párrafo primero del artículo 1.875 del Código Civil, de la manera siguiente: «Los artículos 1.874 a 1.879 vienen a ser simplemente repetición de otros de la Ley Hipotecaria, y es posible que la idea fuese trasladar al Código el precepto del artículo 146 de la misma. De todos modos, *lo absoluto de los términos que se emplean* obliga a interpretar el requisito de la inscripción como necesario para que las hipotecas surtan efecto entre las partes» (65).

«Lo absoluto de los términos que se emplean (...)», señala el autor. El Código obliga, en efecto, a ceñirse a sus palabras, a criticar o admitir lo escrito, pero a reconocer precisamente eso, los términos. Y en este caso era precisamente lo que estaba sucediendo y lo que un instrumento codificado pretendía: lo absoluto de los términos que el Código empleaba obligaba a interpretar el requisito de la inscripción como necesario para que las hipotecas surtieran efectos entre las partes.

(65) (...) Si bien cuando no exista tercero —prosigue MORELL—, cuando los bienes sigan en poder del deudor, el resultado será el mismo, porque bastará inscribir el documento en que se constituya». A su juicio, «el artículo 1.875 del Código Civil viene a dar a la inscripción un valor y una fuerza mayor de la que en general le reconoce la Ley Hipotecaria. Con arreglo a ésta y a la doctrina del Tribunal Supremo, la inscripción sólo se exige al efecto de poder perjudicar a un tercero que se apoye en un título inscrito. Si este tercero no ha inscrito su derecho, y el acreedor hipotecario tampoco ha inscrito su hipoteca, a las relaciones entre estos terceros se aplicaban los artículos del Derecho Civil. Ese acreedor podría perjudicar, aun sin inscribir, a un tercero cuyo derecho inscrito no fuere preferente con arreglo al derecho común. Hoy, dado el precepto del artículo 1.875 del Código Civil, eso no es posible: la hipoteca no es válida si no se inscribe, no puede nunca ni perjudicar ni favorecer a tercero, ni aun hacerse efectiva contra el mismo deudor, mientras la inscripción no se verifique: sólo representa el crédito personal» (JOSÉ MORELL Y TERRY, *Oposición al cuerpo de aspirantes a Registradores de la Propiedad. Contestación de las preguntas relativas a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1911, pág. 99). La cursiva es mía. De igual modo lo había expuesto MORELL años antes en un artículo suyo: «Según el artículo 146 de la Ley Hipotecaria, para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a terceros se requiere (...); mas, con arreglo al artículo 1.857 del Código Civil, son requisitos esenciales para la validez de la hipoteca (...) y añade el artículo 1.875 del mismo Código que, además de esos requisitos, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. ¿Alude el Código con este artículo a la eficacia de la hipoteca como derecho real, o en absoluto a su validez, aun entre las partes contratantes? Los artículos 1.874 al 1.879 vienen a ser simple repetición de otros de la Ley Hipotecaria, y es posible que en el artículo 1.875 la idea fuese trasladar al Código el precepto del artículo 146 de la misma. De todos modos, lo absoluto de los términos que se emplean obligan a interpretar el requisito de la inscripción como necesario para que las hipotecas surtan efecto entre las partes, si bien cuando no exista tercero, cuando los bienes sigan en poder del deudor, el resultado será el mismo, porque bastará inscribir el documento en que se constituya» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XLV, tomo 90 —1897—, pág. 263).

Permanezcamos en el interesante marco elaborado por los autores que denotan el cambio, pero adentrémonos ahora en el terreno de las autorizadas voces que lo critican. Con ellos se constata la consistencia en la implantación del precepto que recoge la inscripción constitutiva, pero se percibe, esta vez, con más claridad.

No podemos aquí dejar de traer a colación a don BIENVENIDO OLIVER, cuya sorpresa e incompreensión acerca de la novedad introducida en el primer párrafo del artículo en cuestión ponía nombre propio a la violencia con la que el precepto, en contra de todas sus legítimas expectativas por tratarse de propuestas aprobadas, había aparecido imponiéndose (66).

(66) BIENVENIDO OLIVER denunciaba en su obra «Derecho Inmobiliario...», *op. cit.*, págs. 782 a 786, bajo el título de «De qué modo se han llevado al Código Civil las doctrinas de la Ley Hipotecaria», la forma en la que los redactores del Código han trasladado a éste el contenido y los preceptos de la Ley Hipotecaria, exponiendo que «(...) los redactores del Código dedicaron dos títulos para consignar en ellos las doctrinas correspondientes a las dos partes en que consideraron dividida la ley Hipotecaria. De estos títulos, uno lleva por epígrafe “Del Registro de la Propiedad”, y se incluyó al final del Libro II. Consta de sólo cuatro artículos: el primero contiene una definición teleológica muy incompleta de dicha institución (art. 605 del Código Civil); el segundo y tercero son copia casi literal de otros dos artículos de la Ley (arts. 606 y 607 del Código Civil y arts. 23 y 279 de la Ley Hipotecaria), y el cuarto declara vigentes las disposiciones de la misma para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efecto y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus Libros. El otro título, que lleva por epígrafe “De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis”, se incluyó al final del Libro IV, que trata de las obligaciones. En dicho título se consignan varios preceptos relativos a las hipotecas, tomados unos de la misma Ley, otros completamente nuevos, se hace referencia expresa y nominal a varios y, por último, se reproducen los restantes, declarando que “la forma, extensión y efectos de las hipotecas, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción, y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, quedan sometidos a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente” (art. 1.880 del Código Civil). Parecía natural que habiéndose reproducido en el Código de esta manera general o anónima todas las disposiciones de la Ley Hipotecaria, sus redactores hubiesen dada por terminada su tarea en este particular. Pero no fue así, porque consignaron en diversos títulos o capítulos del mismo varias disposiciones relacionadas con las materias tratadas en dicha Ley, ya por meras referencias [cita aquí, entre otros, los arts. 1.877, 1.878 y 1.879 del Código Civil, referidos a la hipoteca], no siempre congruentes, ya transcribiendo algunos preceptos literalmente o con variantes accidentales, ya, por último, redactando otros nuevos». En este sentido, OLIVER se pronuncia casi amargamente en los siguientes términos: «Por más que he meditado mucho, no me ha sido posible descubrir el criterio en que se han inspirado los redactores del Código a llevar al mismo las doctrinas de la Ley Hipotecaria en la forma que acabo de indicar, pues por un lado han incluido o transcrito preceptos secundarios y han omitido los más importantes o trascendentales. Entre estos últimos citaré sólo los que declaran los efectos sustantivos de las inscripciones o anotaciones (...). Tampoco me explico que en algún capítulo hayan consignado artículos nuevos, que son meras aplicaciones de los preceptos fundamentales (...). Y, por último, no alcanzo la razón para añadir nuevos preceptos, hasta cierto punto innecesarios, y no se hayan incluido otros cuya importancia y trascendencia era mayor (...)». Esta misma crítica ya la hacía en 1889 MODESTO FALCÓN

Pero en esta ocasión, de entre todas las críticas que el precepto recibe (67), entresaquemos las palabras de COMAS al respecto. COMAS, gran defensor del sistema hipotecario recogido en la Ley de 1861, parte de la considera-

(MODESTO FALCÓN, *Código Civil español...*, tomo V, *op. cit.*, pág. 169), cuando sostenía que «el desarrollo de [la Base 26] resulta deficiente, y (...) aceptando esa sobrecarga de frase de fundamento orgánico de derechos civiles sustantivos, quedan fuera del Código Civil, por razones inexplicables, multitud de preceptos de la Ley Hipotecaria que, en sentir de todo el mundo, tienen el carácter de orgánicos y de sustantivos». Pero lo que OLIVER considera aún más grave respecto al procedimiento que los redactores del Código han seguido para trasladar las doctrinas de la Ley Hipotecaria al Código Civil es «el haber traído al mismo muchos artículos de la Ley Hipotecaria notablemente reformados y modificados, sobre materias tan importantes como la eficacia de la inscripción, naturaleza y extensión de la hipoteca, censos, hipotecas legales y responsabilidad de los registradores». Esto le lleva a afirmar a continuación que, respecto a la materia de las hipotecas, en general, el Código Civil ha modificado determinados preceptos de la Ley Hipotecaria, como «el artículo 146, porque limitándose a disponer que la inscripción de la hipoteca es necesaria para que perjudique a tercero, el artículo 1.875 del Código llega a declarar que es indispensable esta inscripción para que la hipoteca quede válidamente constituida».

(67) Mención merecen en este sentido los *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar* que GALINDO DE VERA Y ESCOSURA modificaban tras la aparición del Código Civil. En 1882, fecha de la anterior edición, LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA mantenían que «siendo la hipoteca un derecho real, por fuerza ha de inscribirse para que produzca efectos contra terceros. Si no se inscribe, el contrato valdrá respecto a los dos otorgantes que dirimirán sus cuestiones con arreglo al Derecho Civil, siendo la inscripción indiferente para su validez y firmeza; más si el deudor ha enajenado la finca como libre, si bien tendrá el acreedor la acción personal para reclamar su deuda, el gravamen hipotecario queda extinguido» (pág. 291). En efecto, partiendo de la consideración de la hipoteca como un derecho real que «por fuerza ha de inscribirse para que produzca efectos contra terceros», prosiguen afirmando lo siguiente: «Si no se inscribe, el contrato valdrá respecto a los dos otorgantes (art. 146 de la Ley Hipotecaria), que sólo exige la inscripción para que la hipoteca perjudique a tercero, no para que surta efectos entre aquéllos; pero el artículo 1.875 del Código Civil declara en absoluto, sin distinción de casos, que para que la hipoteca quede válidamente constituida es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. No alcanzamos a comprender por qué el Código exige la inscripción como requisito para la validez de la hipoteca entre las partes, cuando no tiene tal exigencia respecto de ningún otro contrato sobre inmuebles o derechos reales; como no sea la de que cuando la hipoteca se impone sólo por la voluntad del dueño, puede decirse que no hay verdadero contrato, y como no lo es, no puede exigir su cumplimiento la persona a cuyo favor se constituye, mientras no se inscriba en el Registro, que es lo que, en realidad, da y asegura el derecho a la reclamación de quien no fue parte en la constitución; pero cuando hay verdadero convenio, cuando el acreedor sólo entrega el dinero con la garantía de la hipoteca, y así consta en el contrato, no está justificada la exigencia de que sea inscrito para que entre las partes sea válido» (vid. LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo III, Madrid, 1896, págs. 382 y sigs.). Esta postura mantenida por GALINDO DE VERA Y ESCOSURA fue expresamente criticada por el autor a quien acabábamos de hacer referencia, MORELL, en una nueva edición de su obra en 1918 (JOSÉ MORELL Y TERRY, *Oposición...*, *op. cit.*, pág. 99). MORELL manifiesta a este respecto que «a nuestro juicio, el artículo 1.875 del Código

ción del primer párrafo del artículo 1.875 como contrario a la Base 26 de las que habían sido establecidas para la elaboración del Código Civil (68).

«Lo que resulta con más gravedad en el Código —sostiene— es lo referente a la validez de la hipoteca o, para expresarlo con más precisión, el contenido del párrafo primero del artículo 1.875. Explícitamente establece este precepto que es requisito indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (...)».

Y continúa diciendo: «Véase *qué notoria trascendencia ha de producir, según su letra, la referida innovación que en nuestra tradicional legislación se ha introducido en el párrafo primero de dicho artículo 1.875 del*

Civil se dictó con plena conciencia de todo el alcance e importancia que sus palabras envuelven. Ni era nueva la idea, pues (...) pudimos ya observar que aquel insigne jurisconsulto que se llamó LUZURIAGA, exigió ya en el proyecto de Código de 1851 ese mismo requisito para la validez y nacimiento del derecho real de hipoteca, como pretendió aun antes hacer extensivo el mismo principio a toda clase de derechos reales. Duélenos que ese paso dado en el artículo 1.875 hacia la sustantividad de la inscripción fuese combatido por ESCOSURA». No obstante, tampoco comparten la postura de MORELL algunos juristas como el abogado y profesor NAVARRO AMANDI. En efecto, se está refiriendo NAVARRO al capítulo «de la hipoteca», artículos 1.874 a 1.880 del Código Civil, y de manera muy contundente escribe: «En pocos lugares del Código son tan evidentes las equivocaciones del legislador como en éste. No sólo no ha aprovechado la oportunidad de reformar la Ley Hipotecaria al traer al Código esta importantísima materia tan necesitada de radical modificación, sino que ha sacado de él todo lo relativo a la forma, extensión, efectos, constitución, modificación, extinción, etcétera de las hipotecas, dejando vigente la Ley Hipotecaria, y agravando así los errores que en punto a unidad y sistema pueden imputarse a los autores del Código Civil. Tal como se halla redactado el artículo 1.875, parece que la inscripción del documento en el Registro es un requisito formal, necesario para la validez de la hipoteca. Sin embargo, semejante doctrina no la estimamos admisible. De la inscripción en un registro público pueden hacerse depender ciertos y determinados efectos de los contratos o de otros documentos; pero su validez, con todas las limitaciones que se quiera, no puede nunca derivarse de la inscripción. Por lo que toca a las hipotecas, su constitución produce dos órdenes distintos de efectos: entre los que la han constituido y con relación a terceros. Ahora bien: el contrato no puede menos de ser válido desde que existe, esto es, desde que concurren las circunstancias esenciales para la constitución de la hipoteca. El mismo otorgamiento de la escritura pública no puede afectar a la validez del contrato, sino a la obtención de sus efectos; la inscripción en el Registro de la Propiedad ni siquiera puede tener ese valor; sus consecuencias no deben referirse a los efectos del contrato entre las partes, sino a sus efectos respecto de terceros, es decir, que ni la inscripción convalida los actos nulos ni la omisión de la inscripción anula los válidos. Todas las consecuencias en este procedimiento se reducen a que el contrato produzca o no efectos contra las personas que no han intervenido en el acto o contrato inscrito o no inscrito. Esta es, a nuestro juicio, la buena doctrina, de la cual vemos que el Código se separa, no sabemos si deliberada o inconscientemente» (MARIO NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código Civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889, por Real Decreto de 24 de julio de 1889*, Madrid, 1889, pág. 416).

(68) Vid. AUGUSTO COMAS ARQUÉS, *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1895; tomo II, parte especial, Madrid, 1902, págs. 702 y sigs.

Código (69). Antes de este cuerpo legal, la hipoteca existía y era gravamen válidamente constituido, siquiera entre los que hubiesen otorgado el contrato, desde el momento de su celebración. Hoy, en semejante estado, según el artículo 1.875, la hipoteca no existe; pero éste es el efecto inherente a la declaración de que no queda válidamente constituida mientras el documento relativo a su constitución no esté inscrito en el Registro.

Aunque sea incumbencia o facultad del acreedor hipotecario provocar la inscripción; aunque surjan dilaciones desde que la provoque hasta que se inscriba, así el deudor como sus bienes comprendidos en hipoteca resultan enteramente desligados de semejante gravamen, que no ha de tener validez alguna mientras no se verifique su inscripción, y que no ha de impedirles, por tanto, afirmar con rigurosa sujeción al Código que sus bienes no están gravados; lo cual, según fácilmente se penetra, equivale a poner en mano del deudor un arma poderosísima para realizar impunemente toda clase de defraudaciones (...)» (70).

De nuevo nos encontramos con la resignación a lo escrito, con la trascendencia del tenor literal de la ley. Es en las palabras donde reside la novedad y, compartido su contenido o no, como en el caso de COMAS, la aceptación de la letra implica la admisión del cambio, al igual que la fidelidad a los términos supone el reconocimiento implícito, con toda su fuerza, de la ley.

Pero no podemos dejar de acudir, finalmente, a la representativa argumentación de no sólo uno de los juristas más indiscutiblemente lúcidos y renombrados del momento, sino de quien además tenemos datos suficientes como para intuir que era una de las personas que más sabían de la introducción en el Código del artículo que nos ocupa: se trata de SÁNCHEZ ROMÁN.

Aborda nuestro autor la cuestión, constatando que «el artículo 1.875, en su primer párrafo, contiene una novedad de la mayor trascendencia, en cuanto prescribe que “además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”» (71).

(69) La cursiva es mía.

(70) AUGUSTO COMAS ARQUÉS, *La revisión del Código Civil...*, tomo II, *op. cit.*, pág. 710. Respecto a COMAS, señala RAMOS FOLQUÉS que afirmó que «aunque el legislador distinguió en su expresión, no distinguió en su pensamiento [refiriéndose al art. 1.875 del Código Civil]», dando a entender así, a juicio de FOLQUÉS, que lo cita, «que, aunque en dicho artículo se dice que la inscripción es constitutiva, para la hipoteca, no fue eso lo que se quiso decir» (RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, «La inscripción y la hipoteca hasta el Código Civil», en *RCDI*, febrero de 1949, núm. 249).

(71) Para esto y para todo lo que sigue, FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones*

De ahí que el autor entienda que «*si ha de darse a las palabras de la Ley su verdadero valor* (72), resulta que este texto modifica esencialmente el concepto de la hipoteca, principalmente en su consideración de contrato, y aun el de *derecho real* de hipoteca *respecto de los que intervienen en su constitución*.

En cuanto al primero, es indudable que introduce como elemento indispensable, según dice, para la *perfección* del contrato de hipoteca, o como el Código lo expresa, “para que la hipoteca quede *válidamente* constituida”, un elemento *formal* completamente *nuevo* y de carácter *doble*, cual es el *otorgamiento de documento público*, cuyo extremo no es sino un desarrollo del número 1 del artículo 1.280, y su *inscripción en el Registro de la Propiedad*».

Prosigue SÁNCHEZ ROMÁN afirmando incisivamente lo siguiente: «Sin duda que los redactores del Código olvidaron en este punto que la Ley Hipotecaria es una ley de *terceros* y que el contrato de hipoteca pertenece a la clase de los *consensuales*, y se perfecciona y es eficaz y válido entre los contratantes por *el solo hecho del consentimiento*, que aunque después del Código deba constar en documento público, conforme al *precitado* precepto del artículo 1.280, para nada necesita su eficacia ni la *repetida* consideración de contrato el hecho de la inscripción en el Registro y, *sin embargo*, *atendido el tenor literal de dicho párrafo primero del artículo 1.875* (73), habrá que desentenderse de la doctrina que así lo establecía, si se le ha de dar cumplimiento estricto, resultando con ello modificado el concepto jurídico y legal de la hipoteca, sobre todo en su carácter de *voluntaria*, ya que las de esta clase las define la Ley Hipotecaria en su artículo 138, diciendo que son “las *convenidas* entre las partes o *impuestas* por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyan”, sin que en este artículo ni en los siguientes que a la hipoteca voluntaria se refieren, se diga nada que autorice para hacer depender la validez de su constitución de la inscripción en el Registro de la Propiedad, como el referido artículo 1.875 previene.

Es más, la doctrina de la Ley Hipotecaria es precisamente la opuesta, de lo cual convence la lectura del artículo 146, que dice que “para que las hipotecas *puedan perjudicar a tercero* (...)”. Es decir, que la *validez* de la hipoteca no necesita su otorgamiento en escritura pública ni su inscripción; lo que sí necesita estos requisitos es *su eficacia respecto de tercero*: cosas ambas evidentemente distintas, aunque la aplicación útil de la hipoteca esté en su eficacia como institución de garantía respecto de tercera persona».

forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil e historia general de la legislación española, tomo III: Derechos de obligaciones, Madrid, 1888-89, pág. 866 y sigs. La cursiva es del autor.

(72) Esta cursiva es mía.

(73) *Id.*

La reprobación teórica del nuevo contenido del artículo codificado es manifiesta en SÁNCHEZ ROMÁN. Su cumplimiento, «según dice», explica, no sólo altera los principios generales rectores del sistema de publicidad hipotecaria, hacia terceros, sino que modifica el concepto jurídico y legal de la hipoteca, modificación que él claramente detecta y no menos contundentemente rechaza. Y, sin embargo, no puede sino concebirla como inevitable «atendido el tenor literal de dicho párrafo primero del artículo 1.875 (...), si se le ha de dar cumplimiento estricto», «si ha de darse a las palabras de la ley su verdadero valor». De su exposición se desprende, de nuevo, una realidad: a pesar de la discusión en el plano de las doctrinas hipotecarias enfrentadas, a pesar del mayor o menor grado de solidez de las críticas vertidas, es el texto de la ley el que acaba prevaleciendo.

Un poco más adelante, al hacer referencia al artículo 1.880, y a modo de conclusión, acaba opinando SÁNCHEZ ROMÁN que «(...) bien comparados estos artículos del Código con la Ley Hipotecaria resulta que fuera de la novedad que en cuanto a la *perfección* del contrato de hipoteca aparece del párrafo 1.º del artículo 1.875, quizá más de origen *casual* que *intencional*, es lo cierto que realmente no se diferencian la Ley Hipotecaria de las reproducciones de principios parciales, y aun de textos más o menos concebidos en la misma forma literal que ofrecen los pocos artículos del Código dedicados a esta materia (...)» (74).

La acertada crítica a la obligatoriedad de la inscripción de la hipoteca y, con ella, a la opción tomada por sus redactores, se retoman de nuevo precisamente por este mismo autor en un momento posterior, en el debate de la Ley Hipotecaria de 1909, del que ya se habló con anterioridad, y del que, en una intervención concreta, resultan muy reveladores los términos del planteamiento de SÁNCHEZ ROMÁN.

Efectivamente, años después, la Ley de 21 de abril de 1909 reformaba, en aplicación de su Disposición Adicional 6.ª, la Ley Hipotecaria vigente (75). Así, mientras que la Disposición Adicional 5.ª establecía que

(74) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, *op. cit.*, págs. 869 y 870. En un apéndice de 1911 a esta obra, SÁNCHEZ ROMÁN, haciendo referencia a su tomo III, y en concreto a la hipoteca, sostiene, respecto al modificado artículo 146 de la Ley Hipotecaria, que «esta modificación se ha hecho, sin duda, para concordarla con los que nos parecen equivocados términos del artículo 1.875 del Código Civil». Por lo demás, nada nuevo añade este autor acerca del artículo 1.875 del Código Civil en las partes correspondientes a la materia hipotecaria en el Código en *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación; estado del Derecho Civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código Civil; y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del derecho foral (1811 a 1890)*, Madrid, 1890.

(75) Se había nombrado en 1894 una Comisión para estudiar un proyecto de ley de 3 de abril de 1894, presentado por el ministro de Gracia y Justicia, TRINITARIO RUIZ

«quedan derogados los artículos de la Ley Hipotecaria y los de las demás que se opongan a lo dispuesto en la presente», la 6.^a recogía lo siguiente: «Por el Ministerio de Gracia y Justicia se procederá a hacer, en el término de ocho meses, una nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria, suprimiendo los artículos que estén derogados por el Código Civil y por la presente ley, armonizando los textos restantes que resultaren contradictorios e incluyendo en el lugar oportuno las disposiciones contenidas en los artículos anteriores y en las leyes ya dictadas, modificando la citada Ley Hipotecaria».

Se trataba, en consecuencia, de poner en concordancia la Ley Hipotecaria con las modificaciones que con posterioridad el Código Civil había intro-

Y CAPDECÓN. La Comisión estaba compuesta por VÍCTOR BALAGUER, presidente; FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, secretario; el vizconde de CAMPO-GRANDE, AUGUSTO COMAS, EMILIO CÁNOVAS DEL CASTILLO, JOSÉ MALUQUER y JOSÉ ALDECOA. Esta Comisión, salvo uno de sus miembros, es la misma que propuso al Senado la aprobación de la Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar. La Ley Hipotecaria de Ultramar se había convertido, en 1893, en la primera Ley Hipotecaria en la que se recogía textualmente el carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria, dando cumplimiento, así, a lo que el artículo 1.875 del Código Civil había previsto apenas unos años antes. «Antes de 1892 —explica CANALS BRAGE— los Registradores habían pedido que se pusiera en armonía la Ley Hipotecaria con el citado artículo [1.875] del Código Civil. Esta armonización se va a producir en términos literales en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893». En efecto, la Ley de 14 de julio de 1893 autoriza al Gobierno «para llevar a efecto la Ley que ha presentado el ministro de Ultramar, de acuerdo con la Comisión de Codificación, reformando la Hipotecaria aplicada a Cuba, Puerto Rico y Filipinas». Consecuencia de ello es que el nuevo artículo 146, con el mismo contenido del párrafo primero del artículo 1.875 del Código Civil: «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente constituidas (...)» (FERNANDO CANALS BRAGE, *El valor de la inscripción...*, cit., pág. 329). A este respecto, afirma acerca de las leyes de Ultramar MOSCOSO, que la inscripción es esencial y primaria para el conocimiento de los terceros «para que con la ignorancia de las mismas no puedan pretender la exención de sus efectos; especie de promulgación de la ley privada, del acto o contrato que a esos derechos da lugar, requisito tan indispensable en dicha ley para que sea obligatoria como lo es en la que emana del poder público» (JOAQUÍN MOSCOSO DEL PRADO Y ROZAS, *Nuevo tratado de legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Zaragoza, 1892, pág. 35). Vid. también, con referencia a las leyes hipotecarias de Ultramar, LEÓN GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Madrid, 1880-1884; JOSÉ MORELL Y TERRY, *Legislación hipotecaria de Ultramar*, Madrid, 1893; o la conocida obra ya citada de Derecho. BIENVENIDO OLIVER Y ESTÉLLER, *Derecho Inmobiliario...*, op. cit. (aunque esta última obra quedó inacabada conforme a su proyecto inicial). Posteriormente, el 29 de mayo de 1894, «se autoriza al Gobierno para introducir en la Ley Hipotecaria de la península, las modificaciones que respecto de la misma contiene la Ley para las provincias de Ultramar de 14 de junio último (1893), en la forma que determina el adjunto proyecto de ley». De este proyecto, el artículo 146 establecía que «para que las hipotecas voluntarias queden válidamente constituidas, se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública; 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta Ley» (vid. *Leyes hipotecarias y registrales de España...*, op. cit., tomo II, vol. 1, págs. 25 a 56).

ducido precisamente en materia hipotecaria (76), poniendo fin, así, a la que se venía considerando una larga etapa de interinidad en materia de garantía de la propiedad y de desarrollo del crédito territorial (77), para lo que se entendía que la inscripción constitutiva de la hipoteca desempeñaba el papel

(76) Sirva de muestra una de las conclusiones, la número 4, que se había adoptado en el Congreso de Registradores celebrado en Santiago de Compostela en 1891, y que rezaba como sigue: «De la comparación en los artículos 1.875 del Código y 146 de la Ley Hipotecaria, resulta una variante notable y la implícita derogación de aquélla. Se estimaba como necesaria la inscripción para que la hipoteca perjudicase a tercero. El Código va más allá: exige la inscripción como requisito indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida. Antes la hipoteca no inscrita surtía efecto contra los contratantes, pero no perjudicaba a terceros. Hoy, aun entre los mismos contratantes, es necesaria la inscripción del documento en que se constituya para que la hipoteca quede válidamente constituida. Se impone, pues, la reforma del artículo 146 en consonancia con la prescripción del Código». Comentando las conclusiones de este Congreso en un artículo, sostiene MORELL que «la hipoteca, como derecho real, no queda válidamente constituida sin la inscripción y, en este sentido, lo mismo dice el Código que la Ley Hipotecaria; pero la hipoteca, como contrato, como condición accesoria al préstamo, debiera obligar a los otorgantes, o al constituyente, aun sin este requisito, porque entonces no se trata de terceros, y se supone que siguen los bienes en poder del que se obliga a pagar con ellos. En este sentido debiera aclararse el Código. En todo caso, bien está el artículo 146 de la Ley Hipotecaria, porque ésta es ley para terceros, y lo demás corresponde al Código» (JOSÉ MORELL Y TERRY, «Código Civil y Ley Hipotecaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 6 de julio de 1891, año 39, tomo 79, págs. 99 y sigs.). Un sector de la doctrina se había hecho eco, igualmente, de esa necesidad de reformas hipotecarias que pasaban por concordar Ley y Código en esa materia. Así lo entendía, entre otros, BLANCO, al estimar que «la reforma de la Ley Hipotecaria ha de tener por principales objetivos los siguientes: (...) suprimir los artículos de la Ley que constituyen, puede decirse, la parte sustantiva, y que han pasado hoy a formar parte del vigente Código Civil como complemento, desterrar los antagonismos y contradicciones existentes entre algunos preceptos de dicha Ley y el expresado cuerpo legal, que con acierto expone el ilustrado jurisconsulto BIENVENIDO OLIVER, actual director de los Registros (...), en su obra *Derecho Inmobiliario español*» («Integridad hipotecaria. Hipoteca de varias fincas y derechos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1900, año XLVIII, tomo 96, pág. 361). Vid. también, al respecto, BLANCO, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1899, año XVI, tomo 94, págs. 314 y 484; SANTAMARÍA, en «Las tareas en el Derecho Civil en el año 1902», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1902, año L, tomo 100, págs. 100 y 500; SANTIAGO MENÉNDEZ PLAZA escribe un artículo cuyo título es representativo de la situación en sí: «La anarquía en la titulación de inmuebles», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1909, año LVIII, tomo 115, págs. 441 y sigs.

(77) De la discusión de la Ley de 21 de abril de 1909, de modificación de la Ley Hipotecaria vigente, se pueden extraer las siguientes palabras del ministro de Gracia y Justicia y de la Comisión del Senado, respectivamente: «La Ley Hipotecaria, reconocida generalmente como una de las más científicas de nuestro país, ha llenado cumplidamente, bajo el punto de vista jurídico, el fin que se propusieron sus autores; pero no cabe, sin embargo, desconocer, que sus resultados han sido relativamente escasos en lo que se refiere al desarrollo del crédito territorial, no habiéndose obtenido con la extensión debida los fines de dar actividad a la circulación de la riqueza, moderar el interés del dinero, facilitar su adquisición a los dueños de la propiedad; no han sido tampoco bastante para llenar esos fines las innovaciones introducidas en la misma ley por la de

esencial (78). Por esta vía de Disposición Adicional, pues, se introduciría directamente el artículo 1.875 del Código Civil, lo que, en principio, excluía al contenido de ese artículo de la necesidad de ser debatido, tal y como realmente parece que ocurrió (79).

Sin embargo, parecía suceder que, respecto a artículos como el 1.875, no era ya momento de discutir contenidos, sino formas. En este sentido en el que entresacamos una de las múltiples cuestiones que plantea SÁNCHEZ ROMÁN a lo largo del debate y que resulta en concreto a nuestros efectos muy indicativa para poner de manifiesto la nueva problemática a la que se enfrentaba la inscripción constitutiva de la hipoteca: superada ya en 1909 la etapa de la discusión sobre la oportunidad de su contenido, el carácter constitutivo de la inscripción se movía en nuevo plano, la de su realidad como artículo codificado, y su relación, formal, con la Ley Hipotecaria (80).

3 de diciembre de 1869 (...). Los suspirados y perseguidos fines de que la propiedad quedare resuelta y definitivamente garantizada; fomentado el crédito territorial; asegurada la riqueza inmueble; la usura corregida: libre de riesgo el capital prestado; no se consiguieron del todo con la Ley de 1861, reformada en 1869. La mayor parte del dominio sigue no inscrito; las cargas que lo modifican y limitan subsisten a veces con indeterminación perniciosa: el procedimiento para realizar el derecho es dilatado y costoso; la incertidumbre en muchos casos retrae el capital y lo encarece; la interinidad continúa» (en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria. Interpretación auténtica de la Ley de 21 de abril de 1909*, tomo I, Madrid, 1909, pág. 21).

(78) MARTÍNEZ PARDO, que había sido miembro de la Comisión del Congreso que dictaminó, el 16 de febrero de 1909, el proyecto de ley de reforma hipotecaria, señala en este sentido que, «a pesar del [art. 1.875], no se había logrado el fin apetecido de garantizar el derecho inscrito». Considera, en consecuencia, que esta nueva ley fortalecerá resueltamente la virtualidad jurídica de la inscripción y el respeto absoluto al derecho que ella reconoce y garantiza, con lo que puede afirmar que «ha quedado así cerrada hermenéuticamente la puerta a injusticias como las que antes eran posibles, y establecido el carácter obligatorio de la inscripción, ya que sin ella ningún derecho real es eficaz contra terceros poseedores, ya que sin anularlas no puede ejercitarse acción contradictoria del derecho de que es garantía, ya que sin la inscripción no está válidamente constituida la hipoteca, según declara el artículo 1.875 de nuestro Código Civil» (introducción de PABLO MARTÍNEZ PARDO en PEDRO HIGUERAS SABATER, «Reforma de la legislación hipotecaria...», *op. cit.*, págs. XXV a XXIX).

(79) Sostiene a este respecto CALIXTO VALVERDE VALVERDE, «Tratado de Derecho Civil...», *op. cit.*, pág. 598, que «para concordar la Ley Hipotecaria con el Código Civil, el ministro de Gracia y Justicia no hace más que transcribir la Ley Hipotecaria que rigió en Ultramar, y con esto y con incorporar a la nueva edición los artículos de la Ley de 21 de abril, suprimiendo cuantos derogaba, cumple su misión el legislador. Es lástima que no se haya aprovechado la ocasión para hacer una reforma en la Ley Hipotecaria fundamental y esencialmente progresiva, tal cual lo exigen las circunstancias actuales y las necesidades de la época presente». Sobre los artículos reformados en la Ley Hipotecaria, vid., entre otros, PASCUAL ARAGONÉS Y CARSI, *Modificación de algunos artículos de la Ley Hipotecaria vigente por la de 22 de abril de 1909*, Madrid, 1909.

(80) Tal y como presentábamos al comienzo, la interesantísima problemática sobre la relación entre la Ley Hipotecaria y el Código, materializada en las complejas cuestiones del carácter especial o no de la Ley en relación al Código y de cómo llevar a

«(...) Al decir que se reforma la Ley Hipotecaria —expone SÁNCHEZ ROMÁN— no se reforma la primitiva Ley Hipotecaria, sino la Ley Hipotecaria, tal y como la han dejado las adiciones en parte, casi en la totalidad, del Código Civil, y las reformas que muchos artículos del Código Civil hacen en el contenido de ella» (81).

Está planteando en este contexto SÁNCHEZ ROMÁN con sus palabras el objeto de la reforma y llevando la cuestión, a su vez, al terreno de la problemática en estrictos términos legales: dado que el Código Civil aborda la regulación de cuestiones hipotecarias que ya se encontraban previstas en la entonces vigente Ley Hipotecaria, no puede hablarse de un proyecto de revisión de una ley que desconozca las reformas e incluso derogaciones que en su seno ha generado el Código. El problema es meramente formal; de hecho para SÁNCHEZ ROMÁN la confusión deriva, precisamente, de haber reformado el Código cuestiones de la Ley Hipotecaria que, una vez modificadas por la ley posterior, permanecen, sin embargo, en el seno de la ley anterior, formalmente vigentes (82).

éste su contenido, no sólo no era nueva, sino que había centrado prácticamente todo el largo e intrincado debate codificador en sede hipotecaria. Sin embargo, en 1909 la situación es totalmente distinta, y los términos del debate, por consiguiente, también, en la medida en que existe ahora un nuevo elemento esencial en la relación, el Código Civil, y una nueva realidad, el artículo 1.875 declarando el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca; la propia existencia del Código suponía la decisión definitiva sobre la consideración de la Ley Hipotecaria por parte del Código y sobre cómo debían llevarse a éste todas sus doctrinas.

(81) Intervención de Sánchez Román en la sesión de 26 de mayo de 1909 en el Senado, en PEDRO HIGUERAS SABATER, «Reforma de la legislación hipotecaria...», *op. cit.*, pág. 311.

(82) «En la base 6.^a, complemento de la 5.^a, con la derogación cuantitativa que se emplea, se pone en tela de juicio la legalidad en cada caso para saber lo vigente y lo derogado, pues se dice: “por el Ministerio de Gracia y Justicia se procederá a hacer una nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria (...)”. Eso no basta; de la Ley Hipotecaria y del Código Civil, porque la primera labor que tenía enfrente la Comisión era la de concordar su dictamen con el Código Civil, siquiera haciendo las citas de los textos que sobre hipotecas en general, hipotecas en especial, en materia de dote, sobre unificación, sobre anotaciones preventiva, etc., tiene el Código Civil, porque si el Código Civil hubiera dicho sólo que la Ley Hipotecaria quedaba subsistente, no habría hecho bien la Comisión en hacer su reforma sobre la Ley Hipotecaria, olvidando los preceptos del Código Civil que a ésta se refieren; pero es que *el Código Civil ha hecho modificaciones en la Ley Hipotecaria y ha dejado subsistente en ésta aquello en que la modifica (...).* De manera que al decir que se reforma la Ley Hipotecaria, no se reforma la primitiva Ley Hipotecaria, sino la Ley Hipotecaria tal como la han dejado las adiciones en parte, casi en la totalidad, del Código Civil, y las reformas que muchos artículos del Código Civil hacen en el contenido de ella. Es, pues, necesario que SS.SS. apuntalaran el edificio que se va a retocar, que la Comisión dijera si se reformaba la ley en su primitiva redacción o tal como la ha dejado el Código Civil» (intervención de Sánchez Román en la sesión de 26 de mayo de 1909 en el Senado, en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, *op. cit.*, pág. 311. La cursiva es mía).

La exigencia del jurista es la del reconocimiento de la fuerza de los nuevos artículos codificados, que han obligado a redefinir el objeto de toda nueva reforma hipotecaria y el claro ejemplo de su argumento lo constituye el precepto que recoge el carácter de la inscripción de la hipoteca declarativo frente a terceros en la Ley Hipotecaria o plenamente constitutivo incluso entre partes en el Código. En el artículo 1.875 del Código Civil —expone una vez más SÁNCHEZ ROMÁN—, «lo que se ha hecho es, queriéndose tomar como concepto de la hipoteca en general el concepto de la hipoteca legal (83), introducir una verdadera confusión; *pero se ha reformado por el Código (...)*» (84).

(83) En un momento anterior, en sus *Estudios de Derecho Civil...*, ya citados (págs. 866 y sigs.), había reflexionado Sánchez Román en estos términos: «Comparando el Código con la Ley Hipotecaria, lo que se observa es que este primer párrafo del artículo 1.875 en el cual, *generalmente* y sin distinguir entre la hipoteca *voluntaria* o *legal*, se exige para la constitución válida de la hipoteca la inscripción del documento en que se haya constituido en el Registro de la Propiedad, parece inspirado en el artículo 159 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor es el siguiente: “para que las hipotecas legales se entiendan constituidas; se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan”; precepto de natural explicación desde el momento en que el concepto de la hipoteca legal, según el artículo 158, que nace de los supuestos a los cuales otorga la ley el beneficio de la hipoteca legal, con arreglo al artículo 168, queda reducido al *derecho* de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de las personas a cuyo favor la ley establece hipoteca legal. Es decir, que se ha tomado la *parte* por el *todo*, y en esta transposición y reproducción de textos de la Ley Hipotecaria, llevados al Código, se ha convertido en doctrina de *perfección* del contrato de hipoteca, *en general*, lo que era *especial* y justificado precepto tan solo de las *hipotecas legales*, según el artículo 159, pero que no parecía ni debía serlo de las *voluntarias*, a tenor de los artículos 138 y 146 de la hipoteca. Confirma esta explicación el contenido del segundo párrafo del artículo 1.875, que es una reproducción del artículo 158 de la Ley Hipotecaria, definiente de la hipoteca *legal*, y una refundición con éste de los números 5.º y 6.º del 168, y aun del sentido general del 218 y 219 de dicha ley, respecto de las hipotecas legales a favor del Estado, las provincias y los pueblos por el importe de la última anualidad de los tributos y de los aseguradores por el premio del seguro, que son casos en los que la hipoteca tiene por necesidad de naturaleza la condición de *tácita* y mantenida en el alcance limitado de esa eficacia *temporal* y *cuantitativa* por exclusivo ministerio de la ley; ya que la índole de los derechos garantidos por ella, por su sucesión no interrumpida en la inscripción, no consiente, sin exagerar la garantía hipotecaria para todos, el constituir a cada paso por actos especiales y formales de otorgamiento de documento público y de inscripción la hipoteca legal, en los términos que para los demás exige el artículo 159 de igual ley, antes referido».

(84) «(...) Si el Código Civil hubiera dicho sólo que la Ley Hipotecaria quedaba subsistente, no habría hecho bien la Comisión en hacer su reforma sobre la Ley Hipotecaria, olvidando los preceptos del Código Civil que a ésta se refieren; pero es que el Código Civil ha hecho modificaciones en la Ley Hipotecaria y ha dejado subsistente en ésta aquello en que la modifica. Para que vea la Comisión que no se trata de una imaginación visionaria, citaré un caso, porque los hay tan fundamentales como, por ejemplo, el del artículo 1.875, que vino a variar el concepto de la hipoteca, y lo hizo, por cierto, en compañía de persona muy querida para el señor ALVAREZ GUIJARRO y muy

La postura del civilista a estos efectos no es menos ejemplificadora que el propio artículo que él toma de ejemplo. En SÁNCHEZ ROMÁN se está dando la combinación entre la aversión hacia la opción legal adoptada (en el art. 1.875 lo que se ha hecho ha sido «introducir una verdadera confusión») y la pragmática aceptación de esa misma realidad legal («pero se ha reformado por el Código»). Ya no caben elucubraciones ajenas a los hechos; ahora hay código e inscripción constitutiva codificada.

Por ello, al margen de la trascendencia para el debate de esta pequeña observación del jurista, destaca realmente la relevancia de su formulación. Hay un cambio de planteamiento, ahora ya en el terreno de la primacía de ley. En esos términos es como concibe SÁNCHEZ ROMÁN la cuestión: en términos formales, en sede de legalidad. No es un problema de armonía abstracta de las teorías históricas hipotecarias, sino de congruencia formal, producto de la fuerza del derecho codificado.

SÁNCHEZ ROMÁN, el mismo de cuya mano nos venía revelado el nombre del artífice de las ideas del artículo 1.875, nos conduce esta vez a través de la argumentación de su inaceptabilidad teórica del cambio hasta la necesidad legal de su resignada admisión. Desde sus planteamientos se detecta el punto al que la inscripción de la hipoteca ha llegado formalmente: la fuerza del precepto en el que se encierra su obligatoriedad, inserto en el Código y revestido de una concedida autoridad que tolera la crítica de la doctrina consciente de la práctica inmodificabilidad de los términos en los que ha quedado, definitivamente, encerrado e impuesto. Codificado.

3.3. VIGOR CODIFICADOR Y CONSOLIDACIÓN DOCTRINAL: LA FUERZA DE UN PRECEPTO

En cumplimiento de la 6.^a Disposición Adicional de la Ley de 21 de abril de 1909, un Real Decreto publicaba, el 16 de diciembre de ese mismo año, una nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 158 recogía, por primera vez en una Ley Hipotecaria con vigencia en España, el contenido del párrafo primero del 1.875 del Código Civil (85). Se trataba, tal y

perita en Derecho, de quien recibí el honor de que aceptara una indicación mía en un trabajo profesional. Ya sabe S.S. a quién me refiero. Digo esto para que sirva de prenda de que no digo una cosa que no tenga el contraste de esta garantía de verdad. Allí lo que se ha hecho es, queriéndose tomar como concepto de la hipoteca en general el concepto de la hipoteca legal, introducir una verdadera confusión; *pero se ha reformado por el Código*, como se ha reformado lo del plazo del asiento que se establece en el Registro, olvidándose del artículo 30 de la Ley Hipotecaria y de tantas otras cosas que S.S. sabe mejor que yo» (intervención del señor Sánchez Román en PEDRO HIGUERAS SABATER, *Reforma de la legislación hipotecaria...*, op. cit., pág. 311). La cursiva es mía.

(85) El artículo 159 de la Ley es el que hace referencia a las hipotecas legales, estableciendo que «para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita

como había sucedido años antes con la Ley Hipotecaria de Ultramar, del probablemente último gran ajuste legislativo que quedaba tras la introducción legal del carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria. El nuevo concepto de hipoteca, como lo plantearía SÁNCHEZ ROMÁN, se encontraba ya en el Código Civil, y las progresivas adaptaciones legales no eran más que una concatenada consecuencia formal de la fuerza legal con la que precisamente esta novedad se había impuesto.

La etapa de configuración de la inscripción hipotecaria se había cerrado en el momento en el que el Código había optado definitivamente por atribuirle el carácter de constitutiva. La determinación con la que se impuso la novedad la abocó a su permanencia. Y precisamente eso es lo que los juristas han puesto de relieve con sus comentarios: desde la plataforma privilegiada de observación que supone la doctrina, hemos podido estimar la fuerza de imposición de un precepto como el 1.875.

En efecto, a través de los comentarios doctrinales hemos apreciado, en primer lugar, la consistencia que le es atribuida a la codificación de la nueva hipoteca. El reconocimiento de esa fuerza se detecta en la actitud de los propios comentarios que ahora surgen, que se ciñen al tenor literal de la norma, precisamente en este supuesto, en el que en los términos reside la clave y que asumen el cambio prácticamente como ya indisponible.

La doctrina ha puesto de manifiesto el poder de persuasión del Código hacia ella, la capacidad de atraer su atención, de obtener comentarios con sus propias reglas de juego, el juego de las palabras textuales, del tenor literal del precepto que debe ser aceptado en su configuración. Ya no existe un debate de posibilidades, sino, como mucho, la disyuntiva de aceptar o rechazar los términos definitivamente impuestos por el propio artículo codificado.

Por eso los autores que no detectan ninguna clase de cambio, que hablan desde el plano de la armonía legislativa, no están percibiendo realmente el vigor de la literalidad del Código, no lo comentan en puridad ceñidos a su letra; y de ahí que no tengan más que el mérito de poner de relieve los elementos que concurren en los ahora sí comentarios de los autores que no pueden desconocer la novedad. Y también por eso resulta tan gráfica la fuerza

la inscripción del título en cuya virtud se constituyan». Especifica a estos efectos CANALS BRAGE que «el redactor del texto revisado de 16 de diciembre de 1909 sustituyó el acto y no la potencia (se está refiriendo al empleo del término “constituidos”), y donde el Código decía “constituidas” puso “establecidas”, pero la eufonía iba a generar necesariamente mayor confusión». Añade este autor que «el legislador hipotecario de 1944-46 realizó exactamente la operación inversa a la del codificador; perdido por falta de uso el sentido propio de las hipotecas legales, se produce su asimilación a las voluntarias, y el artículo 159 pasa a decir: “para que las hipotecas legales queden válidamente establecidas (...)”, dejando absolutamente irreconocibles los términos del problema», FERNANDO CANALS BRAGE, *El valor de la inscripción...*, cit., pág. 329.

normativa del tenor literal que se trasluce de los que critican la medida legislativa y, sin compartirla en absoluto, la asumen. Representan estos con gran claridad lo que la legalidad del Código impone que sea frente a la voluntad, sin peso ya, de mantenimiento de lo que hasta entonces había venido siendo.

En segundo lugar, y sobre todo, a través de los comentarios de la doctrina podemos ver su propia capacidad generadora de consolidación del precepto, precisamente porque concurren todos los elementos a los que acabamos de referirnos, porque concurre un reconocimiento del poder de cambio de la literalidad de un precepto codificado. Al fijarse como objeto de comentario el propio precepto, al asumirlo precisamente tal y como les viene dado, no están haciendo sino reforzar y consolidar al artículo que, recíprocamente, se sirve de sus comentarios para su imposición y persistencia, en esos mismos términos en los que se presenta.

Precepto codificado y doctrina; precepto que se refuerza a través de sus comentaristas, comentarios que asientan y consolidan el precepto marcan formalmente el final de una larga y agitada etapa en el terreno hipotecario. Los civilistas de aquel entonces nos estaba diciendo, en el lenguaje de sus comentarios, que con el Código Civil se había clausurado una larga fase de historia de la propiedad (86). Contemplado desde ahora no estaría de más añadir que en 1888 se había entrado violenta pero consolidadamente en el indefinido estadio de nuestro presente hipotecario.

4. CONCLUSION

DEL FINAL DE LA INCOMPRENSIÓN DE LA NOVEDAD AL PRINCIPIO DE LA INCOMPRENSIÓN DE LO PREEXISTENTE

Llegamos al final de esta historia, final, por su parte, no sólo conocido desde su comienzo sino, además, del que nunca nos hemos movido. La llamativa irrupción en el Código Civil de la inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca, que clausuraba la etapa protagonizada por la «Ley de terceros» e inauguraba una nueva concepción de la hipoteca que perduraría hasta hoy, acaba relegando muchas de las preguntas acerca de su aparición; aparición que la propia ausencia de datos había convertido ya de por sí en suficientemente confusa y ensombrecida.

(86) Respecto al papel del Código en la historia del Derecho Privado, vid., entre otros, Pío CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, 1996; *ib.*, «Saggi sulla storia della codificazione», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 51, Milano, 1998; JEAN-LOUIS HALPERIN, *L'impossible Code Civil*, París, 1992; *ib.*, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, París, 1996.

Frente a la oscuridad de su origen, resalta su capacidad de implantación, una vez que el precepto ve la luz. Y su capacidad de permanencia. Permanencia que hace que el concepto de hipoteca que nosotros conocemos lo compartamos con los hombres que a finales del XIX asistieron a su surgimiento en el Código Civil.

La ausencia de discusión en la doctrina actual acerca de la pertinencia de la inscripción de la hipoteca, así concebida, da buena prueba de la consolidación del precepto, pero, a la vez, introduce un contraste que inevitablemente pone de relieve su contundente surgimiento: ¿Cómo una teoría de la inscripción que se venía manteniendo y que muy pocos meses antes de su publicación se decide que en ese preciso sentido debe ser incorporada al Código puede desaparecer de repente y de manera insólita cuando se publica, adoptándose, en su lugar precisamente la doctrina contraria? Y más aun, ¿cómo puede la inmensa mayoría de los civilistas de entonces y la práctica unanimidad de los de ahora, comprender y asumir sin fisuras la lógica del concepto de hipoteca que el Código recoge, pero que en los pocos meses que precedieron a su aparición no era ni el legalmente existente ni el oficialmente aprobado?

La mayor intensidad en la aceptación y comprensión de una novedad que, en función de los datos de los que disponemos, en la Comisión General de Codificación no se había decidido que fuera tal, pone más aun de manifiesto, si cabe, la brusquedad de su irrupción. Y son esos mismos escasos datos reveladores de contundentes apariciones los que nos han permitido a lo largo del trabajo intuir dos explicaciones, una de fondo y otra formal, de este patente contraste entre sorpresa y asimilación.

Por un lado, el contenido de la doctrina nos muestra que la teoría y los conceptos en el terreno de la propiedad que se encierran en el artículo 1.875 constituían un espacio compartido, eran ya las nuestras, que no resultan extrañas, ajenas ni antiguas; de otra manera diversa, el precepto habría estado condenado a no ser ni comprendido ni aceptado y, mucho menos se hubiera consolidado.

Pero por otro, además, la doctrina denota que el concepto de propiedad en el que se insertaba la inscripción de la hipoteca se sirvió de un instrumento legal al que dotó de gran fuerza, influyendo vigorosamente a los comentaristas a no salirse de lo que en su letra estaba escrito y consolidándose, a su vez, en cada comentario textual. Reclamaba así el precepto no tanto ser compartido como asumido.

Esto era, en efecto, lo que los civilistas nos estaban revelando. Las ideas en las que el precepto se sustenta no son ajenas, también se comparten, forman parte de una nueva concepción de la propiedad que encajaba en el entonces del Código y en la que nosotros nos seguimos moviendo.

Se encontraba allí presente la propiedad concebida por juristas como AZCÁRATE. Y se encontraba ésta consolidada a través de la primacía que le

estaba siendo concedida al soporte en el que se recogía. El contenido del que fuera el artículo 1.875 había aparecido en un Código, en una ley codificada, y había venido revestido de aditamentos que le eran atribuibles al peso de su legalidad.

A la ley se habían reconducido las ideas de propiedad libre, individual y de garantías de igualdad entre propietarios; y la ley se encargaba de atraer hacia sí aspectos tan determinantes como la constitución de la hipoteca y, a su vez, de someter a su regulación toda diversidad de posibles legislaciones que, de otro modo, regulaban a los contratantes. La ley redefinía, en fin el derecho real de hipoteca, esta vez como de constitución de registral.

El resultado fue la implantación del cambio de rumbo en el concepto mismo de la hipoteca. Provocado el cambio, alterada la legislación precedente, es la doctrina la que, privilegiadamente, nos permite sospechar la realidad de la fuerza del cambio y, también en cierta medida su violencia. Violencia que denota, una vez más, la fuerza de su implantación, pero que paga el precio, igualmente, de no ser siempre asumido.

Parte de la doctrina del momento nos daba buena prueba de ello, y lo siguió dando con posterioridad (87); lo mismo sucedía con algunas resolu-

(87) La falta de aceptación se encuentra patente en testimonios de autores como los que siguen. Hasta casi diez años después de la publicación del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, EUSEBIO DÍEZ MORENO, en sus *Estudios elementales y cuestiones prácticas de legislación hipotecaria* (Madrid, 1897, págs. 33, 48 y 151), establece que a la Ley Hipotecaria sólo le afectan verdaderamente los artículos 605 al 608 y 1.880 del Código Civil, de tal manera que entiende que la inscripción, en general, es voluntaria, salvo los casos en que haya de constituirse alguna hipoteca legal a favor de mujeres casadas, menores o incapacitados. Y esto es así porque «la Ley, que no quiso hacer la inscripción obligatoria por considerar que se trata en ella de asegurar un derecho de naturaleza civil y, por tanto, renunciable, estableció algunas excepciones a la regla general, que están fundadas todas en la acción tutelar del Estado respecto de las personas que no pueden por sí ni ejercitar ni renunciar sus beneficios». El mismo año de 1897, en el artículo «Efectos validatorios de la inscripción», de BARROSO, publicado en 1897, se puede leer lo siguiente: «Es la Ley Hipotecaria, ley de terceros. En su sistema, sólo el interés de éstos se procura e inquiere. La inscripción, de tan omnipotente eficacia en cuanto al tercero respectivo, nada añade al contrato considerado entre los mismos otorgantes para quienes, inscrito o no inscrito aquél, iguales son sus efectos, idéntico su contenido, las mismas las obligaciones de él dimanante. Perfecto un contrato inscribible por el consentimiento, consumado por la tradición y acreditado por escritura pública, tiene en sí cuanto para su validez y eficacia en juicio el derecho requiere. La inscripción representa sólo un aditamento extraño, bueno para constatar el convenio en cuanto a terceros, pero inútil, innecesario en absoluto para su efectividad en cuanto a los contratantes. (...) Al contrario de lo que ocurre en el régimen hipotecario prusiano, donde la inscripción en el Grundbuck, acompañada de la investidura, es tan esencial elemento en las adquisiciones voluntarias, que éstas no se entienden realizadas mientras aquéllas no se verifiquen; en el nuestro, concurriendo título bastante y modo eficaz, requiriéndose la inscripción tan sólo para que se tenga por realizada de hecho en cuanto a terceros» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1897, año XLV, tomo 90, págs. 289 y sigs.). En 1903 afirmaba ANGEL DONOSO MORILLO que «no basta

ciones que se pronunciaron inmediatamente después al cambio (88). El nuevo concepto del derecho real disponía de prácticamente todos los elementos para implantarse, pero no podía controlar la reacción ante el peso de un asumido pasado regido por el espíritu de los terceros hipotecarios. Era

para que exista verdadero derecho real, título o preexistencia de derechos, ni modo o acto creador de relación de derecho, ni tradición o entrega privada de la cosa, sino que es preciso que se publiquen, además, estos actos para que todos sepan quién tiene la preexistencia de derechos y adquieran exclusivamente de él, pero la inscripción es meramente voluntaria: el que no inscribe, el Estado no lo protege» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1903, año LI, tomo 103, pág. 249). Ya en 1906 sostiene CARLOS DE HARO en *Hipoteca del propietario y deuda territorial*, que «mientras no se efectúe la tradición, requisito esencial de las garantías prendarias, no se ha constituido [la hipoteca]; y siendo la inscripción el acto jurídico de la tradición, la inscripción es y debe ser condición esencial de aquel contrato (...). Podemos concluir en la afirmación de que título, inscripción y tradición son una sola institución de nuestro sistema hipotecario». Más adelante prosigue diciendo que «así como entre partes aparecen distintos el título constitutivo de la obligación principal y la inscripción del mismo, tanto que ésta no da derecho al que es acreedor según aquél, o sea que entre partes la acción del acreedor radica en el título y no en la inscripción, al revés entre terceros, la inscripción es el título de la relación jurídica inscrita, y les da mutuamente derecho a lo que ella sea, aparte sin tener para nada en cuenta el título de donde dimane y a que se refiera la inscripción (...); entre terceros la inscripción es el título constitutivo de la relación jurídica inscrita» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1906, año LIV, tomo 108, págs. 643 y 1907, año LV, tomo 111, pág. 306).

(88) Es muy poco lo que hemos podido encontrar en la jurisprudencia y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a la aplicación concreta del artículo 1.875 del Código Civil. No obstante, con respecto a éstas últimas, la Resolución de 14 de octubre de 1891 considera claramente la inscripción de la hipoteca no constitutiva. Del mismo modo, la Resolución de 27 de octubre de 1892 sigue desconociendo el artículo 1.875 del Código Civil, remitiéndose y apoyándose, incluso, en resoluciones dictadas con anterioridad al Código; así pues, considera que «es doctrina de este centro, consignada en sus Resoluciones de 25 de junio de 1877 y 29 de diciembre de 1880, la de que la sola voluntad del dueño de los bienes hipotecados basta para la constitución de las hipotecas voluntarias, sin que, además, sea necesaria la aceptación de la persona a cuyo favor se impone el gravamen». En la misma línea, declara contundentemente la Resolución de 31 de agosto de 1893, que «ninguna alteración ha introducido el Código Civil en la doctrina fundamental de la Ley Hipotecaria de que las hipotecas voluntarias, o nacen de la convención entre partes, esto es, del contrato, o son impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen, o lo que es igual, son resultado de un acto unilateral». No está de más atender, de igual modo, a lo que al respecto opinaba la jurisprudencia del Supremo. Antes de la publicación del Código, el papel del Registro en este plano estaba claro. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 1888, declara que «la libertad o gravamen de las fincas sólo puede acreditarse en perjuicio de tercero por la certificación del Registro de la Propiedad. Sin embargo, con posterioridad a la promulgación del Código Civil, lo cierto es que el Tribunal Supremo, aun reconociendo que la hipoteca ha de inscribirse para que se considere válidamente constituida, no parece que lo estimen una novedad. La sentencia de 20 de noviembre de 1901 declara que «la hipoteca especial otorgada para sustituir a la general y tácita, no produce este efecto si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, porque únicamente queda constituida con validez cuando se cumple dicho requisito, según el artículo 1.875 del Código Civil, y de modo

éste un indicador más de lo que estaba sucediendo: correspondía a un momento de transición, al final de un concepto y la entrada en una nueva concepción.

A pesar de ello, la trayectoria de ese precepto hasta nuestros días, en los que la inscripción registral de la hipoteca no puede concebirse de otra manera, nos demuestra que las objeciones no eran más que voces que estaban condenadas a extinguirse bajo la fortaleza de la nueva realidad legal.

Incomprensible, previsible, deliberado o casual. Es mucho lo que queda sin saber de la inscripción constitutiva de la hipoteca en España, porque son muchos los datos que permanecen escondidos. Pero de todo lo que pudiéramos llegar o no a conocer, nos queda la evidencia del primer párrafo del artículo 1.875 del Código Civil. De origen indiscutiblemente incierto, pero, sea como fuere, de realidad contundentemente impuesta y de contenido

análogo ordenaban para la Contaduría de Hipotecas las leyes del título XVI, Libro X de la Novísima Recopilación». Un poco después, la sentencia de 11 de diciembre de 1903 sostiene que «la Ley Hipotecaria tampoco varía las reglas de la legislación civil (en la materia hipotecaria), limitándose sólo a agregar a ellas las derivaciones de los preceptos de la publicidad y especialidad de las hipotecas sobre las que restableció el crédito territorial, por lo que el artículo 1.875 del Código Civil, para sancionar la adición y hacer patente la armonía entre ambas legislaciones, satisfaciendo el objeto principal de la Hipotecaria, dispone que a los demás requisitos establecidos por la civil ha de agregarse, para que la hipoteca quede válidamente constituida, el de la inscripción del documento en el Registro de la Propiedad». Muy posteriormente escribe JOSÉ MANUEL PEDREIRA CASTRO, *El Código Civil a través de la jurisprudencia*, tomo IV, Madrid, 1946, pág. 845, que «confirma la doctrina de este artículo [1.875] la sentencia de 3 de enero de 1913. El que la hipoteca no se constituyera en la forma prevenida en este artículo y en el artículo 146 de la Ley Hipotecaria no obsta para que se declare su nulidad o validez cuando se comprenda en el número 4 del artículo 880 del Código de Comercio (sentencia de 5 de abril de 1933). La hipoteca, según este artículo, es un derecho cuya inscripción tiene valor constitutivo, de manera que no queda constituida como tal y *erga omnes*, sino con la extensión que resulte registrada (sentencia de 12 de enero de 1943)». Respecto a las resoluciones acerca de materias hipotecarias, vid. LEÓN GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Colección completa de Leyes, Decretos, Reales Ordenes, Circulares y Resoluciones referentes a la toma de razón y derechos reales en España, expedidos desde el 2 de diciembre de 1839 hasta el 31 de diciembre de 1873*, Madrid, 1881; la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* publicó, en 1890, un «Repertorio doctrinal y legal por orden alfabético de la jurisprudencia civil española. Años 1883 a 1888»; MANUEL MARTÍNEZ MOREDA, *Comentarios y jurisprudencia a la legislación hipotecaria*, tomo I, Madrid, 1906; *Colección oficial de Leyes, Reales Decretos, Reales Ordenes, Circulares y Resoluciones que se han dictado referentes al Registro de la Propiedad Inmueble y de los demás derechos reales*, Madrid, tomo I, 1882; tomo II, 1883; tomo III, 1804; tomo IV, 1892; tomo V, 1906; tomos VI y VII, 1908; LORAQUE E IBÁÑEZ, *Repertorio alfabético de la jurisprudencia hipotecaria dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado durante los años de 1874 al 1900*, Andújar, 1935, o ROCA SASTRE Y MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia registral*, tomo II (1883-1895), Barcelona, 1953. Los *Estudios...*, *op. cit.*, de SÁNCHEZ ROMÁN, contienen, igualmente, apartados muy completos de jurisprudencia desarrollada por materias.

irreversible. Es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Porque así quedó definitivamente dicho en una ocasión, un viernes de diciembre de 1888.

M.^a JULIA SOLLA SASTRE (**)

(**) La autora es becaria de investigación del Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

DICTAMENES Y NOTAS

Breve examen de la sentencia de 23 de enero de 2003, del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Valladolid

INTRODUCCION

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Valladolid, ha adquirido una gran importancia teórica y práctica porque, por un lado, es la primera sentencia que dictan los Tribunales de lo Civil en aplicación del nuevo recurso gubernativo regulado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social que modifica los artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria y, por otro, aborda el conflictivo tema, a raíz del párrafo 2.º del artículo 98 de la citada Ley 24/2001, de la calificación registral de los poderes.

Aborda la citada sentencia también la cuestión de los requisitos necesarios para que tenga lugar la subrogación de una entidad financiera en el préstamo hipotecario de otra, requisitos que vienen regulados en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, pero que ante la importancia de las cuestiones anteriormente expuestas queda en un segundo plano.

CUESTIONES PROCESALES

Tres son las cuestiones procesales principales que sugiere esta sentencia: la admisión de la intervención en el proceso del Registrador, autor de la nota de calificación recurrida, la competencia del Juzgado Civil y la actuación del Abogado del Estado en representación de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

1. LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRADOR EN EL RECURSO ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

En cuanto a la posición del Registrador en el recurso ante la jurisdicción civil interpuesto por el Notario o algún otorgante del documento no inscrito, la regulación original de la Ley 24/2001, vigente en el momento de interponerse el recurso, aparte de la exclusión de la posibilidad del Registrador de acudir a la revisión judicial de las Resoluciones de la Dirección General contenida en el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria en combinación con el artículo 325, no recogía expresamente cuál era ésta, ni en sentido afirmativo ni negativo, al contrario de lo que ocurre en el recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en que el nuevo artículo 327 le considera parte, al poder rectificar su calificación o mantenerla y emitir un informe en defensa de la misma.

No obstante, entiendo que ya debía entenderse que el Registrador es «interesado» en el sentido de la expresión del párrafo tercero del artículo 328, según el cual «*recibido el expediente, el Tribunal, a la vista de cuantos aparezcan como **interesados** en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días*», pues aparte del prestigio profesional, de una sentencia contraria podrían derivarse responsabilidades económicas o disciplinarias en su contra, por cuanto la misma constituiría el punto de partida de un eventual proceso ulterior de responsabilidad contra el mismo.

Refuerza este argumento el nuevo párrafo quinto del artículo 327 de la Ley Hipotecaria introducido por la Ley 53/2002 que, aunque referido al recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, viene a ampliar considerablemente el ámbito y extensión del concepto «interés» a efectos de este recurso al exigir que el Registrador notifique la interposición del mismo también a los titulares de derechos presentados, inscritos o anotados en el Registro que puedan resultar perjudicados por la Resolución que recaiga en su día, así como a los órganos públicos y personas físicas o jurídicas si el defecto deriva de la falta de una licencia o autorización de los primeros o de un consentimiento de los segundos.

En este mismo sentido se orienta el nuevo párrafo cuarto del artículo 328 de la Ley Hipotecaria, que considera también legitimados para recurrir en vía civil las Resoluciones estimatorias de la Dirección General, a las personas indicadas en el párrafo anterior de este comentario y al propio Registrador que hubiese firmado la nota de calificación, aunque sigue sin indicar cuál es la posición de éste si el recurso versa sobre una Resolución desestimatoria.

Además de este argumento, desde otras perspectivas también es criticable el olvido legal del Registrador. Así ocurre desde el ámbito constitucional por aplicación del principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución y del principio de igualdad recogido en el artículo 14 del

mismo Cuerpo Legal si comparamos su posición con la del Notario. Y también desde el ámbito de la propia aplicación de las normas procesales ordinarias sobre intervención en juicios recogidas en los artículos 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 19 y 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aplicable este último por analogía, dado el actual carácter cuasi-administrativo del nuevo procedimiento registral.

Dice el artículo 24 de la Constitución que *«todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»* y, por su parte, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que *«la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»*.

Lo que lleva a la conclusión (1) que las personas que una Ley, en este caso la Hipotecaria, señala como legitimadas para intervenir en un procedimiento, podrán hacerlo desde ella, pero sin que ello implique que queden excluidos las demás personas que ostenten un interés o un derecho legítimo, los cuales podrán intervenir al amparo de la Constitución, y los Jueces y Tribunales que conozcan del asunto en cuestión deberán admitir la misma, interpretando con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación para acceder a los procesos judiciales (sentencias del Tribunal Constitucional 24/87 y 95/1992).

En el ámbito estrictamente procesal, el artículo 13 de la LEC, en su párrafo primero dispone que *«Mientras se encuentre pendiente un proceso podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito»*, y el párrafo tercero establece que el interviniente será considerado como *«parte a todos los efectos»*.

Por su parte, la LRJCA señala en su artículo 19.1.a) que *«están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo»*, y en su artículo 21.1.b) considera legitimada como parte demandada a *«las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieren quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante»* o, como decía el artículo 30 de la antigua LJCA, *«cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento de acto o disposición que motivaren la acción contencioso-administrativa»*.

(1) LASO MARTÍNEZ, «Glosas hipotecarias honorarias (a propósito de la Ley 24/2001)», en RCDI, núm. 670.

En este ámbito procesal define FERNÁNDEZ BALLESTEROS (2) la «intervención» como la introducción en un proceso pendiente de una tercera persona que formula una pretensión en defensa de sus propios intereses, sea en forma directa o bien a través de la defensa de los derechos de cualquiera de las partes.

En cuanto a cómo deben entenderse a efectos procesales las expresiones legales de «interés directo» o «interés legítimo» como condicionante de la intervención, la propia doctrina del Tribunal Constitucional sienta el criterio que el concepto «interés» como presupuesto de la legitimación ha de interpretarse, en todo caso, en términos amplios, como comprensivo de todo interés material o moral que pueda resultar de la estimación o desestimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad y no sea hipotético.

El interés que justifica la intervención procede, por tanto, de la repercusión que la sentencia que se dicte en el proceso pueda producir en la esfera del interviniente. Este es el supuesto en que se encuentra el Registrador en la fase jurisdiccional del nuevo recurso gubernativo, pues siendo evidente que tiene interés legítimo en la defensa de su calificación, tanto por razones de prestigio profesional como, sobre todo, por la posible repercusión patrimonial derivada de su responsabilidad personal, ese interés, por sí solo, es ya suficiente para el reconocimiento de su legitimación para personarse en el proceso.

Conforme a lo anterior, la «intervención» del Registrador en esta fase del recurso gubernativo se puede calificar siguiendo la clasificación tradicional como **voluntaria**, en cuanto se produce por propia iniciativa del Registrador, y **adhesiva simple** o no litisconsorcial, en el sentido de que, aunque tiene un interés legítimo en el resultado del pleito, no defiende directamente derechos propios, sino que coadyuva a la defensa de derechos de otros, de los que depende un interés propio que no constituye el objeto del proceso, por lo que la sentencia sólo le afecta de forma potencial.

Este es el tipo de «intervención» admitido, en general, a aquellas personas que puedan ser demandados en un proceso ulterior para indemnizar al vencido por los daños y perjuicios derivados del propio proceso y que les sean imputables. Supuesto especialmente significativo de esta intervención es el contemplado en las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de diciembre de 1906 y 25 de junio de 1990, que admiten la intervención del Notario autorizante en procesos sobre nulidad testamentaria por defecto de forma en el testamento iniciado frente a los herederos.

Además, si por razones de prestigio profesional y responsabilidad patrimonial la Ley Hipotecaria reconoce la legitimación del Notario autorizante

(2) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Ed. Iurgium.

en todas las fases del recurso gubernativo, permitiéndole recurrir la calificación en todo caso, es decir, incluso si los otorgantes no están interesados, y exige también que el Registrador le notifique toda calificación suspensiva o denegatoria del documento o de algunas de sus cláusulas (arts. 325 y 322 de la Ley Hipotecaria), de igual modo, también por aplicación del principio de igualdad constitucional, los Jueces y Tribunales deben reconocer al Registrador esa legitimación si la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado le es adversa o si siendo favorable alguna parte interesada recurre a la vía judicial.

No consideró estas razones, en un principio, el Magistrado competente pues, en aplicación literal y automática del párrafo tercero del artículo 328 de la Ley Hipotecaria, y sin analizar el fondo de la cuestión, sólo emplazó al Notario actor, a la propia Dirección General de los Registros y del Notariado y a los otorgantes de la escritura de hipoteca objeto de la calificación registral.

No obstante, a petición del Registrador afectado y pese a la oposición del Notario recurrente, dicho Magistrado admitió posteriormente la intervención de aquél en el proceso, argumentando fundamentalmente que sí tenía interés en el mismo en la medida que *«si el presente procedimiento puede dar lugar con carácter reflejo a esa posible responsabilidad (la patrimonial del Registrador), por una relación simple o conexión mediata con los hechos a enjuiciar, o porque la relación material principal del caso que nos ocupa recae y afecta con carácter prejudicial o indirecto en terceros, en este caso el Registrador, es precisamente por ello por lo que se estima el interés legítimo del Registrador y, por tanto, su posible intervención en el proceso»*.

Y añade la sentencia, a este respecto, que *«parece lógico que si en vía administrativa puede tener intervención el Registrador (art. 327 de la Ley Hipotecaria), por cuanto puede ostentar interés legítimo en mantener si lo estima oportuno su calificación, atendidas las consabidas responsabilidades que se pueden derivar, este juzgador entiende que igualmente en vía jurisdiccional, y aunque de manera indirecta, puede existir para el Registrador el mismo interés en ser parte en el proceso y poder intervenir en él, porque en última instancia la Resolución del pleito puede derivarle las mismas consecuencias»*.

Como se ve, la sentencia reconoce, sin lugar a dudas, el interés del Registrador en la fase jurisdiccional del recurso gubernativo y en aplicación del artículo 13 de la LEC permite su intervención en el proceso, facultándole expresamente para hacer las alegaciones que estime convenientes en su defensa y para utilizar los recursos que procedan contra la Resolución que se dicte si ésta le es perjudicial y ello independientemente de la postura que adopte la Dirección General de los Registros y del Notariado (su litisconsorte). Viene con ello a corregir, mediante la aplicación integradora del

Ordenamiento Jurídico en su conjunto, una de las deficiencias legales más importantes de un proceso, el del nuevo recurso gubernativo, introducido apresuradamente y con poca meditación.

2. LA COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

Respecto a la cuestión de qué jurisdicción es competente para conocer del recurso frente a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el párrafo primero del artículo 328 de la Ley Hipotecaria establece que *«las Resoluciones expresas o presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia del recurso contra la calificación de los Registradores, serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal»*, y el párrafo segundo añade que *«la demanda deberá interponerse..., ante los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble y, en su caso, los de Ceuta y Melilla»*.

Conforme a las exigencias deducidas del principio constitucional de tutela judicial efectiva, la reforma del recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores que modifica el orden de los recursos, que pasa a ser ahora primero ante la Dirección General y en segunda instancia ante los órganos judiciales, parece plenamente ajustada con ese principio según el cual no puede haber ámbitos exentos del control judicial.

La atribución de jurisdicción se hace, sin embargo, con carácter exclusivo ante los órganos de la jurisdicción civil, lo cual puede originar futuros problemas procesales pues, aunque es cierto que la variedad de actos registrales se encuadran fundamentalmente en el ámbito de la jurisdicción civil, también lo hacen en otros, especialmente en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa como, por ejemplo, ocurre con los actos relacionados con el urbanismo.

Así el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que *«los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley»*, para lo cual a cada jurisdicción se le atribuyen distintas materias susceptibles de enjuiciamiento, y así al orden contencioso-administrativo le corresponden *«las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias»*, y el orden civil conoce de *«las materias que le son propias y todas aquellas que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional»*.

Pues bien, puede ocurrir que en aplicación de dicho artículo 9 de la LOPJ y del artículo 38 de la LEC, un determinado Juez civil ante el que se sustancie un proceso de revisión de las Resoluciones de la Dirección Gene-

ral se abstenga de su conocimiento alegando incompetencia de jurisdicción por estimar que la Resolución versa sobre una materia ajena al mismo como, por ejemplo, sobre un proyecto de equidistribución, sobre una expropiación, sobre una concesión administrativa o sobre una anotación preventiva ordenada por un Tribunal Contencioso-Administrativo. También puede ocurrir que sea un órgano de esta última jurisdicción el que plantee el conflicto de competencia requiriendo para que se inhíba al juez civil.

Qué solución existe en estos casos, dado que es poco probable que un juez de otro orden jurisdiccional se ajuste al proceso civil regulado en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria. A mi entender, la única posible, aparte de la necesaria reforma legal, es la expuesta por LASO MARTÍNEZ (3), según el cual ha de procederse a una interpretación correctora del tenor literal de la Ley, de tal modo que los documentos judiciales sean susceptibles de revisión judicial en el mismo orden del que procedan y que los documentos administrativos se puedan revisar si procede ante la jurisdicción contencioso-administrativa, utilizando en cada caso el proceso de cada jurisdicción que sea más acorde con la naturaleza del recurso que tratamos.

En el supuesto de la sentencia comentada no se plantea este problema de falta de jurisdicción porque las dos cuestiones objeto del recurso son claramente pertenecientes al orden jurisdiccional civil, pero quede aquí reflejado el mismo, pues es razonable que a no tardar tendrá lugar.

Por último, conviene indicar que la suspensión del procedimiento en tanto se resuelve el conflicto de competencia, producirá la vigencia del asiento de presentación del documento recurrido, por aplicación del artículo 66 y concordantes de la Ley Hipotecaria, durante un plazo de tiempo que puede exceder de lo razonable, es decir, hasta que se resuelva dicho conflicto y el recurso en sí mismo, con la consiguiente paralización del tráfico jurídico de las fincas afectadas e impidiendo la agilidad del proceso que era uno de los fines fundamentales de la reforma del recurso gubernativo.

3. LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO

Dispone el actual párrafo quinto del artículo 328 de la Ley Hipotecaria que «*La Administración del Estado (Dirección General de los Registros y del Notariado) estará representada y defendida por el Abogado del Estado. No obstante, cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal*».

(3) «Glosas hipotecarias honorarias (a propósito de la Ley 24/2001)», en *RCDI*, núm. 670.

Y el párrafo noveno del artículo 327 del mismo cuerpo legal señala que *«La Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga Resolución, se entenderá desestimado el recurso quedando expedita la vía jurisdiccional»*.

La cuestión que aquí planteamos es cuál debe ser la postura del Abogado del Estado en los supuestos como el presente de Resoluciones presuntas de la Dirección General. En principio, dado que estas Resoluciones implican la desestimación del recurso y el mantenimiento de la calificación registral, el Abogado del Estado, como parte demandada, debería defender dicha calificación.

No entiendo, sin embargo, que esta respuesta sea la correcta. La calificación deberá de ser defendida por el propio Registrador en cuanto parte interesada y en los términos vistos en el punto primero de este comentario, pero el Abogado del Estado deberá defender la real postura de la Dirección General, sea ésta coincidente o no con la calificación registral.

Piénsese, por ejemplo, lo absurdo de defender a ultranza la Resolución presunta cuando se trate de un supuesto de hecho resuelto anteriormente por la Dirección General en un sentido contrario a la calificación, pero que por aplicación de la doctrina del silencio negativo es resuelto en el sentido de ésta.

El Abogado del Estado debe, por tanto, acudir en consulta a la Dirección General para que ésta le informe de cuál debe ser su postura en el recurso gubernativo en estos casos y sólo ante el silencio de la misma, si éste llega a producirse, defender la postura del Registrador.

En el proceso comentado, este problema se acentúa por la existencia de siete Resoluciones expresas anteriores sobre el mismo asunto de fondo, la calificación registral de los poderes, algunas de las cuales además son contradictorias como veremos posteriormente, por lo que *a priori* no resultaba fácil saber cuál era la verdadera posición de la Dirección General.

No sabemos si el Abogado del Estado consultó o no al Centro Directivo, sólo nos consta que se opuso a la demanda, defendiendo, por tanto, la Resolución presunta y que solicitó del Registrador de la Propiedad la remisión de «el expediente formado, los antecedentes existentes sobre el caso y un informe sobre el asunto a fin de que esta Abogacía del Estado pueda conocer con detalle su criterio sobre la cuestión planteada», lo que nos lleva a deducir que no se llegó a plantear la cuestión aquí analizada.

CUESTIONES SUSTANTIVAS

Como ya se ha indicado, dos son las cuestiones sustantivas planteadas en el recurso: la primera, la extensión de la calificación registral en materia de poderes, y la segunda, si en una subrogación en préstamo hipotecario, a falta de certificación de la entidad acreedora, es necesario forzosamente el depósito notarial de la cantidad adeudada.

1. LA CALIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

Para empezar esta cuestión, parece conveniente transcribir el artículo 98 de la Ley 24/2001 y el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, bases de la controversia objeto de este comentario. Así, los dos primeros párrafos del indicado artículo 98 establecen que, *«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 se refiera»* y que *«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»*.

Y el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuya vigencia no es discutida, dispone, como es sabido, que *«los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro»*.

Pues bien, respecto a esta primera cuestión de fondo planteado en el recurso, la de la calificación de los poderes, que deriva de la aparente antinomia de los dos citados artículos, la sentencia no entra a analizar *ex novo* el alcance del tan discutido artículo 98 de la Ley 24/2001 y su compatibilidad o no con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino que da por buena la solución recogida en la Resolución consultiva de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002.

Ese criterio se fundamenta en que precisamente dicha Resolución se dictó para resolver, con carácter vinculante para Notarios y Registradores, si la reforma había modificado la extensión de la calificación de los Registradores respecto de la representación y en qué debe consistir la citada reseña para que las escrituras públicas que la contengan sean inscribibles, así como las demás cuestiones conexas como el distinto ámbito de efectos de la

escritura pública y los asientos registrales, el significado del párrafo tercero del artículo 98, etc.

Congruentemente con este acertado punto de partida considera la sentencia, siguiendo la citada Resolución, que el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva en orden a la función de los profesionales que la ejercen y que el mismo debe interpretarse en relación con el contexto del resto de la Ley, tendente únicamente a reducir la extensión de los documentos públicos y a reforzar en esta materia la responsabilidad notarial y no a modificar el mencionado esquema, por lo que concluye que el Registrador debe seguir realizando su función calificadora en materia de representación.

Lo que ha cambiado, según la sentencia, es la forma de acreditar la representación *«en el sentido de que cuando el Notario haya realizado el juicio de suficiencia, y de la escritura resulten los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretenda inscribir, el Registrador ya no podrá exigir la documentación complementaria o la transcripción literal total o parcial de las facultades representativas»* (Fundamento de Derecho cuarto c).

Centra la sentencia la cuestión litigiosa, como no podía ser de otra forma, en determinar cuáles han de ser esos particulares bastantes para que la reseña permita el ejercicio de la calificación registral y, siguiendo una vez más la Resolución de 12 de abril de 2002, señala en el Fundamento de Derecho quinto d), que 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 y extensión de éstas y las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas»* y que la reseña identificativa del documento *«habrá de consistir no sólo en las señas distintivas del documento que se haya exhibido sino también de las facultades representativas, debiendo expresarse el juicio de suficiencia del Notario no de forma genérica o abstracta, sino necesariamente concretado al acto o contrato a que el instrumento se refiera»*.

Dado que en el supuesto objeto del litigio, el Notario autorizante se limitó a señalar respecto de las facultades representativas contenidas en las escrituras de poder que *«copias autorizadas de las referidas escrituras he tenido a la vista y juzgo bastante para este acto, aseverando el apoderado la integra vigencia de sus facultades»*, la sentencia desestima el recurso por no cumplirse el requisito legal de la reseña identificativa del documento del que deriva la representación y concluye en el párrafo final del Fundamento de Derecho sexto que este tipo de reseña o similares no se ajustan a la legalidad vigente porque *«impiden de facto el ejercicio de la función calificadora que en materia de capacidad de los otorgantes impone al Regis-*

trador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que quedaría en este extremo vacío de contenido».

Rechaza, por tanto, la sentencia la validez de cualquier fórmula genérica de reseña que potencialmente pueda servir para cualquier escritura con independencia de su contenido, exigiendo en todo caso una transcripción somera pero suficiente de las facultades o una relación de la esencia de tales facultades, *«a fin de que el Registrador en el ejercicio de su función calificadora pueda apreciar si, en su caso, el juicio emitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulta del mismo documento calificado o de los asientos del Registro»* (Fundamento de Derecho séptimo).

Esta sentencia supone, por tanto, por un lado, la revocación de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002, en cuanto admiten la utilización de fórmulas de reseña genéricas e impeditivas de la calificación registral como la expresión *«con facultades suficientes para el acto o contrato que se instrumenta en esta escritura»*, a las que critica abiertamente por considerarlas contrarias a la vinculante Resolución-consultiva de 12 de abril de 2002 y, por otro, el reconocimiento del acierto de la Resolución de 20 de septiembre de 2002, que rechaza dichas fórmulas, en tanto sí se ajusta a los términos de la citada Resolución-consultiva.

En definitiva, según la sentencia, las exigencias derivadas del famoso artículo 98 son dos: una, el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas que no puede ser abstracto, y otra, una transcripción, reseña, relación o referencia somera del ámbito o extensión de dichas facultades. No basta que sólo se cumpla la primera pues, como señala la Resolución de 12 de abril de 2002, *«este sistema es imperativo, por cuanto la Ley lo impone como obligación y no como facultad del Notario autorizante»*.

A su vez, esa reseña o transcripción debe ajustarse a las siguientes premisas: 1.º Debe referirse a las facultades en cuanto tales, es decir, debe contener una descripción más o menos amplia de las mismas ateniéndose en sus términos a los que constan en el poder, y 2.º Debe ser suficiente para que el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, pueda comprobar la adecuación de dichas facultades al negocio concreto cuya inscripción se pretende.

En este sentido es esencial la expresión antes expuesta del Fundamento de Derecho séptimo, según el cual la reseña de las facultades representativas debe hacerse *«a fin de que el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, pueda apreciar si, en su caso, el juicio emitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulte del mismo documento calificado o de los asientos del Registro»*, lo que implica que la confección de la reseña de las facultades representativas no queda tampoco al arbitrio del Notario autorizante, sino que éste debe recoger aquellas facultades contenidas en la escritura

de poder que sean necesarias, en cada caso, para el acto o contrato que se documenta con las mismas palabras contenidas en el mismo o con otras que tengan el mismo significado jurídico, eso sí, sin que sea necesario la expresión que en lo omitido no hay nada que modifique o restrinja lo reseñado.

No es admisible, por tanto, que el Notario, interpretando el contenido y extensión del poder, cambie arbitrariamente las palabras utilizadas por el poderdante o utilice fórmulas genéricas o sacramentales, pues si ello sucede, el Registrador no podrá apreciar si la operación que recoge el documento presentado en el Registro está entre las operaciones que el poder autoriza a realizar al representante, es decir, no podrá ejercer su función calificadora.

Dada la variedad de contenido y condiciones de los poderes, no se puede dar una fórmula general para la confección de las reseñas. Por ejemplo, en los poderes de las entidades financieras, tan frecuentes en la práctica, se suelen señalar unas facultades solidarias hasta una determinada cantidad, mancomunadamente hasta otra distinta, variando ésta según el nivel de los apoderados concurrentes, pudiendo ser la extensión de las mismas distinta según se trate de otorgar préstamos hipotecarios o de cancelarlos, etc.

Fórmulas correctas de reseña, en estos supuestos serían, a mi juicio, las siguientes: «con facultades para otorgar préstamos hipotecarios con carácter solidario hasta ... euros» o «mancomunadamente hasta ... euros» o «sin limitación de cuantía» que, como se observa, en nada aumentan la extensión de la escritura. Fórmulas incorrectas por inconcretas, no ajustadas a la complejidad de este tipo de poderes y que impiden la calificación del Registrador serían las siguientes: «con facultades para otorgar préstamos hipotecarios» o «para otorgar el préstamo hipotecario que se documenta en esta escritura», las cuales sirven potencialmente para cualquier escritura de préstamo hipotecario con independencia de su contenido.

Respecto de los poderes para enajenar, estos pueden ser para todo las fincas del poderdante, para las que se encuentren en una determinada localidad o provincia o para una o varias fincas concretas, o bien, sólo para vender o para enajenar por cualquier título, o en forma solidaria o mancomunadamente, salvando o no la autocontratación, etc. Deberá en estos casos especificarse el ámbito del poder tanto en cuanto a las facultades de enajenación como en cuanto a las fincas que comprende, no siendo correctas por las razones tantas veces expuestas, fórmulas como «con facultades para esta venta» o similares, o bien, si se dijera que el apoderado tiene facultades para enajenar cuando sólo tiene para vender y así con todo tipo de facultades.

De todo lo expuesto se deduce que los fundamentos jurídicos y el fallo concreto de la sentencia comentada no pueden merecer más que elogios en cuanto se ajustan perfectamente a la Resolución-consultiva de 12 de abril de 2002, que es la de rango mayor de todas las dictadas hasta ahora y de carácter vinculante para Notarios y Registradores.

No obstante, en su último inciso respecto a esta cuestión de la representación, la sentencia viene a admitir, apartándose de toda su anterior argumentación, que la transcripción o reseña del ámbito de las facultades representativas del apoderado pueda ser sustituida por una *«proyección del juicio de suficiencia sobre el contenido concreto de la escritura autorizada»* dando a entender que sería admisible una fórmula del tenor siguiente: *«juzgo, bajo mi responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el préstamo con garantía hipotecaria que se instrumenta en esta escritura»*.

Esta posibilidad de sustitución de la reseña es abiertamente contraria a toda la doctrina anteriormente expuesta extraída de la propia sentencia y supone de facto impedir el ejercicio de la función calificadora por parte del Registrador, por faltar uno de los requisitos del artículo 98 de la Ley 24/2001. Esa pretendida «proyección» no es otra cosa que una interpretación o juicio notarial que, por sí solo, como hemos visto, no es suficiente, pues el Registrador carece de instrumentos para comprobar si el juicio notarial es acertado.

La Resolución de 12 de abril de 2002 en su Fundamento de Derecho octavo ya distinguía claramente como requisitos distintos ***«la reseña identificativa del documento que 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. Y, por parte, el juicio de suficiencia, que habida cuenta de la trascendencia que se atribuye a la valoración de la suficiencia de las facultades representativas, este juicio notarial deberá ser expresado, no de forma genérica o abstracta, sino necesariamente concretado al acto o contrato a que el instrumento se refiera, atendiendo en cada caso a la naturaleza del acto o negocio formalizado en el documento notarial, con expresión de cuál sea ese negocio»***, deduciéndose claramente del mismo que con la expresión antes expuesta sólo se está cumpliendo uno de los requisitos legales, pues la expresión del negocio documentado, que ha de hacerse siempre, es parte del juicio de suficiencia y no de la reseña identificativa.

La única explicación razonable a este giro final de la sentencia está en la existencia de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de noviembre de 2002, igualmente criticable, que el Magistrado erróneamente utiliza para reforzar su decisión, pero sin analizarla detenidamente dado que, en realidad, se refiere a un supuesto de hecho distinto del objeto de la sentencia.

En definitiva, si se reconoce la vigencia del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y, por consiguiente, de la calificación registral de la representación, deberá dotarse al Registrador de los medios adecuados para ejercerla, máxime cuando en la práctica es en esta materia de valoración de las facultades representativas donde se observan más frecuentemente inexactitudes en

las escrituras públicas. Desde este punto de vista, carece en realidad de justificación la eliminación de la antigua transcripción parcial como requisito mínimo y la introducción en su lugar de la repetida «reseña», pues, aparte de que aquella no aumenta apenas el tamaño de las escrituras, sobre todo si lo comparamos con otras prácticas notariales, este cambio supone una merma en la posibilidad de una calificación registral con plenas garantías.

Por este motivo es imprescindible que, al menos, la «reseña» notarial de las facultades representativas de los poderes cumpla estrictamente los postulados y exigencias de la Resolución-consulta de 12 de abril de 2002, y que recoge la sentencia que comentamos. Admitir como válidas proyecciones, interpretaciones o inducciones notariales o bien fórmulas genéricas que ni siquiera acreditan el examen real del poder concreto, supone caer en una ambigüedad que lo único que puede generar es una merma de la seguridad del tráfico jurídico.

Por eso el Registrador, que con arreglo a la Ley está obligado a no dar acceso al Registro más que a los actos válidos, si no tiene a su disposición elementos objetivos verificables que aseguren su validez, es decir, en este caso al menos una verdadera «reseña identificativa», por aplicación del principio de legalidad deberá exigir los documentos acreditativos de la representación y si no lo hace incurrirá en causa de responsabilidad frente al perjudicado.

Y es que como indica ANDRÉS DE LA OLIVA (4), si el citado artículo 98-2 lo que pretende es dotar de eficacia jurídica al juicio notarial sobre la representación, constituye una «revolución imposible» porque la dación de fe del Notario concierne a la certeza de un hecho o comportamiento que ante él se produce, pero no puede abarcar el acierto o error de su juicio sobre la suficiencia de la representación, sino sólo a que unas determinadas facultades están comprendidas en el mandato representativo, por ello ni los Jueces ni los Registradores u otros operadores del mundo jurídico se pueden encontrar vinculados por la valoración o juicio notarial acerca de la representación.

2. LA SUBROGACIÓN EN PRÉSTAMO HIPOTECARIO MEDIANTE TRANSFERENCIA DE SU IMPORTE

La segunda cuestión objeto del recurso versa sobre si es inscribible una escritura de subrogación de préstamo hipotecario en la que la primitiva entidad acreedora no ha comunicado la cantidad adeudada mediante la preceptiva certificación, habiéndola calculado la entidad subrogada bajo su responsabilidad pero sin justificar haber seguido el procedimiento de depó-

(4) Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial (Tribunales de Justicia/octubre 2002).

sito notarial y notificación de la suma consignada y sin que conste el consentimiento expreso a la subrogación de la primitiva entidad acreedora.

Como es sabido, la Ley de 30 de marzo de 1994 prevé la posibilidad de que las entidades financieras puedan subrogarse en los préstamos hipotecarios concedidos por otras entidades financieras a instancia del deudor, sin el consentimiento de la entidad acreedora, mediante escritura pública en que el deudor tome dinero a préstamo para pagar la deuda, conforme permite el artículo 1.211 del Código Civil y siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 2 de la citada Ley.

Este artículo prevé fundamentalmente dos modalidades de esta subrogación, la que podríamos denominar «con colaboración» de la antigua entidad prestamista y la que podríamos denominar «sin colaboración» de la misma.

Respecto a la primera, el artículo 2 en sus párrafos segundo y tercero dispone como requisitos que **la entidad financiera anterior deberá expedir certificación** de lo que se le debe por capital pendiente e intereses y comisión de cancelación, y **que la entidad subrogada declare haber pagado** a la anterior la cantidad acreditada por ésta, incorporándose en la escritura el **resguardo de la operación bancaria** (transferencia) efectuada con tal finalidad solutoria.

Y respecto a la segunda, que tiene lugar si *«el pago aún no se hubiere efectuado porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir el pago»*, el párrafo cuarto del indicado artículo 2 señala que *«basta con que la entidad subrogada la calcule bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación a disposición de la entidad acreedora. A tal fin, el Notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes»*.

Por su parte, el artículo 5 dispone que *«basta para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de la ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor»*.

La cuestión surge cuando la entidad acreedora anterior no expide la certificación y la nueva entidad no hace el depósito notarial, sino que directamente transfiere a la anterior el importe de la liquidación por ella efectuada bajo su responsabilidad o cuando, como en este caso, el pago ya se ha efectuado por entrega del cheque del deudor a su antiguo acreedor.

Aunque la Ley no prevea expresamente esta posibilidad, la expresión «basta» que utiliza da a entender que la voluntad del legislador es regular la posibilidad del depósito notarial ante la falta de colaboración de la

entidad acreedora anterior, para el supuesto que el pago no sea posible, pero que nada impide que la entidad subrogada, una vez calculada la cantidad pendiente adeudada, opte por el depósito notarial, efectúe la transferencia a la primitiva entidad o pague de otra forma.

La primitiva entidad acreedora no resulta perjudicada, pues su derecho a alegar error o falsedad existiría de la misma forma que la prevista para el caso del depósito. Así, en ambos casos, de no ser exacta la cantidad calculada por la entidad subrogada, cuenta aquélla con la posibilidad que el artículo 1.213 del Código Civil reconoce para ejercer su derecho por la cantidad no pagada con preferencia a la entidad subrogada.

En definitiva, la solución pasa por entender que el que puede lo más puede lo menos (5), y que en consecuencia, ante la falta de expedición de certificación por la primitiva entidad cabe o bien depósito notarial, o bien una transferencia con finalidad solutoria, todo ello bajo la responsabilidad de la nueva entidad financiera, es decir, sin poder repercutir el error en el deudor.

De lo expuesto hasta aquí resulta clara mi opinión favorable a la inscripción de las escrituras de subrogación «sin colaboración» acompañadas de simple transferencia bancaria de la entidad subrogada. Pero, en realidad, y a pesar de la nota de calificación, éste no es el supuesto de hecho objeto del recurso porque, aunque el texto de la escritura dice efectivamente que se incorpora transferencia de la entidad subrogada, lo que se adjunta es un justificante del pago realizado no por la dicha entidad subrogada, sino el propio deudor.

Esta última posibilidad parece rechazarla la Ley 2/1994, que al partir en su regulación de la premisa de que la responsabilidad del cálculo de la deuda y su transferencia al anterior acreedor se realice, como dice el preámbulo de la Ley, «entre dos entidades financieras a las que hay que presumir, por el mero hecho de serlo, la necesaria lealtad comercial recíproca», excluye la transferencia efectuada por el deudor.

Pero el supuesto objeto del recurso tiene otra particularidad más consistente en haber admitido el pago la primitiva entidad acreedora, acreditándose esta circunstancia con la incorporación a la escritura de un documento o resguardo de la misma, en este caso el Banco Español de Crédito, que da recibo de la entrega por el prestatario de un cheque bancario de la entidad subrogada por el expresado importe.

La cuestión se reconduce en este punto por el Registrador en su informe, en la mera afirmación de no ser suficiente ese resguardo para justificar fehacientemente el consentimiento de la entidad acreedora a la subrogación practicada ni la aceptación por ésta del pago.

(5) GARCÍA GARCÍA, «Notas prácticas», en *BCEHC*, núm. 60.

No puede, sin embargo, sostenerse este criterio, pues la subrogación de que tratamos es, en realidad, como señala HERNÁNDEZ ANTOLÍN (6), una «cesión forzosa del crédito», es decir, una especie de expropiación del mismo que no necesita de dicho consentimiento. Así, congruentemente con esa naturaleza, la Ley 2/1994 no exige para que la subrogación sea inscribible ni el consentimiento del acreedor (párrafo primero del art. 2), ni siquiera la notificación fehaciente al mismo del depósito notarial si éste se hubiese efectuado (art. 5).

Por tanto, no entiendo aplicables a la subrogación, como hace el Registrador en su informe, las normas hipotecarias generales (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria) sobre consentimiento de su titular para la modificación de los asientos registrales, pues estamos ante una normativa de carácter excepcional que, aunque de aplicación estricta en cuanto al cumplimiento de sus requisitos, como hemos visto anteriormente, no exige dicho consentimiento.

Respecto a si un resguardo de la entidad acreedora es suficientemente acreditativo, no del consentimiento del acreedor, sino de un pago que pueda sustituir al depósito notarial, la respuesta debe ser afirmativa (en este sentido las Resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995), pues si como ya hemos expuesto, es válido a efectos de inscripción un simple resguardo de la transferencia efectuada por la entidad subrogada, con mayor razón lo será el resguardo de pago efectuado por la entidad acreedora.

Este mismo parece ser el criterio de la sentencia que comentamos, la cual revoca la nota de calificación registral y la Resolución basándose, fundamentalmente, en considerar como efectuado y acreditado el pago de las cantidades pendientes por la incorporación del resguardo de la entidad acreedora y en estimar que dicho pago hace innecesario el depósito notarial que sólo es un medio supletorio para lograr la inscripción cuando aquél no sea posible.

Lo que ocurre en el presente supuesto, sin embargo, es que el resguardo aportado no contiene, a mi juicio, los datos identificativos suficientes sobre el préstamo que se paga y no es, en realidad, un auténtico resguardo de la entidad acreedora.

Efectivamente, analizando el documento incorporado a la escritura se aprecian graves deficiencias como que el resguardo es un impreso de uso general de los que se encuentran en las mesas de las entidades bancarias a disposición del público, que además no contiene el sello de la misma ni tampoco la impresión mecánica de control, requisitos estos de validez del documento, según el propio resguardo, figurando únicamente una firma respecto de la cual no se indica su autor. Además del mismo sólo se infiere que

(6) «Breve análisis de la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622.

el deudor, cuyo nombre sí figura, hace el ingreso de un cheque en una cuenta de la que él mismo es titular, sin que ni siquiera conste el concepto o destino del ingreso ni la procedencia del mismo (art. 1.211 del Código Civil).

Todo ello determina que no quede debidamente acreditado, en este supuesto particular, que la entidad acreedora ha aceptado o ha recibido el pago efectuado por la entidad que pretendía la subrogación o por el deudor en su nombre y, por tanto, que el recurso también debió desestimarse en cuanto a este segundo defecto.

ANGEL VALERO FERNÁNDEZ REYES
Registrador de la Propiedad

ANEXO

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA, NUMERO 1, DE VALLADOLID

C/ Angustias, 40-44, 2.ª planta
Fax número: 983 41 34 04

55700

Número de Identificación Unico: 47186 1 0100790/2002
Procedimiento: JUICIO VERBAL 880/2002-B
Sobre JUICIO VERBAL
De D./Dña. JOSE MARIA CANO CALVO
Procurador/a Sr./a. FILOMENA HERRERA SANCHEZ
DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, CAJA
RURAL DEL DUERO, S.C.L.
Procurador/a Sr./a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO, SIN PROFESIONAL
ASIGNADO, SIN PROFESIONAL ASIGANDO, Fco. Javier Gallego Brizuela

A U T O

D./Dña. FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

En Valladolid, a veintitrés de diciembre de dos mil dos

HECHOS

PRIMERO.—Mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2002, por el Procurador señora Herrera Sánchez, en nombre y representación de don José

María Cano Calvo, se interpuso demanda de juicio verbal, recurriendo la Resolución desestimatoria presunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso gubernativo contra la calificación de un Registrador que denegó la inscripción de escritura de subrogación de préstamo hipotecario.

SEGUNDO.—Por providencia de 10 de octubre de 2002, y de conformidad con el artículo 328.3 LH, se emplazó a las partes interesadas a fin de comparecer y personarse en autos.

TERCERO.—Mediante escrito de 25 de noviembre de 2002, por el Procurador señora Guilarte Gutiérrez en nombre y representación de don José María Martínez Santiago, Registrador de la Propiedad número 2 de Valladolid, se solicitó su intervención en el proceso en calidad de interesado.

CUARTO.—El 10 diciembre de 2002, la representación de don José M.^a Cano Calvo presentó escrito oponiéndose a la admisión de la intervención, a la que nos hemos referido en el anterior hecho, alegando que no tenía interés legítimo y directo, quedando los autos para dictar la Resolución que procediese.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.—Para resolver la solicitud de intervención en el pleito del Registrador de la Propiedad, don José María Martínez Santiago, cuya calificación registral negativa motivó recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), el cual fue presuntamente desestimado por falta de Resolución en plazo y dejó expedita la vía jurisdiccional presente, debemos observar lo siguiente:

- a) Es cierto que en el caso que nos ocupa, la cuestión litigiosa parte de un acto administrativo, en concreto, la calificación negativa del señor Registrador de la Propiedad, y también que el presente procedimiento no se dirige contra dicho acto sino contra la desestimación presunta del recurso gubernativo interpuesto ante la DGRN como consecuencia de esa calificación.

No obstante, este presupuesto no puede llevarnos a equívocos, porque si bien se está discutiendo una Resolución de la DGRN y no la calificación registral en sentido estricto, no podemos olvidar que la Resolución que se dicte en el presente procedimiento, si bien afectará directamente a la Resolución desestimatoria de la Dirección General, estimándola o no, según resulte procedente, indirectamente también va a influir o puede influir en el señor Registrador a los efectos de depurar, en su caso, la responsabilidad patrimonial o disciplinaria en la que pudiera haber incurrido.

- b) Atendiendo a los criterios fundamentales que inspiran el principio de legalidad en el Registro de la Propiedad, los Registradores califican de manera personal sin consultar a sus superiores jerárquicos y bajo su responsabilidad (arts. 18, 99 y 100 LH); de tal forma que su actuación, a la hora de calificar los documentos cuya inscripción se interese, puede derivarles responsabilidad atendidos los daños a que diera lugar su errónea calificación. Responsabilidades o consecuencias civiles patrimoniales o disciplinarias, contempladas y reguladas en la correspondiente normativa administrativa, principalmente en la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

En consecuencia, si la Resolución que ponga fin al procedimiento fuere estimatoria, la posible responsabilidad que pudiera tener el señor Registrador de la Propiedad por su calificación negativa supuestamente errónea, sería evidentemente la misma que podría haber tenido ya si la Resolución del recurso gubernativo de la DGRN hubiera sido estimatoria en su momento, accediendo a la inscripción solicitada. Pero aunque es cierto que la responsabilidad fuere la misma en cualquiera de los dos momentos, y pese a que existan para el Registrador otros procedimientos adecuados e independientes para hacer valer su postura en cuanto a la mencionada responsabilidad, qué duda cabe que la misma existiría y podría exigírsele en un futuro. Por tanto, si el presente procedimiento puede dar lugar con carácter reflejo a esa posible responsabilidad, por una relación simple o conexión mediata con los hechos a enjuiciar, o porque la relación material principal del caso que nos ocupa recae y afecta con carácter prejudicial o indirecto en terceros, en este caso el Registrador, es precisamente por ello por lo que se estima el interés legítimo del Registrador y por tanto su posible intervención en el proceso; no constituyendo su intervención una situación litisconsorcial de carácter necesario, sino voluntario o adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no le alcanza, ni se produce para él indefensión.

- c) Tampoco podemos pasar por alto que conforme dispone el artículo 327 LH, en la vía administrativa, al interponer ante el superior jerárquico recurso contra la calificación registral, existe una intervención facultativa activa del Registrador, pudiendo a la vista del recurso y de las alegaciones presentadas, rectificar su calificación, o por el contrario, remitir el expediente junto con su informe, con el contenido previsto en la legislación hipotecaria.

Por lo tanto, parece lógico que si en vía administrativa puede tener intervención el Registrador, por cuanto puede ostentar interés legítimo en mantener si lo estima oportuno su calificación, atendidas las

consabidas responsabilidades se le pueden derivar, este juzgador entiende que igualmente en vía jurisdiccional, y aunque sea de manera indirecta, puede existir para el mismo Registrador ese mismo interés en ser parte en el proceso y poder intervenir en él, porque en última instancia la Resolución del pleito puede derivarle las mismas consecuencias.

En definitiva, si como acertadamente alega el recurrente la responsabilidad en que puede incurrir el Registrador, no cambia en absoluto si la sentencia es estimatoria en relación con la que hubiera podido tener si la Dirección General, por vía de recurso le hubiera revocado la nota, se insiste en que esta revocación del órgano superior fue previo informe del Registrador, emitido para combatir o desvirtuar los concretos motivos del recurso, quedando así garantizado su derecho de audiencia y defensa, lo que no ocurriría si en la vía judicial el Registrador no tiene ocasión de contradecir los argumentos jurídicos en que se funda la demanda, viéndose así fatalmente vinculado por una sentencia en la que se declare la incorrecta calificación que, a su vez, constituiría el punto de partida de un eventual proceso ulterior de responsabilidad contra el mismo.

SEGUNDO.—Contra la presente Resolución puede parecer que es admisible el recurso de reposición, a partir de lo que se dispone en el artículo 451 LEC, pero resulta inadmisibile a partir de la norma más particular que se contiene en el artículo 393.5 LEC, pues en todos ellos se está ante Resoluciones que ponen fin a un incidente, por lo que su régimen de recursos es el propio de éstos, es decir, el establecido en esta última norma. A la luz de lo expuesto, el artículo 393.5 LEC dispone que si la cuestión resuelta por auto, acordare poner fin al proceso cabe apelación, si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la Resolución al apelar la sentencia definitiva.

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda la intervención como parte en el presente proceso del señor Registrador de la Propiedad, don José M.^a Martínez Santiago.

Admitida la intervención, no se retrotraen las actuaciones, pero el interviniente considerado parte en el proceso, a todos los efectos podrá defender las pretensiones formuladas por sus litisconsortes o las que el propio interviniente formule, si tuviera oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiese efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De cuyas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las Resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte.

Se hace constar que el juicio se encuentra señalado en autos para el próximo día tres de enero a las 10,30 horas en la Sala de Vistas número cuatro.

Contra la presente Resolución no cabe interponer recurso alguno ex artículo 451 y 393.5 LEC.

Lo acuerda y firma, doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

EL/LA SECRETARIO

Procedimiento: JUICIO VERBAL 880/2002

SENTENCIA NUMERO 61/03

En VALLADOLID, a veintitrés de enero de dos mil tres.

El Sr/a. D/ña. FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ, MAGISTRADO-JUEZ de Primera Instancia, número uno, de VALLADOLID, habiendo visto los autos seguidos en este Juzgado al número 880/2002, a instancia del Notario don JOSE MARIA CANO CALVO, representado por el Procurador señora Herrera F., y defendido por el Letrado señor González García, contra LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, defendida y representada por el Abogado del Estado, con intervención de la entidad mercantil CAJA RURAL DEL DUERO S.C.L., representada por el procurador señor Gallego y defendida por el letrado señor García, y del Registrador don JOSE MARIA MARTINEZ SANTIAGO, representado por la procuradora señora Guilarte y defendido por el letrado señor Guilarte, en materia de recurso contra la calificación de los Registradores.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.—Mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2002, don José María Cano Calvo, Notario del Ilustre Colegio de Valladolid, al amparo del artículo 328 de la Ley Hipotecaria formula demanda de juicio verbal contra la Resolución presunta de la Dirección General de los Registros y del

Notariado en cuya virtud ha de entenderse desestimado el recurso gubernativo por él interpuesto el día 31 de mayo de 2002, contra la calificación negativa del señor Registrador del Registro de la Propiedad, número dos, de esta ciudad sobre determinados extremos de la escritura de subrogación de Préstamo Hipotecario otorgada el día 22 de abril de 2002 en Valladolid, ante su fe, y con número 265 de su protocolo, solicitando la revocación de la precitada Resolución desestimatoria presunta, la rectificación de la calificación y la inscripción de la escritura calificada.

SEGUNDO.—Recabado el expediente completo por Providencia del día 23 de septiembre, y remitido por la Dirección General mediante Providencia de fecha 10 de octubre de 2002 y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 328 de la LH, se acordó emplazar a cuantos aparecían interesados en el mismo, concretamente la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, así como los otorgantes de la escritura: Caja Rural del Duero, S.C.L., don Eustasio Tesón Tesón y doña Olga Capa Estrada, a fin de que pudiesen comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días, verificándolo la Dirección General a través del Abogado del Estado y Caja Rural del Duero a través del Procurador señor Gallego Brizuela.

TERCERO.—Mediante escrito de fecha 26 de noviembre de 2002, don José María Martínez Santiago, titular del Registro de la Propiedad, número dos, de esta ciudad, al amparo del artículo 13 de la LEC, solicitó su intervención en el proceso, la que, una vez oídas las partes, fue admitida por auto de 23 de diciembre de 2002.

CUARTO.—Citadas las partes personadas a la vista fijada para el día 21 de enero de 2002, compareció el actor, quien se ratificó en su demanda, así como Caja Rural del Duero, que se allanó a las pretensiones actoras, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Registrador don José María Martínez Santiago, oponiéndose ambos a la demanda, quedando los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Dos son los defectos apreciados por el señor Registrador en su calificación negativa que le llevaron en su momento a la suspensión de la inscripción solicitada; de un lado, la falta de precisión, siquiera somera, en la reseña notarial del poder acreditado en la comparecencia de don Angel Luis López Tomillo, que lo hizo como representante de la entidad bancaria subrogada del ámbito o extensión de sus facultades representativas de forma tal que permita el ejercicio de la calificación registral ex artículo 18 de la LH, de otro, que la entidad acreedora no ha comunicado la cantidad

acreditada, habiéndola calculado la entidad subrogada bajo su responsabilidad pero sin justificar haber seguido el procedimiento de notificación de la suma consignada, ni el consentimiento a la subrogación de la entidad acreedora, legalmente exigido en estos casos.

SEGUNDO.—Por lo que se refiere al primero de los defectos apreciados por el señor Registrador, cabe señalar:

- a) Que el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, sobre juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario, en que el Notario actor funda su demanda, establece: 1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, 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 se refiera. 2. 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. 3. 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.
- b) Que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, no modificado por la Ley 24/2001, en que el Registrador funda su calificación negativa, establece en su párrafo primero que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.
- c) Que en el apartado de comparecencia de la escritura de subrogación de préstamo hipotecario, de 22 de abril de 2002, objeto de calificación, el Notario actor tras exponer que el compareciente don Angel Luis López Tomillo interviene en nombre y representación, como apoderado, de la CAJA RURAL DEL DUERO, Sociedad Cooperativa de Crédito Limitada, y que sus facultades para este acto resultan: 1. De su designación como Director de Oficina en escritura otorgada por don José Sebastián Millaruelo Aparicio, como Presidente de dicha Caja, y cumpliendo los acuerdos adoptados por el Consejo

Rector de la Cooperativa en sesión celebrada el 29 de septiembre de 1995, y autorizada con fecha 31 de octubre de 1995 por el Notario de Valladolid, don Francisco Javier Sacristán Lozoya, con el número 2.885 de orden de su protocolo, estando inscrita en el Registro Mercantil de esta provincia, al tomo 616, folio 110, hoja VA 4784, inscripción 26.^a, y 2. Del acuerdo adoptado por el Consejo Rector de la entidad, en sesión celebrada el 22 septiembre de 2000, elevado a público por don Eugenio Moretón Eggelte, Secretario de dicho Consejo, en escritura autorizada en Valladolid, el día 18 de diciembre de 2000, por el Notario don Francisco Javier Sacristán Lozoya, con el número 4297 de su protocolo, que se inscribió en el Registro Mercantil de esta provincia al tomo 616, folio 140, sección 8, hoja VA-4784, inscripción 109.^a, manifestó que «Copias autorizadas de referidas escrituras he tenido a la vista, y juzgo bastante para este acto, aseverando el apoderado la íntegra vigencia de sus facultades y la subsistencia con plena personalidad jurídica y de obrar de la Entidad que representa».

TERCERO.—Como ya se ha dicho, el Registrador en su calificación inicial, y luego en su informe en defensa de su calificación negativa emitido con ocasión del recurso gubernativo interpuesto por el Notario autorizante, entiende que para que pueda ejercer la función de calificar la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir, función calificadora que en materia representativa exige el vigente artículo 18 de la LH, es necesaria una relación o transcripción, siquiera somera pero suficiente, del ámbito o extensión de las facultades representativas del apoderado, a fin de que el Registrador pueda comprobar la adecuación de tales facultades al negocio otorgado cuya inscripción se pretende. Asimismo alegó en el acto del juicio que de seguir la interpretación extrema del artículo 98 que el Notario pretende se provocarían situaciones aberrantes, no queridas por el legislador respecto del reparto de las funciones calificadoras con alteración refleja del estatuto de los Registradores en aspectos fundamentales como el de la responsabilidad o la independencia y quebranto del principio de motivación.

La DGRN alegó, en defensa de la Resolución presunta, que la expresión «este acto» de la escritura litigiosa no contiene mención alguna al contenido de las facultades representativas, por lo que, en realidad, no se cumple el requisito legalmente exigido de reseña identificativa del documento acreditativo de la representación, impidiendo así que pueda llevarse a cabo la función calificadora a que se refiere el artículo 18 de la LH.

Por su parte, el Notario recurrente, hoy actor, sostiene que tanto la Consulta Vinculante de la DGRN, de fecha 12 de abril de 2002, como las

Resoluciones posteriores dictadas sobre la materia concluyen en que los Registradores no pueden exigir, como declaración complementaria, la aportación de la copia autorizada o la transcripción literal total en la escritura de las facultades representativas, y es que el apartado 2 del artículo 98 de la Ley 24/2001, al referirse en el mismo plano a la narración de un hecho, cual es la constatación —reseña— de los datos de identificación del documento auténtico apartado y a un juicio —valoración— sobre la suficiencia de la representación, revela la especial eficacia que se atribuye a esa aseveración notarial sobre la representación que harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, excluyendo la petición de la escritura de poder como documento complementario, insistiendo en el acto del juicio que lo que exige el artículo 98 es la reseña identificativa del documento y no la reseña identificativa de las facultades contenidas en el documento, siendo innecesario, por reiterativo, calificar con ocasión del juicio de suficiencia el documento autorizado, ya que desde todos los posibles intervinientes conocido que la expresión «para este acto» contenida en la escritura, se refiere a una escritura de subrogación de préstamo hipotecario.

CUARTO.—Así las cosas, para la decisión del presente litigio hemos necesariamente de partir de la RESOLUCION de 12 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación del artículo 98 de la Ley/2001, de 27 de diciembre, respecto de los títulos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, y es que dicha Resolución se dictó, precisamente, para resolver con carácter vinculante —cuya vinculación a los Notarios y Registradores no se ha discutido por nadie en este proceso— la consulta formulada por el Consejo General del Notariado y que tenía por objeto decidir si conforme a la reciente reforma legislativa, que es objeto de debate, son o no inscribibles, por sí solas, las escrituras públicas en las que la representación acreditada mediante documento auténtico es reseñada por el Notario y valorada por éste, bajo su responsabilidad, como suficiente, sin necesidad de acompañar a las escrituras o unir, transcribir o testimoniara las mismas dicho documento representativo.

Teniendo en cuenta que es la propia DGRN la que, tras examinar las alegaciones formuladas tanto por el Consejo General del Notariado como por la Junta Directiva del Colegio de Registradores, resuelve la consulta previo tratamiento de las cuestiones sugeridas por la representación procesal del Registrador referidas al distinto ámbito y efectos de la escritura pública y los asientos del Registro, los límites entre la fe pública notarial y la extensión de la calificación registral en materia de representación o los apoyos con que cuenta la seguridad jurídica preventiva que el Registro proporciona —con análisis, entre otros, de los artículos 1, 38, 32 y 34 de la LH— deviene innecesario, al admitirse las conclusiones a que llega la Resolución un reexamen judicial de tales cuestiones.

QUINTO.—Partiendo, pues, de la citada consulta vinculante, y de acuerdo con sus pronunciamiento, cabe señalar:

- a) Que en la lógica congruencia con la finalidad de la norma de reducir la extensión de los documentos públicos para abaratar su coste y hacer más fácil su manejo, agilizando el tráfico jurídico —según alegato del Consejo General del Notariado, por todos admitido—, la RESOLUCION destaca que es en el ámbito de redacción de las escrituras públicas donde debe encuadrarse el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, que debe interpretarse en relación con el contexto del resto de la Ley —mencionado el art. 3.1 del Código Civil en invitación expresa a no limitarse a una interpretación literal, que es la que el Notario demandante pretende— que no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva ni la función que en ese esquema desarrollan sus protagonistas.
- b) Que aunque la RESOLUCION reconoce que la norma indudablemente incrementa la fe pública notarial en materia de representación, pues tras la reforma legislativa que ha motivado la presente consulta a los juicios notariales de capacidad jurídica se les atribuye idéntico valor, actúen éstos personalmente o por medio de representante o apoderado, lo hacen sin merma de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles... de ahí que en materia representativa, el Registrador deba seguir realizando su función calificadora, como demuestra el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor literal permanece invariable tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001.
- c) Que, en definitiva, lo que ha cambiado, lo que no sigue igual que hasta ahora, es la forma de acreditación de la representación, en el sentido de que cuando el Notario haya realizado el juicio de suficiencia, y de la escritura resulten los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir, el Registrador ya no podrá exigir la documentación complementaria, algo que en ningún momento ha pretendido el Registrador aquí interviniente. Es decir, la reseña, en los términos que seguidamente se dirán, unido a la expresión por parte del Notario de que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera, es lo que exime al Registrador de realizar mayores averiguaciones al respecto, no pudiendo también exigir como documentación complementaria —aquí radica la reforma— la aportación de la copia autorizada o la transcripción literal total ni parcial, como luego dijo la propia DGRN en la escritura de la facultades representativas. Y

- d) Que la cuestión litigiosa se centra, por tanto, en determinar cuáles son o han de ser los particulares bastantes en que la reseña consiste, a fin de que en todo caso se permita el ejercicio de la calificación registral a los efectos de practicar, suspender o denegar la operación, lo que la RESOLUCION describe diciendo que, a tal efecto, 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, añadiendo que la reseña identificativa del documento habrá de consistir no sólo en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico que se haya exhibido sino también en una relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas, debiendo expresarse el juicio notarial de suficiencia no de forma genérica o abstracta sino necesariamente concretado el acto a que el instrumento se refiera.

SEXTO.—Ahora bien, la claridad de los pronunciamientos contenidos en la RESOLUCION comentada ha venido siendo cuestionada por la propia DGRN, que en sucesivas Resoluciones de 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002 parece, por así decirlo, querer desvincularse de aquellos desdibujando, hasta prácticamente suprimir las respectivas exigencias de la reseña identificativa y del juicio de suficiencia.

En efecto, aunque en dichas Resoluciones se comienza por asumir la diferencia legalmente contemplada entre la inserción de la reseña identificativa —que podrá consistir en una referencia o relación de las facultades representativas o en una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso— y la expresión del juicio de suficiencia —recomendando rechazar expresiones lacónicas sin una referencia concreta a la razón o razones en que el Notario basa su apreciación, debiendo hacerlo por referencia expresa a su contenido en congruencia con el de la escritura que autoriza— sin embargo se admitió que el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas se emitiera en relación simplemente con el otorgamiento de la escritura que previamente era calificada conforme al artículo 156-9.º del Reglamento Notarial, adverbando expresiones como la de... «Copia autorizada del referido poder he tenido a la vista y juzgo, bajo mi responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el acto o contrato que se instrumenta en esta escritura», similar a la empleada por el Notario demandante en el caso que nos ocupa... «Copias autorizadas de referidas escrituras he tenido a la vista, y juzgo bastante para este acto».

Con esta reinterpretación del artículo 98 la DGRN, en realidad transforma lo que eran dos exigencias en una sola, pues la reseña de las facultades

pierde autónomas respecto del juicio de suficiencia y aquélla y éste se funden en una sola proposición pretendidamente apodíctica que, además, ha de complementarse con la remisión a la calificación del acto efectuada por el Notario al inicio del otorgamiento. De seguir esta tesis, bastaría con la previa calificación de la escritura para que con una fórmula genérica y sacramental como las descritas —de indiscutible eficiencia universal por cuanto sirve potencialmente para cualquier escritura con independencia de su contenido— se estimaran cumplidas las exigencias del precepto en cuestión, impidiendo, *de ipso*, el ejercicio de la función calificadora que en materia de capacidad de los otorgantes impone al Registrador el vigente artículo 18 de la LH, que quedaría en este extremo vacío de contenido.

SEPTIMO.—Quizá por ello la DGRN, en Resolución de 30 de septiembre de 2002, al analizar de nuevo una aseveración análoga («se confieren al apoderado facultades que, a mi juicio, son suficientes para el otorgamiento de la presente escritura») vino a imponer un mayor rigor, considerando que la exigencia legal no queda cumplida con esas expresiones genéricas sino que al juicio notarial de suficiencia debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura, concreción que el Notario ha de apoyar en una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso o en una referencia o relación de la esencia de tales facultades, todo ello a fin de que el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, pueda apreciar si, en su caso, el juicio emitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulte del mismo documento calificado o de los asientos del Registro.

Por lo expuesto, y como ya se ha anticipado, la demanda no puede prosperar al no estimarse cumplidas las exigencias del artículo 98 de la Ley 24/2001, y es que el Notario actor:

- a) Ni efectuó transcripción, indicación, referencia o relación alguna del ámbito o extensión —esencia— de las facultades representativas del apoderado, que es lo que cabalmente le exigió el Registrador en su calificación negativa, el cual en ningún momento solicitó la incorporación, unión, testimonio o transcripción literal del documento acreditativo de la representación, respetando así la finalidad de la reforma.
- b) Ni proyectó el juicio de suficiencia sobre el contenido concreto de la escritura que estaba autorizando —supuesto contemplado en la más reciente Resolución de 8 de noviembre de 2002... «Copia autorizada de los referidos poderes tengo a la vista y juzgo, bajo mi responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el préstamo con garantía hipotecaria que se instrumentó en esta escritura».

OCTAVO.—En cuanto al segundo de los defectos, la estipulación SEGUNDA de la escritura dice que: «No habiendo sido comunicada por la entidad acreedora la cantidad acreditada, la CAJA RURAL DEL DUERO, SCCL, la ha calculado bajo su responsabilidad, asumiendo las consecuencias de su error, realizando a favor de la entidad acreedora una transferencia por importe de 57.558 euros; documento justificativo de dicha transferencia me entrega la entidad subrogada para incorporar a esta matriz, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 3, de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios».

A este respecto cabe señalar que el párrafo cuarto del artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, establece que si el pago aún no se hubiera efectuado porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad o se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. A tal fin, el Notario autorizante notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma dentro de los ocho días siguientes.

El Registrador en su calificación pone de manifiesto que el Notario autorizante no ha actuado conforme al procedimiento de notificación establecido y complementa en su informe que si bien es cierto que no habría defecto si la entidad acreedora hubiera admitido voluntariamente el pago, que es lo que alega el recurrente, lo que sería expresivo de su consentimiento a la subrogación, la admisión de dicho pago no resulta acreditada en la escritura presentada, en la que lo único que se manifiesta es que se ha realizado a favor de la entidad acreedora una transferencia, incorporándose a la matriz un documento justificativo de la misma, insistiendo en el acto del juicio que la fotocopia de un resguardo bancario no puede justificar fehacientemente ni sustituir el necesario consentimiento de la entidad acreedora-titular registral a la subrogación pretendida.

La DGRN en defensa de la Resolución presunta alega que de la escritura no resulta acreditado la admisión del pago que se invoca por el Notario actor, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.170 del Código Civil.

El Notario autorizante alega que dado que se ha aceptado el pago sin oposición por parte de la primitiva entidad acreedora, difícilmente se puede ya consignar un pago admitido, ni notificar una subrogación que ya conoce en el momento que admite el pago, y que aún en el supuesto de que se entendiera que procede la notificación y consignación no obstante haberse

admitido el pago, ello no afectaría a la inscripción tal y como establece el propio artículo 5 de la Ley 2/1994.

NOVENO.—Este defecto no puede ser confirmado, pues con independencia de que el documento original queda unido a la matriz, por lo que necesariamente el Registrador debe examinar una fotocopia incorporada a la primera copia de la escritura que se presenta a la inscripción, cabe señalar:

- a) Que la fuerza probatoria de una fotocopia o copia simple de un documento privado es la misma que la del original mientras la correspondencia entre ambos o su autenticidad, respectivamente, no sea cuestionada o impugnada (arts. 268.2 y 326.1 de la LEC); es decir, en ambos casos su valor queda subordinado a la conformidad de la parte contraria;
- b) Que aunque la escritura se refiere a una transferencia por el importe a favor de la entidad acreedora, lo que en principio apunta a un mero documento unilateralmente elaborado por la entidad que se subroga, lo cierto es que el resguardo incorporado es un documento propio de la entidad acreedora BANESTO que da recibo de la entrega por el prestatario de un cheque bancario de CAJA RURAL por el expresado importe, lo que por sí solo justifica la admisión del pago;
- c) Que la entrega del cheque bancario en tales circunstancias va más allá que el depósito notarial que el Registrador denuncia como no efectuado, pues tal depósito notarial no está contemplado en el Código Civil como forma de extinción de las obligaciones, como sí lo está la consignación judicial ex artículo 1.156 del Código Civil; y
- d) Que la falta de notificación de oficio por el Notario a la entidad acreedora mediante remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación no se puede erigir en obstáculo de la inscripción, tal y como establece el artículo 5 de dicha Ley, en cuya virtud bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en la artículo 2 de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor.

DECIMO.—La estimación parcial de la demanda nos lleva a no efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales (art. 394.2 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda formulada por la procuradora señora Herrera Sánchez en nombre y representación de don José M.^a Cano Calvo, contra la Resolución presunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, debo revocar y revoco el segundo de los defectos apreciados por el señor Registrador del Registro de la Propiedad, número 2, de Valladolid, en su calificación negativa de 15 de mayo de 2002, respecto de la escritura otorgada en esta ciudad el día 22 de abril de 2002 ante el Notario demandante, con número 265 de su protocolo, manteniéndose la calificación negativa en cuanto al primero de los defectos apreciados, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales.

Contra la presente Resolución cabe interponer recurso de apelación dentro del término de CINCO DIAS siguientes a su notificación.

Llévese testimonio de la presente Resolución a los autos principales, dejando el original en el libro correspondiente.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Breves consideraciones sobre la representación en el ámbito civil tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002, por la que se resuelve la consulta vinculante formulada por el Ilmo. Señor Presidente del Consejo General del Notariado, conforme al artículo 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre la interpretación del artículo 98 de dicha Ley, respecto de los títulos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles establece como conclusiones básicas a los efectos que ahora nos interesan, las siguientes:

1.^a El artículo 98 de la Ley 24/2001 no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva ni la función que en ese esquema desarrollan sus protagonistas. En este sentido, aunque la norma indudablemente incrementa la fe pública notarial en materia de representación, lo hace sin merma de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. De ahí que en materia representativa, el Registrador deba seguir realizando su función calificadora, como demuestra el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor literal permanece invariable tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001.

2.^a Para justificar la representación alegada en el título sujeto a calificación, se requiere:

- a) Reseña identificativa del documento auténtico que se le haya exhibido y del que resulte la representación alegada. Dicha reseña ha de consistir:

1. Una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico que se le haya exhibido y del que resulte la representación alegada.
 2. Una transcripción o relación somera pero suficiente de las facultades representativas, de forma que del propio título resulten los elementos necesarios para cumplir los Registradores con su función calificadora a los efectos de practicar, suspender o denegar la operación registral solicitada y, en definitiva, la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir.
- b) La valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas, valoración que el Notario no puede expresar de forma genérica sino necesariamente concretada al acto o contrato a que el instrumento se refiera.

De acuerdo con la doctrina general de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la reseña identificativa del documento auténtico que se le haya exhibido al Notario autorizante de la escritura para acreditar la representación alegada y en base al cual el Notario ha de emitir su juicio de suficiencia ha de hacer referencia a la acreditación de los siguientes aspectos:

1. A la **legalidad del título** del que resulte la representación. Es decir, a su consideración de documento auténtico y público (art. 3 de la Ley Hipotecaria y 1.280 del Código Civil) (que impediría considerar como documentos fehacientes y auténticos los documentos privados con firmas legitimadas notarialmente, aunque sean complementarios del documento principal, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de marzo de 2000; o los documentos extranjeros que no reúnan los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de junio de 1999).

2. A la **existencia de la representación** mediante el examen actual, que no pretérito, del título legitimador de dicha representación (cfr. 1.733 del Código Civil, 227 del RN, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de febrero de 1982). La existencia y legalidad de la representación alegada se acredita:

- a) Mediante la consignación de los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas (RDGRN de 12-4-02, párrafo octavo del núm. 5 y párrafo segundo, núm. 8). De conformidad con el artículo 51.11 del Reglamento Hipotecario debería entenderse suficiente con la **fecha, nombre y apellidos del Notario autorizante y su residencia** y que en conjunto sirven para identificar el instrumento notarial del que se trate, la competencia del Notario

que lo autorizó y el protocolo en que se encuentre. Confirmatorias de esta interpretación serían las RDGRN de 12-4-96 y 6-3-97.

En los casos de sustitución, la identificación del Notario autorizante del poder y su residencia exige la reseña no sólo del Notario autorizante sino también del Notario sustituido en cuyo protocolo se encuentre la matriz del poder y la indicación del lugar del otorgamiento cuando sea distinto al de la residencia como circunstancia que puede tener trascendencia en la calificación de la competencia territorial del Notario (según art. 116 del RN, los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial salvo en los casos de habilitación especial).

- b) Circunstancias personales de identificación del otorgante del poder (RDGRN de 12-4-96 citada en la de 12-4-02).
- c) En el caso de que la representación derive de un documento extranjero será necesario hacer la reseña del mismo, con las debidas adaptaciones, como si de un documento autorizado por Notario español se tratase (reseñando fecha, nombre y apellidos del Notario o funcionario competente para ello, población y país de su autorización, indicando además que se le exhibe copia auténtica del poder —cuando por el sistema notarial del que se trate exista matriz y copia— u original de dicho poder —cuando por el sistema notarial del que se trate no exista matriz y copia— y añadiendo estar debidamente redactado o traducido al español —art. 37 RH— y legalizado o apostillado —art. 36 RH—).

3. A la **subsistencia de la representación** mediante la constancia expresa de su vigencia (representación orgánica) o deducida de la presunción derivada de su apariencia legitimadora formal (exhibición de copia autorizada de la escritura de poder). Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de febrero de 1982.

4. Y a la **suficiencia de la representación** mediante la transcripción o relación de las facultades derivadas del título representativo que legitimen la actuación del representante y que sirvan de fundamento y apoyo a su juicio valorativo positivo.

Pero en tales casos, y con independencia del juicio sobre la representación, será necesario calificar la propia autenticidad del documento extranjero a los efectos del Registro de la Propiedad español —art. 4LH y 323 LEC—, lo que llevará consigo de conformidad con la doctrina de la RDGRN de 11 de junio de 1999, la necesidad de calificar no sólo si el documento extranjero cumple con las formas y solemnidades del país en que fue autorizado sino que, además, cumple con los requisitos mínimos imprescindibles que caracte-

rizan al documento público español (fe de conocimiento o juicio de identidad y juicio —explícito o implícito— de capacidad).

Teniendo en cuenta para ello que la aplicación del derecho extranjero exige la prueba de su vigencia y contenido (sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 1991, y art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual, a efectos registrales, puede acreditarse conforme al artículo 36 del Reglamento Hipotecario, entre otros medios, por aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable.

A tal efecto y de conformidad con el artículo 98.3 de la Ley 24/2001, el Notario deberá unir a la matriz, original o por testimonio, el citado poder y no sólo como exigencia del principio de calificación registral del artículo 18 LH («la legalidad de las formas»), sino también como exigencia del principio, constitucional de seguridad jurídica (art. 9 CE) al ser esta incorporación al protocolo notarial español el medio que garantice su conservación (más aún cuando por tratarse de poderes extranjeros originales carecen de matriz con la que, llegado el caso, poder ser cotejadas) y del propio principio de integridad de la escritura (art. 17bis LN). A esta misma conclusión se llegaría a la vista de la interpretación dada por la RDGRN de 12 de abril de 2002, al artículo 98.3 de la Ley 24/2001, entendiendo que el mismo se refiere a los documentos no protocolares. Sería absurdo que se interpretase que sólo impone la obligatoriedad de la incorporación a la matriz de los documentos complementarios de la representación respecto a los cuales incluso existe original en expediente judicial, administrativo, etc., y no se exigiese respecto al documento de poder extranjero que en sí mismo puede ser original carente de matriz.

Téngase presente, además, como ya manifestó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de septiembre de 1965, que en los documentos extranjeros al no poderse exigir a los fedatarios autorizantes de los mismos la misma precisión técnica que a los Notarios españoles, deben interpretarse las facultades conferidas en el poder por el sentido literal del texto y por la concordancia de unos términos con otros, lo cual revela todavía más la necesidad de incorporación de dicho documento a la matriz para su adecuada calificación registral.

Y esta correcta interpretación del artículo 98.3 no es sólo registral sino también notarial. Nos permitimos traer a colación el trabajo de don JUAN BOLAS ALFONSO, Presidente del Consejo General del Notariado, *Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el Notario*, donde precisamente sostiene que «la admisión de estos poderes sólo podrá hacerse mediante su incorporación al documento que complementan tras formarse por el Notario la convicción de la realidad del apoderamiento. El artículo 166 del RN contempla tres modalidades de reseñar los documentos fehacientes que acre-

diten la representación, mediante su inserción en el cuerpo de la escritura, su incorporación a ella mediante originales o por testimonio o mediante su referencia en la matriz, haciendo constar que se acompañarán a las copias que se expidan. De estos tres procedimientos, el poder extranjero que comentamos deberá incorporarse en su original. No cabe, a nuestro juicio, ni la inserción de su contenido ni menos aún la fórmula de que se acompañará a las copias que se expidan».

Reseñado así el documento extranjero e incorporado en lo necesario para la calificación de su autenticidad conforme a lo anteriormente dicho, podremos encontrarnos, a su vez, con dos posibilidades: 1.^a Que el Notario asevere o informe por su conocimiento del derecho extranjero sobre la autenticidad del documento. 2.^o Que el Notario, por no conocer el derecho extranjero (a lo que, evidentemente, no está obligado), no haga tal aseveración y se limite a hacer sobre este punto la oportuna advertencia.

Tanto en este último supuesto como en el caso de que el Registrador por su conocimiento del Derecho extranjero discrepe de la aseveración notarial (no olvidemos que el Derecho extranjero será el que sea, no el que el Notario diga que es), el Registrador podrá acudir para acreditar de manera indubitada la duda sobre la autenticidad del documento a cualquiera de los medios previstos en el artículo 36 RH.

Lo que de ningún modo resulta defendible es que por existir la reseña identificativa del documento y un juicio sobre la suficiencia de la representación, en ellos se considere implícito un juicio sobre la autenticidad del poder, y éste sea vinculante para el Registrador; pues es necesario recordar que el citado artículo 36 RH, para el caso de conocimiento y aplicación por el Notario del Derecho extranjero, exige aseveración o informe expreso (del mismo modo que para el Registrador en el mismo caso impone su constancia expresa en el asiento) y que la autenticidad de los documentos inscribibles es exigencia primaria del principio de legalidad sujeta por tanto a la calificación registral.

Como ya indicó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de diciembre de 1981, la conducta del Registrador en esta materia no es puramente pasiva, pues de la lectura del vigente artículo 36 del Reglamento se deduce: *a)* que si el Notario o cónsul español no asevera por falta de conocimiento directo la capacidad del otorgante, puede el Registrador prescindir de cualquier medio si conoce suficientemente la legislación extranjera y lo hace constar en el asiento correspondiente; *b)* mientras que si no la conoce puede acudir, a falta de juicio de capacidad por el fedatario, a los restantes medios que señala el artículo 36 y especialmente a la aseveración o informe del cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable, y *c)* en caso de discrepancia con el juicio de capacidad emitido por los funcionarios indicados, manifestar el

punto concreto de su disenso, al igual que sucede en el ámbito del Derecho interno español.

b) Escritura de poder que se complementa con documentos privados.—

En Derecho Registral, la exigencia de forma pública para que los actos inscribibles puedan acceder al Registro se extiende no sólo al acto en sí, sino a todos los elementos del mismo, y especialmente a las declaraciones de voluntad de los otorgantes. Por ello, fijado en un poder que el apoderado necesitará autorización escrita, con firma legitimada notarialmente del poderdante, en la que se especifiquen las condiciones fundamentales del acto, es claro que, siendo la participación del *dominus negotii* de tal trascendencia, en tales casos, en cuanto integra necesariamente y de manera tan decisiva la voluntad negocial de una de las partes del contrato, la misma haya de revestir la fehaciencia que le confiere su formalización pública, sin que sea suficiente el mero documento privado con firma legitimada (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de marzo de 2000).

De acuerdo con esta doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Notario no debiera autorizar documento alguno en el que la representación acreditada derivara de documento privado, aunque tenga el carácter de complementario de la escritura de poder, y si lo autorizara el mismo no sería inscribible. A la misma conclusión se llegaría si aplicáramos el artículo 98 de la Ley 24/2001, que exige la reseña identificativa del **documento auténtico** del cual derive la representación alegada. Y ello porque en realidad tal complemento de capacidad no reviste el carácter de documentación complementaria (que podría subsumirse en el apartado 3 del art. 98 de la Ley 24/2001) sino de principal y esencial en cuanto integradora de la voluntad negocial del poderdante y que como tal debe constar en documento público.

Claro que cabría plantear el caso previsto en la propia Resolución citada, de 3 de marzo de 2000, de que el apoderado y su poder fueran un mero instrumento que legitime exclusivamente, para la formalización en escritura pública de un contrato ya perfeccionado anteriormente, convirtiéndole en un simple portador de una voluntad ajena, encargado de reiterarla ante el Notario, o considerar como ya hiciera la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de mayo de 1923, que «...por exigir la indicada mandante que para vender, permutar o de cualquiera otra forma enajenar sus bienes y derechos obtuviera el mandatario en cada caso una carta, con las instrucciones y autorización especial firmada por doña María, no debe racionalmente suponerse que aquél necesitaba para actuar en nombre de ésta otro documento notarial, especie de mandato complementario, en que se observasen de nuevo los requisitos de capacidad, consentimiento y forma, sino que más bien ha de estimarse consignada una garantía especial,

cuyo cumplimiento repercutía sobre la representación concedida como condición limitada de su ejercicio; y... que para conceder al reseñado poder toda su eficacia, es preciso, por lo tanto, que se acredite de un modo fehaciente, de conformidad con el principio de legalidad hipotecaria, que la condición de garantía se ha cumplido en sus propios términos, y como según el tenor literal de la citada cláusula, la carta ha de estar firmada por la repetida doña María, debe juzgarse requisito necesario y a la vez suficiente la legitimación de firma exigida en la nota recurrida, en cuyo caso el documento que acredita la previa perfección del negocio debe acompañarse y contener la firma legitimada notarialmente».

B) La **subsistencia** de la representación.—La subsistencia de la representación alegada se acredita mediante el hecho de la exhibición al Notario de la copia autorizada de la escritura de poder. Es decir: constancia expresa del carácter auténtico o fehaciente de la copia y del hecho de su exhibición en el mismo momento del otorgamiento del documento en el que se hace uso del poder y todo ello como garantía de la subsistencia de la representación.

La Resolución de 12 de abril de 2002 exige la reseña del documento auténtico que se haya exhibido; por tanto no debiera prosperar la tesis de que al existir un juicio notarial de suficiencia de facultades cualquiera que fueren las expresiones realizadas («copia» sin que se indique ser autorizada, fehaciente o auténtica y «tuve» sin que del tiempo del verbo utilizado pueda desprenderse de forma indubitada que su exhibición ha sido simultánea al otorgamiento) éstas deban ser interpretadas en el sentido más favorable para la eficacia del negocio. El artículo 1.284 del Código Civil es aplicable a las declaraciones de voluntad de los otorgantes del instrumento notarial, pero en modo alguno debiera aplicarse al cumplimiento de requisitos legales por parte del Notario, más aun teniendo en cuenta la especial trascendencia que el artículo 98 ha dado a la intervención notarial en materia de representación.

No obstante habría que hacer varias matizaciones en cuanto a este punto:

- a) Sería admisible que la reseña del poder excepcionalmente pudiera hacerse de la matriz del protocolo del Notario autorizante del instrumento principal, siempre que al apoderado se le hubiera concedido en el poder la facultad de poder solicitar la expedición de copia autorizada del mismo y no conste en dicha matriz nota de revocación del poder (posibilidad admitida en la RDGRN de 15-2-82). En tal caso el Notario deberá dar fe de esa facultad de poder obtener copia y de no constar nota de revocación.
- b) Sería admisible el simple testimonio de la copia del poder cualquiera que sea su fecha, siempre que el mismo se hubiera expedido a petición del poderdante y así constase expresamente y de forma

indubitada en la nota de expedición del testimonio (posibilidad admitida en la RDGRN de 19-11-85).

- c) Sería admisible que no acreditada adecuadamente la representación al Notario en el momento del otorgamiento del instrumento principal, ésta pudiera acreditarse al Registrador por exhibición de la copia autorizada o del testimonio al que se refiere la letra *b*) o de testimonio que aún no siendo expedido a instancia del poderdante sea de fecha posterior a la del título principal (ver RDGRN de 17-2-00) o resulte el mismo de otra escritura de fecha posterior al título principal en la que igualmente se haya hecho uso de ese poder y exhibido en cualquiera de las formas antes expresadas. (Así puede deducirse de la RDGRN de 13-7-99.)
- d) Por último, acreditado al Notario la subsistencia del poder al tiempo del otorgamiento por la exhibición de la copia autorizada o por los medios de las letras *a*) y *b*), podría completarse dicha reseña a los efectos de la calificación registral (por ejemplo, para calificar la suficiencia del poder) por medio de testimonio notarial del mismo de cualquier fecha que se presente o resulte de cualquier otra escritura cualquiera que sea su fecha.

C) La **suficiencia** de la representación alegada se acreditará mediante la relación o transcripción somera, pero suficiente, de las facultades representativas. Es ésta la exigencia fundamental que se deriva de la Resolución de 12 de abril de 2002, y en modo alguno puede confundirse ni darse por cumplida con el juicio notarial sobre la suficiencia de facultades representativas para el acto concreto y con nombre determinado a que se refiera la escritura (la RDGRN de 12-04-02 considera la transcripción o relación de facultades como parte integrante de la reseña y las RDGRN de 23, 26-04 y 03-05-02, califican la reseña como la narración de un hecho).

Con respecto a este punto hay que hacer constar las siguientes observaciones:

A) No es necesario transcripción literal, ni total ni parcial, de las facultades contenidas en el poder (con indicación en caso de ser parcial por parte del Notario de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto) aunque, evidentemente, pueda seguir haciéndose así. Basta —y en ello está la novedad— con la simple relación de facultades sin necesidad de entrecomillarlas ni de expresar que en lo omitido haya nada en el poder que desvirtúe lo relacionado.

Pero es necesario destacar que la relación de facultades deberá ser tomada directamente del poder. Se trata de la constatación de un hecho —la existencia en el poder de esas facultades— y no de un juicio notarial sobre que del mismo se deriven determinadas facultades. De esta manera no sería correcta

una fórmula en la que el Notario en lugar de transcribir o relacionar esas facultades y luego expresar su juicio de suficiencia para el acto concreto documentado se limitase a emitir un juicio sobre la suficiencia de facultades para el citado acto con indicación incluso de esas facultades, pero no como constatación de un hecho —la existencia de las mismas en el poder— sino como conclusión de un juicio notarial. Por eso no son correctas fórmulas en las que el Notario después de reseñar la escritura de poder cuya copia se le exhibe indica: «...y de la que resultan facultades suficientes para el otorgamiento de esta escritura de...» o «para el otorgamiento íntegro de esta escritura de...» o «con facultades bastantes para este acto» o incluso aquella fórmula más completa pero incorrecta por la que el Notario expresa que «...y de la que, a mi juicio, resultan facultades para... que considero suficientes para el otorgamiento de esta escritura de...», pues en todas estas fórmulas no se transcriben o relacionan facultades y en la última de ellas aunque pudiera parecer que sí, tampoco, pues lo que hay es un juicio sobre que del poder se desprendan determinadas facultades pero no la transcripción o relación directa de las mismas del poder. Una vez más se insiste en que una cosa es la reseña —hecho— y otra posterior la valoración de su suficiencia —juicio—.

Y no sería admisible sostener que la relación somera de tales facultades resultan por remisión a la naturaleza del negocio instrumentado calificado notarialmente, pues relacionar las facultades no es emitir un juicio sobre ellas sino expresar, sin formalismos ni fórmulas sacramentales, en forma sucinta pero suficiente, las facultades representativas que resultan del poder (hechos) sobre las que se apoyará el juicio de suficiencia notarial (juicio).

Entender otra cosa sería hurtar al juicio registral de la calificación los elementos necesarios e imprescindibles para el fundamento contradictorio de su calificación. Calificar sobre lo que no puede calificar sería negar la calificación. Si se mantiene que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria no ha sido reformado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, pero al mismo tiempo se afirma que el Registrador califica sobre lo que resulte del documento y si de éste resulta que no puede discutir sobre la valoración que de la representación haya hecho el Notario autorizante de la escritura, en realidad lo que se está haciendo es negar al Registrador la calificación de la representación pues le impide discrepar, en su caso, del juicio notarial realizado.

Piénsese en el hipotético caso de que el poder sólo confiriera facultades para vender, y que el acto otorgado fuera de segregación y compraventa, y que el Notario autorizante al igual que el que autorizó la escritura que motivó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de junio de 1990, estimase que tal facultad (la de vender) es suficiente para el negocio de segregación y compraventa que autoriza. En tal caso, si el Registrador no tuviera expresados los elementos del juicio notarial (y nunca mejor dicho), nunca podría calificar la suficiencia de las facultades

del representante para el acto concreto celebrado y en consecuencia la validez del mismo e inscribiría un título que según la misma Dirección General de los Registros y del Notariado no es inscribible.

Y no se diga, como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 y 26 de abril y 3 de mayo de 2002, que sería repetitivo y no se alcanzarían a comprender las diferencias entre decir «facultades para comprar que juzgo suficientes para esta escritura de compraventa» o decir «y de la que, a mi juicio, resultan facultades bastantes para el íntegro otorgamiento de la presente escritura» o «para este acto» (previa o posteriormente calificado de compraventa), pues las diferencias entre ambas fórmulas propuestas son claras. En el primer caso, y siempre que el Notario hubiera relacionado o dicho que el poder confiere al apoderado facultades para vender (hecho derivado del contenido del poder) encontraría justificación el juicio notarial de suficiencia de tal facultad para el acto concreto realizado, y permitiría distinguir perfectamente entre las facultades relacionadas (hechos) derivadas del poder y la valoración de la suficiencia de las mismas (juicio) para el otorgamiento del acto concreto autorizado, y no impediría la calificación del Registrador y su discrepancia, en su caso, con la valoración de suficiencia realizada por el Notario. En el segundo, no se sabría qué facultades concede el poder, pues el Notario habría realizado un doble juicio: que el poder concede facultades suficientes (pero sin expresar cuáles) y que éstas son bastantes para el acto de que se trata. En el ejemplo anteriormente expuesto, con la primera fórmula el Notario tendría que haber expresado que en la escritura de poder se le confieren al apoderado facultades para vender (hecho) y que tales facultades son suficientes para el presente acto de segregación y compraventa (juicio), y el Registrador en tal caso discrepar y entender que las facultades para vender no facultan para realizar segregaciones. Con la segunda fórmula, el Notario habría dicho que el poder confiere al apoderado facultades suficientes para el presente acto concreto de segregación y compraventa, con lo cual el Registrador no habría podido calificar tal suficiencia, pues no sabría cuáles eran las facultades concretas concedidas por el poder.

B) La transcripción o relación, aunque somera, tiene que ser suficiente para poder calificar que existen en el poder facultades suficientes para el acto concreto que se vaya a instrumentar ante el Notario. A este respecto recordar que respecto a los actos de riguroso dominio —art. 1.713 del Código Civil— el poder ha de ser específico para el acto o tipo de actos de que se trate y además expreso y por tanto no deducido, tácito o presunto.

Cumpléndose con esto, el Registrador quedará eximido de hacer más averiguaciones al respecto. Por eso lo importante es que de las facultades transcritas o relacionadas se deduzca la posibilidad de realización del acto concreto que se instrumenta, debiendo el Notario, en su caso, según proceda,

transcribir o relacionar las limitaciones que a las facultades expresadas se le hayan podido establecer en el poder, de tal manera que de no expresarse éstas se entenderán como inexistentes a efectos de la calificación registral, sin perjuicio de la responsabilidad notarial en la que se haya podido incurrir por su omisión.

Entre las distintas y variadas limitaciones que a las facultades transcritas o relacionadas se le hayan podido establecer en el poder pueden destacarse como más frecuentes las siguientes:

- a) Que las facultades transcritas o relacionadas hayan de ejercitarse mancomunadamente con otro u otros apoderados en cuyo caso así habrá de expresarlo el Notario. Pero de no expresarse nada sobre este punto deberá entenderse, a los efectos de la calificación registral, que no existe tal limitación (bien por ser único el apoderado o de serlo varios por haber sido nombrados con carácter solidario). Sólo cuando de la reseña del Notario se deduzca que el poder se ha otorgado a varios apoderados y no actúen estos mancomunadamente deberá hacerse constar la posibilidad de ejercicio solidario de la facultad como excepción a la regla general de la mancomunidad (art. 1.723 del Código Civil).
- b) Que las facultades transcritas o relacionadas únicamente hayan de ejercitarse en relación con determinadas personas (por ejemplo, no todas las herencias sino sólo la de X o comprar no a cualquiera sino a X) en cuyo caso el Notario habrá de expresarlo. Pero de no hacerlo se entenderá a efectos de la calificación registral como que tal limitación no existe y que las facultades transcritas o relacionadas pueden ejercitarse con relación a cualquier persona (art. 1.734 del Código Civil y RDGRN de 5-12-61).
- c) Que las facultades transcritas o relacionadas sólo puedan ejercitarse durante un determinado plazo de tiempo, en cuyo caso deberá el Notario expresarlo. Pero de no hacerlo se entenderá a los efectos de la calificación registral que tal limitación temporal no existe.
- d) Que las facultades transcritas o relacionadas sólo puedan ejercitarse con sujeción a determinadas condiciones especialmente en cuanto a cuantías o plazos afectantes al cumplimiento de la prestación (por ejemplo, importe de los préstamos o créditos hipotecarios, o cuantía y forma de pago del precio de las compraventas, duración máxima del arrendamiento, etc.). En tal caso si el Notario las relacionase se calificaría si el acto cumple o no con las citadas condiciones, pero de no expresarse éstas se tendrán por inexistentes a los efectos de la calificación registral.
- e) Que las facultades transcritas o relacionadas solamente pueden ejercitarse con relación a determinados bienes (por ejemplo, una finca

en concreto, un determinado tipo de fincas o las de un determinado ámbito espacial) o en relación a determinados derechos (por ejemplo, pleno dominio o un determinado tipo de derechos reales o cualesquiera derechos reales).

En cuanto al aspecto de los bienes hay que tener en cuenta que reiterada doctrina del TS y DGRN, ha establecido que no es esencial para la concesión del apoderamiento la determinación de los bienes con relación a los cuales se concede éste, sino que lo esencial es la determinación de los actos jurídicos para los que se concede el poder (es el criterio que sigue el art. 1.713 del Código Civil), pero ello no quita que si en el poder además de la determinación del tipo de actos para los que se da, se determinan el bien o bienes con relación a los cuales haya de ejercitarse, deba el Notario expresarlos debidamente (RDGRN de 17-11-2000); de tal manera que de no hacerlo constar el Notario, habrá de entenderse a los efectos de la calificación registral de que no existen en el poder limitaciones por razón del objeto.

Igual criterio deberá seguirse en cuanto a los derechos. Si el poder determinase con relación a qué tipo de derechos hayan de ejercitarse las facultades, sólo con respecto a ellos podrá ser ejercitado el poder, pero de no expresar el poder nada sobre este punto, en principio las facultades del mismo deberían entenderse referidas únicamente al pleno dominio en su integridad. Por ello, cuando el Notario no exprese nada, las facultades transcritas o relacionadas solamente podrán ejercitarse con relación al total pleno dominio, siendo por el contrario necesario que el Notario relacione de manera expresa la concesión de facultades que supongan la constitución, por vía de reserva o transmisión, de derechos reales limitados o situaciones de indivisión o copropiedad (art. 1.713 del Código Civil).

A esta conclusión puede llegarse a la vista de la numerosa jurisprudencia registral que considera la constitución (y aunque ésta pueda tener lugar por vía de reserva) de gravámenes o derechos reales limitados como actos de riguroso dominio para los cuales se necesitaría poder expreso (por ejemplo, la facultad de constituir servidumbres no permite constituir vinculaciones *ob rem* de la RDGRN de 30-9-84; la facultad para vender no comprende constituir hipoteca, RDGRN de 29-9-83) o, igualmente, la constitución de regímenes de comunidad como actos de riguroso dominio (por ejemplo, el poder para vender no faculta para hacer divisiones horizontales, RDGRN de 14-4-70) frente a la negación de tal carácter de acto de riguroso dominio a los actos de extinción de comunidad (RDGRN de 25-4-24 y 21-12-29). Este principio general de nuestro ordena-

miento jurídico de fomentar el carácter pleno del dominio fomentando la desaparición o no surgimiento de limitaciones al mismo y su atribución a un único sujeto de derecho para facilitar la explotación económica de los bienes y que se manifiesta en la norma a través de diferentes mecanismos (véase el estudio que de este principio se hace en la RGDRN de 7-2-95) ha de presidir también la interpretación del contenido del poder. Lo cual no impide, como es evidente, que si la facultad transcrita o relacionada se ha concedido para «cualesquiera clase de bienes o derechos o participaciones de los mismos» pueda ejercitarse sin restricción, pero para ello será necesario que así se reseñe por el Notario.

- f) Que las facultades transcritas o relacionadas no puedan delegarse. Para que así ocurra, deberá constar expresamente en el poder esta limitación, por tanto, admitida la representación con su apoderamiento por el Notario, deberá entenderse a efectos de la calificación registral que aquella prohibición no existe en el poder, siendo aplicable en tal caso la doctrina de la DGRN en Resolución de 10-02-95.

La aplicación de esta Resolución lleva consigo que no sólo se tenga que hacer la oportuna reseña de la escritura de sustitución de poder completa sino que además ésta incluya, extraída del contenido de la escritura de sustitución de poder, la reseña de la escritura del poder sustituido en especial en cuanto al hecho de haberse exhibido al tiempo de otorgarse la escritura de sustitución de poder, copia autorizada del poder originario como circunstancia determinante de la no exigencia de la exhibición de la escritura de poder originario al tiempo de exhibirse la de sustitución de poder.

- g) Que las facultades transcritas o relacionadas puedan ejercitarse en supuesto de autocontratación o de conflicto de intereses. En este caso, más que de una limitación de la facultad o de las facultades transcritas o relacionadas resultante de poder, se trata de una limitación legal que solamente desaparecerá cuando en el poder expresamente así se haya establecido. Por ello, en tales casos será inexcusable que el Notario incluya esta habilitación en su relación de facultades, puesto que de no hacerlo, a efectos de la calificación registral deberá entenderse que sigue vigente la limitación legal. Y sin que ello excluya la calificación registral en el supuesto de su constancia, dada la variedad de casos que se pueden presentar.

JUICIO NOTARIAL SOBRE LA SUFICIENCIA DE LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS

Constituye, junto con la reseña identificativa del documento auténtico del que se derive la representación y que por detallado hemos analizado anteriormente, la segunda de las exigencias formales que se le imponen al Notario en materia de representación.

Dicho juicio, según la citada Resolución, deberá cumplir dos requisitos:

- a) Que no sea genérico y abstracto sino concretado al acto o contrato a que el instrumento se refiera.
- b) Que incluya la expresión precisa del nombre del acto o contrato contenido en la escritura.

Y respecto al mismo, la Resolución de 12-04-2002, considera su falta como defecto de forma extrínseca que obligaría a negar al documento, así redactado, la cualidad de escritura pública inscribible a los efectos de lo establecido en los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria, por no cumplir los requisitos exigidos por la legislación notarial respecto al juicio notarial de capacidad y legitimación de los otorgantes (art. 98.1 de la Ley 24/2001 y 17.bis, apartado 2.a, de la Ley del Notariado). Pero su existencia no resulta indefectiblemente vinculante para el Registrador, dado que, en el ejercicio de su función calificador y a la vista de lo que resulte del propio documento y de los asientos del Registro podrá discrepar de él.

Conviene advertir ahora que aunque es frecuente desde la óptica notarial la equiparación entre el juicio notarial de suficiencia de la representación acreditada con el que realiza sobre la capacidad de los otorgantes de conformidad con lo dispuesto en los artículos 156.8 y 167 del RN, para atribuirle los mismos efectos (cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de abril de 1994, sobre la especial relevancia de certidumbre que, según la Jurisprudencia del TS, reviste la aseveración notarial de capacidad que alcanza el rango de fuerte presunción *iuris tantum* y que, por consiguiente, vincula *erga omnes* y obliga a pasar por ella en tanto no sea revisada judicialmente); tal equiparación, sin embargo, no es admisible.

El Notario, de conformidad con la legislación notarial, al emitir el juicio de suficiencia de capacidad de los otorgantes, lo hace desde un doble punto de vista:

- a) Como circunstancia puramente subjetiva y valorativa de las facultades intelectivas y volitivas de los otorgantes y que corresponden a la capacidad natural de los sujetos para prestar libre, voluntaria y conscientemente su consentimiento negocial y que en cuanto valo-

ración puramente personal y apreciable por el examen físico (hechos) de los otorgantes corresponde únicamente al Notario, pues es el que goza de la inmediatividad de su presencia física. A este aspecto se circunscribe la doctrina anteriormente expuesta del TS.

- b) Como capacidad de obrar o aptitud de los sujetos para realizar con eficacia actos jurídicos concretos y que cuando tal queda determinada por las circunstancias personales relativas al estado civil de las personas. Circunstancias que en cuanto justificativas de ese juicio notarial son de obligada constancia en el documento notarial y no impide la calificación registral sobre la misma, pues aquel juicio responde a una valoración de la aptitud de los sujetos para realizar con eficacia jurídica el acto o contrato de que se trate sobre la base de los presupuestos que constan en el propio documento (estado civil relativo a la mayor o menor edad, soltería, viudedad, matrimonio, etc., nacionalidad).

Por ello al pretender equiparar los efectos del juicio o valoración de suficiencia que el Notario hace de la representación con los derivados de la capacidad de los otorgantes, no cabe duda de que en todo caso tal equiparación sólo puede referirse al segundo de los aspectos anteriores y en tal sentido el Notario debería expresar los presupuestos fácticos sobre los que basa o en los que fundamenta su juicio de suficiencia. Y así, al emitir su juicio de suficiencia de tal representación deberá expresar en el documento los fundamentos de su resolución valorativa positiva.

Sólo desde este punto de vista cobra sentido el juicio notarial de suficiencia sobre la representación, pues al propio tiempo que, como en el caso de la capacidad, se contienen y expresan en el documento los elementos fácticos que permiten la emisión del juicio, permite también, o no impide, como también en materia de capacidad, la calificación registral (ex art. 18 de la Ley Hipotecaria). Piénsese en los innumerables casos de discrepancia que en materia de capacidad, y pese al juicio notarial, han existido entre Notarios y Registradores, dando lugar a una abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la materia (menores emancipados, incapaces, quebrados, suspensos, conflictos de intereses, etc.).

Si en materia de representación legal y orgánica, al venir legalmente predeterminado el contenido o ámbito del poder de representación de los diferentes representantes, el juicio notarial de suficiencia de la representación no impediría la calificación registral de la aptitud o legitimación del representante para llevar a cabo el acto o contrato pretendido pues, en definitiva, los elementos delimitadores de su ámbito de actuación están legalmente establecidos, en materia de representación voluntaria, y con mayor razón, al no existir más soporte fáctico que el derivado del propio

documento notarial, la reseña o expresión notarial de las facultades o ámbito de poder de representación en los que apoya su juicio se revela como imprescindible y de obligado cumplimiento.

Tanto más si se piensa que el juicio notarial de insuficiencia de representación no impediría, con la oportuna advertencia notarial, como también sucede en otros casos de autorización notarial, el otorgamiento del documento con el consentimiento de los interesados a quienes se trasladaría la responsabilidad de dicho otorgamiento (cfr. arts. 2 de la Ley del Notariado, 3.3, 164.2, 176.2, 169.2 y 3 y 172 del RN). Lo que revela, además, que dicho juicio notarial tiene la consideración de juicio de legalidad y no de calificación o control de legalidad, pues en tal caso la apreciación notarial de insuficiencia de la representación impediría la autorización del instrumento público.

La calificación registral, en materia de representación, supone la posibilidad de discrepar en orden a la suficiencia de las facultades precisas para el otorgamiento de un acto concreto, y si tal posibilidad está vedada al Registrador entonces se está impidiendo la calificación registral.

Téngase presente además que el juicio notarial como cualquier decisión de un poder público (funcionario) está sometido al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución Española) y a la necesidad, como sucede con los restantes funcionarios públicos (cfr. art. 208 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 19.bis de la Ley Hipotecaria) de fundamentar sus decisiones y resoluciones (juicios).

Esta necesidad de motivar las decisiones administrativas y judiciales, de indicar las razones de hecho y de derecho en que se apoyan, es una consecuencia del sometimiento de los poderes públicos (y también, por tanto, de los Notarios) a la legalidad, una exigencia del Estado de Derecho superadora del normal proceder absolutista, en cuya época la ausencia de fundamentación de los fallos (decisiones, juicios) constituía una regla de prestigio, precisamente porque la eficacia de los mismos descansaba en la soberanía directa del monarca y no en el imperio de la Ley. Superada esa forma de organización política, ya no puede defenderse la existencia de parcelas de poder absoluto delegadas en un funcionario, aunque sea Notario. La motivación, como requisito de la conformación del acto, ha de ser suficiente, es decir, debe dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha conducido a adoptar la decisión de que se trate.

Se revela así la motivación como un instrumento de prevención de la arbitrariedad, en la medida que su cumplida observancia dificulta las decisiones voluntaristas, y al mismo tiempo se presenta como una garantía

de la posición jurídica del administrado (y de la posibilidad de calificación del Registrador), informándole de los argumentos a rebatir.

Pues bien, sobre esta base hay que señalar que el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas, como todo juicio o decisión, debe estar motivado y fundamentado y basado en los elementos que lo sustentan, los cuales, como garantía y justificación de su propia actuación y de la posición jurídica del administrado, deben estar reseñados o expresados.

ADDENDA

Con posterioridad a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002, sobre la cual versa el trabajo anterior, elaborado en el mes de julio de 2002, se han dictado por la Dirección General de los Registros y del Notariado diversas Resoluciones sobre la materia. Podemos citar, en tal sentido, las de 23 y 26 de abril, 3 de mayo, 21 de mayo, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2002. Dichas Resoluciones las podemos agrupar en tres apartados:

- A) Las de 23 y 26 de abril, 3 de mayo y 21 de mayo.
- B) La de 30 de septiembre de 2002.
- C) Y la de 8 de noviembre de 2002.

A) LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 23 Y 26 DE ABRIL, 3 DE MAYO Y 21 DE MAYO DE 2002

Valga por todas ellas la de 21 de mayo, que además reproduce literalmente los Fundamentos de Derecho de todas las anteriores sin más diferencias que las propias del caso concreto objeto de resolución. De dicha Resolución reproducimos únicamente sus Fundamentos de Derecho, pero de los cuales se deducen los particulares referentes a los hechos y a la nota de calificación registral.

Señala la citada Resolución:

«FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 98, 100.1, 100.2, 103 y 112.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.257, 1.259, 1.712, 1.717 y 1.733 y siguientes del Código Civil; 18.2, 20 y 21 del Código de Comercio; 1, 3, 18, 19.bis, 21, 42.9.º, 65, 273 y 274 de la Ley Hipotecaria; 1, 17.bis, 23 y 47

de la Ley del Notariado; 5.2 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre; 101, 481 y 560 del Reglamento Hipotecario; 143, 145, 164, 165, 166, 244.E), apartado 8, y 313.3.º del Reglamento Notarial; las sentencias del Tribunal Constitucional 87/1997, de 24 de abril, y 207/1999, de 11 de noviembre; la sentencia del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 24 de febrero de 2000, y las Resoluciones de esta Dirección General de 15 de julio de 1954, 29 de abril de 1994, 3 de abril de 1995, 12 de abril de 1996 y 12, 23, 26 de abril y 3 de mayo de 2002.

1. En el supuesto fáctico de este recurso se presenta en el Registro de la Propiedad copia de una escritura de compraventa de inmueble —con expresa calificación de tal contrato conforme al art. 156.9.º del Reglamento Notarial—, en la que el Notario no sólo expresa que quien interviene en representación de la compradora hace uso del poder conferido mediante escritura otorgada ante el mismo Notario con la misma fecha y cuya copia autorizada tiene a la vista, consignando, además, la afirmación de la otorgante sobre la vigencia del poder y sobre la circunstancia de no haber variado la capacidad de la representada; sino que, asimismo, juzga, bajo su responsabilidad, que dicha compareciente tiene facultades representativas bastantes para dicho acto.

El Registrador suspende la inscripción de tal escritura, “por no acreditarse las facultades representativas de los otorgantes que intervienen como apoderados —sic—”, ya que, a su juicio, el documento del que resulta la representación alegada debe ser unido a la matriz, original o por testimonio, por exigirlo así el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria no ha sido derogado.

2. La cuestión planteada debe ser solventada a la vista de la legalidad vigente contenida fundamentalmente, por lo que al presente recurso se refiere, en el artículo 98 de la Ley 24/2001, cuya aplicación ha dado lugar a las recientes Resoluciones de este Centro Directivo de 12, 23 y 26 de abril y 3 de mayo de 2002.

3. A tenor del apartado 2 del citado artículo 98 de la Ley 24/2001, “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”.

Como ha declarado este Centro Directivo en su Resolución de 12 de abril de 2002, el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, “no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva ni la función que en ese esquema desarrollan sus protagonistas. En este sentido, aunque la norma indudablemente incrementa la fe pública notarial en materia de representación, lo hace sin merma de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles”.

Y ello es así por cuanto que dicho precepto en nada altera en la práctica la calificación registral de las escrituras que, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria debe realizarse, “por lo que resulta de ellas y de los asientos del Registro” —cfr., también, art. 18.2 del Código de Comercio.

Como indica también la Resolución citada en su Fundamento Jurídico 3.º: “El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al regular la calificación registral no predetermina el contenido de la escritura pública, sino que éste viene definido, en lo que ahora interesa, por la legislación notarial (cfr. art. 1.217 del Código Civil). Pero los requisitos para que el derecho constituido en virtud de la misma sea inscribible en el Registro, sí son establecidos por la legislación hipotecaria”.

El alcance de la novedad introducida por el citado artículo 98.2 queda claramente precisado en la Resolución de 12 de abril de 2002, por cuanto que con anterioridad al 1 de enero de 2002, “al no existir un precepto legal que atribuyera plena eficacia formal por sí sola a la manifestación notarial relativa a la suficiencia de las facultades representativas, estaba fuera de discusión que la suficiencia del poder —o del documento mediante el que se pretende acreditar la representación orgánica— quedaba sometida a la calificación del Registrador” (...) “Hoy, tras la reforma legislativa (...), a los juicios notariales de capacidad natural y de capacidad jurídica de los otorgantes se les atribuye idéntico valor, actúen éstos personalmente o por medio de representante o apoderado”. Insistiendo en ello la citada Resolución al señalar que, “conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, tal aseveración notarial de capacidad reviste especial certidumbre, que alcanza el rango de ‘fuerte presunción iuris tantum’, de modo que vincula erga omnes y obliga a pasar por ella, en tanto no sea revisada judicialmente con base en una prueba contraria que no deberá dejar margen racional de duda (cfr. la Resolución de 29 de abril de 1994).

Hoy, tras la reforma que introduce el artículo 98, estas consideraciones resultan plenamente aplicables al juicio de suficiencia de las facultades representativas, lo cual es razonable, pues no se entendería con facilidad que la fe pública abarcara lo más, la capacidad y legitimación del otorgante, y no fuera suficiente para abarcar la capacidad y legitimación de su representante”.

4. La correcta aplicación del artículo 98.2 exige la concurrencia de dos elementos perfectamente diferenciados: La reseña del documento auténtico y la valoración de la suficiencia de las facultades representativas. La reseña y la valoración harán fe suficiente, por sí solas (advuértase que se emplea el plural), de la representación acreditada bajo la responsabilidad del Notario.

La reseña tiene por objeto los datos de identificación del documento auténtico. Es la narración de un hecho.

En cambio, la valoración viene referida a la suficiencia de las facultades representativas y es un juicio que el Notario emitirá, bajo su responsabilidad, si, tras examinar el documento auténtico, considera que las facultades en él contenidas son suficientes para el otorgamiento del documento notarial en congruencia con los actos o negocios que en él se formalizan.

Como declaró la misma Resolución de 12 de abril de 2002: “8. En definitiva, el mencionado artículo 98, en su apartado 1, explicita con rango de ley una doble exigencia que ya se imponía, reglamentariamente, al Notario autorizante: por una parte, la necesidad de reseñar siempre el documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada (como exigía ya el art. 164 del Reglamento Notarial); y, por otra, la obligación de expresar que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato de que se trate (como resultaba ya del art. 145 de dicho Reglamento, al disponer que ‘el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial’, ‘cuando la representación del que comparezca en nombre de tercera persona, natural o social, no esté legítimamente acreditada o no le corresponda por las leyes’)”.

5. Ahora bien, como reconoce también la tantas veces citada Resolución de 12 de abril de 2002, lo dicho “...no excluye la necesidad de expresión, en los términos que se dirán seguidamente, de los elementos necesarios para que el Registrador ejerza su función calificadora y pueda comprobar la adecuación de las facultades representativas al negocio otorgado cuya inscripción se pretende”.

En efecto, el Registrador debe seguir realizando su función calificadora ateniéndose a lo que resulte de la escritura y de los asientos del Registro, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor literal permanece invariable tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001. Por ello, el Registrador debe comprobar si en la escritura figuran la reseña de los datos identificativos del documento de representación y la valoración de la suficiencia de las facultades en congruencia con el contenido de la propia escritura y del Registro.

Así, al igual que en materia de capacidad jurídica, si el juicio notarial resulta incongruente o contradicho por el contenido de la escritura, debe el Registrador denegar la inscripción de ésta, tratándose de representación, si la reseña es errónea, o la valoración de la suficiencia de las facultades resulta contradicha por el contenido de la escritura o de los asientos registrales, el Registrador deberá denegar la inscripción. Por el contrario, cuando el Notario, de conformidad con las exigencias del artículo 98.2, haya hecho la reseña, somera pero suficiente, de los datos identificativos del poder, así como la valoración de la suficiencia de las facultades repre-

sentativas del apoderado, y la apreciación notarial no resulte contradicha en los términos indicados anteriormente, el Registrador deberá atenerse a lo dispuesto en el citado artículo 98.2, que atribuye a la reseña y a la valoración la virtualidad de hacer fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada.

6. *En la escritura que motiva el presente recurso, el Notario autorizante reseñó, somera pero suficientemente, los datos identificativos del documento de poder cuya matriz figura en su protocolo y cuya copia autorizada le fue exhibida por la apoderada de la compradora a los efectos de proceder al otorgamiento de la compraventa. Por otra parte, el Notario, bajo su responsabilidad, juzgó suficientes las facultades de la apoderada para el contrato instrumentado en la escritura. El Notario no transcribe dichas facultades pero las identifica por remisión a la naturaleza del negocio instrumentado que califica previamente de compraventa.*

7. *Se plantea, pues, como único problema el de determinar si el juicio de suficiencia de las facultades de la apoderada está debidamente formulado y si, en este caso, la escritura, en lo que a la representación se refiere, contiene los suficientes elementos para que el Registrador pueda calificarla y proceder, en su caso, a su inscripción.*

El funcionario calificador no entra en el examen en torno a la corrección o incorrección del juicio notarial de suficiencia, sino que se limita a no reconocerle ningún valor por cuanto que, conforme a la nota calificadora, decide suspender la inscripción “por no acreditarse las facultades representativas de los otorgantes (sic) que intervienen como apoderados”.

Pero, como declaró la Resolución de 12 de abril de 2002, “Cuando el Notario haya realizado el juicio de suficiencia, y de la escritura resulten los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir, el Registrador no podrá exigir la documentación complementaria”. “Así como el Registrador no puede revisar ese juicio del Notario sobre la capacidad natural del otorgante (salvo que —como podrá ocurrir excepcionalmente— de la propia escritura o del Registro resulte contradicha dicha apreciación) tampoco podrá revisar la valoración que el Notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno que hayan sido acreditadas y reseñadas en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001, siempre, claro está, que tal reseña permita el ejercicio de la calificación registral a los efectos de practicar, suspender o denegar la operación registral solicitada y siempre que, como se ha señalado, de la propia escritura o del Registro no resulte contradicha tal apreciación”. “La expresión por parte del Notario de que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera, eximirá al

Registrador de realizar mayores averiguaciones al respecto, y no podrá exigir como documentación complementaria la aportación de la copia autorizada o la transcripción literal total en la escritura de las facultades representativas”.

8. En el presente caso no existe contradicción alguna entre la valoración notarial y el contenido de la escritura y del Registro.

Quedaría por tanto determinar si acaso la escritura de compraventa no contiene los particulares bastantes para que el Registrador la califique íntegramente.

Ello únicamente sería así si la exigencia legal impuesta por el artículo 98.2 sólo pudiera entenderse cumplida si el Notario, además de reseñar los datos identificativos del poder y de valorar su suficiencia tuviese que transcribir o copiar las facultades representativas contenidas en aquél.

Al respecto, la Resolución de 12 de abril de 2002, declaró que cuando “del propio título resulten los elementos necesarios para cumplir con su función calificadora, los Registradores no pueden exigir que dichos títulos contengan la transcripción total de las facultades o la incorporación total —ni mucho menos, el acompañamiento—, de los documentos que se hayan aportado para acreditar la representación alegada”. Podría, por tanto, surgir la duda de si los Registradores pueden exigir en estos casos la transcripción parcial.

A tal fin es importante destacar que, como resulta del apartado 8, párrafo 3.º de la Resolución citada, “Este sistema de reseña del documento acreditativo y expresión de la valoración de 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 por la mera transcripción o incorporación, total o parcial, del documento representativo aportado con omisión de la expresión de dicha valoración, circunstancia ésta que, además de comportar un estéril encarecimiento y no excluir, en su caso, la responsabilidad civil y disciplinaria del Notario, obligaría a negar al documento así redactado la cualidad de escritura pública inscribible a los efectos de lo establecido en los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria, por no cumplir los requisitos exigidos por la legislación notarial respecto del juicio notarial de capacidad y legitimación de los otorgantes —cfr. arts. 98.1 de la Ley 24/2001 y 17.bis, apartado 2.a) de la Ley del Notariado—”.

De ello resulta claramente la distinción entre, por un lado, la reseña y la valoración exigidas por el artículo 98.2 y, por otro, la técnica notarial del testimonio, copia o transcripción, total o parcial, pues la exigencia legal tiene diferente alcance hasta el punto de no quedar cumplida con la transcripción de las facultades representativas.

A mayor abundamiento, según el inciso segundo del párrafo quinto del apartado 5 de la tantas veces citada Resolución de 12 de abril de 2002: “Tampoco serán exigibles fórmulas sacramentales ni la afirmación, por parte del Notario, de que al expresar la suficiencia de las facultades (ámbito) representativas haya nada omitido que desvirtúe el juicio de suficiencia”. Es claro, pues, que la forma o manera de expresar la suficiencia de las facultades se aparta por completo de la técnica notarial aplicable a los testimonios o transcripciones parciales que exigen siempre la dación de fe específica de que en lo omitido no hay nada que altere, desvirtúe o de algún modo modifique o condicione lo transcrito —cfr. art. 246 del Reglamento Notarial.

9. *No obstante, el rigor que debe siempre exigirse a toda actuación notarial por su trascendencia, hace recomendable rechazar la expresión laconica de juicios de suficiencia sin una referencia concreta a la razón o razones en que el Notario basa su apreciación. De ahí que cuando el Notario asevere la suficiencia del poder deba hacerlo por referencia expresa a su contenido en congruencia con el de la escritura que autoriza.*

Ahora bien, esta concreción podrá hacerla el Notario apoyando su juicio o valoración en una referencia o relación de la esencia de tales facultades o en una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso, de la misma forma que, aunque según quedó expuesto son figuras distintas, los testimonios notariales pueden ser literales o en relación —cfr. art. 246 del Reglamento Notarial.

Así, por ejemplo, si el Notario ha comprobado que el apoderado está plenamente facultado para disponer de todo tipo de bienes a título oneroso o gratuito, será suficiente con reseñar que está facultado para vender sin tener que copiar literalmente las facultades.

En este sentido, la Resolución de 12 de abril de 2002 consideró contenido de la “reseña identificativa” la indicación de una relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas —cfr. párrafo segundo del apartado 8.

Por todo lo dicho, no cabe entender que la exigencia legal impuesta por el nuevo artículo 98.2 implique, necesariamente, en todo caso, la copia transcripción literal de las facultades representativas.

10. *Llegado a este punto, queda por resolver si en la escritura de compraventa que motiva este recurso el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas está correctamente formulado. El Notario, de las distintas posibilidades anteriormente indicadas, en lugar de apoyar su juicio en una copia literal de las facultades, opta por emitirlo en relación con la naturaleza del negocio incluido en la escritura y que previamente califica debidamente de compraventa. Es cierto que el Notario podría haber reiterado que las facultades del apoderado eran para vender pero no*

se alcanza a comprender la diferencia que existe entre esta fórmula y la utilizada, en la que se señala expresamente que las facultades son para formalizar la escritura calificada previamente de compraventa.

En conclusión, examinado el contenido de la escritura presentada a inscripción, la calificación del Registrador no puede ser confirmada toda vez que, de un lado, no existe ninguna contradicción entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades de la apoderada y el contenido de la escritura y, por otra parte, del propio título resultan los elementos necesarios para que el Registrador pueda cumplir con su función calificadora.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación del Registrador en los términos que resultan de los precedentes Fundamentos de Derecho».

Estas Resoluciones, a pesar de querer apoyarse y fundamentarse en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002, en el fondo desvirtúan el sentido de aquélla.

En efecto, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002, se dejó muy claro, como las propias Resoluciones citadas se encargan de recordar, que, «el artículo 98.2 de la Ley 24/2001 no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva ni la función que en ese esquema desarrollan sus protagonistas. En este sentido, aunque la norma indudablemente incrementa la fe pública notarial en materia de representación, lo hace sin merma de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles».

Por ello, y con el fin de permitir la calificación registral, la reseña identificativa del documento auténtico debe comprender la relación o transcripción somera, pero suficiente, de las facultades representativas (cfr. párrafo segundo del apartado 8 de dicha Resolución).

En definitiva, el juicio notarial de suficiencia debe venir apoyado en el «hecho», expresión y fundamento del juicio, de las facultades representativas contenidas en la escritura de poder y debidamente relacionadas en el título. Debe así distinguirse entre hecho y juicio. El hecho, como expresión y fundamento del juicio notarial, relativo a las facultades conferidas al apoderado y contenidas en el poder y el juicio notarial, propiamente dicho, que con referencia a aquellas facultades expresa su adecuación y suficiencia para el acto o contrato contenido en el título.

Pues bien, esta doctrina que con toda claridad expresa la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002, es enturbiada por las que estamos comentando de 23, 26, 3 y 21 de mayo de 2002, pues pretenden sustituir esa dualidad, hecho (facultades relacionadas) y juicio por un doble juicio. Un juicio de suficiencia que se apoya en otro juicio y que, en definitiva, impide la calificación registral.

Son, en este sentido, reveladores los últimos párrafos de las Resoluciones citadas al afirmar que, aunque «...la Resolución de 12 de abril de 2002 consideró contenido de la “reseña identificativa”, la indicación de una relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas —cfr. párrafo segundo del apartado 8—, “...no cabe entender que la exigencia legal impuesta por el nuevo artículo 98.2, implique necesariamente, en todo caso, la copia transcripción literal de las facultades representativas”, y que “llegado a este punto queda por resolver si en la escritura de compraventa que motiva este recurso, el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas está correctamente formulado. El Notario, de las distintas posibilidades anteriormente indicadas, en lugar de apoyar su juicio en una copia literal de las facultades, *opta por emitirlo en relación con la naturaleza del negocio incluido en la escritura y que previamente califica debidamente de compraventa*. Es cierto que el Notario podría haber reiterado que las facultades del apoderado eran para vender, pero no se alcanza a comprender la diferencia que existe entre esta fórmula y la utilizada, en la que se señala expresamente que las facultades son para formalizar la escritura calificada previamente de compraventa».

Recordemos que en el caso resuelto por esta Resolución, similar a los de las restantes, la fórmula empleada por el Notario autorizante de la misma era la siguiente: *«según resulta de copia autorizada de escritura de apoderamiento que tengo a la vista, otorgada en esta ciudad, a mi testimonio, con esta misma fecha, en el que, a mi juicio y bajo mi responsabilidad, se le conceden facultades bastantes para este acto, el cual asegura el apoderado vigente, así como que no ha variado la capacidad de su representada»* (se añade *«juzgándoles tal y como intervienen, con la capacidad legal necesaria para otorgar esta escritura de compraventa»*).

Es decir, el Notario no afirma que el poder conceda facultades al apoderado para comprar o vender (hecho) y que en consecuencia tales facultades son suficientes para el otorgamiento de la escritura de compraventa, sino que en dicho poder se le conceden facultades que, a su juicio, son suficientes para el otorgamiento de la escritura de compraventa.

La diferencia, a pesar de que la Resolución manifiesta que no se alcanza a comprender la diferencia, es notable. Con la fórmula utilizada en la escritura, y que la Resolución da por buena, el juicio notarial de suficiencia de la representación alegada para el acto concreto se basa en otro, y previo, juicio de que las facultades concedidas por el poder (pero sin expresar cuáles) son suficientes para poder decir que son suficientes. Es decir, el Notario basa su juicio de suficiencia de la representación acreditada en un juicio previo del cual nadie tiene conocimiento, solo él. El Registrador no puede discrepar de la posible insuficiencia de las facultades concedidas en

el poder para la realización del acto concreto, pues las mismas no han sido debidamente relacionadas en el documento.

En otro caso, y siempre que el Notario hubiera relacionado o dicho que el poder confiere al apoderado facultades para vender (hecho derivado del contenido del poder) encontraría justificación el juicio notarial de suficiencia de tal facultad para el acto concreto realizado, y permitiría distinguir perfectamente entre las facultades relacionadas (hechos) derivadas del poder y la valoración de la suficiencia de las mismas (juicio) para el otorgamiento del acto concreto autorizado, y no impediría la calificación del Registrador y su discrepancia, en su caso, con la valoración de suficiencia realizada por el Notario. Pero si no es así, no se sabría qué facultades concede el poder, pues el Notario habría realizado un doble juicio: que el poder concede facultades suficientes (pero sin expresar cuáles) y que éstas son bastantes para el acto de que se trata.

El Notario no está afirmando que el poder conceda facultades para comprar o vender, sino que concede facultades suficientes para comprar o vender. Si el poder sólo concediese facultades para administrar, pero el Notario considerase que son suficientes para vender, bastaría con que dijese que el poder concede facultades que, a su juicio, son suficientes para vender, y con esta fórmula, aparte de autorizar un acto inválido, habría impedido la calificación registral.

Piénsese en el caso en el que el poder sólo confiriera facultades para vender, y que el acto otorgado fuera de segregación y compraventa, y que el Notario autorizante al igual que el que autorizó la escritura que motivó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de junio de 1990, estimase que tal facultad (la de vender) es suficiente para el negocio de segregación y compraventa que autoriza. En tal caso, si el Registrador no tuviera expresados los elementos del juicio notarial (y nunca mejor dicho), nunca podría calificar la suficiencia de las facultades del representante para el acto concreto celebrado, y en consecuencia la validez del mismo, e inscribiría un título que según la misma Dirección General de los Registros y del Notariado no es inscribible.

Con la fórmula que patrocinamos y que responde a las exigencias interpretativas que del artículo 98 realiza la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002, el Notario tendría que haber expresado que en la escritura de poder se le confieren al apoderado facultades para vender (hecho) y que tales facultades son suficientes para el presente acto de segregación y compraventa (juicio), y el Registrador en tal caso discrepar y entender que las facultades para vender no facultan para realizar segregaciones. Con la fórmula que defienden las Resoluciones que comentamos, el Notario habría dicho que el poder confiere al apoderado facultades suficientes para el presente acto concreto de segregación y com-

praventa, con lo cual el Registrador no habría podido calificar tal suficiencia, pues no sabría cuáles eran las facultades concretas concedidas por el poder.

Por eso la reseña identificativa del documento auténtico del cual resulta la representación alegada debe contener una relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades conferidas al apoderado y sobre ellas expresar el Notario su juicio de suficiencia de las mismas para el acto o contrato autorizado. De esta manera expresa el Notario el juicio o fundamento de su decisión, que como todas las jurídicas debe estar motivada (art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 208 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000) y al mismo tiempo permite la calificación registral de tal suficiencia y que como tal no ha sido limitada por el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Calificación registral que debe permitir la discrepancia del juicio notarial realizado, pues de lo contrario no puede afirmarse que sea calificación propiamente dicha.

B) RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2002

Quizá por esta doctrina perturbadora de las Resoluciones anteriormente vistas, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de septiembre de 2002, trata de volver a la línea ortodoxa que marcara la de 12 de abril.

«FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 98, 100.1, 100.2, 103 y 112.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.257, 1.259, 1.712, 1.717 y 1.733 y siguientes del Código Civil; 1, 3, 18 y 19.bis de la Ley Hipotecaria; 1, 17.bis, 23 y 47 de la Ley del Notariado; 101 del Reglamento Hipotecario; 143, 145, 164, 165, 166 y 246 del Reglamento Notarial; y las Resoluciones de esta Dirección General de 15 de julio de 1954, 29 de abril de 1994, 3 de abril de 1995, 12 de abril de 1996 y 12, 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002.

1. En este recurso se plantea si es suficiente, para inscribir una escritura de préstamo hipotecario otorgada a través de apoderado, que el Notario asevere respecto de la escritura de poder (que, según expresa, ha tenido a la vista y está debidamente inscrita en el Registro Mercantil, con los datos de inscripción que también se detallan) lo siguiente: “se confieren al apoderado facultades suficientes que, a mi juicio, son suficientes para el otorgamiento de la presente escritura”; o si, como exige el Registrador, es

necesario acompañar la copia autorizada de la escritura de poder para que aquél pueda ejercer su función calificadora.

2. Como ya señalara esta Dirección General en Resolución de 12 de abril de 2002, para resolver las cuestiones relativas a la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, “debe partirse del distinto ámbito y efectos de la escritura pública y los asientos del Registro [...]. De ahí que no siempre y necesariamente hayan de coincidir los requisitos exigidos por la legislación notarial para la redacción de las escrituras con los requisitos impuestos por la legislación hipotecaria para practicar la inscripción [...]. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al regular la calificación registral no predetermina el contenido de la escritura pública, sino que éste viene definido, en lo que ahora interesa, por la legislación notarial (cfr. art. 1.217 del Código Civil). Pero los requisitos para que el derecho constituido en virtud de la misma sea inscribible en el Registro, sí son establecidos por la legislación hipotecaria [...]. Es en este ámbito de redacción de las escrituras públicas donde debe encuadrarse el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, que debe interpretarse en relación con el contexto del resto de la Ley (cfr. art. 3.1 del Código Civil) que no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva ni la función que en ese esquema desarrollan sus protagonistas. En este sentido, aunque la norma indudablemente incrementa la fe pública notarial en materia de representación, lo hace sin merma de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles [...]. De ahí que en materia representativa, el Registrador deba seguir realizando su función calificadora, como demuestra el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor literal permanece invariable tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001 [...]. Esto no significa que, en cuanto a la forma de acreditación de la representación, siga igual que hasta ahora. Cuando el Notario haya realizado el juicio de suficiencia, y de la escritura los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretende inscribir, el Registrador no podrá exigir la documentación complementaria [...]. A tal efecto, el Notario autorizante deberá indicar somera, pero suficientemente 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) [...]. De cuanto antecede resulta que, en el ámbito de la calificación de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, respecto de los títulos inscribibles, cuando éstos contengan un juicio notarial de suficiencia de representación o apoderamiento por parte del Notario y bajo su responsabilidad, en forma establecida en el artículo 98 de la Ley 24/2001, esto es,

con una reseña somera pero suficiente de los datos de la escritura en cuya virtud se confirieron las facultades representativas y su suficiencia, así como las circunstancias que acrediten la subsistencia de las mismas (hecho de la exhibición al Notario de la copia autorizada o, en su caso, inscripción en el Registro Mercantil) de tal forma que del propio título resulten los elementos necesarios para cumplir con su función calificadora, los Registradores no pueden exigir que dichos títulos contengan la transcripción total de las facultades o la incorporación total —ni mucho menos el acompañamiento—, de los documentos que se hayan aportado para acreditar la representación alegada”.

En consecuencia, no puede sostenerse que el Registrador pueda exigir que se incorpore o aporte copia auténtica del poder, cuando se ha formulado por el Notario el juicio de suficiencia de las facultades representativas conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001. Y, como resulta de las Resoluciones de 12, 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002 (que son vinculantes para todos los Registros —cfr. art. 327 de la Ley Hipotecaria y 103 de la Ley 24/2001—), tampoco puede entenderse que dicha norma exija al Notario, además de reseñar los datos identificativos del poder y de valorar su suficiencia, que transcriba o copie, siquiera sea parcialmente, las facultades representativas contenidas en aquél.

3. *Cuestión distinta es la relativa, no ya al valor del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas (respecto del cual el mandato legal, imperativo, del art. 98 es meridianamente claro), sino a la forma de expresar dicho juicio. Y en este ámbito no puede darse totalmente la razón al Notario recurrente. Si el Notario se limita a expresar lacónicamente el juicio de suficiencia de las facultades representativas (v.gr., cc... “para el otorgamiento de esta escritura...”, o expresiones análogas) sin una referencia concreta a la razón o razones en que basa su apreciación, impide al Registrador el ejercicio de su función calificadora, al no poder éste comprobar si existe armonía o coherencia entre la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas y el contenido de la escritura. De ahí que cuando el Notario asevere la suficiencia del poder deba hacerlo por referencia expresa a su contenido en congruencia con el de la escritura que autoriza.*

Es cierto que las Resoluciones de 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002 admitieron que el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas se emitiera en relación simplemente con el otorgamiento de la escritura que previamente era calificada conforme al artículo 156.9.º del Reglamento Notarial. Pero es claro que si el Notario autoriza la escritura, bajo su responsabilidad, es porque ha considerado suficientes las facultades del representante o apoderado, por lo que si tal criterio se llevara a sus últimas consecuencias ni siquiera sería necesario expresar el juicio notarial

de suficiencia. Además, la calidad técnica del instrumento público y la trascendencia que la Ley atribuye hoy a la valoración notarial de la suficiencia de la representación imponen un mayor rigor. Por ello, ha de entenderse que la exigencia legal no queda cumplida con esas expresiones genéricas, sino que al juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas, exigido por la ley, debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura que otorgan las partes.

La reseña de los datos identificativos del documento fehaciente aportado por el representante o apoderado se refiere a un hecho, pero el juicio de suficiencia de las facultades representativas es una valoración; y como en todos los supuestos de decisión jurídica adoptada en el ámbito de la función pública, el Notario debe manifestar el fundamento del cual se deriva su juicio o conclusión. Este fundamento, expresado en la escritura, además de proporcionarle concreción y claridad, sirve de base al juicio de suficiencia emitido por el Notario bajo su responsabilidad y dotado de fehaciencia y valor por sí solo.

Esta concreción podrá hacerla el Notario apoyando su juicio o valoración en una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso o en una referencia o relación de la esencia de tales facultades, de la misma forma que (aunque la reseña y valoración exigidas por el mencionado art. 98.2 y la técnica notarial del testimonio son figuras distintas), los testimonios notariales pueden ser literales o en relación —cfr. art. 246 del Reglamento Notarial—. Así, por ejemplo, si el Notario ha comprobado que el apoderado está plenamente facultado para disponer de todo tipo de bienes a título oneroso o gratuito, será suficiente con reseñar que está facultado para vender sin tener que copiar literalmente las facultades. De este modo, el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, podrá apreciar si, en su caso, el juicio emitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulte del mismo documento calificado (v.gr., se expresa por error que las facultades representativas son suficientes para vender cuando se trata de una donación; en una escritura de permuta se hace referencia a la suficiencia de facultades del apoderado para vender; o, tratándose de una escritura de cancelación se valoran las facultades del apoderado para hipotecar) o de los asientos del Registro —cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria.

En el presente caso, ninguna objeción cabría oponer si el Notario hubiera expresado que valora suficientes las facultades del apoderado porque del documento auténtico reseñado “resulta estar facultado para formalizar préstamos con garantía hipotecaria y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura”, o hubiera utilizado otra fórmula semejante.

Por cuanto antecede, esta Dirección General acuerda estimar parcialmente el recurso en los términos que resultan de los anteriores Fundamen-

tos de Derecho, y revocar la calificación del Registrador en cuanto exige que, habida cuenta que en la escritura calificada no se transcribe o inserta total o parcialmente ni se incorpora el documento que acredite la representación, se presente a calificación copia auténtica de la escritura de apoderamiento».

De esta Resolución pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) El juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas debe expresar la razón o razones en que basa su apreciación para que el Registrador pueda ejercer su función calificadora y comprobar si existe armonía o coherencia entre la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas y el contenido de la escritura. La reseña de los datos identificativos del documento fehaciente aportado por el representante o apoderado se refiere a un hecho, pero el juicio de suficiencia de las facultades representativas es una valoración; y como en todos los supuestos de decisión jurídica adoptada en el ámbito de la función pública, el Notario debe manifestar el fundamento del cual se deriva su juicio o conclusión. Este fundamento, expresado en la escritura, además de proporcionarle concreción y claridad, sirve de base al juicio de suficiencia emitido por el Notario bajo su responsabilidad y dotado de fehaciencia y valor por sí solo.
- b) Esta concreción podrá hacerla el Notario apoyando su juicio o valoración en una transcripción somera pero suficiente de las facultades atinentes al caso o en una referencia o relación de la esencia de tales facultades, de la misma forma que (aunque la reseña y valoración exigidas por el mencionado art. 98.2 y la técnica notarial del testimonio son figuras distintas), los testimonios notariales pueden ser literales o en relación —cfr. art. 246 del Reglamento Notarial—. Así, por ejemplo, si el Notario ha comprobado que el apoderado está plenamente facultado para disponer de todo tipo de bienes a título oneroso o gratuito, será suficiente con reseñar que está facultado para vender sin tener que copiar literalmente las facultades. De este modo, el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, podrá apreciar si, en su caso, el juicio emitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulte del mismo documento calificado (v.gr., se expresa por error que las facultades representativas son suficientes para vender, cuando se trata de una donación; en una escritura de permuta se hace referencia a la suficiencia de facultades del apoderado para vender; o, tratándose de una escritura de cancelación, se valoran las facultades del apoderado para hipotecar) o de los asientos del Registro —cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria.

- c) Es cierto que las Resoluciones de 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002 admitieron que el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas se emitiera en relación simplemente con el otorgamiento de la escritura que previamente era calificada conforme al artículo 156.9.º del Reglamento Notarial. Pero es claro que si el Notario autoriza la escritura, bajo su responsabilidad, es porque ha considerado suficientes las facultades del representante o apoderado, por lo que si tal criterio se llevara a sus últimas consecuencias ni siquiera sería necesario expresar el juicio notarial de suficiencia. Además, la calidad técnica del instrumento público y la trascendencia que la Ley atribuye hoy a la valoración notarial de la suficiencia de la representación imponen un mayor rigor. Por ello, ha de entenderse que la exigencia legal no queda cumplida con esas expresiones genéricas, sino que al juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas, exigido por la ley, debe dotársele de cierta autonomía y concreción, más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura que otorgan las partes.

En definitiva esta Resolución viene a confirmar la línea argumental contenida en el precedente trabajo por cuanto distingue perfectamente entre la reseña identificativa del documento (hecho) que comprende la relación somera pero suficiente de las facultades representativas y el juicio notarial valorativo (juicio o decisión) de la suficiencia de dichas facultades para el acto concreto autorizado que en cuanto decisión jurídica encuentra su fundamento y razón de ser en el hecho narrado y permite la calificación registral.

Al propio tiempo rechaza la línea argumental de las Resoluciones de 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo de 2002 al considerar que tal criterio llevado hasta sus últimas consecuencias haría que ni siquiera fuera necesario expresar el juicio notarial de suficiencia pues, en definitiva, si el Notario autoriza el documento es porque ha considerado suficientes las facultades del representante o apoderado y porque, en definitiva, añadimos nosotros, con tales fórmulas se impide conocer el fundamento del juicio notarial de suficiencia y la posible discrepancia del mismo por el Registrador al ejercer su calificación.

**C) LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO,
DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2002**

Dicha Resolución aunque formalmente se apoya en la de 30 de septiembre reseñada y reproduce literalmente sus Fundamentos de Derecho con la

particularidad que luego veremos, lo cierto es que no sigue totalmente sus postulados, pues si bien el juicio notarial de suficiencia está correctamente expresado en cuanto que no es genérico sino concretado y con referencia expresa al negocio jurídico contenido en la escritura autorizada, lo cierto es que la reseña identificativa del poder del que resultan las facultades representativas sigue careciendo de la relación o transcripción somera, pero suficiente, de las facultades representativas que como expresión del fundamento del juicio notarial de suficiencia permite la calificación registral.

Sigue, sin embargo, sin comprender la esencia de la distinción entre el hecho de la reseña identificativa del documento con la relación somera, pero suficiente, de las facultades contenidas en el poder, que no es un juicio sino un hecho con independencia de la forma de su narración o expresión en el documento, y el juicio valorativo de la suficiencia de las facultades para el acto concreto documentado, y así afirma que *«como ya señaló la Resolución de 30 de septiembre de 2002, ninguna objeción cabe oponer si el Notario expresa que valora suficientes las facultades del apoderado porque del documento auténtico reseñado “resulta estar facultado para formalizar préstamos con garantía hipotecaria y todos los pactos complementarios incluidos en esta escritura”, o utiliza otra fórmula semejante. Y esto es lo que ocurre en el presente caso (a efectos de la fuerza legal de la valoración notarial de la suficiencia de las facultades representativas ex art. 98.2 de la Ley 24/2001, será igual utilizar la referida expresión que hacer constar que, a la vista de copias de las escrituras de apoderamiento resulta que tienen facultades representativas suficientes para el préstamo con garantía hipotecaria que se instrumenta en esta escritura)»*. Con esta fórmula, el juicio notarial de suficiencia se apoya en un juicio, no en la relación de las facultades que como hecho y fundamento del juicio debe expresar tomándolas del poder. Piénsese de nuevo en el caso anteriormente reseñado de la segregación y compraventa. Como del poder se desprenden, según el Notario, facultades suficientes para segregar y vender (aunque en el poder sólo se contienen facultades para vender) resulta que el apoderado está facultado para segregar y vender. O utilizando la fórmula de la Resolución *«a la vista de copias de las escrituras de apoderamiento resulta que tienen facultades representativas suficientes para la segregación y compraventa que se instrumenta en esta escritura»*. Con ello quedaría vedada al Registrador la posibilidad de discrepar de tal juicio al carecer de los elementos necesarios para ello, pues no habría tenido conocimiento de que el poder sólo faculta para vender y no también para segregar.

D) LAS SENTENCIAS DE 23 DE ENERO Y 27 DE MARZO DE 2003

Finalmente debe ponerse de manifiesto que la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de abril de 2002, con la interpretación y sentidos recogidos en la de 30 de septiembre de 2002 y en el precedente trabajo, ha sido ratificado por las sentencias de los de 23 de enero y 27 de marzo de los corrientes (esta última, por cierto, como consecuencia de la apelación interpuesta por el Notario autorizante de la escritura que dio lugar a la Resolución de 30 de septiembre de 2002) de los Juzgados de Primera Instancia, números 1 de Valladolid y 2 de Alicante, respectivamente. La sentencia de 27 de marzo confirma íntegramente la Resolución de 30 de septiembre de 2002 y reproduce fielmente los Fundamentos de Derecho de la sentencia de 23 de enero de 2003.

De la sentencia de 23 de enero de 2003 del Juzgado de 1.^a Instancia, número 1 de Valladolid, se deduce:

1.º Que el artículo 98 de la Ley 24/2001 es una norma relativa a la forma de redacción de las escrituras públicas que no ha modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva ni la función que en dicho esquema desarrollan sus protagonistas (quinto Fundamento de Derecho, letra *a*).

2.º Que aunque la norma indudablemente incrementa la fe pública notarial en materia de representación, pues tras la reforma introducida por tal artículo, a los juicios notariales de capacidad natural y de capacidad jurídica se les atribuyen idéntico valor, actúen éstos personalmente o por medio de representante o apoderado; lo hace sin merma de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, de ahí que en materia representativa el Registrador deba seguir realizando su función calificadora, como lo demuestra el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor literal permanece invariable tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001 (quinto Fundamento de Derecho letra *b*).

3.º Que lo que ha cambiado es la forma de acreditación de la representación en el sentido de que cuando el Notario haya realizado el juicio de suficiencia y de la escritura resulten los particulares bastantes para que el Registrador califique la capacidad del otorgante con relación al acto que se pretenda inscribir, el Registrador ya no podrá pedir la documentación complementaria. Es decir, la reseña, en los términos que más adelante se dirán, unido a la expresión por parte del Notario de que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera es lo que exime al Registrador de hacer más averiguaciones al respecto, no pudiendo exigir como documentación complementaria la aportación de la copia autorizada o la transcripción literal total ni parcial en la escritura de las facultades representativas (quinto Fundamento de Derecho letra *c*).

4.º Que la cuestión litigiosa se centra en determinar cuáles han de ser los particulares bastantes en los que ha de consistir la reseña, a fin de que en todo caso se permita el ejercicio de la calificación registral a los efectos de practicar, suspender o denegar la operación, y la sentencia, ratificando lo dicho por la RDGRN, de 12 de abril de 2001, establece que 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 y que por tanto la reseña identificativa del documento habrá de consistir no sólo en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico que se haya exhibido sino también en una relación o transcripción somera, pero suficiente, de las facultades representativas, debiendo expresarse el juicio notarial de suficiencia, no de forma genérica o abstracta, sino necesariamente concretado al acto o contrato a que el instrumento se refiera (quinto Fundamento de Derecho, letra *d*).

5.º Que la claridad de los pronunciamientos contenidos en la RDGRN, de 12 de abril de 2002, sobre la consulta vinculante relativa a la interpretación del citado artículo 98 de la Ley 24/2001, quedaron desdibujados en virtud de la interpretación que de los mismos se hizo en sucesivas Resoluciones de la DGRN, de fechas 23 y 26 de abril, 3 y 21 de mayo, que desvinculándose de aquélla llegaron prácticamente a suprimir las respectivas exigencias de la reseña identificativa y del juicio de suficiencia, dado que al reinterpretar el citado artículo 98 y admitir que el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas se emitiera en relación simplemente con el otorgamiento de la escritura que previamente era calificada, transformaban lo que eran dos exigencias en una sola, pues la reseña de facultades perdía autonomía respecto al juicio de suficiencia y aquélla y éste se fundían en una sola proposición que además se complementaría con la remisión a la calificación del acto efectuada por el Notario. De seguirse esta tesis bastaría con la previa calificación de la escritura para que con una fórmula genérica y universal que sirviese para cualquier escritura con independencia de su contenido, se estimasen cumplidas las exigencias de tal precepto, impidiendo de facto el ejercicio de la función calificadora que en materia de capacidad de los otorgantes impone al Registrador el vigente artículo 18 LH, que quedaría en este extremo vacío de contenido (sexto Fundamento de Derecho).

6.º Que por ello la Resolución de la DGRN, de 30 de septiembre de 2003, vino a imponer un mayor rigor considerando que la exigencia legal no queda cumplida con esas expresiones genéricas, sino que al juicio notarial de suficiencia debe dotársele de cierta autonomía y concreción más allá del hecho de acceder el Notario a la autorización de la escritura, concreción que el Notario ha de apoyar en una transcripción somera, pero suficiente, de

las facultades atinentes al caso o en una relación de la esencia de esas facultades, todo ello a fin de que el Registrador, en ejercicio de su función calificadora, pueda apreciar si en su caso el juicio emitido por el Notario resulta contradicho por lo que resulte del mismo documento calificado o de los asientos del Registro (párrafo primero, séptimo Fundamento de Derecho).

7.º Que, en resumen, no puede estimarse cumplidas las exigencias del artículo 98 de la Ley 24/2001, si el Notario autorizante de la escritura:

- a) Ni efectúa transcripción, indicación, referencia o relación alguna del ámbito o extensión —esencia— de las facultades representativas del apoderado.
- b) Ni proyecta el juicio de suficiencia sobre el contenido concreto de la escritura que está autorizando.

GONZALO AGUILERA ANEGÓN
Registrador de la Propiedad de Torre vieja, número 3

ANTONIO JOSÉ RAMOS BLANES
Registrador de la Propiedad de Torre vieja, número 1

Registro de Bienes Muebles: Tres Resoluciones y una Instrucción

La elasticidad del Derecho ha llegado a tal extremo que en determinadas situaciones se afirma, en contra de todos los principios de la lógica, que una proposición y su contradictoria son ciertas al mismo tiempo, y si alguien dice que ello no es posible, se le contesta diciendo que también es cierta dicha posición. O sea, la máxima incertidumbre.

Viene a cuento el anterior párrafo por el hecho de haber dictado recientemente la Dirección General, **tres Resoluciones** relativas al Registro de Bienes Muebles, de fechas 21, 22 y 23 de octubre de 2002 (**BOE de 11 y 12 de diciembre**), que han producido un gravísimo desconcierto y rechazo, y que tienen como **denominador común el negar a la base de datos comunicada de la DGT, en relación a las cargas y titularidades que allí se reseñaban, ninguna consecuencia jurídica, al menos en el aspecto de operativa registral.**

Apenas sin solución de continuidad, la Dirección rectifica su postura y, volviendo al buen camino, dicta **una Instrucción** con fecha 3 de diciembre de 2002 (**BOE de 18 de diciembre**), en cuyos **apartados 14 y 15 mantiene una posición opuesta.**

Como las Resoluciones tienen carácter vinculante, según el artículo 327 de la LH, y la Instrucción se dicta al amparo de la habilitación contenida en la Disposición Final tercera del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, igualmente con carácter vinculante, es claro el desconcierto producido.

Veámoslas por separado:

I. RESOLUCION DE 22 DE OCTUBRE DE 2002

Esta Resolución se dicta revocando la nota extendida el 19 de diciembre de 2001, por el Registrador de Bienes Muebles de Navarra, que había «resuelto no practicar la inscripción solicitada por adolecer dicho documento de los siguientes defectos: Dado que de **la base de titularidades adminis-**

trativas de la DGT, resulta la **existencia de dos titulares** del bien embargado, debe acreditarse que **el embargo ha sido dirigido contra ambos» (art. 27 de la Ordenanza).**

En concreto, el Registrador mantiene que al pertenecer el bien a dos titulares distintos (no son cónyuges), para **embargar la totalidad del bien debe existir un procedimiento contra ambos, y no sólo contra uno de ellos.**

Frente a esta posición, la entidad recurrente sólo alega que debería tomarse la anotación de embargo **sobre la mitad indivisa del vehículo**, y que en todo caso estaríamos en presencia de un defecto subsanable mediante la notificación al otro copropietario. Es decir, **la entidad recurrente no discute la consulta hecha a la base de datos de la DGT, ni su contenido.** Simplemente entiende, con algo de razón, que debería anotarse sobre la mitad, en todo caso.

Como el Registrador no acepta la aplicación automática de la presunción legal contenida en el artículo 393 del Código Civil, por las razones allí alegadas, eleva el expediente a la Dirección General, la cual nos sale con una doctrina nueva, no ajustada al *petitum*, y que como veremos ignora sus propios convenios.

De un análisis pormenorizado de la Resolución resulta:

A) Que en los **Vistos**, al enumerar las normas que van a servir de base a su posterior decisión, **se omite el convenio firmado por la propia Dirección General con la DGT, el 20 de mayo de 2000, y que ha servido de base a toda nuestra actuación hasta el momento, ejecutando lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ordenanza.** En dicho convenio se dispone, en relación a los datos que constan en la DGT, que reflejan gravámenes y medidas cautelares que afectan a los vehículos, que **«resulta necesario proceder a un ordenado trasvase de los mismos al Registro de Bienes Muebles, una vez efectuada la conexión entre los sistemas informáticos de ambos Registros», y que «la conexión entre ambos Registros tiene como finalidad las consultas y actualizaciones recíprocas».** Consecuencia de ello ha sido, entre otras cosas, la entrega de un archivo histórico por parte de la DGT con fecha 1 de abril de 2001 y la elaboración de un protocolo de comunicación «on line» con la base de datos de la DGT. Esta comunicación ha sido posible, entre otras razones, por existir un dictamen favorable de la Agencia de Protección de Datos, de fecha 26 de septiembre de 2001, que considera no sólo que la cesión mutua de datos que prevé el convenio se encuentra amparada por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 15/99, sino que, **«en todo caso, es necesaria así mismo».** Hay que resaltar que **dicho dictamen se elabora en virtud de consulta formulada por la Dirección General de los Registros y del Notariado.**

Cabría preguntarse para qué ha firmado la Dirección dicho convenio, y para qué ha formulado dicha consulta, cuando ahora ignora olímpicamente

sus propios actos, y desautoriza la labor que penosamente íbamos construyendo en los Registros, en base a dicho convenio.

B) En el **apartado 1** la Dirección hace un «divertimento» para explicarnos que en el funcionamiento del Registro de Bienes Muebles existe «una serie de problemas que sólo una interpretación flexible de la varia normativa convergente sobre sus heterogéneas competencias permite ir solucionando». Brillantísimo descubrimiento del que hasta ahora no nos habíamos dado cuenta, y que trae como consecuencia el destacarnos a continuación que «la hipoteca de vehículos automóviles seguirá rigiéndose por la Ley de 16 de diciembre de 1954, en tanto que una venta a plazos o un arrendamiento financiero de los mismos vehículos estará sujeta al régimen de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles». ¡Asombrosa conclusión, que sólo tras un agudo y penoso análisis jurídico ha podido establecerse, y no como ocurre con la nota del Registrador que ha sido formulada «sobre tan endeble base». Por supuesto, la Resolución no se molesta en analizar si en este punto concreto la legislación posterior ha podido derogar a la anterior.

C) En el **apartado 2** sigue el «divertimento» para explicarnos las dos posibilidades que, en orden a la práctica de la anotación de embargos sobre vehículos, nos ofrece la legislación actual, dado que considera a ambas con plena vigencia. Hago omisión de la farragosa e innecesaria enumeración de preceptos, salvo destacar que aprovecha para lanzar otra indirecta al Registrador, afirmando categóricamente que no está «llamado a hacer averiguación alguna sobre el particular», refiriéndose a cual sea el título de adquisición del embargado.

Reiteremos que **dicha «averiguación» la ha realizado el Registrador en base al convenio firmado entre la DGT y la propia Dirección**, convenio que ahora no sólo ignora la Dirección, sino que se permite reprocharnos el que nosotros le hayamos hecho caso. A mayor abundamiento insistimos en que **la entidad recurrente no impugna dicha «averiguación», sino que por el contrario la admite**, aunque limitando sus efectos, y es **la Dirección la que, olvidando su reiteradísima doctrina de que sólo puede en un recurso examinarse las cuestiones planteadas**, se sale de la cuestión metiéndose en problemas sobre los que nadie le ha pedido que se pronuncie.

D) En este apartado la Dirección se supera a sí misma. Después de decirnos que había dos alternativas para practicar la anotación (tema más que discutible por la probable derogación de la anterior por la ley posterior, según hemos destacado) comienza diciendo que **«por ninguna de dichas alternativas ha optado el Registrador»**.

Esta afirmación, con tonos de reproche, tampoco puede ser admitida, por las siguientes razones:

- Olvida la Dirección que el Registrador se rige en su función por **el principio de rogación** y que, por consiguiente, corresponde al solicitante indicar lo que quiere, máxime si tenemos en cuenta, por ejemplo, la distinta duración del plazo de vigencia de la anotación, que es de tres años, según el artículo 38.2 RHMPD, mientras que para la Disposición Adicional 2.^a de la LVP es de cuatro años, y que el criterio arancelario no es el mismo en la legislación de hipoteca mobiliaria y en la de venta a plazos. Hubiera sido mejor que la Dirección examinase la posible derogación de la legislación anterior por la posterior y no dedicarse a hacer acusaciones infundadas.
- Además por que es **rotundamente falsa**, ya que el Registrador ha optado por aplicar la legislación de venta a plazos, como lo demuestra la cita en su nota del artículo 27 de la Ordenanza. Convendría que la Dirección leyera con atención lo que dicen las partes.

Pero lo más sorprendente viene a continuación cuando acusa al Registrador de que «no exige que por **resolución judicial** se acuerde que sea la anotación la que abra folio registral al no haber atendido el propietario el requerimiento que se le hubiera dirigido en orden a procurar su previa inmatriculación», si hubiese optado por la legislación de venta a plazo (DA 2.^a LVP).

La acusación es desconcertante, ya que la citada Disposición Adicional atribuye esa «exigencia», no al Registrador, sino al acreedor o demandante aunque, eso sí, llamándola «solicitud» y no exigencia: **«el acreedor o demandante podrá solicitar del Juez»**, y en ningún precepto se nos dice, al menos hasta ahora, que sin cumplir dicha exigencia no pueda practicarse la anotación.

Pero es que además la Dirección olvida que **estamos en presencia de un embargo de naturaleza administrativa (el embargante es la Seguridad Social) y no judicial**. Si por el contrario dicha circunstancia ha sido tenida en cuenta, ello significa que, **a juicio de la Dirección, en embargos administrativos sobre bienes no inscritos, la entidad embargante** (léase Seguridad Social, Agencia Tributaria, Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, etc.) **debe, antes de la práctica de la anotación, solicitar el auxilio judicial para que requiera del deudor la inscripción previa, y el Registrador debe «exigir» el cumplimiento de dicho requisito**. Dado que en lo que va de año se han practicado más de cien mil anotaciones de embargo procedentes de las dos instituciones primeramente citadas, sin que se haya exigido el cumplimiento de dicho requisito, la fundadísima doctrina contenida en esta Resolución, que los Registradores habrán de cumplir dado su carácter vinculante, llevará a jueces, instituciones y Registradores al colapso absoluto.

E) En el **apartado 4**, la Resolución comienza con otra de sus afirmaciones dogmáticas. Refiriéndose a que, en base a la información de la DGT, el Registrador exige que para anotar el embargo sobre la totalidad del vehículo es necesario que el procedimiento se haya dirigido contra los dos titulares, dice tajantemente: **«Tal conclusión es insostenible»**.

Los **«irrefutables» argumentos** en que la Resolución basa esta rotunda afirmación son:

- El carácter administrativo del registro de vehículos, ya que los datos que en él figuren no prejuzgan cuestiones de propiedad. Olvida la Dirección que dicho registro administrativo es el único que contiene íntegramente los vehículos de la nación, y que es el que sirve de base a las instituciones acreedoras, como la embargante, para obtener los datos necesarios para proceder a sus embargos. Entender que a efectos de embargar sí son válidos sus pronunciamientos, pero no cuando desvirtúan los embargos, es desconocer la realidad y aplicar la ley del embudo, máxime cuando nadie se lo ha pedido, ya que la recurrente admite que se tome anotación sobre la mitad del vehículo, sin cuestionar la cotitularidad sobre él. Tan es así, que en las reuniones con la entidad embargante para examinar la problemática de los embargos telemáticos, esta institución nos pidió que en casos de duda no se tomase anotación para no congestionar su asesoría jurídica con tercerías de dominio, como así se ha venido haciendo. Postura prudentísima que contrasta con la que mantiene la Dirección.
- Trae a colación seguidamente la Resolución, al artículo 1.911 del Código Civil, entendiendo que la situación resultante del Registro de la DGT «no puede elevarse a obstáculo frente a la efectividad del derecho que a todo acreedor confiere el artículo 1.911 sobre el patrimonio de su deudor». Nadie ha puesto en tela de juicio dicho derecho, salvo el matiz que **el patrimonio afecto es sólo el del deudor y no el del cotitular del deudor, como al parecer sostiene la Dirección**. Insistimos: Si la entidad recurrente no discute la cotitularidad, la Dirección no tiene ninguna atribución para ponerla en duda, y por tanto debía haberse pronunciado sobre el *petitum*, es decir, sobre si procedía la anotación sobre la mitad del vehículo.
- Para rematar esta argumentación, la Dirección trae a colación el artículo 593.1 y 2 de la LEC, diciendo: «máxime si se tiene en cuenta que la pertenencia del bien al ejecutado, previa audiencia en su caso a los terceros respecto de los que existan motivos racionales de que pueden serlo, es algo sobre lo que **debe pronunciarse el tribunal antes de la traba**». Acabáramos: Definitivamente la Dirección no se ha enterado que estamos en presencia de un embargo administrativo,

y que el precepto citado tiene razón de ser en sede judicial, pero no administrativa.

- Termina la Dirección con otra descalificación al Registrador, destacando **«lo absurdo de la exigencia de la nota recurrida»** de que para anotar un embargo sea necesario que se haya decretado contra todos los copropietarios, ya que al no ser estos deudores es imposible seguir contra ellos el procedimiento. Habrá que devolverle a la Dirección el calificativo y decirle que lo absurdo es extender un embargo a los bienes o cuotas de quien no es deudor, como ha hecho ella al dictar esta Resolución. Todo esto se hubiera evitado si la Dirección se hubiese limitado a lo solicitado: la posibilidad de tomar la anotación sobre la mitad indivisa del vehículo, pero se ha preferido otro camino que no sabemos adónde nos conduce.

En resumen, de la precedente Resolución resulta:

- La Dirección resuelve un **recurso fuera del plazo legal** de tres meses (el recurso tuvo entrada en el Registro el 1 de febrero de 2002, dato que pudorosamente oculta la Dirección en la Resolución). Dado que según dispone categóricamente el artículo 327 LH, «transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, **se entenderá desestimado el recurso**», es evidente que la nota recurrida ha quedado confirmada *ministerio legis*. La Dirección entra en el fondo del asunto al amparo (hay que suponerlo ya que expresamente no lo cita) del artículo 43.4.b) de la LRJAPPAC, que establece que «en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio». Este tema es de urgente aclaración judicial, ya que la incertidumbre sobre el plazo en que se dictará la resolución afecta no sólo al interesado directamente, sino que lleva a una situación de inseguridad al Registro, dado que no se sabría hasta cuándo ha de mantenerse la vigencia del asiento de presentación y proceder al despacho de títulos posteriores que pueden ser contradictorios y que, sin ninguna culpa ni acción legal, verían demorado indefinidamente el despacho de sus títulos.
- La Dirección **no se ajusta a lo solicitado en el recurso**, es decir, limitar, o no, la anotación a la mitad del vehículo, ya que el recurrente no discute la titularidad administrativa de la DGT, con lo cual ignora su reiteradísima doctrina de que el recurso debe limitarse al *petitum*.
- Sin que nadie se lo pida, considera que **la calificación registral no puede ampararse en la titularidad administrativa de la DGT**, igno-

rando sus propios convenios, que no considera ni siquiera dignos de ser citados.

- Mantiene que **en un embargo administrativo debe cumplirse, y el Registrador debe exigir que se cumpla, el requerimiento judicial para la inscripción previa establecido en la DA segunda de la LVP.**

Permite que **el Registrador pueda optar por practicar la anotación conforme a la legislación de la LHMPD o la de LVP**, a pesar de que en su caso la anotación tiene una duración de tres años y en la otra de cuatro, ya que, a su juicio, ambas legislaciones están plenamente vigentes, y no obstante su diferente tratamiento arancelario.

- Considera aplicable, **en un embargo administrativo, el artículo 593 de la LEC**, en orden a que el Juez se pronuncie antes de la traba, sobre la pertenencia del bien al ejecutado, si bien en este caso no se pronuncia sobre si el cumplimiento de tal requisito (que no del fondo de la resolución judicial) debe constar en el mandamiento de embargo, y por tanto si el Registrador debe, o no, exigir su constancia.

Fundada en tan sabia y justificada doctrina, la Dirección se permite acusar al Registrador de lo «endeble» de sus argumentos, lo «absurdo» de su posición, de no haber optado por las alternativas que, según ella, le ofrece el legislador, y otras lindezas por el estilo. Increíble.

II. RESOLUCION DE 23 DE OCTUBRE DE 2002

Me urge comenzar el comentario de esta Resolución destacando que, a diferencia de la anterior, la misma se pronuncia en un tono exclusivamente jurídico, sin expresiones despectivas para el Registrador como la anterior, por lo que en justa correspondencia mantendremos el mismo tono en estas reflexiones.

La cuestión única planteada por el Registrador es la relativa a la imposibilidad de tomar una anotación de embargo sobre un vehículo, **por constar en la base de datos comunicada de la DGT, la existencia de un arrendamiento financiero previo «por lo que según el artículo 24, párrafo 2.º de la Ordenanza, la propiedad es del financiador o vendedor».**

Frente a esta postura se alza la entidad acreedora, alegando en resumen **la falta de inscripción en el Registro de Bienes Muebles del citado contrato de arrendamiento financiero**, por lo que no puede jugar la presunción del artículo 24 de la Ordenanza. En idéntico sentido informa el Juez ordenante del embargo.

El Registrador aduce que **el 26 de febrero de 1998**, fecha en la que se tomó razón del contrato en la DGT, **los arrendamientos financieros no eran susceptibles de inscripción en el antiguo Registro de Venta a Plazos**, por lo que conforme al principio de irretroactividad de las leyes, no es posible aplicar a dicho contrato la legislación posterior, en concreto los principios de legitimación e inoponibilidad, añadiendo un criterio de prudencia jurídica cual es que, de practicarse las anotaciones, se multiplicarían las tercerías de dominio y, finalmente, que de tomarse la anotación, el titular del arrendamiento financiero quedaría en una situación de indefensión al no ser parte en el proceso, situación prohibida por el artículo 24 de la Constitución.

Planteado así el tema, la Dirección resuelve lo siguiente:

A) En los **Vistos** se observa **la misma grave omisión** que en la Resolución precedente. **No cita para nada el convenio firmado entre la DGT y la propia Dirección General con fecha 10 de mayo de 2000**, ni alude a la consulta formulada por la misma Dirección a la Agencia de Protección de Datos, resuelta favorablemente en el sentido de que los Registradores de Bienes Muebles tengamos acceso a la base de datos de la DGT. La pregunta es obvia: ¿Para qué se ha preocupado la Dirección en orden a que los Registradores tengamos acceso a esos datos, si ahora resulta que no sirven para nada, registralmente hablando? ¿Qué sentido tiene el esfuerzo y el sacrificio, en tiempo y dinero, para diseñar con la DGT un sistema ágil de comunicación? Es claro que estas preguntas deben ser respondidas urgentísimamente por la Dirección, ya que afectan al modo ordinario del despacho de miles de documentos en todas las oficinas, por lo que tanto los Registradores como la seguridad del tráfico exigen una aclaración sin demora. La respuesta parece ser la Instrucción aludida, que comentaremos al final.

Pero es que en materia de omisiones esta Resolución va más allá. No considera tampoco dignas de ser citadas otras dos Resoluciones que en su día dictó la Dirección General, precisamente para resolver algunos de los problemas de derecho transitorio que se plantearon al comienzo de la nueva legislación. Me estoy refiriendo a la **Resolución de 27 de enero de 2000**, dictada en contestación a la consulta formulada por ASNEF, y a la **Resolución de 29 de febrero de 2000**, dictada en contestación a la consulta formulada por la Asociación Española de Leasing, que estimamos especialmente importante para explicar el caso planteado, según luego veremos.

B) En los **apartados 1 y 2**, la Resolución se limita a destacar el principio de legitimación respecto a los derechos inscritos, y su consecuencia procesal (art. 15 de la LVP), agregando la presunción del artículo 24 de la Ordenanza de que la propiedad pertenece al vendedor o financiador, **aunque destacando la falta de apoyo legal de la misma** y el cierre registral que se produce por imperativo del artículo 5.a). Posteriormente veremos cómo en

el apartado 15 de **la Instrucción** se dice que el artículo 24 tiene una «**clara habilitación legal en la presunción de legitimación registral contenida en el artículo 15 de la Ley**» de Venta a plazos.

Curiosamente destacamos que **esta Resolución, a diferencia de la anterior, no exige que por resolución judicial se acuerde que sea la anotación la que abra folio registral al no haber atendido el propietario el requerimiento que se le hubiera dirigido en orden a procurar su previa inmatriculación.** Omisión más sorprendente, ya que aquí sí que estamos en presencia de un embargo judicial y podía y debía haberse cumplido lo que dispone la DA segunda de la LVP, y no en el caso del embargo administrativo de la anterior. Deducimos por esta y otras circunstancias, que ambas Resoluciones han sido redactadas por manos distintas, pues de lo contrario no se explicaría la diferencia. Al final insistiremos en el tema.

C) En el **apartado 3**, último de la Resolución, la Dirección, en base a los fundamentos anteriores y al argumento de que el Registro de la DGT es administrativo, sin que prejuzgue cuestiones civiles o mercantiles (art. 2 del Reglamento de Vehículos), acepta plenamente la tesis del recurrente y, por tanto, **revoca la nota del Registrador por no bastar el conocimiento que éste tiene de la base de datos de la DGT.**

Cabe reflexionar sobre ello en el sentido antes indicado de qué finalidad tiene entonces el que la propia Dirección se haya preocupado de que tengamos acceso a dicha base de datos, en la que se nos ha comunicado más de cinco millones de titularidades con cargas. Igualmente hay que traer a colación que **la base de datos de la DGT, sin duda ninguna, es la que ha servido al acreedor para averiguar la titularidad administrativa del vehículo y solicitar el embargo**, por lo que en justa consecuencia no parece lógico que pueda aprovecharse en lo favorable e ignorar lo que le perjudica, máxime si ello puede producir indefensión de un tercero, prohibida por el artículo 24 de la Constitución. En resumen, **la valoración de los datos de la DGT debe hacerse en su conjunto**, pues lo contrario nos llevaría a la ley del embudo y a la aplicación de la máxima *summum ius summa iniuria*.

Entrando en el problema de derecho transitorio, la Dirección reconoce, como no podía ser menos, que con anterioridad a la LVP, el leasing mobiliario carecía de posibilidad de acceder al Registro, pero esta objeción la salva argumentando que «**ello no significa que a partir de entonces los contratos preexistentes no hayan podido interesar su inscripción con los efectos que de ella se derivarían. Al no haberlo hecho así no puede el interesado obtener una protección registral que no se ha preocupado de conseguir**», y en consecuencia no tendrá más remedio que acudir a una tercería de dominio, conforme a los artículos 595 y sigs. de la LEC.

Esta fundamentación, es decir, la afirmación de que el interesado ha podido inscribir posteriormente y que si no lo ha hecho debe cargar

con las consecuencias, no ha sido justificada por la Dirección y debe ser matizada.

En efecto, es sorprendente que la Dirección no cite **la Resolución** que expresamente dictó para esta materia, que es la de **29 de febrero de 2000**. En esta Resolución se solucionó **el problema de la inscripción de los contratos de arrendamiento financiero celebrados entre las fechas de 13 de septiembre de 1998 (fecha de entrada en vigor de la LVP) y 28 de febrero de 2000 (fecha de publicación en el BOE de la aprobación del primer modelo oficial para los contratos de leasing)**, y ello siempre que **hayán sido suscritos mediante intervención de Corredor de Comercio o ante Notario**. Dado que el contrato de leasing cuestionado lleva la fecha, al menos, de **26 de febrero de 1998, es decir, anterior a la fecha inicial, y tampoco ha quedado probada la intervención de Notario o Corredor**, es claro que existe la fuerte probabilidad que dicho contrato no pudiera en ningún caso tener acceso al Registro, con lo que se le está penando al atribuir carácter retroactivo a la LVP, contra lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil.

Quede para otro momento y otras plumas la interpretación del artículo 15.1 de la LVP y la DA primera de la misma. En esta última simplemente se declara inscribible el arrendamiento financiero, pero **el principio de oponibilidad lo limita el artículo 15.1 a las reservas de dominio o prohibiciones de disponer inscritas**, y como en el leasing no existe ni reserva de dominio ni prohibición de disponer, sino que como acertadamente señala el Registrador, **el arrendador financiero es propietario y sólo dejará de serlo una vez que se pague la cuota residual**, no es tan pacífica la opinión de que el leasing únicamente produzca efectos frente a terceros cuando se haya inscrito, ya que hay quien opina que el único efecto de la inscripción es el procesal previsto en el párrafo 2 del propio artículo en relación al 250.1.11 de la vigente LEC.

Termina la Resolución lamentando que **«la concreción del recurso a las cuestiones directamente planteadas en la nota de calificación (art. 326 de la LH por remisión de la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre) impiden examinar otras cuestiones como el alcance de la Disposición Adicional segunda de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles en relación con los mandamientos de embargo de bienes no inscritos, o del más moderno apartado 2.º del artículo 629 de la nueva Ley Procesal Civil en relación con la misma cuestión»**.

No puede uno evitar el destacar la diferente posición respecto a la Resolución anterior donde la Dirección entró a examinar, que no resolver, problemas que nadie le había planteado. Quede como otra prueba de que las Resoluciones son de distinta mano, o al menos que el redactor tenía diferente humor.

En todo caso, parece referirse aquí la Dirección al cumplimiento del requerimiento previo al propietario para que inmatricule el bien, bajo apercibimiento si no lo hace de que la anotación abra folio registral, que exige la Disposición Adicional segunda, y que esta anotación no sea de embargo sino de suspensión por imperativo del artículo 629.2 de la LEC. **Si no entendemos mal el mensaje, lo que nos viene a señalar la Dirección es que, en caso de falta de inmatriculación debe exigirse que conste en el mandamiento que se ha realizado el requerimiento al propietario para que proceda a su previa inscripción, así como que ha transcurrido el plazo legal sin que lo haya verificado, y que si esta inscripción de dominio previa no se ha verificado, lo procedente no es extender la anotación de embargo, sino de suspensión.**

En resumen, de esta Resolución resulta:

- Que la Dirección vuelve a resolver una vez **transcurrido el plazo de tres meses** desde su interposición (que fue el 13 de febrero de 2002, lo cual vuelve a ocultar), **y revoca una nota cuyo recurso había sido desestimado ministerio legis**. Nos remitimos a lo reseñado en los comentarios a la Resolución anterior.
- Que **la Dirección rechaza que el Registrador base su calificación en una consulta a la DGT**, sin considerar digno de mención el convenio firmado con la misma.
- Dada la ausencia de normas de **derecho transitorio**, la Dirección afirma categóricamente que los contratos de leasing anteriores a la LVP, pueden inscribirse en el Registro de Bienes Muebles y que, si no lo hacen, deben cargar con las consecuencias, olvidando que **ello no siempre es cierto, según su propia doctrina contenida en la Resolución de 29 de febrero de 2000**, que tampoco considera digna de ser mencionada.

Si bien cita en los vistos al **artículo 593 de la LEC**, **no se pronuncia en orden a la actuación registral**, es decir, acerca de si debe, o no, exigirse por el Registrador que en el mandamiento de embargo conste que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el mismo, por estimarse un trámite esencial del proceso.

De modo tácito afirma que sí debe exigirse que en el mandamiento conste el requerimiento para la previa inmatriculación del vehículo, en los términos previstos en la DA segunda de la LVP, y que en caso de no practicarse dicha inmatriculación previa se proceda a practicar una anotación por defecto subsanable, tal como dispone el artículo 629.2 de la LEC.

III. RESOLUCION DE 21 DE OCTUBRE DE 2002

Esta Resolución se dicta **revocando la nota de calificación** del Registrador de Zaragoza, que rechazaba la práctica de una anotación de embargo ordenada por el Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Zaragoza, sobre **los derechos de los demandados sobre el turismo citado**.

El Registrador alega que consultada la base de datos de la DGT, «**el titular administrativo del vehículo no es el mismo a que se refiere el precedente documento**».

La entidad recurrente que, curiosamente, es la titular de la reserva de dominio sobre el vehículo, alega el carácter administrativo del Registro de Tráfico, que no prejuzga cuestiones de propiedad, cumplimientos de contratos y cuantos de naturaleza civil puedan suscitarse respecto a los vehículos, por lo que sus pronunciamientos no pueden prevalecer frente al Registro de Bienes Muebles, de carácter público y cuyos asientos tienen presunción de exactitud de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 de la LVP y 24 de la Ordenanza. Posteriormente aludiremos a la improcedencia de considerar aplicable la Ordenanza, dada la fecha de inscripción del contrato.

Con posterioridad **el Registrador, en su informe**, establece el iter temporal expresando las fechas en que se firmó el contrato de financiación, **18 de agosto de 1998**; fecha en que se inscribió en el RBM, **3 de febrero de 1999**; y las fechas que constan en la DGT, en concreto como más interesante la de la primera transmisión del vehículo por los financiados, **26 de enero de 1999, anterior a la fecha de inscripción del contrato**, existiendo luego otra transmisión posterior. La consecuencia que saca de todo ello es la que, dejando a salvo el principio de la superioridad jurídica de la publicidad del RBM sobre cualquier registro administrativo, dado el hecho de que con anterioridad a la inscripción en el RBM el vehículo ha sido transferido, «**es indudable que el asiento registral no puede prevalecer sobre la situación jurídico-real del bien**».

La Dirección revoca la nota por las siguientes razones:

I. En los **Vistos** cita como aplicables los artículos 593 y 595 y siguientes de la LEC, referentes a las diligencias del Tribunal sobre la pertenencia de los bienes al ejecutado y a las tercerías de dominio, y **los artículos 5, 15 y 27 de la Ordenanza**.

Dejando a un lado la omisión, **convenio firmado por la propia Dirección con la DGT**, y sobre la que anteriormente nos hemos ocupado al comentar las Resoluciones de 22 y 23 de octubre, resulta que la Dirección incide en el error de aplicar **la Ordenanza actual que tiene fecha de 19 de julio de 1999 (BOE de 20 de julio)**, y que comenzó a regir a los quince días de su publicación según su Disposición Final, a un contrato inscrito

el 18 de agosto de 1998, bajo la antigua Ordenanza de 15 de noviembre de 1982, vigente en dicha fecha conforme sanciona la Disposición Derogatoria única, punto 4, de la LVP. La Dirección no considera digna de examinar la antigua Ordenanza y su posible incidencia en la cuestión planteada, en concreto la aplicación del artículo 30 en relación al párrafo 2.º del artículo 5.º de la misma. Dada la grave omisión cometida es claro que el contenido de la Resolución está totalmente desenfocado.

II. Los apartados 1 y 2 son idénticos a los de la Resolución de 22 de octubre de 2002, por lo que parece que ambas Resoluciones han sido dictadas por la misma mano. En todo caso nos remitimos a los comentarios sobre dicha Resolución.

III. En el apartado 3, la Dirección comienza afirmando algo totalmente erróneo, cuando dice que **«solicitada la anotación preventiva del embargo trabado sobre un automóvil»**. Lo que se solicita es la anotación preventiva **«de los derechos sobre el turismo» que correspondan a los demandados**, que son los firmantes del contrato de venta a plazos inscrito, y cuya reserva de dominio figura en el Registro a favor del demandante, por lo que esta sociedad más cuidadosamente no solicita el embargo de un vehículo cuyo dominio tiene reservado, sino **los derechos que correspondan a los demandados**, aunque sin determinar cuáles son estos.

Como ni el Registrador en su nota, ni la Dirección en la Resolución, entran en el tema de si la expresión **«derechos que correspondan a los demandados»**, es o no admisible para practicar una anotación, nos limitaremos a traer a colación lo dispuesto en el artículo 75 de la LH, que declara nula la anotación preventiva «cuando por ella no pueda venirse en conocimiento» del derecho anotado. Si a ello unimos que en el antiguo Registro de VP, que fue donde se inscribió el contrato, únicamente se publicaba frente a terceros la reserva de dominio, nos parece claro que dicha expresión es rechazable por ser contraria al principio de especialidad que rige nuestro sistema registral.

La Instrucción parece querer enfrentarse con este problema cuando admite que pueden **«anotarse los embargos que tengan por objeto la posición jurídica del comprador a plazos o del arrendatario financiero»**. La solución no parece muy convincente, según examinaremos al comentar la Instrucción.

Pero la Dirección comete un segundo y grave error cuando más adelante afirma **«que el bien embargado está inmatriculado»**, lo cual **no es cierto**, ya que la inscripción del contrato se hizo bajo la vigencia de la antigua Ordenanza, y entonces **el Registro de Venta a Plazos era un Registro de cargas y gravámenes y no de titularidades**. Recordemos que el vigente Registro de Bienes Muebles, como Registro de titularidades, surge de la Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre.

En consecuencia, la cita **«del principio de tracto sucesivo que dentro de lo limitado de sus posibilidades ha tratado de introducir la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles (cfr. arts. 5, 15 y 27)»** está fuera de lugar, dado que el contrato no se inscribió en el Registro de Bienes Muebles, sino en el de Venta a Plazos, y las leyes no tienen efecto retroactivo, si no dispusiesen lo contrario (cfr. art. 2.3 del Código Civil).

Consecuencia de todo ello debería ser que el dichoso embargo fuese tratado tal como disponía el artículo 30 de la Ordenanza del 82, que en definitiva se limitaba a la devolución del mismo a la autoridad judicial, acompañado de certificación acreditativa de la reserva de dominio inscrita, extendiendo nota de ello al margen del asiento de presentación, y comunicándolo al Registro Central, según su artículo 5. Los efectos de dicha certificación son los previstos en el artículo 15.3 de la LVP, vigente cuando se inscribió en contrato, y que en este punto prevalece sobre la antigua ordenanza, según su DD 4.^a Habría que decirle a la entidad embargante que (no olvidemos que es la titular de la reserva de dominio inscrita), para ese viaje no hacen falta alforjas.

En resumen, de esta Resolución resulta:

- Que la Dirección reitera que **la base de datos de la DGT no debe tenerse en cuenta a efectos de calificación.**
- **Que un contrato de venta a plazos inscrito en el antiguo Registro de VP, produce el efecto de que el bien está inmatriculado y que debe aplicársele la vigente Ordenanza (?).**
- **Confunde el embargo «sobre los derechos que tenga el demandado», con un embargo sobre el vehículo, sin pronunciarse sobre la validez de la expresión al principio indicada.**
- **Vuelve a citar el artículo 593 de la LEC, pero sigue sin pronunciarse sobre su alcance registral, es decir, sobre si debemos pedir que conste en el mandamiento que se ha dado cumplimiento a lo ordenado en dicho precepto.**
- **El recurso se inicia al amparo del anterior régimen, por lo que no le es aplicable el actual 327 LH.**

IV. INSTRUCCION DE 3 DE DICIEMBRE DE 2002

La Dirección aprovecha esta Instrucción, dictada con una finalidad distinta, cual es la presentación telemática de los contratos en los Registros de Bienes Muebles, para aclarar determinadas cuestiones y, en el supuesto que nos ocupa, rectificar apenas sin solución de continuidad la doctrina contenida en las tres Resoluciones anteriormente comentadas.

A) En el **número 14**, la Dirección textualmente dice:

«Los Registradores seguirán utilizando como instrumento auxiliar en su calificación, el sistema de interconexión informática entre el Registro de Vehículos y el Registro de Bienes Muebles, objeto del convenio entre este Centro Directivo y la Dirección General de Tráfico, de 20 de mayo de 2000, suscrito en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, de la Orden del Ministerio de Justicia, de 19 de julio de 1999, de manera que podrán fundar la suspensión de la inscripción o anotación preventiva en la existencia de titularidades contradictorias obrantes en el Registro de Vehículos, siempre teniendo en cuenta que la presunción de existencia y titularidad del derecho sólo deriva de los asientos del Registro de Bienes Muebles.

En caso de **suspensión de anotación de embargo por existir titularidad contradictoria en el Registro de Vehículos**, se podrá practicar anotación preventiva de suspensión a solicitud del presentante o interesado, para que durante su vigencia puedan estos instar la rectificación de la base de datos de Tráfico».

Cabe deducir, por lo tanto, lo siguiente:

- La Dirección recupera la memoria y reconoce que ha firmado un convenio con la Dirección General de Tráfico, el 20 de mayo de 2000, circunstancia desconocida para ella según las Resoluciones que venimos comentando.
- Impone que los Registradores **sigan utilizando** las consultas a la base de datos de la DGT, **«como instrumento auxiliar en su calificación»**, desautorizando su postura anterior que negaba cualquier consecuencia registral a la consulta del Registro Administrativo de Vehículos.
- Como efecto de dicha consulta, los Registradores **«podrán fundar la suspensión de la inscripción o anotación preventiva en la existencia de titularidades contradictorias obrantes en el Registro de Vehículos»**. Evidentemente también podrán basarse en dicha consulta para practicar la inscripción o anotación, caso de no existir titularidades contradictorias. **Lo que en ningún caso cabe es la denegación de la inscripción o anotación solicitada, «ya que la presunción de existencia y titularidad del derecho sólo deriva de los asientos del Registro de Bienes Muebles»** (art. 24 de la Ordenanza), y no de los pronunciamientos del Registro de Vehículos (v. art. 2 de su Reglamento). La denegación sólo cabe al amparo de lo dispuesto en los artículos 5.a) y 27.2.º de la Ordenanza.
- Finalmente **«se podrá practicar anotación preventiva de suspensión a solicitud del presentante o interesado»** cuando existan titularida-

des contradictorias en el Registro de Vehículos. Estas anotaciones sólo se extenderán a solicitud expresa del presentante o interesado, seguirán el régimen general previsto en los artículos 168 y 169, y concordantes del RH, y tienen como finalidad el que durante su vigencia puedan estos instar la rectificación de la base de datos de Tráfico.

B) En el **número 15**, la Dirección dispone:

- a) En el párrafo primero que: «Conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos (hoy Registro de Bienes Muebles), aprobado por la citada Orden del Ministerio de Justicia, de 19 de julio de 1999, **con clara habilitación legal en la presunción de legitimación registral contenida en el artículo 15 de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles**, los Registradores denegarán los mandamientos de embargo sobre bienes vendidos a plazos con pacto de reserva de dominio o que hayan sido objeto de arrendamiento financiero, en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, cuando el objeto del embargo sea la propiedad de tales bienes y el embargo se dirija contra persona distinta del vendedor, financiador o arrendador».

Dado que el contenido del párrafo no ofrece ninguna novedad, limitándose a recoger la doctrina legal sobre la materia, es claro que su finalidad es otra, en concreto la de **destacar la clara habilitación legal del artículo 24 de la Ordenanza que había sido negada por la Resolución de 23 de octubre**, cuando en el número 2 de los fundamentos de derecho se dice que la Ordenanza pasa «**sin claro apoyo en norma de rango legal alguno**» a hacer extensiva la presunción a la propiedad de los bienes a favor del vendedor o financiador con reserva de dominio o del arrendador con contrato inscrito e, igualmente, falta del mismo apoyo, amplía en su favor los beneficios de la legitimación registral al imponer directamente el cierre del Registro a los mandamientos de embargo de los bienes cuando estos figuren inscritos a nombre de persona distinta de aquélla frente a la que se haya decretado aquél.

Es evidente que dentro de la Dirección General existen opiniones contradictorias sobre el tema, que tratan de imponerse en el *BOE*, vía Resoluciones o vía Instrucción, con claro desconcierto para los interesados y notable desprestigio para la propia Dirección. Como en ningún caso se dan argumentos en defensa de la tesis mantenida, sino que se trata de meras afirmaciones, que se pretenden dog-

máticas, nos consideramos relevados del examen del tema en este momento.

- b) En el párrafo segundo continúa diciendo la Dirección: «Podrán anotarse los embargos que tengan por objeto **la posición jurídica del comprador a plazos o del arrendatario financiero**, pero la anotación de embargo quedará sin efecto y podrá solicitarse su cancelación en caso de que el arrendatario no ejercite la opción de compra o de que el vendedor con pacto de reserva de dominio a su favor recupere los bienes ante el impago por parte del comprador del precio aplazado».

La problemática que plantea el embargo de bienes vendidos a plazos con cláusula de reserva de dominio a favor del financiador o sujetos a arrendamiento financiero, **por deudas del comprador o arrendatario**, procede de la declaración terminante del artículo 15.3 de la LVP, que impone **el sobreseimiento de «todo procedimiento de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas tan pronto como conste en autos, por certificación del Registrador, que sobre los bienes en cuestión consten inscritos derechos a favor de persona distinta de aquélla contra la que se decretó el embargo o se sigue el procedimiento»**. No obstante la claridad meridiana del precepto, los acreedores del comprador o arrendatario tratan de embargar dichos bienes de modo indirecto, entendiendo que alguna titularidad tienen, aunque no sepan precisar cual sea.

La STS 1126/1999, de 28 de diciembre, nos da un muestrario sobre el particular:

- La entidad embargante (TGSS) decretó inicialmente el embargo de determinados bienes que estaban vendidos a plazos, con cláusula de reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles, pero ante la reclamación previa en vía gubernativa interpuesta por la financiera, titular del dominio, se acordó «quedando a salvo la propiedad en los términos establecidos en la ley, **mantener el embargo de la posesión de los citados bienes**».
- Interpuesta tercería de dominio, la entidad embargante se opone por entender que «**el único derecho embargado es el relativo al uso**» de los bienes, que legítimamente pertenece al deudor.
- La entidad financiera, en el escrito de resumen de pruebas, dice que «si la resolución administrativa hubiera embargado **los derechos que para el deudor pudieran derivarse del contrato**, no hubiera interpuesto la demanda, pero **se embarga la posesión** que no es un derecho sino una situación de hecho a la que el ordenamiento jurídico atribuye determinados efectos jurídicos, y que la facultad de uso de las máquinas corresponde exclusivamente al comprador, la

cual se deriva de una posición contractual que no puede ser disociada de ésta». El Juzgado de 1.^a Instancia da la razón a la financiera y levanta el embargo.

- Revocada la sentencia, por otra de la Audiencia Provincial que ordena mantener el embargo **«sobre la posesión»**, la sentencia es confirmada por el Supremo por razones procesales, ya que, a su juicio, se han planteado cuestiones nuevas que no caben en un recurso de casación. Ello no obstante, el TS considera necesario hacer algunas reflexiones sobre el tema, que en la parte que ahora nos ocupa se concretan en afirmar que **«no cabe hablar técnicamente de un embargo de la posesión»** porque su operatividad económica, esencial para el proceso de ejecución, se produce en función de otros derechos; que, desde un punto de vista técnico, sería más adecuado que **«el objeto de la traba se concrete en los derechos que sobre las máquinas corresponden al comprador embargado»**; y que **«claramente se advierte que el contenido del embargo de autos recae sobre los derechos de uso y disfrute»**. En definitiva, lo único claro es que todo está confuso, máxime cuando la Dirección introduce otra variable, cual es la de declarar objeto de embargo, y de anotación, **la posición jurídica del comprador o arrendatario**.

Veamos esta última novedad:

1. Si partimos de la idea de que el embargo es una actividad, judicial o administrativa, por la que se concretan los **bienes o derechos del deudor** que quedan sujetos al resultado de un proceso de apremio o expediente administrativo de ejecución para satisfacer al acreedor, no deja de ser una **novedad la consideración como objeto embargable, y en consecuencia anotable**, de la expresión **«posición jurídica del comprador a plazos o del arrendatario financiero»**. Esta expresión difícilmente puede identificarse como un bien o derecho, ya que se compone de un conglomerado de derechos y obligaciones derivados de un contrato, que pueden tener, o no, naturaleza patrimonial enajenable. Repasando nuestros viejos manuales de Derecho Civil hemos refrescado conceptos tales como relación jurídica, y expresiones como «situaciones jurídicas secundarias», derivación del derecho subjetivo, que sería la situación jurídica primaria, pero **no hemos encontrado alusión a la expresión «posición jurídica de comprador o arrendatario» como concepto equivalente a un bien o derecho de contenido patrimonial**.

Parece que la Dirección ha querido resolver el problema de los mandamientos de embargo en los que se declaran embargados **«los derechos que correspondan al deudor»** sobre los bienes trabados. Con esta última expresión se ha pretendido obviar la dificultad que plantea el artículo 15.3 de la LVP, y los artículos 5.a) y 27.2.º de la Ordenanza, cuando del embargo

se dirige contra el comprador con pacto de reserva de dominio a favor del vendedor, o del arrendatario financiero que, por definición, no es el dueño del bien; ello sin olvidar el artículo 588.1 de la LEC que declara nulo el embargo sobre bienes o derechos cuya efectiva existencia no conste, y el artículo 75 de la LH, que declara nula la anotación cuando por ella no pueda venirse en conocimiento del derecho anotado. En base a todo ello era frecuente la denegación de la anotación de embargo de este tipo de mandamientos por aparecer el bien inscrito a favor de persona distinta, y ser contrario al principio de especialidad que obliga a determinar con precisión el bien o derecho trabado.

La solución que ahora señala la Dirección no parece que sea más afortunada, y mucho nos tememos que hayamos salido de la sartén para caer en el fuego. En efecto, la sentencia Tribunal Supremo 1126/99, de 28 de diciembre, dejó claro que **«en absoluto» el embargante quedaba obligado a pagar los plazos del precio de venta** de las cosas muebles a plazos ni era responsable si, como consecuencia del embargo, el deudor dejase de seguir abonando los pagos de los plazos que van venciendo, por lo que resulta obvio que el embargo sólo tiene sentido en la medida que la enajenación de los bienes o derechos embargados pueden permitir al acreedor la satisfacción de su crédito. Sería el colmo de lo absurdo que el acreedor, a través del embargo de una posición jurídica, estuviese en peor situación económica que si no hubiese embargado.

No olvidemos tampoco que dentro del conglomerado de derechos y obligaciones recíprocas derivados de un contrato, muchas de ellas tienen naturaleza personal y, a veces, por imperativo legal. Pensemos, por ejemplo, que en el arrendamiento financiero es esencial la adscripción de los bienes objeto del contrato a la actividad agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicios o profesional para la que fueron adquiridos, y no vemos como el embargante, ni el futuro rematante pueden sustituir al embargado en tales actividades, ni que el arrendador pueda ser obligado a aceptar cambio alguno en la otra parte contratante.

Tampoco las normas procesales ayudan mucho para mantener esta postura, puesto que el embargo es la primera fase de una posterior ejecución forzosa: Así, el artículo 643 de la LEC nos dice que «la subasta tendrá por objeto **la venta de uno o varios bienes**», e idéntica expresión utilizan los artículos 646 y 649 de la propia ley. **No parece, por tanto, que pueda ser objeto de subasta «la posición jurídica de comprador o arrendatario»**, y si a pesar de todo lo hubiera sido y se hubiese dictado el correspondiente auto de aprobación del remate, conforme a lo dispuesto en el artículo 650 de dicha Ley, no por ello terminan las dificultades.

La legislación hipotecaria también se muestra en contra de publicar situaciones tan imprecisas como las que nos ocupa. El artículo 20 de la LH

exige, para practicar cualquier asiento de inscripción o anotación, **«que conste previamente inscrito o anotado el derecho»** a favor de la persona, en este caso, embargada, y el artículo 51.10 del RH igualmente requiere que en el acta de inscripción del asiento se exprese **«el derecho que se inscribe»**. Dado que en el Registro no consta la previa inscripción de **la posición jurídica del comprador o arrendatario**, difícilmente se puede admitir la anotación de embargo sobre ella, y mucho menos la inscripción posterior del auto de remate, salvo que queramos revisar toda la legislación y toda la doctrina sobre lo que se inscribe, y como se inscribe, en el Registro. La tesis de la Dirección nos llevaría a aceptar en el Registro de la Propiedad anotaciones en las que se embargara la posición de comprador o vendedor, de arrendador o arrendatario, de hipotecante o hipotecado, etc.

Por último, hemos tenido la paciencia de examinar el contenido del clausulado de una amplia muestra de los contratos aprobados por la Dirección, y **no hemos encontrado un solo derecho patrimonial actual a favor del comprador o arrendatario que pudiera ser susceptible de embargo y consiguiente anotación**. En este tipo de contratos, se parte de la consideración de que la entidad financiera ha cumplido íntegramente su obligación de aportar dinero y que, desde ese momento, sólo existen obligaciones por parte del comprador o arrendatario, quien únicamente adquirirá el dominio del bien financiado, al final, cuando haya cumplido todas sus obligaciones y, en el caso del arrendamiento, ejercitado la opción.

Nuestra opinión, basada en lo anteriormente expuesto y sometida, como es lógico, a otra mejor fundada en derecho, es la de **que el legislador ha pretendido dejar a salvo los bienes financiados de cualquier ataque por deudas del comprador o arrendatario durante el período de duración del contrato, y que sólo al final, una vez cumplidas todas sus obligaciones por los mismos, podrían sus acreedores embargar y, en consecuencia, anotar los embargos, y que mientras tanto no caben subterfugios ni posturas indirectas que traten de vulnerar el criterio del legislador**.

2. La Dirección sólo ha previsto **la cancelación de la anotación**, a solicitud de parte, **«en caso de que el arrendatario no ejercite la opción de compra o de que el vendedor con pacto de reserva de dominio a su favor recupere los bienes ante el impago por parte del comprador del precio aplazado»**, pero no entra en otras cuestiones.

Analizando los supuestos de cancelación, causa extrañeza que se considere como tal **el no ejercicio del derecho de opción de compra por el arrendatario sin más matizaciones**, ya que siendo la opción un derecho concreto de contenido patrimonial, aunque aplazado en el tiempo, y habiéndose embargado la posición jurídica del arrendatario, en la cual está integrado dicho derecho, no parece que pueda éste quedar fuera del embargo o, al menos de la anotación, por la voluntad unilateral del deudor, cuando

quizá al embargante no le quedara otro medio de satisfacer su crédito que el ejercicio de este derecho en nombre del deudor. **En definitiva, no deja de ser incongruente que se admita el embargo de una posición jurídica y luego pueda quedar sin efecto, al menos registralmente, por la voluntad unilateral del embargado, uno de los derechos patrimoniales que integran dicha posición jurídica.**

El segundo supuesto de cancelación hace referencia a que **el vendedor con pacto de reserva de dominio a su favor recupere los bienes ante el impago por parte del comprador del precio aplazado.** Aquí ya no es la voluntad del deudor la que determina la cancelación de la anotación, sino el ejercicio por parte del vendedor con pacto de reserva de dominio de su derecho perseguir el bien enajenado, conforme a lo establecido en el artículo 16.2 de la LVP. Como según este artículo la recuperación del bien, adjudicándose-lo el vendedor para pago de la deuda, es una opción que libremente puede éste ejercitar, o no, es claro que la cancelación deberá producirse si el procedimiento continúa y llegase a celebrarse la subasta, en cuyo caso el auto de adjudicación debería ordenar la cancelación de dicha anotación.

3. Termina la Dirección diciendo, en este último apartado, que **«a los efectos de lo dispuesto en este apartado no será obstáculo que impida la anotación de embargo, el que en la base de datos del Registro de Tráfico figuren arrendamientos contradictorios con la titularidad que se pretende embargar, cuando siendo inscribibles no fueron inscritos debidamente en el Registro de Bienes Muebles».**

Este párrafo parece confirmar la tesis de la Resolución de 23 de octubre, antes comentada y a cuyos razonamientos nos remitimos. En concreto queda en el aire cuáles son los arrendamientos financieros inscribibles, y cuáles no, cuestión nada fácil de dilucidar con los datos a disposición del Registrador.

Aparte de ello causa extrañeza que la Dirección considere no oponibles los pronunciamientos de la base de datos de Tráfico cuando la titularidad contradictoria sea el arrendamiento financiero, que no era inscribible en el Registro de Bienes Muebles con arreglo a la ordenanza anterior, y considere como causa de suspensión de una anotación de embargo, según el apartado 14, **«la existencia de titularidades contradictorias obrantes en el Registro de Vehículos».** ¿Quiere esto decir que si la titularidad contradictoria es una reserva de dominio derivada de un contrato de venta a plazos, no inscrito pero claramente inscribible, debe suspenderse la anotación de embargo, y si por el contrario dicha titularidad contradictoria deriva de un arrendamiento financiero, que ni está inscrito ni era inscribible, debe practicarse la anotación? No entendemos la matización, máxime cuando este párrafo está situado a continuación del que admite la anotación de **la posición jurídica del comprador a plazos o del arrendamiento financiero**, sin hacer ninguna distinción entre uno y otro.

En resumen, conectando con las líneas iniciales, y aparte otras consideraciones doctrinales más que discutibles, la Dirección, en el breve plazo que va desde el 12 al 18 de diciembre de 2002, pasa de:

- a) Olvidar que ha firmado un convenio con la Dirección General de Tráfico, a recordar que lo hizo con fecha 20 de mayo de 2000.
- b) Negar a los pronunciamientos de la base de datos de la Dirección General de Tráfico ninguna consecuencia registral, a afirmar, con mejor criterio, que los Registradores podrán fundar la suspensión de la inscripción o anotación preventiva en la existencia de titularidades contradictorias obrantes en el Registro de Vehículos.
- c) Afirmar que el artículo 24 de la Ordenanza carece de soporte legal, o decir que dicho artículo tiene una clara habilitación legal en la presunción de legitimación registral contenido en el artículo 15 de la LVP.

Desolador.

* * *

ADDENDA: Con posterioridad a la redacción de este trabajo, se celebró el pasado mes de enero la reunión anual de Registradores Mercantiles y de Bienes Muebles, donde se examinó la situación creada, llegándose al acuerdo de que la postura correcta es la mantenida en la Instrucción, y en consecuencia que se seguirá utilizando como instrumento auxiliar, en la calificación de los Registradores, el sistema de interconexión informática entre el Registro de Vehículos y el Registro de Bienes Muebles, conforme al convenio suscrito el 20 de mayo de 2000.

MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA
Registrador de la Propiedad

La vinculación de los Registros de la Propiedad con la Resolución estimatoria expresa del recurso administrativo contra la calificación negativa del Registrador

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha introducido en su artículo 102 un nuevo Título XIV en el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, bajo la rúbrica «Recursos contra la calificación», que comprende los artículos 322 a 329, ambos inclusive. En la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, se ha introducido un nuevo párrafo en los artículos 327 y 328.

El artículo 327 regula el procedimiento del recurso contra la calificación negativa del Registrador ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El párrafo décimo de este artículo contiene un precepto que ha suscitado dudas interpretativas. En él se establece que: «Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la Resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para los Registros mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquélla, una vez firme, será publicada del mismo modo».

Cabe preguntarse si el legislador ha establecido el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sólo cuando se estima este recurso, cuya naturaleza administrativa está fuera de duda, y no cuando se desestima, con eficacia exclusivamente para los Registros, a resultas siempre de lo que se decida por los Tribunales en un posible ulterior recurso en sede jurisdiccional por la vía prevista en el artículo 328 de la propia Ley o en un juicio ordinario contemplado también el último párrafo de este mismo precepto.

Se plantea el interrogante de si el carácter vinculante, a que alude dicho precepto, es el mismo que establece el artículo 103 de la mencionada Ley 24/2001, de 27 de diciembre, para las denominadas «consultas vinculantes».

En cuanto a esta segunda cuestión, nos parece que ninguna relación guarda el carácter vinculante que para Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles tiene la decisión de las consultas formuladas por los órganos de la Administración corporativa a la Dirección General de los Registros y del Notariado con la vinculación para los Registros a que alude el párrafo décimo del nuevo artículo 327 de la Ley Hipotecaria.

El carácter vinculante de esas consultas fluye del propio sistema organizativo de la Administración Notarial y Registral, en la que todos los Notarios y Registradores están incardinados, que les impone el deber de ajustar su interpretación y aplicación del ordenamiento al contenido de las respuestas dadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que sólo a ellos vincula dentro de ese ámbito corporativo en que se encuentran, y cuyo incumplimiento puede comportar idénticas consecuencias a las derivadas de la inobservancia de deberes profesionales impuestos legalmente.

Sin embargo, la vinculación a que se alude en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria es la propia de cualquier resolución administrativa que pone fin a un procedimiento de esta naturaleza y que tiene eficacia para los interesados mientras no se anule en sede jurisdiccional, de modo que, a mi entender, el precepto no añade ni un ápice a lo establecido con carácter general por el capítulo III del título V de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La norma comentada se ha limitado a imponer la publicación de la Resolución expresa sólo cuando estimatoria del recurso, posibilidad prevista, con carácter general, por el artículo 60 de esta Ley, y, por consiguiente, dicha Resolución vincula, mientras no se anule por los Tribunales, no sólo a los Registros sino a todos los interesados, sin otro alcance que el derivado de sus singulares términos y, por consiguiente, limitados al concreto caso resuelto.

No me parece que la literalidad del precepto en cuestión, ni menos su interpretación sistemática o teleológica, confiera una fuerza vinculante a las declaraciones o doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ni siquiera tiene la jurisprudencia emanada de reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, de la que pueden separarse los jueces y tribunales siempre que la justicia del caso lo requiera y se razone de forma lógica y suficiente (*).

(*) Sobre la eficacia de la jurisprudencia puede consultarse la obra colectiva «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», publicada en el número 34 de *Estudios de Derecho Judicial*. Editada por el Centro de Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, año 2001, y concretamente los trabajos en ella incluidos titulados el

La resolución de un determinado recurso administrativo no puede tener la eficacia de una disposición de carácter general porque no participa de la naturaleza de éstas sino, como he indicado, del acto administrativo resolutorio de un recurso frente a la calificación negativa del Registrador sin más alcance que el previsto en los artículos 56 y 57 de la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que, mientras no se anule jurisdiccionalmente, la Resolución expresa estimatoria del recurso vinculará a todos los interesados, incluida la organización registral, que tiene un especial deber de respetarla.

Por otra parte, idéntica eficacia ha de tener la Resolución estimatoria del recurso que la desestimatoria con la única diferencia de que ésta no es necesario publicarla en el *Boletín Oficial del Estado* porque, lógicamente, no cambia ni altera la situación registral a diferencia de la estimatoria, razón por la que, a partir de su publicación, vincula a los Registros y a cualquier interesado, quien, de no haberse sido notificada, podrá, a partir de dicha publicación, deducir el correspondiente recurso jurisdiccional pretendiendo su anulación.

JESÚS ERNESTO PECES MORATE
Magistrado del Tribunal Supremo

«Valor de la jurisprudencia» del Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, JESÚS ERNESTO PECES MORATE, págs. 17 a 107, y «Problemas de la jurisprudencia en el orden social: Vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la Ley», del Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, AURELIO DESDENTADO BONETE, págs. 413 a 446.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 9/2002. 10-12-2002. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-95, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

— Ley Orgánica 10/2002. 23-12-2002. Calidad de la educación.

— Ley 45/2002. 12-12-2002. Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

— Ley 46/2002. 18-12-2002. Reforma parcial del IRPF y modificación de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no residentes.

— Ley 47/2002. 19-12-2002. Reforma de la Ley 7/1996, de 15-1-96, de ordenación del comercio minorista para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la ley a diversas directivas comunitarias.

— Ley 48/2002. 23-12-2002. Catastro inmobiliario.

— Ley 49/2002. 23-12-2002. Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

— Ley 50/2002. 26-12-2002. Fundaciones.

— Ley 51/2002. 27-12-2002. Reforma de la Ley 39/1988, de 28-12-1998, reguladora de las haciendas locales.

— Ley 52/2002. 30-12-2002. Presupuestos Generales del Estado para el año 2003.

— Ley 53/2002. 30-12-2002. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1281/2002. 5-12-2002. Aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

— Instrucción de 3-12-2002. DGRN. Desarrolla la Instrucción 23-10-2001, que aprueba la cláusula autorizatoria para la presentación telemática de contratos en el Registro de Bienes Muebles y resolviendo otras cuestiones con relación al mismo.

— Resolución de 26-11-2002. DGRN. Declara inhábiles los días 9, 10 y 11-12-2002, a efectos registrales, en el Registro Mercantil de A Coruña.

— Resolución de 9-12-2002. DGRN. Declara inhábiles los días 18, 19 y 20-12-2002, a efectos registrales, en los RRPP de Córdoba. número 1, Córdoba número 2, Córdoba número 3, Córdoba número 4, Córdoba número 5 y en el Registro Mercantil de Córdoba.

MINISTERIO DE HACIENDA

— Real Decreto 1377/2002. 20-12-2002. Desarrolla la colaboración social en la gestión de los tributos para la presentación telemática de declaraciones, comunicaciones y otros documentos tributarios.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1425/2002. 27-12-2002. Revalorización de las pensiones del sistema de la SS para el ejercicio 2003.

— Real Decreto 1426/2002. 27-12-2002. Fija el salario mínimo interprofesional para 2003.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACION

— Real Decreto 1322/2002. 13-12-2002. Requisitos agroambientales en relación con las ayudas directas en el marco de la política agraria común.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PUBLICAS

— Real Decreto 1429/2002. 27-12-2002. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de provisión de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia.

NORMAS AUTONOMICAS

Andalucía.—Ley 3/2002. 16-12-2002. Modifica la Ley 2/1999, de 31-3-1999, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

— Ley 6/2002. 16-12-2002. Modifica la Ley 1/1996, de 10-1-1996, del Comercio Interior de Andalucía, y se crea la tasa por tramitación de licencias comerciales.

— Ley 7/2002. 17-12-2002. Ordenación urbanística de Andalucía.

— Ley 10/2002. 21-12-2002. Aprueba normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras.

Asturias.—Ley 11/2002. 2-12-2002. Consumidores y Usuarios.

— Ley 13/2002. 23-12-2002. Tenencia, Protección y Derechos de los Animales.

Baleares.—Ley 9/2002. 12-12-2002. Modificación de la Ley 2/1999, de 24-3-1999, general turística de las Illes Balears.

— Decreto 140/2002. 13-12-2002. Modificación del Decreto 112/2002, de 30-8-2002, mediante el cual se crea el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión.

Cantabria.—Ley 6/2002. 10-12-2002. Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Ley 10/2002. 23-12-2002. Medidas Administrativas y Fiscales.

— Ley 11/2002. 23-12-2002. Medidas Fiscales en Materia de Tributos Cedidos por el Estado.

— Decreto 144/2002. 19-12-2002. Se regula el procedimiento para la elaboración y aprobación de los Planes Especiales en materia de Protección del Patrimonio Cultural.

Castilla y León.—Ley 16/2002. 19-12-2002. Comercio de Castilla y León.

— Ley 21/2002. 27-12-2002. Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas.

Cataluña.—Ley 23/2002. 18-12-2002. Adecuación de procedimientos administrativos en relación con el régimen de silencio administrativo y el plazo de resolución y notificación, y de primera modificación de los artículos 81, 82 y 83 de la Ley 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña.

— Ley 31/2002. 30-12-2002. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Decreto Legislativo 1/2002. 24-12-2002. Aprueba el texto refundido de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña.

— Corrección de errores. Ley 27/2001. 31-12-2002. Justicia juvenil.

Extremadura.—Ley 8/2002. 14-11-2002. Reforma Fiscal de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley 11/2002. 12-12-2002. Colegios y Consejos de Colegios Profesionales de Extremadura.

— Decreto 172/2002. 17-12-2002. Aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas de Extremadura y se modifica el artículo 21 del Decreto 129/2002, de 24-9-2002, por el que se regula el funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Sociedades Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Galicia.—Ley 8/2002. 18-12-2002. Protección del ambiente atmosférico de Galicia.

— Ley 9/2002. 30-12-2002. Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

La Rioja.—Ley 10/2002. 17-12-2002. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2003.

Madrid.—Ley 13/2002. 20-12-2002. Medidas Fiscales y Administrativas.

Navarra.—Ley Foral 33/2002. 28-11-2002. Fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

— Ley Foral 34/2002. 10-12-2002. Acogimiento familiar de personas mayores.

— Ley Foral 35/2002. 20-12-2002. Ordenación del Territorio y Urbanismo.

— Decreto Legislativo 250/2002. 16-12-2002. Aprueba el Texto Refundido de las disposiciones del I.S. y D.

País Vasco.—Ley 7/2002. 12-12-2002. Voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad.

— Orden 30-12-2002. Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre medidas financieras en materia de suelo y urbanización.

Valencia.—Ley 8/2002. 5-12-2002. Ordenación y Modernización de las Estructuras Agrarias de la Comunidad Valenciana.

II. Información de actividades

ANDALUCIA ORIENTAL

Los días **5 y 6 de marzo de 2003**, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Málaga, se celebró el SEMINARIO SOBRE PROBLEMAS JURIDICOS ACTUALES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA, organizado por la Universidad de Málaga y el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad (Delegación Territorial de Andalucía Oriental).

PROGRAMA:**Ponencias:**

- «Las inversiones extranjeras y el Registro de la Propiedad». Profesor doctor don GONZALO AGUILERA ANEGÓN, Registrador de la Propiedad de Torrevieja.
- «Análisis de la jurisprudencia sobre problemas civiles de los extranjeros en España». Ilmo. Señor don ANTONIO ALCALÁ NAVARRO, Presidente de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga.
- «La multiculturalidad de la familia». Ilmo. Señor don ALFONSO CALVO CARAVACA, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III.
- «Ordenamientos jurídicos extranjeros y Registro de la Propiedad. Especial examen de las cuestiones relativas a regímenes económicos-matrimoniales y sucesorios». Ilmo. Señor don ANTONIO JOSÉ RAMOS BLANES, Registrador de la Propiedad de Torrevieja.

Los días **26 y 27 de marzo de 2003**, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Málaga, se celebraron las Jornadas sobre **CONTRATACION MERCANTIL Y REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION**, organizadas por la Universidad de Málaga y el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad (Delegación Territorial de Andalucía Oriental).

PROGRAMA:

Apertura: Ilmo. Señor don JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO, Catedrático de Derecho Civil, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.

Presentación: Don JUAN FRANCISCO RUIZ-RICO MÁRQUEZ, Registrador de la Propiedad, Director del Servicio de Estudios Registrales de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, y Profesor doctor ADOLFO AURIOLES MARTÍN, Abogado, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga.

Conferencias:

- «Condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión y cláusulas abusivas en la contratación mercantil». Profesor doctor IGNACIO LOJENDIO OSBORNE, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla.
- «El control registral en la contratación mercantil». Don RAMÓN OROZCO RODRÍGUEZ, Registrador Mercantil de Jaén.

- «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad de Madrid, número 5.
- «Las reformas legales de la contratación mercantil». Profesor doctor ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Abogado, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Alcalá.

Mesa Redonda:

- «Teoría y práctica de la contratación *inter privados* bajo condiciones generales». Moderador: Ilmo. Señor don CAYETANO UTRERA RAVASSA, Registrador Mercantil de Málaga. Intervienen: Ilmo. Señor don FRANCISCO J. ARROYO FIESTAS, Magistrado, Presidente de la Audiencia Provincial de Málaga; Ilma. Señora doña ANA CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil, Vicerrectora de Ordenación y Planificación Académica de la Universidad de Málaga; don RAFAEL MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA MALDONADO, Abogado; don JUAN FERRERO MUÑOZ, Abogado, y don RAMÓN DÁVILA GUERRERO, Presidente de Promotur.

Clausura: Ilmo. Señor don JAVIER DE ANGULO RODRÍGUEZ, Registrador de la Propiedad, Decano Territorial de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad.

ARAGON

Del **23 al 25 de octubre de 2002** tuvieron lugar las Jornadas sobre LA REFORMA DE LA LEGISLACION CONCURSAL, organizadas por la Universidad de Zaragoza y el Gobierno de Aragón. Este Decanato participó como Entidad colaboradora. Don FRANCISCO CURIEL LORENTE, Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 11, intervino en la Mesa Redonda sobre «Las garantías reales en el proceso concursal», y doña PILAR PALAZÓN VALENTÍN, Decana autonómica, en el acto de clausura.

En **noviembre de 2002** tuvo lugar el FORO DE DERECHO ARAGONES, organizado por el Justicia de Aragón y, entre otros Colegios Oficiales, por este Decanato. Don ABEL MARTÍN MARTÍN, Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 13, intervino en la sesión dedicada a «La sucesión troncal», y don JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA, Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 8, en «Derechos de adquisición preferente de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre viviendas protegidas».

Los días **26, 27, 28 y 29 de noviembre de 2002** se impartieron dos cursos del PROGRAMA DEL COLEGIO PARA OFICINAS LIQUIDADORAS, organizado por el Servicio de Estudios de Aragón y la Directora del Servicio

de OOLL y dirigidos a todas la Oficinas Liquidadoras de esta Comunidad Autónoma.

Los días **10, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002** se impartió, organizado por el Servicio de Estudios de Aragón, un curso del PROGRAMA AGORA, dirigido a todos los Registros de esta Comunidad.

El día **17 de enero de 2003** se recibió en este Decanato, la VISITA DE LOS JUECES EN PRACTICAS, donde les fueron resueltas las dudas que expusieron y se les mostró el funcionamiento de los Registros.

El día **11 de febrero de 2003** tuvo lugar un SEMINARIO DE JURISPRUDENCIA CIVIL ARAGONESA, organizado por la Institución Fernando el Católico (Excma. Diputación de Zaragoza), en la que participó como ponente don ABEL MARTÍN MARTÍN, Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 13.

CASTILLA-LEON (Burgos)

CURSO DE INFORMATICA que se realizó en este Decanato los días **29 y 30 de octubre de 2002**. El curso estuvo organizado por el Centro de Estudios Registrales de Burgos. Estaba destinado a los Registradores y personal de los Registros de Burgos y Soria. Se realizó en el Edificio Centro de Empresas, Aeropuerto de Burgos, Carretera de Madrid-Irún, Km. 244, de Burgos.

Programa:

1. Lo básico de Internet:
 - Conectarse rápido.
 - Lo que necesitamos para conectarnos.
 - Comprobación del hardware.
 - Probar un proveedor de servicios de Internet.
2. Un paseo rápido por Internet:
 - Prepararse para navegar.
 - Navegando por primera vez.
 - Arranque de su navegador.
 - Hacer una búsqueda rápida en la Web.
 - Comprenda las direcciones Web.
 - Encontrar cosas en la Web.
 - Mantener el registro de sus sitios favoritos.
3. Primeros pasos con el e-mail:
 - Entender cómo funciona el e-mail.

- Necesidades del e-mail.
- La información técnica sobre el e-mail que necesita.
- Entender las direcciones de e-mail.
- Enviar un e-mail rápidamente.
- Cómo crear una cuenta de correo.
- Cómo crear un mensaje rápido.
- Recepción de su e-mail.
- Automatizar su e-mail.
- Lea su e-mail.

4. Internet Explorer:

- Aprender lo esencial de Internet Explorer.
- Presentar la pantalla de Internet Explorer.
- La barra de títulos.
- La barra de menú.
- La barra de herramientas estándar.
- La barra de herramientas de vínculos.
- La barra de herramientas de dirección.
- La barra de estado.
- Jugar con las opciones de Internet Explorer.
- Modificar las opciones generales.
- Modificar las opciones de seguridad.
- Modificar las opciones de contenido.
- Modificar las opciones de conexión.
- Configurar las opciones de programas.
- Modificar las opciones avanzadas.
- Utilizar los mejores complementos de Internet Explorer.

5. La elección de un cliente e-mail:

- ¿Dónde conseguir un servidor de e-mail?
- ¿Cómo instalar su cliente e-mail?
- Descargar el programa.
- Outlook Express.
- Características de Outlook Express.
- Recepción de correo con Outlook Express.
- Cómo crear identidades múltiples en Outlook Express.
- Outlook.
- Opciones de Outlook.
- Cómo iniciarse con Outlook.
- Creación de cuentas múltiples en Outlook.
- Netscape Messenger.
- Opciones de Netscape Messenger.

- Recepción de correo en Netscape Messenger.
- Control de la frecuencia de comprobación de correo.
- Componer, enviar y responder al e-mail.
- Componer un e-mail.
- Entender la ventana de composición del mensaje.
- Cómo escribir el mensaje de e-mail.
- Envío del e-mail.
- Responder a un e-mail.

6. Hacer más con el e-mail:

- Enviar y recibir archivos con el e-mail.
- ¿Qué aspecto tienen esos datos adjuntos?
- En Outlook Express.
- En Netscape Messenger.
- En Hotmail.
- Cómo adjuntar un archivo a un mensaje.
- Cómo adjuntar un archivo con Outlook Express.
- Cómo adjuntar un archivo con Netscape Messenger.
- Manejo de los datos adjuntos comprimidos.
- Cómo comprimir archivos.
- Cómo descomprimir archivos.
- Cómo utilizar formato de correo especial.

7. Mantenimiento de su e-mail:

- Decidir qué debería conservar.
- Uso de las carpetas.
- Cómo crear carpetas de Outlook Express.
- Cómo crear carpetas nuevas con Netscape Messenger.
- Gestión de mensajes.
- Cómo ordenar los mensajes.
- Cómo localizar mensajes.
- Copiar mensajes.
- Guardar mensajes.
- Borrar mensajes.
- Archivar antiguos archivos.
- Cómo archivar un e-mail.
- Cómo guardar el e-mail.
- Imprimir el e-mail.
- Cómo filtrar su e-mail.
- Cómo filtrar con Outlook Express.
- Filtrado con Messenger.
- Cómo identificar problemas de filtrado.

- Definición de spamming.
- Cómo evitar el spamming.
- Cómo abrirse paso a través del spamming.
- Responder al spamming.
- Hacer el spamming ilegal.
- Cómo encontrar ayuda de los grupos antispamming.

8. Cómo utilizar los motores de búsqueda:

- Definición de los motores de búsqueda.
- Cómo realizar búsquedas simples.
- ¡Yahoo!
- Altavista.
- Lycos.
- Excite.
- HotBot.
- Google.
- Otros motores de búsqueda.
- Cómo ejecutar búsquedas avanzadas.
- Cómo utilizar motores de metabúsqueda.
- MetaCrawler.
- Dogpile.

9. Historia de Internet:

- Definir la Worl Wide Web.
- Descubrir los comienzos de la Web.
- Entender cómo funciona la Web.
- Descubrir lo que hay oculto en Internet.
- Grupos de noticias Usenet.
- Listas de correo.
- FTP.
- Chat.
- Telnet, Gopher y otras delicias.

10. Seguridad y firma digital:

- Generalidades sobre criptografía y certificación.
- ¿Qué es la criptografía?
- ¿Qué es la criptografía de clave pública?
- ¿Qué es la encriptación o cifrado?
- ¿Qué es una firma digital?
- ¿Qué es una huella digital?
- ¿Qué es una autoridad de certificación?
- ¿Qué es una autoridad de registro?

- ¿Qué es un certificado?
- ¿Qué significa revocar un certificado?
- ¿Qué significa autenticación?
- ¿Qué significa confidencialidad?
- ¿Qué significa no repudio o irrenunciabilidad?
- ¿Qué significa integridad?
- Procedimiento de obtención de certificados.
- ¿Son gratuitos todos esos trámites?
- ¿Qué pasos he de seguir para obtener mi certificado emitido por FNMT?
- Acreditación de la identidad.
- ¿Cómo puedo obtener un nuevo certificado si el anterior queda inoperativo?
- ¿Se puede tener más de un certificado por titular emitido por FNMT?
- ¿Se puede tener el mismo certificado en varios navegadores?
- ¿Puedo tener más de un certificado instalado en mi navegador?
- ¿Cómo puedo comprobar la fecha de caducidad de mi certificado?
- Exportación, importación y eliminación de certificados.
- Microsoft Internet Explorer.
- Netscape Communicator.

CATALUÑA

Los días **1 y 8 de abril de 2003**, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña, se celebraron las jornadas sobre LA REFORMA DEL DERECHO CONCURSAL (El nuevo Proyecto de Ley Concursal), organizadas por el CIDDRIM (Centro de Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil).

PROGRAMA:

- «El arduo y difícil proceso de la Reforma del Derecho Concursal Español. Desde el Código de Comercio de 1885 hasta los anteproyectos del siglo XX». Profesor doctor don GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Catedrático de la Universidad de Sevilla, Vocal del Tribunal Constitucional y de la Comisión General de Codificación.
- «Los presupuestos del concurso». Profesor doctor don EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, Catedrático de la Universidad San Pablo de Madrid.

- «La publicidad registral de la situación concursal». Don FERNANDO CURIEL LORENTE, Registrador de la Propiedad.
- «La reintegración de la masa en el procedimiento concursal». Profesor doctor don JOSÉ A. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, Catedrático de la Universidad de Zaragoza.

MADRID

Durante los días **21, 22 y 23 de enero de 2003**, se celebraron en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de España, las jornadas de DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS organizadas por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.

PROGRAMA:

Inauguración de las Jornadas y presentación de la Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, editada conjuntamente por Thomson-Aranzadi y el Colegio de Registradores.

Conferencias:

- «La contratación electrónica en el marco de la dogmática contractual». Don VICENTE LUIS MONTES PENADES, Catedrático de Derecho Civil, Abogado.
- «Regulación internacional del comercio electrónico: examen comparado de las leyes modelos de la UNCITRAL». Don AGUSTÍN MADRID PARRA, Catedrático de Derecho Mercantil.
- «El contrato electrónico: Oferta, perfección y ejecución». Don RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, Catedrático de Derecho Mercantil.
- «Condiciones generales y contratación electrónica». Don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, Catedrático de Derecho Civil.
- «Responsabilidad de los intermediarios en la LPSSICE». Don MARIO E. CLEMENTE MEORO, Catedrático de Derecho Civil.
- «La protección de la intimidad y los datos personales en las telecomunicaciones». Don JAVIER PLAZA PENADES, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «La incidencia de las nuevas tecnologías en los principios básicos de la imposición». Doña ANA MUÑOZ MERINO, Catedrática de Derecho Financiero y Tributario.
- «Registro de la Propiedad y Nuevas Tecnologías». Don JOAQUÍN J. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad, Mercantil y de

Bienes Muebles, Director del Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores.

- «Firma electrónica y Registro de la Propiedad». Don ANTONIO VILCHES TRASSIERRA, Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles, Presidente de la Comisión de Firma Electrónica del Colegio de Registradores.

Mesa Redonda:

- «Aspectos prácticos de la actividad registral en el ámbito de las nuevas tecnologías». Don JORGE BLANCO URZAIZ, don JORGE REQUEJO LIBERAL, don GUILLERMO HERRERO MORO, don JUAN-JOSÉ MORÁN CALERO y don JAVIER DE ANGULO RODRÍGUEZ, Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

El **día 6 de febrero de 2003** se celebró una jornada sobre LA LEY DE CONCESION ADMINISTRATIVA DE OBRAS PUBLICAS, organizada por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores en el Salón de Actos del Colegio.

Conferencias:

- «El contrato de concesión de obras públicas. Evolución histórica, concepto y diferenciación con otras figuras afines: el contrato de ejecución de obra pública y las concesiones de servicios y dominio público». Don RAFAEL GÓMEZ FERRER MORANT, Catedrático de Derecho Administrativo, Letrado excedente del Consejo de Estado.
- «De la construcción de las obras objeto de concesión. Procedimiento, ejecución de las obras. Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente. Extinción de las concesiones». Don TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «Financiación. La emisión de títulos por el concesionario». ALBERTO RUIZ OJEDA, Profesor Titular de Derecho Administrativo.
- «La hipoteca de la concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria». Don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Los días **19 y 20 de febrero de 2003** se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de España, un curso sobre LA REFORMA DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA, organizado por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.

Conferencias:

- «Evolución de la regulación jurídica de la expropiación forzosa». Don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «La necesidad de la reforma del Instituto de la Expropiación Forzosa». Excmo. Señor don FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ, Abogado del Estado, Subsecretario del Ministerio de Hacienda.
- «Las garantías expropiatorias» (Mesa Redonda). Don ANGEL IGNACIO MENÉNDEZ REXACH, don XOAQUIM FERRÉR I JACAS y don RAMÓN PARADA, Catedráticos de Derecho Administrativo.
- «La expropiación forzosa como sistema de gestión urbanística». Don JOSÉ M.^a BAÑO LEÓN, Catedrático de Derecho Administrativo.
- «El Registro de la Propiedad y la expropiación forzosa». Don JOSÉ LUIS GÓMEZ-FABRA GÓMEZ, Registrador de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles.
- «El derecho de reversión en la legislación de expropiación forzosa». Don JOSÉ LUIS PINAR MAÑAS, Catedrático de Derecho Administrativo. Director de la Agencia de Protección de Datos.
- «El procedimiento expropiatorio» (Mesa Redonda). Don RAFAEL ENTRENA CUESTA, Catedrático de Derecho Administrativo; Ilma. Señora doña PILAR CÁNCER MINCHOT, Abogada del Estado, Subdirectora General-Jefe del Gabinete de Estudios del Ministerio de Justicia, e Ilma. Señora doña IRENE DOMÍNGUEZ-ALCALINA MARTÍN-PEÑA, Abogada del Estado.

MURCIA

Durante los días **29 y 30 de abril y 2, 6, 7 y 9 de mayo de 2002**, el Centro de Estudios Registrales de la Región de Murcia, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia y el Colegio de Abogados de Murcia, celebró el **III CURSO DE DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL**, en la sede del Colegio de Abogados. Fueron ponentes: **CONSTANCIO VILLAPLANA GARCÍA, CARLOS D. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, ALVARO MARTÍN MARTÍN, SANTIAGO LABORDA PEÑALVER, RAFAEL RIVAS TORRALBA, JUAN-JOSÉ BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA, JUAN LA CIERVA CARRASCO**, y yo mismo, el propio director del CER regional, **JORGE LÓPEZ FERNÁNDEZ**, todos Registradores de la Propiedad.

El día **6 de febrero de 2003**, don **NICOLÁS NOGUEROLES PEIRÓ**, Vocal del Colegio de Registradores para las Relaciones Internacionales, pronunció una conferencia sobre **SISTEMAS REGISTRALES EN LA UNION EUROPEA** en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

El día **20 de marzo de 2003** se celebró una jornada compartida con los Inspectores de Finanzas del Estado y funcionarios del Cuerpo de Gestión sobre DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL, en la que la ponencia estuvo a cargo de don DANIEL CÁCERES HERNÁNDEZ-ROS, Registrador de la Propiedad de Murcia - Uno.

Los **días 2 y 3 de abril de 2003** se impartirá un curso para Registradores sobre CORREO ELECTRONICO, en colaboración con el SSI.

Los días **25 y 26 de marzo de 2003** se celebró en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Región de Murcia, un CURSO SOBRE URBANISMO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD dirigido a cargos electos, secretarios y funcionarios municipales responsables en materia de bienes municipales, en colaboración con la Escuela de Administración Local, organismo de la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Fuimos ponentes don JUAN-JOSÉ BERNAL QUIRÓS CASCIARO y yo mismo, el propio director del CER regional, JORGE LÓPEZ FERNÁNDEZ, ambos Registradores de la Propiedad.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 9 de octubre de 2002.—INCAPACITACION.—Procedimiento civil declarando la incapacidad del hijo y rehabilitando la patria potestad a la madre, sin citación ni audiencia del padre.

Antecedentes.—*a)* Don Florencio Ferrer Gómez contrajo matrimonio con doña Pilar Corpas Santamarina, el 18 de mayo de 1968, de cuya unión nació, el 14 de febrero de 1971, un hijo llamado Florencio-Valentín Ferrer Corpas.

Por sentencia de 12 de julio de 1995, del Juzgado de Primera Instancia, número 14 de Barcelona (autos 5322/95), se declaró la separación matrimonial de ambos cónyuges, y se aprobó el convenio regulador pactado por las partes, que en su parte dispositiva estableció expresamente que «el hijo común, Florencio-Valentín, mayor de edad, pero con disminución sensorial, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, si bien ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten».

b) Con fecha de 11 de marzo de 1999, doña Pilar Corpas Santamarina formuló demanda de juicio de menor cuantía en solicitud de declaración de incapacidad del hijo don Florencio Ferrer Corpas y de rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre, alegando que el hijo padecía una importante disminución psíquica desde su nacimiento (síndrome Lennox), que le impide el gobierno de su persona en los actos más elementales de la vida, habiendo sido declarada su incapacidad con carácter permanente por la Generalitat de Catalunya, interesando la rehabilitación de la patria potestad sólo respecto de la madre, ya que el padre, desde la separación matrimonial, tiene escasísima relación con el hijo.

c) Admitida a trámite la demanda por providencia de 16 de marzo de 1999, se siguió el procedimiento con el Ministerio Fiscal, practicándose la prueba de exploración judicial del demandado, informe del médico forense y audiencia de los parientes más próximos, sin incluir entre ellos al ahora demandante del amparo, tras lo cual el Juzgado de Primera Instancia, número 40, de Barcelona (autos 622/99) dictó sentencia el 30 de julio de 1999, en la que estimó la demanda y declaró que el demandado don Florencio Ferrer Corpas es totalmente incapaz para gobernarse por sí mismo y para administrar sus bienes,

rehabilitando la potestad de la madre, privando al demandado del derecho de sufragio activo y pasivo, tanto para las elecciones generales como autonómicas y locales, sin hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas.

d) Con fecha de 31 de diciembre de 1999, el ahora recurrente, debidamente representado por Procurador y asistido por Letrado, instó el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240.3 LOPJ, alegando, en síntesis, que la sentencia dictada en el juicio de menor cuantía en la que se declaró la incapacitación de su hijo y la rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre, se ha dictado con defectos de forma que causan indefensión, ya que se ha prescindido del trámite establecido en el artículo 208 del Código Civil (audiencia de los parientes más próximos) al no haberse citado al padre del presunto incapaz, y además la patria potestad debió rehabilitarse a favor de ambos progenitores.

e) El Juzgado de Primera Instancia, número 40, de Barcelona (autos 622/99), por Auto de 9 de febrero de 2000, notificado el 17 de febrero, declaró no haber lugar a admitir el incidente de nulidad de actuaciones formulado, por considerar que era inadmisibile conforme al artículo 742, párrafo segundo, LEC.

La demanda denuncia una doble vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 247 CE.

Se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho del presunto incapaz a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), vulneración que, a juicio del recurrente, se habría producido porque su hijo tenía derecho a que en el procedimiento en el que fue declarado incapacitado se hubiera oído a los parientes más próximos, entre los que se incluye el recurrente, en su condición de padre.

En segundo término se aduce la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 del Código Civil) por la indefensión sufrida por el recurrente al no haber sido oído en el procedimiento en el que, tras declararse la incapacitación de su hijo, se rehabilita la patria potestad exclusivamente de la madre, y no la de ambos progenitores, contravieniéndose lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, sin que se haya dado oportunidad al recurrente de intervenir en el proceso cuando hubiera sido fácil su citación por constar su domicilio en el convenio regulador de la separación aportada en los autos.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la nación española, ha decidido otorgar el amparo solicitado por don Florencio Ferrer Gómez, y en su virtud:

1.º Reconocer que se ha vulnerado el derecho de don Florencio Ferrer Gómez a ser oído en el referido juicio, a fin de poder intervenir en él haciendo las alegaciones que tenga por conveniente.

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin:

a) Declarar la nulidad del referido juicio retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la providencia de 20 de mayo de 1999, por la que se admitió la prueba de audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz propuesta por el Ministerio Fiscal, a fin de que en ejecución de esta Resolución se cite al ahora recurrente en amparo a los efectos de ser oído en el procedimiento.

b) Declarar la nulidad del Auto, de 9 de febrero de 2000, dictado por el referido Juzgado que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el demandante del amparo.

Fundamentos jurídicos.—1. El recurso de amparo se dirige contra la sentencia de 30 de julio de 1999, del Juzgado de Primera Instancia, número 40, de Barcelona, dictada en el juicio de menor cuantía 622/99, seguido a instancia de doña Pilar Corpas Santamarina, en la que se declaró la incapacitación de don Florencio Ferrer Corpas, hijo común, mayor de edad, de la actora y del solicitante del amparo, y se acordó la rehabilitación de la potestad exclusivamente de la madre.

2. Aunque el recurso de amparo se dirige formalmente sólo contra la sentencia recaída en el proceso de incapacitación, no imputándose ninguna vulneración al Auto de 9 de febrero de 2000, resulta forzoso entender que la demanda se dirige implícitamente también contra el citado Auto, por lo que, antes de entrar propiamente en el examen de las quejas planteadas, debemos referirnos al contenido de dicho Auto por el que el Juzgado inadmitió a trámite el incidente de nulidad que el demandante del amparo planteó para intentar la reparación de las vulneraciones de los derechos fundamentales que ahora se alegan en el recurso de amparo.

En este sentido, como señala certeramente el Ministerio Fiscal, es claro que tal Auto lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la causa en la que fundó la inadmisión del incidente planteado (que el párrafo segundo del art. 742 LEC declara inadmisibles el incidente de nulidad de resoluciones judiciales) carece absolutamente de base legal, ya que desconoce la reforma operada por las Leyes Orgánicas 5/1997, de 4 de diciembre, y 13/1999, de 14 de mayo, que modificaron el artículo 240 LOPJ, añadiendo los números 3 y 4 que regulan el incidente de nulidad de actuaciones fundado en defectos de forma que hubieran causado indefensión cuando no haya sido posible denunciarlos antes de recaer la sentencia o resolución que ponga fin al proceso y éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida. Que es lo que cabalmente ocurrió en el presente caso, en el que el ahora solicitante del amparo planteó el incidente de nulidad de actuaciones invocando expresamente el artículo 240.3 y 4 LOPJ, y denunciando las lesiones del artículo 24 CE, que entendía se habían producido en la tramitación del juicio de menor cuantía, que concluyó por sentencia en la que se declaró la incapacitación de su hijo y la rehabilitación de la potestad exclusivamente de la madre, al no haber sido oído en el mismo.

Para fundar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente imputable al referido Auto de 9 de febrero de 2000, basta con recordar que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE que, no obstante, también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 57/1988, de 5 de abril; 124/1988, de 23 de junio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo;

104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas), pues, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre).

En el presente caso, como hemos señalado, el Auto de 9 de febrero de 2000 fundó la inadmisión en una causa legal inexistente que desconoció la redacción actual del artículo 240.3 y 4 LOPJ.

3. Entrando ya en el examen de las quejas planteadas en la demanda de amparo se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho del presunto incapaz a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse realizado irregularmente el trámite de audiencia de los parientes más próximos en el proceso de incapacitación seguido contra el hijo del demandante del amparo, al haberse omitido su audiencia como padre del presunto incapaz.

Lo primero que destaca en la formulación de esta queja es que el recurrente denuncia la lesión de un derecho fundamental ajeno: la violación del derecho a un proceso con todas las garantías que le correspondía a su hijo, en cuanto que era la persona frente a la que se pretendía la declaración de incapacitación.

Debemos, por tanto, examinar, en primer lugar, la legitimación del recurrente para plantear una queja como la que formula.

4. Este Tribunal ha declarado que, aunque en principio, sólo están legitimados activamente para interponer el recurso de amparo quienes sean titulares del derecho fundamental presuntamente vulnerado por el acto o resolución de los poderes públicos objeto de impugnación, y en tal condición hayan sido parte en el proceso judicial antecedente (art. 46.1.b LOTC; SSTC 141/1985, de 22 de octubre; 11/1992, de 27 de enero), el artículo 162.1.b) CE no reduce dicha legitimación exclusivamente a los titulares del derecho fundamental infringido, reconociendo también la legitimación a quien, no siendo el titular del derecho fundamental presuntamente lesionado, se halla respecto del mismo en una determinada situación jurídico-material que le confiere un «interés legítimo» para solicitar la tutela de este Tribunal (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre; 12/1994, de 17 de enero), lo que, entre otros supuestos, ocurre cuando se trata de una persona que, aun no siendo parte necesaria en un proceso judicial, debió recibir la oportunidad de intervenir en él, por ostentar un derecho o interés legítimo que podría resultar afectado por la resolución que se dictase (SSTC 123/1989, de 6 de julio; 235/1997, de 19 de diciembre).

Sin perjuicio de lo que luego se diga sobre el fondo de la queja planteada, es indudable que en el presente caso el recurrente está legitimado para demandar el amparo por la eventual lesión del derecho a un proceso con todas las garantías que corresponde a su hijo. En su cualidad de progenitor y, dada la situación de minusvalía mental del hijo, y con independencia de que legalmente pudiera o no corresponderle la patria potestad, resulta evidente que el recurrente está legitimado para hacer valer todos aquellos derechos e intereses que pudieran corresponder a su hijo y que, por su situación de minusvalía, éste se halla inhabilitado para hacer valer, y entre ellos, el de formular el presente recurso de amparo si consideraba que su hijo había sufrido lesión en sus derechos fundamentales.

5. Despejado el problema de legitimación analizado, y abordando ya el fondo de la queja planteada, el examen de las actuaciones revela que en

el proceso de incapacitación no fue oído el ahora recurrente, pese a ser el padre del presunto incapaz, y que su domicilio, en la calle Cartagena, número 273, de Barcelona, constaba en las actuaciones, al ser el que se señaló en el convenio regulador de la separación matrimonial que fue aportado por la madre con la demanda instando la incapacitación del hijo común. Esta circunstancia evidencia una falta de diligencia por parte del Juzgado, que podía fácilmente haber citado al demandante del amparo, a fin de que pudiera ser oído en el procedimiento, dándole así la posibilidad de conocer su existencia y de alegar todo lo que hubiera tenido por conveniente en relación con la incapacitación pretendida.

Pero no sólo existe la citada falta de diligencia procesal por parte del órgano judicial, sino, lo que es más grave, un patente incumplimiento del mandato establecido en el entonces vigente artículo 208 del Código Civil, que le imponía, antes de pronunciarse sobre la incapacitación de una persona (sin perjuicio de las demás pruebas que pudieran practicarse), la realización de tres trámites ineludibles: la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen personal de éste y el dictamen de un facultativo sobre el mismo. Habiendo declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo que la norma del artículo 208 del Código Civil tiene carácter imperativo y su cumplimiento constituye un requisito de fondo de la sentencia de incapacitación, por lo que la omisión de alguno de los trámites previstos en dicho precepto legal es causa de nulidad del procedimiento que puede ser apreciada incluso de oficio (SSTS de 20 de febrero de 1989, 12 de junio de 1989, 20 de marzo de 1991, 19 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997).

En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 del Código Civil), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 del Código Civil), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al artículo 24.2 CE.

6. Las consideraciones anteriores conducen a la estimación de la queja de amparo que nos ocupa, pues resulta evidente que la exigencia que entonces establecía el artículo 208 del Código Civil y que ahora se regula en el artículo 759 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de dar audiencia a los «parientes más próximos del presunto incapaz» imponía la citación del ahora recurrente a fin de que pudiera ser oído por el Juzgado, lo que no sólo constituye un

derecho del ahora recurrente, en su condición de progenitor del presunto incapaz, sino una garantía esencial de éste que, por su singular enfermedad mental, no estaba posibilitado de ejercer personalmente su derecho de defensa. En este sentido debe destacarse que en los procesos de incapacitación, al margen de la defensa prestada al presunto incapaz por el Ministerio Fiscal, por el defensor judicial nombrado al efecto o, en su caso, por el Letrado designado por el mismo incapaz (arts. 206 y 207 del Código Civil y 758 LEC), la audiencia de los parientes más próximos —en nuestro caso, del padre— constituye *per se* una garantía objetiva de los derechos del presunto incapaz, en la medida en que facilita la aportación de alegaciones y hechos que permiten obtener una mejor convicción sobre la situación de la persona que se pretende incapacitar y sobre las circunstancias que la rodean, lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (arts. 210 del Código Civil y 760 LEC).

7. Alega también el recurrente la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE por la indefensión sufrida al no haber sido oído en el procedimiento (en el que, tras la declaración de incapacitación de su hijo mayor de edad, se rehabilita la potestad exclusivamente de la madre, y no la de ambos progenitores) con lo que se le privó de la oportunidad de intervenir en el proceso.

No corresponde a este Tribunal revisar la aplicación de la legalidad ordinaria efectuada por los órganos judiciales; sin embargo, a los solos efectos de examinar la queja planteada, hemos de señalar que en la legislación foral catalana la potestad del padre y de la madre («patria potestad» en la regulación del Código Civil) corresponde a ambos progenitores (art. 132 del Código de Familia), quienes la ejercerán de forma conjunta (art. 137 del Código de Familia), por lo que la declaración de incapacitación del hijo mayor de edad determina, en principio, la rehabilitación de la potestad de ambos progenitores, como si el incapacitado se tratase de un menor (art. 161 del Código de Familia). Por su parte, «el padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por sentencia dictada en causa penal o matrimonial» (art. 136.1 del Código de Familia).

En el presente caso, la sentencia recurrida, tras declarar la incapacitación del hijo del recurrente en amparo, en atención a la vecindad civil catalana del incapacitado, con fundamento en el artículo 161 del Código de Familia, acordó la rehabilitación de la potestad exclusivamente de la madre, fundando esta decisión en «ser ella quien se ha hecho cargo del cuidado y atención del incapaz» (FJ 5).

Esta forma de proceder, si bien se ajusta a lo que ordenaba el entonces vigente artículo 210 del Código Civil, según el cual, la sentencia que declare la incapacitación establecerá «el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado», al disponer como régimen de tutela o guarda del incapacitado la rehabilitación de la potestad exclusivamente de la madre, supone de hecho la privación de la potestad del padre ahora recurrente, lo que exigía que éste hubiera sido parte en el procedimiento, pues la sentencia recurrida funda su decisión de rehabilitar exclusivamente la potestad de la madre en un hecho: «ser ella quien se ha hecho cargo del cuidado y atención del incapaz» (FJ 5), con lo que da por ciertas las alegaciones de la demandante de la incapacitación de que el padre, desde la separación matrimonial de los

progenitores, mantiene una escasísima relación con el hijo, incumpliendo el régimen de visitas establecido en la sentencia de separación y el pago de las pensiones compensatoria y alimenticia a las que estaba obligado por la sentencia de separación, extremos sobre los que ninguna prueba existe en los autos.

En este sentido, la sentencia recurrida, al rehabilitar exclusivamente la potestad de la madre, obviando la potestad que igualmente le correspondía al padre, ha tomado una decisión que exigía la traída al proceso del ahora recurrente, a fin de que éste hubiera podido ejercer su derecho de defensa y hubiera tenido oportunidad de contraargumentar y contradecir las alegaciones de la demandante en orden a la conducta observada en relación con sus deberes para con su hijo, pues el simple hecho de que desde la separación matrimonial la madre tuviera conferida la guarda y custodia del hijo, no podía ser causa suficiente para excluir la potestad del padre tras la incapacitación del hijo mayor de edad, máxime cuando la sentencia de separación matrimonial, pese a ser el hijo ya mayor de edad en la fecha en que se dictó (17 de julio de 1995), tras establecer que el hijo quedaba bajo la guarda y custodia de la madre, expresamente dispuso que «ambos progenitores ejercitarán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten».

En suma, la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del ahora recurrente, causándole indefensión contraria al artículo 24.1 CE, ya que este precepto constitucional, como ha declarado reiteradamente este Tribunal, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos dentro de un procedimiento en el cual se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión (SSTC 167/1992, de 26 de octubre; 103/1993, de 22 de marzo; 316/1993, de 25 de octubre; 317/1993, de 25 de octubre; 334/1993, de 15 de noviembre; 108/1994, de 11 de abril; 186/1997, de 10 de noviembre; 153/2001, de 2 de julio).

Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa hemos afirmado también que el artículo 24.1 CE contiene un mandato implícito de excluir la indefensión, propiciando la posibilidad de un juicio contradictorio en el cual las partes puedan intervenir y hacer valer sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga a los órganos judiciales a procurar el emplazamiento, la citación o la notificación personal de los demandados, o de aquellas personas que puedan resultar afectadas directamente por la resolución que se dicte, siempre que ello sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante (SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 37/1984, de 14 de marzo; 186/1997, de 10 de noviembre; 153/2001, de 2 de julio).

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registro de la Propiedad

Resoluciones de 15 y 16-10-2002

(*BOE 11-12-2002*)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL. LICENCIA PARA DIVIDIR.

Aunque el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, exige licencia municipal para dividir un piso privativo, esta licencia sólo se considerará necesaria si así lo estableciese la Ley de Urbanismo de la respectiva Comunidad Autónoma.

Resolución de 17-10-2002

(*BOE 11-12-2002*)

Registro de la Propiedad de Sant Feliu de Guixols

ANOTACION DE EMBARGO. TRACTO SUCESIVO.

La titular de una finca la aporta a una sociedad, lo que origina una demanda por acción pauliana que se anota en el Registro. El mismo acreedor embarga la finca. En esta Resolución se declara que, constando en el Registro, por virtud de la anotación de demanda, la posibilidad de que renazca la titularidad anterior, es lógico que se pueda practicar la anotación de embargo sin necesidad de nueva titulación para el caso de que se confirme tal titularidad.

Resolución de 23-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Eibar

DIVISION DE FINCA. COMPLEJO INMOBILIARIO. OBRA NUEVA.

Es inscribible la división de una finca constituyendo un complejo inmobiliario, siendo elementos privativos cuatro parcelas y elemento común un vial central, estableciéndose además que el titular de cada parcela podrá construir en ella un edificio industrial sin necesitarse una inscripción de obra nueva.

Resolución de 26-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 5

ANOTACION DE QUERELLA. TRACTO SUCESIVO.

No se puede anotar una querella cuando las fincas están inscritas a favor de personas distintas del querellado.

Resolución de 28-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 4

HIPOTECA. INTERESES. SALDO DEUDOR. POSESION DE LA FINCA.

No se pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, pero no hay dificultad para poder reclamar los intereses realmente devengados, con las limitaciones del artículo 114 LH. Se puede justificar el saldo deudor por la certificación establecida en el artículo 153 LH. Y el antiguo artículo 131 permitía el acuerdo entre las partes sobre la posesión interina de la finca por el acreedor.

Resolución de 29-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Orihuela, número 2

COMPRA POR EXTRANJEROS. REGIMEN MATRIMONIAL.

No es preciso expresar en la inscripción de compra por extranjeros su régimen matrimonial, difiriendo el problema para el posterior momento de la enajenación. El artículo 92 del Reglamento permite la expresión de que se inscribe con arrego a su régimen matrimonial, sin expresar cuál sea en concreto.

Resolución de 30-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Santander, número 4

TRACTO SUCESIVO. TITULARES FALLECIDOS.

No es inscribible una sentencia en la que, por rebeldía de uno de los demandados y allanamiento del otro, se declara que el demandante es dueño de una finca que en el Registro aparece inscrita a nombre de los padres de todos ellos. Se declara que deben acompañarse los certificados de defunción y documentos sucesorios de los titulares registrales para cumplir el tracto sucesivo.

Resolución de 31-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 4

COMPRAVENTA. TITULACION A HEREDEROS DE LA COMPRADORA.

Vendida una finca por el Estado a una compradora que ha fallecido sin formalizar la transmisión, se otorga después una escritura transmitiendo la finca de modo inmediato y personal a los tres hijos de la compradora. No es inscribible porque adquieren por título distinto del hereditario que realmente les correspondería. Deben comparecer como herederos de su madre para ratificar la compra y después operar la herencia, liquidando el impuesto sucesorio.

Resolución de 4-11-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Martorell, número 1

HIPOTECA. ESTATUTOS DE LA ASOCIACION DEUDORA.

Se debate si la Asociación, domiciliada en Barcelona, debe adoptar sus estatutos a la Ley Autonómica de Cataluña, declarándose que no existe una obligación general de adaptación, aunque sí una concreta y específica que se refiera a las facultades de los órganos de la entidad. Se confirma el defecto del vencimiento anticipado de la hipoteca como consecuencia de embargos en fórmula genérica; sólo se admite en cuanto a créditos preferentes.

Resolución de 6-11-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 9

PARTICION. CONCURRENCIA DE INCAPACES.

En la escritura comparecen la viuda y los hijos del causante. Dos de estos son incapaces y están representados por su tutor que es el otro hijo, haciéndose la partición adjudicando todas las fincas en la proporción indivisa a cada uno de ellos. Por ello no existe contraposición de intereses y no es preciso el

nombramiento de defensor judicial. Pero sí es necesaria la aprobación judicial de la partición, exigida por el artículo 272 del Código Civil.

Resolución de 7-11-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de la Propiedad de Pontedeume

EJECUCION DE SENTENCIA. NUEVOS TITULARES REGISTRALES.

Por sentencia firme se ordena la demolición de algunos pisos de un edificio por ser su construcción contraria a normas urbanísticas. No se puede proceder a la inscripción del fallo porque no han sido citados en el procedimiento los titulares actuales. Aunque se citó a los que lo eran al iniciarse las actuaciones, no se puede dejar indefensos a estos titulares aparecidos posteriormente, ya que no se les advirtió de la situación existente, lo que se hubiera conseguido de haberse anotado oportunamente la demanda.

Resolución de 5-11-2002

(BOE 12-12-2002)

Registro de la Propiedad de Oliva

EXCESO DE CABIDA. RECTIFICACION DEL REGISTRO.

Inscrita una finca con una superficie de 500 metros cuadrados, se solicita la registración de un exceso de cabida de seis metros setenta decímetros cuadrados, lo que deniega el Registro por no considerar la identidad de la finca. Teniendo en cuenta que la medición inicial se produjo en una actuación urbanística, se declara que no procede la constancia del supuesto exceso, aunque sea de pequeña cuantía y se aporte certificación de un arquitecto.

Resolución de 11-11-2002

(BOE 30-12-2002)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes

CANCELACION DE APROVECHAMIENTO URBANISTICO.

El principio constitucional contenido en el artículo 24 de la Constitución, y en su corolario registral el principio de tracto sucesivo, exigen para cualquier modificación de los asientos del Registro la intervención de los titulares registrales.

Resolución de 12-11-2002

(BOE 28-12-2002)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 2

ANOTACION DE EMBARGO PREVENTIVO. NOTIFICACION AL EMBARGADO.

Debe diferenciarse el embargo cautelar del ejecutivo, no siendo necesario, para la práctica de la anotación del primero, la notificación al deudor.

Resolución de 14-11-2002

(BOE 28-12-2002)

Registro de la Propiedad de Lleida, número 1

ANOTACION DE DEMANDA. FINCA INSCRITA A NOMBRE DE TERCERO.

Los principios de salvaguarda jurisdiccional de los asientos, legitimación y tracto sucesivo impiden la práctica de la anotación cuando la finca aparece inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se dirige el procedimiento.

Resolución de 18-11-2002

(BOE 28-12-2002)

Registro de la Propiedad de Pontedeume

DERECHO DE VUELO. EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Las exigencias del principio de especialidad imponen la determinación precisa y completa de los derechos que pretenden tener acceso al Registro. En el derecho de vuelo, entre otras, deben especificarse el número de plantas de la edificación que vaya a realizarse, y plazo para verificar la construcción. No debe precisarse el plazo de duración del derecho, al menos tal como aparece formulado como defecto en la nota de calificación.

Resolución de 19-11-2002

(BOE 30-12-2002)

Registro de la Propiedad de Girona, número 1

ANOTACION DE EMBARGO. ANOTACION DE EMBARGO SOBRE BIENES LITIGIOSOS.

Constando inscrito el usufructo a favor de una persona, la nuda propiedad a favor de otra que adquirió de la primera por título de compraventa, anotación de demanda por la que se entabla acción de nulidad y en su defecto acción pauliana para rescindir la venta; es posible anotar el embargo sobre la finca en procedimiento dirigido contra la usufructuaria, ante la posibilidad de que renazca la titularidad anterior.

Resolución de 20-11-2002

(BOE 28-12-2002)

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACION DEL TRACTO SOBRE PORCION DE FINCA INSCRITA SIN DESCRIPCION DE RESTO.

La descripción de resto en las segregaciones es algo conveniente para la mecánica registral, pero no imprescindible para la práctica de una segregación.

Resolución de 21-11-2002

(BOE 28-12-2002)

Registro de la Propiedad de Daimiel

DECLARACION DE OBRA NUEVA Y DIVISION HORIZONTAL. CONSENTIMIENTO DEL USUFRUCTUARIO. CONSTITUCION DE COMPLEJO INMOBILIARIO.

Si de los documentos presentados y asientos del Registro, la declaración de obra nueva no altera la forma y sustancia del bien usufructuado y no resulta perjuicio para el usufructuario, no se precisa su consentimiento.

Siguiendo la doctrina de la Dirección General, la llamada Propiedad Horizontal Tumbada admite una doble modalidad, según que las edificaciones independientes se construyan sobre parcelas previamente segregadas o constituya el suelo su soporte común. En este segundo caso es bastante la subordinación funcional para justificar la modalización de la regla «*superficie solo cedit*», siendo también preciso que los elementos privativos merezcan esta calificación.

Registro Mercantil

Resoluciones de 24 y 25-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro Mercantil de Cantabria

DEPOSITO DE CUENTAS. PRORROGA DEL AUDITOR.

Según el artículo 221 de la Ley de Sociedades Anónimas, la falta de presentación de las cuentas o la declaración de que son defectuosas provoca el cierre registral, y este cierre afecta a la inscripción que se pretende del nombramiento de auditor.

Resolución de 11-11-2002

(BOE 19-12-2002)

Registro Mercantil de Barcelona IX

DEPOSITO DE CUENTAS. APROBACION EN JUNTA. NOMBRAMIENTO DE AUDITOR.

El artículo 186.2 del Reglamento del Registro Mercantil no permite la segunda convocatoria con este objeto. No basta convocar la Junta por anuncios cuando los estatutos exigen carta certificada con acuse de recibo. No procede admitir el depósito hasta que recaiga resolución firme sobre nombramiento del auditor.

Resolución de 15-11-2002

(BOE 28-12-2002)

Registro Mercantil de Madrid, número XVI

MODIFICACION Y ADAPTACION DE ESTATUTOS. REDENOMINACION EN EUROS.

La modificación de estatutos, en una sociedad unipersonal, no necesita de fórmulas sacramentales para su práctica.

No es obstáculo impeditivo para la inscripción de la nueva redacción de los estatutos, relativos al capital social, fijar el valor de las participaciones sociales con seis decimales de euro.

Resolución de 16-11-2002

(BOE 28-12-2002)

Registro Mercantil de Madrid, número II

ANUNCIOS DE CONVOCATORIA. AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL.

La omisión total o parcial de la exigencia contenida en el artículo 144.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas ha de considerarse como vicio de la convocatoria que invalida el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar.

Resolución de 22-11-2002

(BOE 28-12-2002)

Registro Mercantil de Barcelona, número XII

AGRUPACION DE INTERES ECONOMICO. AGRUPACION DE INTERES ECONOMICO INTEGRADA POR UNA ENTIDAD PUBLICO-EMPRESARIAL Y ENTE DE DERECHO PRIVADO.

El artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al Registrador para calificar en relación con los documentos administrativos, y lo mismo habrá que entender respecto de los actos administrativos (y los aspectos que de los actos de los entes públicos empresariales no se rijan por el Derecho Privado), entre otros extremos, la competencia del órgano, las formalidades extrínsecas del documento presentado y los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, sólo a los efectos de comprobar que no existe alguna falta de tales requisitos que, de forma patente, vicie la formación de la voluntad del órgano sin que pueda revisar los trámites administrativos que alcancen a su esencia o contenido, desde el momento en que el procedimiento seguido para su producción o las razones del pronunciamiento que contuvieren quedan al margen de las facultades de calificación del Registrador.

Resolución de 21-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de Bienes Muebles de Zaragoza

EMBARGO DE AUTOMOVIL. TRACTO SUCESIVO.

Según la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, no hay obstáculo para practicar la anotación de embargo sobre un automóvil, aunque en el Registro Administrativo de la Dirección General de Tráfico figure como titular del mismo una persona distinta. El principio de tracto sucesivo está admitido por la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles (arts. 5, 15 y 27).

Resolución de 22-10-2002

(BOE 11-12-2002)

Registro de Bienes Muebles de Navarra

EMBARGO DE AUTOMOVIL. REGISTRO ADMINISTRATIVO DE LA DIRECCION GENERAL DE TRAFICO.

Dicho Registro tiene sólo carácter puramente administrativo y no es preciso citar a los demás cotitulares que en él aparezcan para pretender la anotación de la traba cuando se siguen los trámites señalados en la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y su Ordenanza.

Resolución de 23-10-2002

(BOE 12-12-2002)

Registro de Bienes Muebles de Ourense

EMBARGO DE VEHICULO. LEASING ANTERIOR NO INSCRITO.

No es obstáculo para anotar el embargo de un vehículo la existencia de un leasing anterior, cuando éste no consta inscrito en el Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, aunque aparezca en el Registro Administrativo de la Dirección General de Tráfico, pues este último se inhibe totalmente de cuestiones civiles o relacionadas con la propiedad de los vehículos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA Y
MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HIPOTECA. FLOTANTE: NO CABE ENCUBRIRLA BAJO LA FIGURA DE UNA HIPOTECA DE CUENTA CORRIENTE LIQUIDATORIA.—LA HIPOTECA NO PUEDE DAR COBERTURA GENERICA A CUALQUIER CREDITO QUE

OSTENTE O PUEDA OSTENTAR EN EL FUTURO EL ACREEDOR CONTRA EL CONSTITUYENTE, NI AUN CUANDO SE PRODUZCA O PREVEA LA REUNION —MERAMENTE CONTABLE— DE LOS SALDOS RESULTANTES.

LA HIPOTECA EN GARANTIA DEL SALDO DE UNA CUENTA BANCARIA, COMO OBLIGACION AUTONOMA, SOLO PUEDE SER VALIDA CUANDO RESULTA DE LA APERTURA DE CREDITO O DEL ALCANCE NOVATORIO QUE LAS PARTES DEN A LA ANOTACION EN CUENTA DEL SALDO DE OBLIGACIONES ENTRE ELLOS EXISTENTES. SIN NUEVO CREDITO Y SIN NOVACION EXTINTIVA, SOLO EXISTIRA UNA HIPOTECA FLOTANTE QUE OTORGA AL ACREEDOR LA FACULTAD DE DECIDIR LAS OBLIGACIONES (QUE, POR CIERTO, QUEDAN AHORA TODAVIA INDETERMINADAS) QUE HAYAN DE INTEGRAR LAS PARTIDAS DE LA CUENTA PREVISTA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE JULIO DE 20011. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001).

RESOLUCION de 10 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don José Periel García, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Madrid, número 26, doña María Purificación García Herguedas, a inscribir una hipoteca de máximo en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don José Periel García, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Madrid, número 26, doña María Purificación García Herguedas, a inscribir una hipoteca de máximo, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 19 de noviembre de 1996, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid, don José Periel García, el Banco Popular Español y la sociedad «P.M., Sociedad Limitada» y don Luis Miguel y doña Carolina P. Z., exponen que el «Banco Popular Español, Sociedad Anónima», viene realizando operaciones mercantiles con la sociedad citada (línea de descuento por un límite de diez millones de pesetas y línea de descuento por un límite de veinte millones de pesetas), y con el fin de garantizarlas y las futuras señaladas en el apartado 2 de la cláusula primera, don Luis Miguel y doña Carolina P. Z..., constituyen hipoteca de máximo en garantía del saldo de una «cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria número... por un límite máximo de veinticinco millones de pesetas en la que únicamente podrán ser cargadas las partidas que se expresan en el Fundamento de Derecho 1.

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid, número 26, fue calificada con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura, junto con otra de subsanación y aclaración, autorizada por el mismo Notario, el 27 de noviembre de 1997, por la que y «como superposición de garantía» se constituye «hipoteca de máximo», en garantía del saldo de una llamada «Cuenta con finalidad liquidatoria número..., en la que se asentarán los saldos de dos líneas de descuento y de una cuenta corriente número..., se deniega su inscripción por lo siguiente: 1. La obligación de pagar el saldo de la cuenta de finalidad liquidatoria que se crea en la escritura carece de existencia en derecho, por falta de obligación, objeto y causa (arts. 1.088 y 1.261 del Código Civil). En el Derecho no existe la figura de la cuenta con finalidad liquidatoria de obligaciones, ya que la liquidación es un momento de la obligación, previo a su cumplimiento. La liquidación de la obligación no

puede desligarse ni abstraerse del contrato que la origina. En los mismos términos se pronuncia, entre otras, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de octubre de 1991. 2. La figura de la «cuenta con finalidad liquidatoria» que se «crea en la escritura» es objetiva y causalmente ajena al contrato de cuenta corriente, a que se refiere el artículo 217 de la Ley Hipotecaria, pues la finalidad de la cuenta corriente de crédito no es liquidatoria, sino que consiste en el régimen jurídico de cuenta corriente que supone: La suspensión de la exigibilidad de las obligaciones hasta la fecha de la liquidación de la cuenta, la confusión en la cuenta y la novación extintiva de las obligaciones al formarse el saldo, una vez liquidada la cuenta en la fecha establecida. En la propia escritura (apartado III) se dice que la hipoteca es de superposición de garantía, lo que excluye el efecto de novación de la cuenta corriente. Tampoco se consigna el plazo de liquidación que tiene que existir en toda cuenta corriente de crédito. 3. De la escritura resulta que la llamada «cuenta de finalidad liquidatoria» es un puro expediente operativo por el que el acreedor procede a liquidar unilateralmente obligaciones y a generar a su favor intereses remuneratorios y de demora, todo ello referido a operaciones que no se definen ni determinan. Lo que no cabe en Derecho, ya que: *a)* Las obligaciones derivadas de los contratos han de cumplirse a tenor de los mismos y en la escritura no están definidos los términos de los contratos. *b)* La existencia, validez y cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 del Código Civil); y la liquidación de obligaciones derivada de un contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, ni el acreedor puede fijar unilateralmente el monto de su crédito, pues iría en contra el principio de proscripción de la autotutela, siendo necesario el consentimiento de ambas partes o intervención judicial). *c)* El acreedor no puede generar a su favor intereses contra la otra parte, ni ordinarios ni de demora, por expediente de asentar importes en una cuenta operativa liquidatoria, cualquiera que sea su denominación, no obliga al deudor, porque la voluntad unilateral de una persona no es fuente de obligaciones para otra. *d)* El acreedor no puede resolver cada contrato por causas distintas del incumplimiento de las obligaciones consignadas en él. Así pues, no puede declarar vencido un crédito por impago de intereses de la llamada cuenta de liquidación que se crea en la escritura. 6. Por los principios de accesoriedad, publicidad y especialidad de las hipotecas, para constituir hipoteca es necesario que la obligación exista, que sea válida y que esté definida, de manera que pueda conocerse por el tercero en su concepto, naturaleza y posible importe, extremos que no concurren en este caso. Este defecto tiene carácter insubsanable y no prejuzga la posibilidad de constituir hipoteca en garantía del cumplimiento de obligaciones determinadas, o del saldo de cuentas corrientes de crédito constituidas conforme a Derecho. Contra la calificación de esta nota puede interponerse recurso en el plazo de cuatro meses, conforme a la Ley Hipotecaria y Reglamento Hipotecario. Previa manifestación del defecto, se extiende esta nota a petición del presentante, en Madrid, a 20 de abril de 1998. La Registradora. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que la Registradora parte del error de confundir el contrato de apertura de crédito en cuenta con el contrato de cuenta corriente entre comerciantes. En éste, según la doctrina, se da una recíproca concesión de crédito con novación de las relaciones incluidas como asientos en la cuenta; mientras que en la apertura de crédito, éste lo concede

únicamente el Banco y se produce la compensación automática de las partidas de cargo y abono y el acreditado debe el saldo final resultante de las operaciones crediticias pactadas que para que puedan ser garantizadas con hipoteca, deben reunir los requisitos de ser determinadas, homogéneas en cuanto pueden ser integradas en un solo contrato y con plazo final y entidad cuantitativa máximos comunes. Que las partes pueden elegir libremente cualquiera de las formas contractuales y la hipoteca será perfectamente inscribible en cuanto se cumplan los requisitos exigidos por la Ley y la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El efecto extintivo de la obligación pagada o cargada por medios de la compensación, se reconoce expresamente en la estipulación 2.^a de la escritura. II. Que es indudable el cumplimiento de los requisitos legales en lo que se refiere a la accesoriedad de la hipoteca, pues en una relación única de crédito entre dos partes, el saldo final es el que garantiza la hipoteca de máximo con la misma perfecta accesoriedad que pueda tener un préstamo hipotecario ordinario con ingreso en cuenta con soltero. Que es bueno traer a colación la Resolución de 23 de diciembre de 1987. III. Que en lo que se refiere al principio de especialidad que las Resoluciones que han denegado la inscripción de máximo en garantía de operaciones bancarias lo han hecho por indeterminación de las operaciones garantizadas (Resolución de 23 de diciembre de 1987); por englobarse obligaciones presentes y futuras (Resolución de 3 de octubre de 1991); por garantizarse avales futuros de forma indeterminada (Resolución de 17 de enero de 1994); y por garantizar la hipoteca indiscriminadamente, cuantas obligaciones contrajera el deudor con el Banco dentro del término de cinco años «en operaciones regulares del negocio bancario». Que como se desprende de la doctrina contenida en las Resoluciones, la hipoteca sólo puede garantizar saldos de operaciones: derivados de un contrato de apertura de crédito con obligaciones recíprocas; relativos a relaciones jurídicas de presente; y las operaciones deben concretarse en cuanto a su naturaleza, cuantía, límite temporal y a ser posible identificación individual o genérica de los terceros a que han de afectar. Que la escritura, una vez subsanada, cumple perfectamente con cuantos requisitos de fondo y de forma exigen la legislación hipotecaria y mercantil y no existe ninguna razón válida que impide su inscripción. Que en cuanto a las manifestaciones de la nota del apartado 3.b) y c), basta en cuanto a la primera remitirse al artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en cuanto a la segunda al artículo 1.755 del Código Civil y 314 y 315 del Código de Comercio.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: I. De la legitimación y los interesados: 1. Que el objeto de este recurso se refiere a una hipoteca de máximo constituida por dos hipotecantes no deudores a favor de un Banco. 2. Que el recurso no lo interpone el Banco interesado sino el Notario autorizante. 3. La escritura se ha realizado sobre minuta suministrada por el propio Banco y si se inscribiera, se perjudicaría de modo grave los derechos y el crédito del hipotecante no deudor, dejándole indefenso. 4. En este caso no puede suponerse que el Notario opera sobre la base del previo consentimiento implícito de todos los interesados. Que no parece que la concesión de legitimación al Notario autorizante de una escritura para interponer recurso contra la calificación del Registrador esté hecha para casos como éste. II. Sobre el fondo del asunto. Que la llamada «cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria» no ha existido nunca y aparece apenas dos o tres años, en escrituras de hipoteca en garantía global de obligaciones diversas en lugar

de la escritura de hipoteca en garantía del saldo de la cuenta derivada de operaciones diversas que la Dirección General de los Registros y del Notariado declaró no inscribible. Que esta figura no pertenece a los contratos de crédito sino a las hipotecas de máximo o de seguridad de relaciones preexistentes, si bien se presentan formalmente como de crédito porque pretende la ejecución de la hipoteca por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. De ahí que conviene examinar: 1. La distinción entre los contratos de crédito y las llamadas «operaciones de crédito» sobre obligaciones preexistentes. Que lo que los Bancos llaman operaciones crediticias constituye un cajón de sastre muy amplio, y hay algunas que están fuera del derecho, que jurídicamente no existen. Que dentro de los contratos de crédito se puede distinguir el préstamo. Que según se pacte o no la cuenta corriente, cabe distinguir en los contratos de concesión de crédito unilateral de los bancos a sus clientes entre el crédito simple y el crédito en cuenta corriente. Que la distinción entre crédito y cuenta corriente de crédito es muy antigua. Que, sin embargo, en la operativa comercial bancaria y en su beneficio, los acreedores han desarrollado artificios al margen del derecho, a los que también llaman operaciones de crédito, pero que jurídicamente no existen ni corresponden a operaciones de crédito, sino a operaciones de garantía para cubrir diversas relaciones preexistentes que pretenden garantizar en conjunto con una hipoteca global en la que se confunden todas ellas. En estos casos hay contrato de crédito propiamente dicho. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado separa: A. Las operaciones de crédito verdaderas. B. Las llamadas «operaciones de crédito que no son tales, sino operaciones de garantía para cubrir múltiples obligaciones previas que se pretenden garantizar en conjunto con hipoteca global, de modo que ésta cubra las obligaciones distintas procedentes de diversos títulos, previa reunión de las mismas en cuenta o similar. Que los artificios para esas reuniones contables que pretenden hacerse pasar como operación crediticia a garantizar como tal con hipoteca son básicamente: a) Los reconocimientos de deudas preexistentes, sin efectos novatorios, creando una macrodeuda artificial (Resolución de junio de 1998); b) La creación de una cuenta operativa en la que cargar obligaciones diversas que el acreedor tenga o pueda tener derivadas de otros contratos (Resoluciones de 26 de noviembre de 1990, 7 y 17 de enero de 1994 y 11 de enero y 11 de febrero de 1995); c) La nueva figura de cuenta especial de crédito de finalidad liquidatoria. 2. Modelos de condiciones generales de operaciones crediticias propias (crédito) e impropias. Que la actividad bancaria continuada destinada a operar en masa ha elaborado modelos para el contrato de concesión de crédito en cuenta corriente y también modelos para las referidas operaciones de artificio destinadas a obtener hipotecas flotantes. 3. Distinción entre el contrato de concesión de crédito verdadero y las operaciones para constituir hipotecas flotantes. El contrato de concesión de crédito es un contrato verdadero, una realidad jurídica propia y por eso es igual, haya o no haya garantía hipotecaria, porque el contrato casualmente existe y tiene su consentimiento y causa propias. Sin embargo, en las operaciones en que se busca constituir una hipoteca flotante para cubrir diversas deudas preexistentes derivadas de distintos contratos, no hay crédito, sino débitos garantizados de otros contratos. No hay contrato de crédito sino una cuenta aparente para hacer operante una cuenta flotante. 4. Razón de principio de cada obligación, su garantía hipotecaria. Que el principio de correspondencia obligación e hipoteca es imperativo causal y de la accesoriedad de la hipoteca inderogable, y si bien en algunos casos cabe constituir formalmente una sola hipoteca que

comprenda en su asiento la garantía de varias obligaciones, es preciso que éstas no se confundan. Que el principio de correspondencia de la finca e hipoteca es de fondo. Que por el principio de casualidad, extinguida una obligación, se extingue la hipoteca y no cabe usar la cobertura para otra, sino que hay que cancelarla. Que tal necesidad es causal y también corresponde al límite de orden público la conservación del valor del crédito real para todos, como pone de manifiesto la necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria cuando se hipotecan varias fincas en garantía de un solo crédito y en este caso el principio causal no se conculca. 5. Distinta naturaleza y finalidad del saldo en el contrato de crédito en cuenta corriente y en el creado como soporte de las hipotecas de máximo. Que la ejecución por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria del saldo de la cuenta corriente de crédito de que dispone el acreditado, en su provecho y a su decisión es jurídicamente correcta, pues el saldo es una suma de partidas, de cantidades dispuestas, en las que no existe problema jurídico ninguno, pues proceden del contrato causal originario de crédito que se califica e inscribe. Que, por el contrario, en la cuenta especial de crédito de finalidad liquidatoria no hay disposición de crédito, sino traslado de unas obligaciones previas que tienen su título a una cuenta en la que se hace un saldo garantizado con hipoteca y ese traslado lo hace el Banco interesado y que el cargo en cuenta produce la novación del débito. El saldo no está constituido por partidas, sino por obligaciones previas trasladadas, que no pueden presumirse que existan, ni que son válidas, ni que deban ni que sean exigibles. Pretender que puedan ejecutarse sobre el bien hipotecado en un procedimiento del artículo 153, donde sólo cabe alegar error o falsedad es permitir cobrar las obligaciones trasladadas sin posibilidad de excepcionar sobre las mismas. Que del examen de la escritura calificada se presume que la causa del contrato de crédito tiene que ser crediticia. No cabe crédito con finalidad liquidatoria con facultades irrevocables de cargo al Banco. La liquidación no tiene naturaleza sustantiva, sino que se refiere a una obligación que por el tenor de la escritura son las obligaciones previas reseñadas, por lo que está fuera del contrato de crédito e invadiendo el título de los otros contratos. Que el crédito de «la cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria» de la escritura no es el de crédito de la cuenta corriente a cuyo saldo se refiere el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y que invoca la propia escritura. Para que esta figura sea válida sería necesario que el cargo en cuenta sea libre decisión del acreditado, que éste sea el que tenga la facultad libérrima de cargar o no cargar y de cerrar la cuenta sin cargar nada y cancelar la hipoteca. Que la calificación se produce sobre los intereses originados por cargos realizados unilateralmente por el Banco, que no se producen en la cuenta de crédito auténtica. Que en el supuesto de vencimiento anticipado se está ante lo mismo y con el mismo vicio de origen, la potestad del acreedor en la disponibilidad y la ambigüedad en los términos. Que en los supuestos de intervención judicial se observa que pese a que la figura de la escritura no es una cuenta de crédito común, pretende utilizar contra los bienes hipotecados el procedimiento para la ejecución del saldo de la cuenta de crédito verdadera, dejando indefenso al deudor. Que en lo referente a la cláusula de constitución de la hipoteca, la garantía hipotecaria se hace en base a una determinación doble: primero que sea partida del saldo de la cuenta de crédito con finalidad liquidatoria y segundo que corresponda a las operaciones reseñadas. Que esto significa la necesidad de cubrir las partidas del saldo y la necesidad de demostrar que las partidas y los importes que se reclaman

contra la finca, por la hipoteca del hipotecante no deudor, corresponden a esas tres concretas operaciones. El tema es la reseña de estas operaciones que se da en la escritura no permite su identificación, ni identificar su contenido, ni siquiera se sabe que existan, pues no se aporta nada sobre ellas. Que la garantía hipotecaria de un tercero es una modalidad de fianza y más aún, en las hipotecas de máximo y seguridad de obligaciones existentes en las que el tercero afianza con un bien, un resultado de una relación. Ahora bien, el fiador tiene una serie de derechos frente al acreedor, entre ellos el de ser subrogado, de modo que si el acreedor no puede subrogar en el crédito al fiador, éste no está obligado a pagar. Que no hay coherencia entre el escrito del recurrente y la nota de calificación. Todos los extremos de la nota están sin impugnar.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota de la Registradora fundándose en que los términos de la escritura de 19 de noviembre de 1996, y de la complementaria de subsanación, de 27 de noviembre de 1997, ponen de manifiesto la certeza de los defectos señalados por el Registrador en su calificación.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: I. Que el núcleo del recurso estriba en determinar si la apertura de crédito, contemplada en la escritura calificada, tal como queda configurada tras la subsanación, es un contrato único que permite el aseguramiento del saldo resultante mediante hipoteca de máximo o bien pese a todas las cautelas establecidas en aras de respeto del principio de accesoriedad y especialidad, son necesarias tres hipotecas distintas. II. Que en la escritura se especifica claramente que en la cuenta liquidatoria sólo se podrán cargar y abonar los saldos resultantes de las específicas operaciones, para nada se citan relaciones distintas de las recogidas. III. Que se defiende que el contrato de apertura de crédito genera una obligación, final de pago del saldo no reintegrado y que puede revestir diversas prestaciones a cargo del Banco, lo importante es la unicidad del título contractual que no se disgrega en contratos u obligaciones distintas. IV. Que hay que destacar toda la jurisprudencia de la Dirección General que se cita en el escrito del recurso gubernativo y en especial la Resolución de 24 de julio de 1998.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.088, 1.261, 1.256 y 1.857 del Código Civil; 9, 12, 104, 142 y 217 de la Ley Hipotecaria, 51 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 3 de octubre de 1991.

1. En el presente recurso se pretende la constitución de hipoteca en garantía del saldo de una «cuenta especial de crédito con finalidad liquidatoria número...», por un límite máximo de veinticinco millones de pesetas en la que únicamente podrán ser cargadas las siguientes partidas: Los saldos que resulten a sus vencimientos de (dos líneas de descuento, por importes, respectivamente, de diez y veinte millones de pesetas), los posibles descubiertos de una cuenta corriente abierta en el Banco (favorecido por la hipoteca a constituir), los saldos que resulten de cualquiera de las operaciones que a continuación se indican, vencidas y no reclamadas judicialmente por el Banco, y para cuyo adeudo en la cuenta especial queda expresa e irrevocablemente facultado aquél: Pólizas de Crédito o de Préstamo, Pólizas de contrato Mercantil de Arrendamiento Financiero (Leasing) de que sean titulares los acreditados o prestatarios, uno cualquiera o ambos, y las renovaciones de las mismas que libremente se pacten dentro del plazo de vigencia de esta hipoteca; descubier-

tos en cuenta corriente de uno cualquiera de los garantizados o de ambos, lo sean en forma individual, conjunta o indistinta entre ellos o con cualesquiera otras personas; los importes de efectos impagados, con sus intereses, comisiones y gastos, previamente descontados a su cedente, cualquiera que sea éste de los garantizados con esta hipoteca; las cantidades que el Banco viniera obligado a satisfacer como consecuencia de avales y fianzas prestados por cuenta de ambos o uno cualquiera de los aquí garantizados; así como las cantidades que el Banco pudiera pagar en razón de contribuciones, tributos, exacciones de cualquier clase que afecten directamente a los bienes hipotecados, o las primas de seguros concertados en relación con los mismos o con la actividad que en ellos se desarrolle, pagos por cuotas y gastos de la comunidad de propietarios si los hubiere, créditos salariales, así como cualquier otro que el Banco haya de satisfacer por razón de la conservación y efectividad de la garantía que ahora se constituye, honorarios de Notario y Registrador derivados de esta escritura, hasta que una primera copia de la misma, librada para el Banco acreedor, quede inscrita en el Registro de la Propiedad».

2. El Registrador deniega la inscripción por los siguientes defectos: «1. La obligación de pagar el saldo de la cuenta de finalidad liquidatoria que se crea en la escritura carece de existencia en derecho por falta de obligación, objeto y causa (arts. 1.088 y 1.261 del Código Civil). En el Derecho no existe la figura de la cuenta con finalidad liquidatoria de obligaciones, ya que la liquidación es un momento de la obligación, previo a su cumplimiento. La liquidación de la obligación no puede desligarse ni abstraerse del contrato que la origina. En los mismos términos se pronuncia, entre otras, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de octubre de 1991. 2. La figura de la “cuenta con finalidad liquidatoria” que se “crea en la escritura” es objetiva y causalmente ajena al contrato de cuenta corriente a que se refiere el artículo 217 de la Ley Hipotecaria, pues la finalidad de la cuenta corriente de crédito no es liquidatoria, sino que consiste en el régimen jurídico de cuenta corriente que supone: la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones hasta la fecha de la liquidación de la cuenta, la confusión en la cuenta y la novación extintiva de las obligaciones, al formarse el saldo, una vez liquidada la cuenta en la fecha establecida. En la propia escritura (apartado III) se dice que la hipoteca es de superposición de garantía, lo que excluye el efecto de novación de la cuenta corriente. Tampoco se consigna el plazo de liquidación que tiene que existir en toda cuenta corriente de crédito. 3. De la escritura resulta que la llamada “cuenta de finalidad liquidatoria” es un puro expediente operativo por el que el acreedor procede a liquidar unilateralmente obligaciones y a generar a su favor intereses remuneratorios y de demora, todo ello referido a operaciones que no se definen ni determinan. Lo que no cabe en Derecho ya que: *a)* Las obligaciones derivadas de los contratos han de cumplirse a tenor de los mismos y en la escritura no están definidos los términos de los contratos. *b)* La existencia, validez y cumplimiento de las obligaciones no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 del Código Civil); y la liquidación de obligaciones derivada de un contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, ni el acreedor puede fijar unilateralmente el monto de su crédito, pues iría en contra del principio de proscripción de la autotutela, siendo necesario el consentimiento de ambas partes o intervención judicial). *c)* El acreedor no puede generar a su favor intereses contra la otra parte, ni ordinarios ni de demora, por expediente de asentar importes en una cuenta operativa liquidatoria, cualquiera que sea su denominación, no

obliga al deudor, porque la voluntad unilateral de una persona no es fuente de obligaciones para otra. *d)* El acreedor no puede resolver cada contrato por causas distintas del incumplimiento de las obligaciones consignadas en él. Así pues, no puede declarar vencido un crédito por impago de intereses de la llamada cuenta de liquidación que se crea en la escritura. 6. Por los principios de accesoriedad, publicidad y especialidad de las hipotecas para constituir hipoteca es necesario que la obligación exista, que sea válida y que esté definida, de manera que pueda conocerse por el tercero en su concepto, naturaleza y posible importe, extremos que no concurren en este caso.

Este defecto tiene carácter insubsanable y no prejuzga la posibilidad de constituir hipoteca en garantía del cumplimiento de obligaciones determinadas o del saldo de cuentas corrientes de crédito constituidas conforme a Derecho».

3. Debe tenerse en cuenta la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real de carácter accesorio que se constituye en garantía de una obligación determinada, a fin de asegurar al acreedor su cumplimiento (arts. 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 del Código Civil), y de ahí la exigencia de su adecuada identificación (vid. arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario). No se precisa, ciertamente, que la obligación a asegurar tenga ya existencia jurídica, puede constituirse también en garantía de una obligación futura (art. 142 de la Ley Hipotecaria), pero no por ello queda comprometida su accesoriedad y su esencial finalidad de garantía de un crédito específico, por cuanto también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de la constitución, la relación jurídica de la que derivara la obligación a asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento y autonomía exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria. La hipoteca no puede configurarse, pues, como la afectación de todo o parte del valor en cambio del bien gravado a favor de un determinado sujeto que de este modo obtendría una cobertura genérica que podrá aplicar a cualesquiera créditos que ostente o pueda ostentar en el futuro contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afectación pretendida.

4. Por otra parte, es evidente que la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas, carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, éste representa únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte y su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalterados sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio. Solamente cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente, deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquélla: tal exigibilidad se funda, entonces, en un convenio previo por el que o bien una de las partes concede crédito a la otra hasta cierto límite, de modo que al irse destinando aquél al pago de otras obligaciones del acreditado con el concedente, éstas se extinguen total o parcialmente, quedando únicamente el deber de restituir el importe dispuesto de ese nuevo crédito abierto o bien, ambas partes deciden que las recíprocas relaciones de crédito entre ellos pierda, al ser recogidas en la cuenta, su exigibilidad aislada, y sean sustituidas en el momento del cierre por la obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición deficitaria.

5. En el caso debatido, y pese a su denominación como cuenta de crédito, es evidente que no hay concesión de nuevo crédito al particular del que puede disponer libremente; su saldo no refleja una obligación nueva, independiente de la que han sido cargadas en ella, y exigible por sí misma; no se prevé la novación extintiva de las obligaciones cargadas en la cuenta con pérdida de su exigibilidad aislada y su sustitución por el saldo definitivo, de modo que aquéllas conservan su autonomía y su propio régimen jurídico; ni siquiera puede el pretendido «acreditado» determinar qué obligaciones podrán cargarse en la cuenta, sino que parece ser que es al Banco al que compete tal decisión. Lo que se pretende es únicamente la obtención de una hipoteca «flotante», en la que si bien aparece fijado el máximo de responsabilidad, queda al arbitrio del Banco determinar si esta cifra ha de estar integrada por unas u otras de los créditos que ostente contra el hipotecante (créditos que además, no sólo no quedan identificados al tiempo del otorgamiento, sino que se incluyen algunos futuros cuyo nacimiento depende exclusivamente de la voluntad del Banco).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Madrid, 10 de julio de 2001.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

Presentada a su inscripción una escritura de hipoteca de máximo, el Registrador de la Propiedad rechaza dicha inscripción por entender que la obligación que se garantiza con la hipoteca, «cuenta con finalidad liquidatoria», no tiene existencia en derecho por falta de causa y objeto, no se corresponde con ninguna figura contractual prevista en nuestro ordenamiento, y no puede asimilarse, desde luego, a la obligación garantizada con hipoteca de máximo típica, que es la resultante de la liquidación de la cuenta corriente de crédito.

Creo que habría que analizar, en primer lugar, en qué consiste una cuenta corriente de crédito (o apertura de crédito en cuenta corriente), para ver si las obligaciones que se pretenden garantizar con hipoteca de máximo encajan en este tipo contractual; y en caso negativo, cuál es la naturaleza jurídica de esa «cuenta con finalidad liquidatoria», para ver si puede garantizarse o no con la pretendida hipoteca de máximo.

El contrato que se presenta a su inscripción se califica como de cuenta corriente de crédito. Este contrato, también llamado apertura de crédito en cuenta corriente, tiene unas características propias que resultan de aunar las características de los contratos en los que se basa, pero de los que, también, se diferencia claramente: que son precisamente el contrato de crédito y el de cuenta corriente (1).

(1) Véase sobre el contrato de crédito, con soporte contable en cuenta corriente: CACHÓN BLANCO, J. E., «El contrato bancario de apertura de crédito», en AA.VV., *Los contratos bancarios y parabancarios*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 544; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 538;

Como contrato de apertura de crédito que es, se trata de un contrato atípico, consensual y bilateral que tiene por objeto la disponibilidad de dinero por parte del acreditado en una cuantía determinada; y el acreditante, a su vez, puede cargar intereses y comisiones, y durante un período de tiempo, asimismo, determinado, al término del cual hay que hacer la correspondiente liquidación para conocer lo que realmente se debe a la entidad financiera que concedió el crédito, para reintegrar a la misma, exactamente, la misma cantidad que se le concedió.

Se diferencia del préstamo en que no es real, sino consensual; no se perfecciona por una entrega de dinero, sino por la disponibilidad de ese dinero, que pasa a constituirse en la esencia o núcleo del contrato de crédito. Y, además, es bilateral, a diferencia del contrato de préstamo, en el que sólo existe la obligación unilateral por parte del prestatario de devolver otro tanto.

Todo ello articulado a través de una cuenta corriente en la que se anotan las disposiciones realizadas, cargos y abonos, y con los mismos derechos y obligaciones que el contrato de cuenta corriente ofrece a sus titulares. De este modo, y si quiere garantizarse con hipoteca el saldo resultante de esta cuenta corriente crédito, es obvio que sólo podrá hacerse a través de una hipoteca de seguridad, y en concreto, por una hipoteca de máximo, estableciendo un tope de responsabilidad hipotecaria en garantía de esa obligación de cuantía desconocida (que será la que resulte del saldo deudor-acreedor de la cuenta corriente). Este tipo de hipoteca garantiza, entonces, una sola obligación, desconocida en su cuantía, y por tanto no perfectamente determinada, pero sí determinable en el momento de la posible ejecución a través del certificado de la entidad y el sistema de doble libreta que es obligado llevar (art. 153 LH). En una hipoteca de máximo, en general, aunque sean varias las operaciones que inicialmente se pretenden garantizar con esa hipoteca (por ejemplo, en un contrato de suministro o renta), es absolutamente indispensable que se concrete la relación jurídica básica entre los interesados, de la cual surjan las obligaciones garantizadas, y que éstas noven en una sola obligación resultante. Es necesario, entonces, que se produzca una refundición o novación de las distintas obligaciones generadas en esa cuenta corriente en una sola, que en su cuantía corresponderá al saldo resultante de la liquidación de esa cuenta corriente, y que entre esas obligaciones exista un nexo causal que las una. Por tanto, y en este caso, aunque al inicio existiera una pluralidad de obligaciones derivadas de ese crédito en cuenta corriente deberían convertirse (para poder garantizarse con hipoteca de máximo) en una sola obligación perfectamente determinable, con causa existente y válida que es el contrato de cuenta corriente de crédito antes descrito, caracterizado por esa posibilidad de disponer hasta cierto límite de dinero.

¿Es la cuenta liquidatoria de la que aquí se habla la obligación resultante de la liquidación de una cuenta corriente de crédito? En la escritura que se presenta se habla de cuenta corriente de crédito, pero ni se señala un plazo en el que se mantiene la disponibilidad (que es obligatorio), ni desde luego se ha producido una verdadera novación o refundición de las obligaciones existentes, por otra parte dispares y sin nexo causal que las una.

SÁNCHEZ DE MIGUEL, M.^a C., «Préstamos, anticipos bancarios», en AA.VV., *Contratos Bancarios*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 184; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil III-2*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 226; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. VIII, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 338.

En efecto, en la escritura que se presenta se trata de garantizar el saldo resultante de una liquidatoria correspondiente a una serie de obligaciones distintas: en concreto, será el saldo resultante de dos líneas de descuento; los posibles descubiertos de una cuenta corriente abierta en el banco, los saldos resultantes de las siguientes operaciones: pólizas de crédito o de préstamo, pólizas de contrato mercantil de arrendamiento financiero y sus renovaciones, descubiertos en cuenta corriente de uno cualquiera de los garantizados o de ambos, los importes de efectos impagados, con sus intereses, comisiones y gastos, las cantidades que el banco tuviera que satisfacer como consecuencia de avales y fianzas prestados por cuenta de ambos o uno cualquiera de los garantizados, cantidades que el banco tuviera que pagar en razón de contribuciones, tributos, exacciones de cualquier clase que afecten a los bienes hipotecados, o las primas de seguros si los hubiere, créditos salariales, así como cualquier otro que el Banco haya de satisfacer por razón de la conservación y efectividad de la garantía que ahora se constituye, y asimismo, los honorarios de Notario y Registrador.

Desde mi punto de vista, la pluralidad de operaciones y obligaciones que se tratan de garantizar con esta hipoteca no tienen un nexo causal que las una, una relación jurídica básica de cuenta corriente de crédito que englobe a todas y cada una de ellas, pues en ningún momento se hace referencia, en las mismas, a que sean disposiciones (o consecuencia de la disponibilidad) por importes determinados del límite del crédito concedido. Podría pensarse que se trata simplemente de una serie de obligaciones reflejadas en una cuenta corriente (a efectos puramente contables), la cual se convertiría en el único nexo causal de las mismas, y que es el saldo de la liquidación de esa cuenta corriente como instrumento contable lo que se garantiza con la hipoteca. Pero esto no es posible, pues desfigura la cuenta corriente de crédito, asimilándola a una cuenta corriente simple que, precisamente, se diferencia de la de crédito en que, en ésta, el acreditado siempre será el deudor que deba devolver la cantidad prestada, mientras en la cuenta corriente (simple), existe una doble posición acreedora-deudora por ambas partes (2), y es más bien esto último lo que se deduce de la propia escritura; amén de que no se ha fijado el plazo típico de la cuenta corriente de crédito para su devolución. Todo ello, me lleva a pensar que no se trata de una verdadera cuenta corriente de crédito, sino de otra figura distinta, porque considero que no existe esa conexión causal entre las obligaciones, y que no sería posible calificar como cuenta corriente de crédito, garantizada con hipoteca de máximo, normal.

Además, y por otra parte, no hay que olvidar que el objeto de la hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito es el saldo de la cuenta corriente, pero como una obligación única, resultado de la novación de las anteriores en una sola, consecuencia del propio contrato de cuenta corriente. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia insisten, una y otra vez, en la necesidad de que se garantice una única obligación, lo que obliga, según PRETEL SERRANO (3), a que haya una sola concesión de crédito, o bien (en la cuenta corriente comercial) a que las distintas partidas pierdan su individualidad e

(2) En este sentido, véase LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil III-2», *ob. cit.*, pág. 226, y ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», tomo VIII, *ob. cit.*, pág. 338.

(3) Véase PRETEL SERRANO, J. J., «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *RCDI*, núm. 661, septiembre- octubre 2000, págs. 2841-2842.

independencia, no bastando la simple reunión contable de las diversas operaciones para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva independiente por el saldo resultante (4). Además, esa obligación resultante, que es el objeto de la garantía hipotecaria, ha de ser existente y válida, lo que implica que la pluralidad de operaciones que, inicialmente se pretenden asegurar y que desembocarán en la nueva obligación, han de ser, asimismo, existentes y no valen, o son rechazables, las futuras que se constituyan *ex novo* por parte del acreedor o deudor (5), o absolutamente indeterminadas, que parece que es el caso de la presente Resolución (6), pues eso daría lugar a la indeterminación y no existencia actual de la obligación resultante que debe asegurarse con la hipoteca de máximo.

Si solamente ha de ser una única obligación la garantizada con hipoteca, esto implica que, existiendo una serie de operaciones u obligaciones que *a priori* se pretenden asegurar con la hipoteca de máximo, en algún momento, esta pluralidad de novaciones ha de concretarse en una sola, debe producirse una novación de las mismas de forma expresa, bien, porque se produce esa pérdida de individualidad de las mismas por la voluntad de los interesados en un momento

(4) En el mismo sentido, SALAZAR GARCÍA, J., «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *BCNR*, núm. 294, noviembre 1992, pág. 2570: «Las sucesivas disposiciones que directamente el deudor pueda realizar o las operaciones de todo orden que, ya por orden del propio deudor, ya estructural o automáticamente por haberse previsto así en la regulación contractual de la cuenta corriente de crédito sean adeudadas en la misma, desaparecen como tales; al menos en las relaciones acreedor-deudor dejan de tener autonomía propia por su inclusión en la cuenta, en la que, con efectos novatorios, no pasan de ser partidas contables a considerar para la determinación del saldo final, que será la obligación única asegurada. Esta idea de obligación única asegurada, sin relación alguna con las diferentes operaciones que hayan podido ser objeto de adeudo y desaparecidas por su inclusión en la cuenta corriente, resulta fundamental».

(5) En este sentido, PRETEL SERRANO, J. J., «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», *ob. cit.*, pág. 2842, donde afirma que «son rechazables los supuestos en los que lo que se pretende garantizar son obligaciones futuras que queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor (Resolución de 11 de enero de 1995), o cuando dependa del acreedor el quedar o no vinculado en el futuro (Resolución de 27 de julio de 1999)»; GONZÁLEZ ROMÁN-MORA, R., «La hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito», en *BCNR*, núm. 68, 2001, págs. 231-234; sostiene este autor que las obligaciones que se garantizan con hipoteca en la cuenta corriente de crédito deben ser presentes y estar perfectamente determinadas, y añade que «no se puede pretender garantizar, con esta clase de hipotecas, obligaciones que se identifiquen con datos incompletos y junto a ellas otras que queden en total indeterminación en cuanto a su futura existencia. No se puede constituir una hipoteca en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones presentes y futuras».

En el mismo sentido, la Resolución de 22 de marzo de 1988, declara que «si bien en materia de hipotecas el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, siempre hay legalmente unas exigencias mínimas que no pueden ser eludidas, sin que pueda admitirse la constitución de hipoteca a favor de cualquier deuda futura».

(6) Sirva como ejemplo lo dispuesto en la propia escritura: «las cantidades que el Banco venga obligado a satisfacer como consecuencia de avales o fianzas prestados por cuenta de ambos o uno cualquiera de los aquí garantizados, así como las cantidades que el Banco pudiera pagar en razón de contribuciones, tributos, exacciones de cualquier clase...», y otros muchos.

determinado, o porque así se contempló, desde el inicio, en la propia escritura de constitución de hipoteca, donde se reflejó esa voluntad de las partes (7) (no se puede olvidar que, además, para que sea posible esa novación, las distintas operaciones o disposiciones realizadas han de tener su nexo causal en el contrato de cuenta corriente, como dijimos antes). Por lo tanto, mientras no exista novación de las distintas obligaciones en una sola, no puede existir hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito. Lo contrario llevaría a pensar en la posibilidad de una hipoteca de las denominadas flotantes; es decir, hipoteca en garantía de pluralidad de obligaciones sin conexión causal entre las mismas, que ha sido rechazada una y otra vez por la DGRN (8).

¿Ha existido novación o refundición de esa pluralidad de obligaciones aseguradas en una sola en este caso? Desde mi punto de vista, no. Porque no aparece reflejado en ningún caso la voluntad de las partes o el convenio por el que se decide esa novación; no hay novación expresa, ni siquiera parece que se pueda deducir. El hecho de que esas obligaciones aparezcan reflejadas en distintas anotaciones contables, y que como resultado de las operaciones contables se obtenga un saldo final, no implica que dicha liquidación, que da lugar al saldo, sea una verdadera novación, pues como dice BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA (9): «el saldo respecto del cual se concreta el derecho de crédito de una de

(7) En este sentido, la Resolución de 23 de diciembre de 1987 corrobora esta idea al declarar que «solamente cuando la cuenta corriente aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente, deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos y de los abonos efectuados en aquélla; tal exigibilidad se funda, entonces, en un convenio previo por el que, o bien una de las partes concede crédito a la otra hasta cierto límite, de modo que al irse destinando aquél al pago de otras obligaciones del acreditado con el concedente, éstas se extinguen total o parcialmente, quedando únicamente el deber de restituir el importe dispuesto de ese nuevo crédito abierto, o bien ambas partes deciden que las recíprocas relaciones de crédito entre ellas, pierdan, al ser recogidas en la cuenta, su exigibilidad aislada y sean sustituidas en el momento del cierre por la obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición deficitaria».

Y como lógica consecuencia de esto, la DGRN, recientemente, en la Resolución de 21 de junio de 2001, admite la inscripción de una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito, por entender que se ha producido una efectiva novación o refundición de las obligaciones aseguradas en una nueva y distinta, coincidente con el saldo resultante, y esto porque «resulta inequívoca, en la escritura, la voluntad de las partes de novar todas las deudas a las que se hace referencia para que se conviertan en una nueva y única deuda solidaria a la vez que se acuerda el modo en que la misma va a ser amortizada, así como los intereses que entre tanto va a devengar, y para garantía de esta única nueva deuda, que se configura por voluntad de los otorgantes como solidaria respecto de todos los deudores, se constituye una hipoteca sobre varias fincas que son de su propiedad. No se trata pues, como afirma erróneamente el Registrador, de garantizar un saldo fruto de una mera reunión contable de varias deudas preexistentes, sino que se trata de una verdadera y propia novación extintiva de todas ellas, que pasan a convertirse en una sola, tal y como resulta evidente de las estipulaciones transcritas».

(8) Véase, entre muchas otras, las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 17 de enero de 1994, 6 de junio de 1998, 6 de junio de 1998, 24 de julio de 1998, 7 de junio de 1999, 27 de julio de 1999, 6 de noviembre de 1999, 27 de septiembre de 2000, 3 de noviembre de 2000.

(9) Véase, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente*, CER, Madrid, 2001, pág. 76.

las partes es el exceso de la cantidad concurrente, es decir, es la diferencia entre el Haber y el Debe de la cuenta corriente obtenida según la voluntad de las partes mediante compensación progresiva o global. Por lo que creo que al cierre no pueda producirse la novación salvo pacto expreso de las partes, porque este exceso o saldo no es incompatible con la antigua obligación, dado que es la misma menos una cantidad». Sin embargo, y separándose del criterio seguido en este comentario, esta autora, a continuación, y tras probar que no existe novación en estos casos, llega a la conclusión de que ésta (la novación) no es elemento esencial de los contratos de cuenta corriente.

La DGRN confirma la primera parte de esta tesis, estableciendo en su doctrina que la simple reunión contable de las operaciones realizadas en una cuenta corriente (que es lo que ocurre en este caso) no produce la novación necesaria para transformar las distintas obligaciones en una sola y única obligación resultante del contrato de cuenta corriente de crédito; baste ver, al respecto y a modo de ejemplo, las siguientes Resoluciones: 23 de diciembre de 1987; 11 de enero de 1995; 30 de marzo de 1998; 6 de junio de 1998; 24 de julio de 1998; 7 de junio de 1999; 27 de julio de 1999.

Si no existe una novación extintiva que haga nacer esa única obligación, quiere decir que persisten las anteriores obligaciones con existencia propia, e independiente sin nexo causal, lo que hace imposible la existencia de una sola hipoteca en garantía de todas ellas, pues se vulnerarían los principios de determinación registral y de accesoriedad hipotecaria. Solamente podrían inscribirse (para dar cumplimiento al viejo axioma 1 obligación = 1 hipoteca) como distintas hipotecas; tantas como obligaciones existan. Como eso no se hace, ha de rechazarse, como bien dice la DGRN, esa hipoteca flotante o sumidero en garantía de múltiples y variadas obligaciones, pues su existencia vulnera los principios más elementales hipotecarios, y hasta la fecha no ha sido admitida.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. SUBROGACION LEY 2/94. INAPLICABILIDAD A CREDITO EN CUENTA CORRIENTE.—LA LEY 2/94 DEBE APLICARSE A PRESTAMOS O A APERTURAS DE CREDITO UNA VEZ QUE SE CONVIERTAN EN DEUDA ORDINARIA. NO CABE, POR TANTO, SU APLICACION A CREDITOS EN CUENTA CORRIENTE SI, POR RAZON DE LAS ESTIPULACIONES PACTADAS O POR LA FALTA DE CONCURRENCIA DE LAS PARTES INTERESADAS (ACREEDORA Y DEUDORA), NO PUEDE ENTENDERSE PRODUCIDA AQUELLA CONVERSION. (RESOLUCIÓN DE 17 DE JULIO DE 2001. BOE DE 21 DE AGOSTO DE 2001.)

RESOLUCION de 17 de julio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo, número 5, don José María Cadenaba Coya, a inscribir una subrogación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Jesús María Alcalde Barrio, en nombre y representación de la Caja de Ahorros de Asturias, frente a la

negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo, número 5, don José María Cadenaba Coya, a inscribir una subrogación de hipoteca en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura otorgada el 6 de marzo de 1997 ante el Notario de Oviedo don Francisco Sapena Davo, como sustituto y para el protocolo de su compañero de residencia don José Antonio Caicoya Cores, los cónyuges don P. P. S. y doña O. F. C. subrogaron a la Caja de Ahorros de Asturias, en la extensión y alcance que resulta del artículo 1.211 y concordantes del Código Civil, en un crédito garantizado con hipoteca del que aquéllos eran deudores frente a «Herrero, Sociedad de Crédito Hipotecario, Sociedad Anónima», previo traslado a «Banco Herrero, Sociedad Anónima» de la oferta vinculante aceptada por los interesados sin que transcurridos siete días, la entidad prestamista hubiera aportado certificación de la deuda pendiente y habiéndose negado a aceptar el pago de la cantidad presupuestada como adeudada que la Caja de Ahorros de Asturias depositó en poder del Notario autorizante a disposición de la entidad acreedora.

Dicho crédito era uno de los cuarenta y dos en cuenta corriente que «Herrero, Sociedad de Crédito Hipotecario, Sociedad Anónima» había concedido inicialmente a «Huerta del Cortijo, Sociedad Anónima», «Riva del Cortijo, Sociedad Anónima» y «Promociones y Desarrollos Urbanos, Sociedad Anónima», el que es objeto de subrogación hasta el límite de diecisiete millones doscientas cincuenta mil pesetas, con destino a la construcción de diversas fincas, y cuyo régimen de disponibilidad quedó determinado en la correspondiente escritura, otorgada el 17 de julio de 1995, en función del grado de ejecución de las obras a financiar, si bien cumplidos treinta y seis meses desde la fecha del otorgamiento quedarían los límites de disponibilidad reducidos a las cantidades hasta entonces realmente dispuestas. Se fijó el plazo de vigencia del crédito en veinticinco años, con un plazo de carencia de tres años durante el cual no se devolvería capital, plazo que finalizaría automáticamente cuando se produjera la compraventa de la finca hipotecada con subrogación de los compradores en el crédito, momento a partir del cual se iría reduciendo mensualmente el límite de disponibilidad en porcentajes crecientes sin perjuicio de facultar al acreditado para hacer entregas en cualquier momento que reduciría el saldo deudor, quedando en tal caso reducido el límite de disponibilidad en igual cuantía a la del ingreso. Quedó garantizado con hipoteca el saldo resultante de la cuenta hasta el límite de veintiún millones seiscientos cuarenta y ocho mil setecientas cincuenta pesetas más otros tres millones doscientas cincuenta mil pesetas para costas y gastos. Por último, para el caso de transmisión de cualquiera de las fincas hipotecadas, la prestamista consintió la asunción por parte del adquirente o adquirentes del saldo deudor total que arrojase la correspondiente cuenta de crédito y que sería siempre igual a la cantidad dispuesta y no amortizada más los intereses y, en su caso, comisiones que se devengaren y demás adeudos que se hicieren por cualquier concepto en la misma, considerándose operada la subrogación no novatoria del respectivo crédito con dicho adquirente o adquirentes, siempre que resultasen cumplidas ciertas condiciones cuya falta supondría la subsistencia de la responsabilidad del primitivo deudor sin producirse subrogación alguna salvo consentimiento por escrito del acreedor.

Finalmente, por escritura otorgada el 30 de julio de 1996, los prestatarios iniciales vendieron a los cónyuges O. P. S. y O. F. C., la finca hipotecada por

precio de veinte millones ciento cincuenta mil pesetas, del que quince millones quinientas mil pesetas, como saldo en aquel momento del crédito hipotecario garantizado por la misma, las retuvo la parte compradora para pago de dicho crédito que asumió, subrogándose en la hipoteca y en la condición jurídica de acreditada, liberando a la parte vendedora de toda responsabilidad derivada de dicho crédito.

II. Presentada copia de la escritura de subrogación en el Registro de la Propiedad, número 5, de los de Oviedo, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción porque la operación de subrogación de la presente escritura no se ajusta a los términos estrictos de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, ya que en el presente caso existe un contrato de cuenta corriente pactado entre el deudor y la entidad acreedora, y la referida Ley únicamente prevé su aplicación a los préstamos. El defecto se estima insubsanable por lo que no se toma anotación preventiva de suspensión. Contra la presente nota de calificación cabe recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses desde su fecha (art. 66 de la Ley Hipotecaria y art. 112 de su Reglamento). Oviedo, 20 de febrero de 1998. El Registrador». Sigue la firma.

III. Don Jesús María Alcalde Barrio, apoderado de la Caja de Ahorros de Asturias, interpuso en nombre de la misma recurso gubernativo frente a la anterior calificación alegando: Que la norma contenida en el artículo 1.211 del Código Civil, aletargada hasta la promulgación de la Ley 2/1994, que se auto-proclama desarrolladora del mismo, no ve recortado su ámbito de aplicación, pues en modo alguno se establece así expresamente, y dicha norma permite la subrogación sin consentimiento del acreedor sin distinción entre la figura del préstamo y la del crédito, haciendo referencia tan sólo al deudor y la deuda a pagar, y todos sus requisitos, tomar dinero a préstamo, expresar el fin para el que se hace y constar en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada se han cumplido, por lo que se ha producido una novación modificativa por cambio de acreedor con subsistencia de la obligación; Que si el crédito en cuenta corriente es aquél en que el banco se obliga a poner a disposición del cliente, hasta el límite pactado y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones, en el que ahora se contempla resulta que hay un plazo de carencia absurdo en los créditos en cuenta corriente durante los que no se devolverá capital, lo que profundiza en el absurdo, pues en el crédito puede que no llegue a disponerse hasta el límite concedido con posibilidades de realizar entregas anticipadas incoherentes en las cuentas corrientes de crédito, quedando, en tal caso, reducido el límite de disponibilidad, circunstancia delirante si se trata de una cuenta corriente de crédito, por lo que, sea cual sea el nombre que se le diera, tal figura crediticia es un préstamo porque la única actividad del deudor respecto del crédito fue subrogarse en la deuda por el importe dispuesto por el promotor y nada más, pues las obligaciones de la entidad acreedora acabaron ahí, en esa subrogación, pues cualquier entrega hecha por el deudor reduce el límite del crédito sin devenir disponible en el futuro. Para el deudor, en definitiva, siempre fue un préstamo, ya que sólo pudo subrogarse en las cantidades dispuestas por el promotor, que fueron inferiores al límite de disponibilidad. Que si la finalidad de la Ley 2/1994 era beneficiar a los deudores de la bajada de tipos de interés, no cabe interpretarla restrictivamente y ha de hacerse extensiva a los créditos hipotecarios.

IV. El Registrador informó en defensa de su nota: Que la Ley 2/1994, por su carácter especial y en cierto modo expropiatoria, exige una interpretación

si no restringida, dada la bondad de los fines que persigue, tampoco extensiva, sino rigurosa y estricta, evitando su aplicación a supuestos no previstos en ella, a fin de no perjudicar no sólo al primer acreedor, sino también a terceros que hayan inscrito su derecho en el período intermedio hasta la subrogación, que si bien no lo serán en cuanto exista una mejora de las condiciones del tipo de interés del préstamo a subrogar, sí pueden verse afectados si cambia la clase de hipoteca; Que dicha Ley, tanto en su Exposición de Motivos como en su articulado, se refiere siempre a préstamos hipotecarios, y permite tan sólo una mejora en las condiciones del tipo de interés, no así cualquier otra modificación de las circunstancias del préstamo hipotecario, con lo que excluye que como consecuencia de la subrogación se transforme un préstamo en un contrato de cuenta corriente o a la inversa. Que pese a los intentos del recurrente de asimilar el crédito garantizado a un préstamo, estamos en presencia de un crédito en cuenta corriente, así denominado por las partes y como tal inscrito, vinculado a una concreta cuenta no susceptible de trasladarse a otra y mucho menos si es distinta la entidad acreedora sin que medie una cesión de contrato. Que las figuras contractuales del préstamo simple y el crédito en cuenta corriente, por más que participen de la misma finalidad son distintas, tal como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1989, con referencia precisamente a la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código Civil, siendo de tener en cuenta la doctrina de la Resolución de 23 de diciembre de 1987, posteriormente reiterada, sobre la diferencia entre la mera reunión contable de diversas partidas de crédito y la cuenta bancaria como instrumento contable de una relación contractual, de suerte que, de practicarse la inscripción pretendida, se habría operado una transformación de la operación inicialmente convenida de apertura de crédito en cuenta corriente, en otra de préstamo simple. Que son distintas las consecuencias registrales de la inscripción de una hipoteca según sea en garantía de un préstamo, que como operación cerrada supone la entrega del capital que hay obligación de devolver, o en garantía de un crédito en cuenta corriente, operación abierta en la que el prestamista se obliga a mantener la disponibilidad del mismo durante cierto plazo, disponibilidad de la que el acreditado puede hacer uso o no y en la cantidad que desee, de suerte que, mientras que en la primera todos los elementos de la obligación garantizada están determinados en el Registro, en la segunda su determinación ha de hacerse fuera de él. Siendo distintas una y otra hipoteca, la Ley especial no permite su modificación si no es con acuerdo de todos los interesados y sin que la expedición de la certificación acreditativa del débito, ni en ingreso realizado para su pago al amparo de la misma Ley puedan considerarse como prestación del consentimiento del primitivo acreedor para tal fin, en cuanto supone una novación total y plena de la primitiva por la nueva. En cuanto al argumento del recurrente de que con esa configuración de los préstamos bajo la forma de crédito en cuenta corriente se comete fraude a la Ley especial, es de señalar que existiendo como existían y era habituales antes de promulgarse la misma, no fueron tomados en cuenta por el legislador, con lo que tan sólo cabe para ellos el mecanismo ordinario de la cesión del contrato, conforme a los requisitos de los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil, contrato distinto de la subrogación prevista en la Ley 2/1994, sin que quepa admitir la referencia del mismo recurrente a la cooperación del Registrador en dicho fraude, pues la existencia o no del mismo escapa a su función calificadora. Y, finalmente, que pese a las imprecisiones contenidas en la escritura de compra-

venta de la finca, con sus referencias al «préstamo, capital vivo o subrogación en la obligación garantizada» que el Registro ha recogido por imperativo de lo dispuesto en el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario, lo que en realidad existe no es una subrogación sino una «sumisión» en la misma en los términos que figuraba inscrita y que claramente constataban que era una hipoteca en garantía de cuanta corriente.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias resolvió desestimar el recurso confirmando todos los extremos de la nota recurrida aceptando en cuanto a ellos los argumentos del Registrador.

VI. El recurrente apeló el Auto que desestimara su recurso y reiteró sus argumentos en el sentido de que el crédito subrogado no puede considerarse como un crédito en cuenta corriente sino como un préstamo con disposición en varios actos; la existencia de fraude a la finalidad de la Ley 2/1994, la aplicación extensiva de que ésta debe ser objeto; la innecesidad de consentimiento del primitivo acreedor, una vez que lo prestó para la asunción de la deuda por los compradores en cuanto al saldo deudor total que arrojase la correspondiente cuenta, limitado a la cantidad dispuesta y no amortizada; que en todo caso la hipoteca, en cuanto garantiza unos intereses variables, ya es de por sí una hipoteca de máximo conforme a la doctrina de este Centro Directivo y, por último, que no existen razones para diferenciar la responsabilidad hipotecaria por principal e intereses, dada la autonomía de la voluntad para fijar éstos dentro de los límites legales, diferenciación por otra parte resultante de comparar el límite de disponibilidad pactado y el máximo total garantizado con la hipoteca.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 2 y 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, y los artículos 3, 1.211 y 1.753 y siguientes del Código Civil; 12, 143 y 144 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de 16 de junio y 13 de julio de 1999 y 18 de junio de 2001.

1. Se plantea en el presente recurso la posibilidad de hacer uso del derecho regulado en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogar a una nueva entidad financiera en la titularidad de los préstamos hipotecarios en el caso de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria.

2. El supuesto de hecho planteado es inicialmente análogo al que abordara la Resolución de 18 de junio del corriente año. Se decía en ella que la finalidad declarada en la Exposición de Motivos de aquella Ley, el permitir beneficiarse de la bajada de los tipos de interés a los prestatarios que tenían concertados sus préstamos con anterioridad, unida a su carácter excepcional en cuanto impone al titular de un crédito su transmisión forzosa, han de conducir a una interpretación estricta que huya tanto del criterio extensivo a que conduciría su finalidad, como del restrictivo que aconsejaría su especialidad. Y en esa línea entendió que, dentro del concepto «préstamo hipotecario» contenido en el artículo 1.º de la citada Ley, cabía no sólo aquellos que se adecuasen al régimen del contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil, y 311 y siguientes del Código de Comercio, sino todos aquellos otros que partiendo de otra configuración, fuesen contratos consensuales de préstamo futuro, incluso aperturas de crédito que desembocasen posteriormente en una situación asimilable al préstamo como relación jurídica unilateral, de suerte que si la interpretación del régimen legal de subrogación en los préstamos hipotecarios ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tal como impone el artículo 3 del Código Civil, hay que

llegar a la conclusión de que cabe su aplicación a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario.

3. Ahora bien, el caso ahora planteado difiere del entonces resuelto. En ambos, el banco abría a un promotor inmobiliario una serie de créditos destinados a financiar la construcción de otras tantas viviendas, de los que aquél podría ir disponiendo en función del grado de desarrollo de las obras e, igualmente, en ambos se convino que, llegado el mes treinta y seis desde la fecha del otorgamiento, o antes, si se producía la venta de la finca hipotecada con subrogación del adquirente, el límite de disponibilidad se reduciría a las cantidades hasta entonces dispuestas, cuyo importe habría de amortizarse en un plazo no prorrogable de veinte años, con rebajas mensuales del límite de disponibilidad conforme a un cuadro que incrementa progresivamente la cuantía de las reducciones, lo que indirectamente determina el importe de las cuotas de amortización. Pero mientras que en el primero a la hora de formalizar la venta de la finca hipotecada con fijación de la suma debida y asunción de la deuda por los compradores intervenía el acreedor, de suerte que consentía tanto la concreción de la deuda como su asunción, y todo ello tenía el correspondiente reflejo registral con el alcance que resulta de los artículos 143 y 144 de la Ley Hipotecaria, en el ahora planteado la concreción y asunción de deuda se han convenido sin intervención del acreedor.

Al no resultar por tanto de los asientos del Registro que se haya producido aquella conversión del crédito en cuenta corriente, como relación jurídica compleja con obligaciones por ambas partes, en una relación jurídica unilateral de deuda por el saldo que arroja la correspondiente cuenta al finalizar el período de disponibilidad, pues pactado que tal evento tendría lugar bien por la asunción de la deuda existente al tiempo de la transmisión de la finca en las condiciones pactadas, bien a los treinta y seis meses desde la formalización del contrato, falta la constancia de que la asunción de deuda ha tenido lugar en aquellos términos y el plazo previsto no había transcurrido cuando se pretende la subrogación cuya inscripción se ha rechazado, ha de confirmarse la Resolución apelada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando el auto apelado.

Madrid, 17 de julio de 2001.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

COMENTARIO

El tema que voy a tratar de desarrollar en este comentario y que ha sido la causa del presente recurso ante la DGRN, concierne al ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/1994, sobre Subrogación y Modificación de préstamos hipotecarios.

El debate o desarrollo creo que debe seguir el siguiente esquema: en primer lugar, hay que ver si es posible extender la pretendida subrogación del acreedor hipotecario conforme a la Ley 2/1994, a otras figuras contractuales habituales en la práctica bancaria, o si, por el contrario, ésta sólo es posible con

respecto al contrato de préstamo, al que se refiere expresamente la propia Ley. En segundo lugar, habrá que calificar la naturaleza jurídica del contrato y las obligaciones que se garantizan con hipoteca en este caso, respecto de las cuales se pretende la subrogación, para poder concluir si es posible o no que ésta se lleve a cabo conforme a lo preceptuado en la citada Ley.

1. AMBITO OBJETIVO DE LA LEY 2/1994

Esta Ley surgió, como dice su Exposición de Motivos, para que las personas que hubiesen concertado un préstamo hipotecario con anterioridad a la bajada generalizada de los tipos de interés que se produjo en esos años, pudieran beneficiarse de la misma. Para ello, se permite a los deudores subrogar sus hipotecas a otro acreedor distinto que ofrezca condiciones más ventajosas, eliminando o suprimiendo las dificultades y costes que hasta entonces generaban esta operación.

El artículo 1.2 de esta Ley delimita su ámbito de aplicación, y solamente contempla los préstamos hipotecarios (1), de donde una interpretación estricta nos llevaría a concluir que solamente puede producirse la subrogación del acreedor hipotecario en este tipo de contrato.

Refuerza esta idea el hecho de que en la propia Ley se diga que viene a cumplir con el mandato parlamentario de habilitar los mecanismos necesarios para que los deudores puedan subrogar sus acreedores en aplicación del artículo 1.211 del Código Civil. Es decir, es claro que la subrogación prevista en esta Ley no es sino un desarrollo de la subrogación sin conocimiento del acreedor prevista en el artículo 1.211 del Código Civil.

Y es cierto que esta posibilidad de subrogación del 1.211 del Código Civil hay que interpretarla de manera restrictiva, pues se trata de un supuesto excepcional, y por lo tanto hay que cumplir escrupulosamente los requisitos que allí se exigen, entre los cuales se dice expresamente que la subrogación sólo es posible si se trata de un contrato de préstamo.

Coinciden en esta idea y en la interpretación restrictiva que debe darse a este artículo gran parte de la doctrina y jurisprudencia. En este sentido baste ver la STS de 27 de junio de 1989, que califica al artículo 1.211 del Código Civil de «precepto de interpretación restrictiva dada su excepcionalidad», y por lo que concluye que al no ser un contrato de préstamo sobre el que se pretende la subrogación, no se cumplen los requisitos de dicho artículo, y por tanto no puede operarse dicha subrogación. En el mismo sentido se encuentra la RDGRN, de 7 de diciembre de 1950, que declara que «el deudor podrá realizar la subrogación convencional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil, sin el consentimiento del acreedor, en cuanto cumpla los siguientes requisitos de ineludible observancia. 1.º Que el deudor haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella; y 2.º que al pagar el mismo deudor se consigne en la correspondiente carta de pago la procedencia de la cantidad pagada, circunstancias encaminadas a prevenir posibles abusos en perjuicio o fraude de acreedores posteriores».

(1) Artículo 1.2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo: «La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada».

La doctrina también es unánime al interpretar de forma restrictiva la subrogación prevista en el 1.211 del Código Civil, sin consentimiento del acreedor; así, por ejemplo, y entre otros, lo manifiestan SANCHO REBULLIDA, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, GUTIÉRREZ SANTIAGO, SANTOS BRIZ, LÓPEZ LIZ (2).

Luego, si existe una subrogación del 1.211 del Código Civil, sólo cabe hacer una interpretación estricta del mismo, y por lo tanto, sólo puede hacerse la subrogación sin consentimiento del acreedor si se cumplen los requisitos en él establecidos; a saber, que se trate de un contrato de préstamo (y sólo para ese contrato), que se haga en escritura pública y que en ella conste que el destino de la suma prestada será el de pagar una deuda concreta del prestatario.

Si, como hemos dicho, la subrogación prevista en la Ley 2/1994, tiene su fundamento en el artículo 1.211 del Código Civil (pues no es sino el mecanismo que facilita y agiliza esa posibilidad legal), debe interpretarse, asimismo, de forma estricta lo que en la Ley se contiene. Y la Ley sólo menciona la posibilidad de subrogación en los préstamos hipotecarios, tal y como confirma la redacción del artículo 1.2, luego parece lógico pensar que sólo puede aplicarse a este tipo de contrato, quedando excluidas de la posibilidad de subrogación del acreedor hipotecario, otro tipo contractual distinto del préstamo.

De igual forma, la referencia expresa de esta Ley a la Ley de Regulación de Mercado Hipotecario hace pensar que debe tratarse del mismo contrato al que esta última hace referencia, y ese no es otro que el préstamo hipotecario, tal y como se contiene a lo largo de todo su articulado. Baste ver, por ejemplo, el artículo 1 LRMH: «Las entidades financieras a las que esta ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos...»; artículo 4 LRMH: «la finalidad de las operaciones de préstamo, a que se refiere esta ley, será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización...».

(2) SANCHO REBULLIDA, F. A., «Comentarios a los artículos 1.203-1.213 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991: Al comentar el artículo 1.211, este autor mantiene que en la novación prevista en el mismo, «el beneficiario es el prestamista, cuya situación se antepone a la de los acreedores anteriores al préstamo pero posteriores a la obligación satisfecha con el préstamo. Su carácter excepcional determina una interpretación restrictiva mediante rigurosa exigencia de la concurrencia de sus requisitos», y entre ellos está el tratarse de un préstamo; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio 1994, pág. 1208, donde mantiene que el artículo 1.211 del Código Civil contempla un supuesto excepcional que exige que se aplique en sus justos términos, para lo que es preciso que «para pagar el deudor ha de tomar prestado el dinero (préstamo en sentido propio, como el caso del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, crédito...); GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., en AA.VV., *Comentarios al Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 1440: «El artículo 1.211 contempla un supuesto en que excepcionalmente la subrogación se opera por voluntad del deudor, que en la hipótesis prevista es quien paga, sin necesidad de que lo consienta el acreedor actual e incluso contra su voluntad. Precisamente por su carácter excepcional, el precepto merece una interpretación restrictiva mediante la rigurosa exigencia de observancia de todos los requisitos que establece». En el mismo sentido, defienden el carácter excepcional del artículo 1.211 del Código Civil y su interpretación restrictiva: LÓPEZ LIZ, J., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)*, ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 54-57; SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1203-1213 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. IV, ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 405.

Sin embargo, puede chocar con la mentalidad de la Ley que es, precisamente, conseguir de una forma rápida y sencilla que el deudor pueda favorecerse de la bajada generalizada de los tipos de interés que afectan a sus créditos. Si el legislador quiso dar facilidades al deudor, huyendo del más complicado (y ya previsto) sistema del 1.211 del Código Civil, puede ser que también quisiera apartarse en este punto de la interpretación más estricta.

La doctrina se encuentra dividida: por un parte, hay autores que consideran que la interpretación de la Ley debe ser literal, y que sólo cabe la subrogación con respecto a los préstamos garantizados con hipoteca. En este sentido, GARCÍA MAS (3) mantiene que el ámbito de la Ley, «desde el punto de vista objetivo, debe tratarse de préstamos hipotecarios, y tanto de interés fijo como variable», sin que pueda extenderse a otras figuras. Igualmente, y de forma mucho más concluyente, LÓPEZ LIZ (4) considera que solamente puede aplicarse esta Ley a los préstamos hipotecarios y no a otros supuestos de carácter, al menos dudoso para otros autores, los cuales analiza uno por uno. Eso sí, dentro de los préstamos hipotecarios no existe obstáculo para que pueda aplicarse la Ley 2/1994 a sus distintas modalidades: los que estén instrumentalizados a través de una cuenta corriente, a los de interés fijo o variable, a los anteriores a la entrada en vigor de esta ley, o a los que tengan previsto o no la amortización anticipada.

Por el contrario, existen otros autores que aunque, en un principio, consideran que la Ley sólo debe aplicarse a los préstamos hipotecarios, critican a continuación ese ámbito restringido, cuya razón estriba fundamentalmente en la relación con la normativa del mercado hipotecario, donde sólo se mencionan estos contratos y se plantean la posibilidad de extenderlo a otras figuras. Entre ellos cabe mencionar a NIETO CAROL (5), VATTIER FUENZALIDA (6), RUIZ-

(3) Véase GARCÍA MAS, F. J., «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 624, septiembre-octubre 1994, pág. 1950.

(4) Véase LÓPEZ LIZ, J., «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)», *ob. cit.*, págs. 91-94.

(5) Véase NIETO CAROL, U., «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Contratos bancarios y parabancarios*, AA.VV., ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 476: «el artículo 1.1 habla de préstamos hipotecarios, lo que implica excluir cualesquiera créditos no procedentes del préstamo. Quedarían así excluidos los créditos garantizados con hipoteca procedentes de cualesquiera contratos crediticios que no sean estrictamente préstamos (por ejemplo, apertura de crédito). Probablemente la razón de la restricción hay que buscarla en la conexión con la normativa sobre el mercado hipotecario, en la que se regula únicamente los contratos de préstamo. Sin embargo no había razón para excluir del ámbito de aplicación de esta ley otras formas de crédito distintas de la estricta del contrato de préstamo».

(6) VATTIER FUENZALIDA, C., «La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 1994, pág. 606: después de afirmar que el objeto de la Ley son los préstamos hipotecarios, añade que con respecto al mercado de los préstamos hipotecarios, hay que decir que desde hace tiempo se han generalizado los negocios cuyo objeto es el derecho de crédito... Y es que el derecho de crédito no ha escapado a la ola de «mercificación» que, a juicio de A. Lannarelli, caracteriza a la sociedad postindustrial, y en cuya virtud el crédito, igual que las demás cosas o bienes, entra en la espiral monetaria. De alguna manera, pues, la subrogación de las entidades financieras viene a regular ese tráfico de derechos de crédito, así como las relaciones de agresión y defensa de tales entidades frente al mismo; y de aquí que el nuevo supuesto de subrogación pueda configurarse

RICO (7), y sobre todo a HERNÁNDEZ ANTOLÍN (8) que examina una serie de supuestos dudosos en los que cabría plantearse la aplicación de la Ley. Entre los que sí es posible su aplicación, según este autor, hay que señalar la apertura de crédito cuya admisión defiende basándose en que incluso el préstamo se instrumentaliza contablemente a través de una cuenta; que en la Ley se habla en varios momentos de crédito y no de préstamo; y por las dificultades prácticas que puede suponer para la entidad que se subroga el averiguar por su cuenta la cantidad pendiente de pago. LÓPEZ LIZ (9) critica y rebate los argumentos de HERNÁNDEZ ANTOLÍN, manteniendo que, efectivamente, la Ley habla de créditos, pero se trata de una imperfección técnica; que el hecho de que los préstamos se instrumentalicen a través de cuentas de préstamo no los identifica con cuentas de crédito, cuya diferencia ha sido puesta de relieve por la doctrina en muy distintas ocasiones; y por último, afirma que si la Ley habla sólo de préstamos, y es de interpretación restrictiva, ¿por qué hay que darle más vueltas?

La jurisprudencia también ha interpretado en los últimos tiempos que, aunque en la Ley sólo se hace referencia expresa a los préstamos hipotecarios, no habría problema para extender la subrogación a otras figuras que no siendo préstamos hipotecarios en sentido estricto (es decir, el regulado en los arts. 1.753 a 1.757 del Código Civil), puedan englobarse en esa categoría por su similitud, ya que aunque en su inicio no se asemejen, desembocarán en una relación jurídica unilateral asimilable al préstamo, como puede ocurrir con un préstamo futuro o incluso una apertura de crédito. En este sentido se manifiesta la Resolución de 18 de junio de 2001 (10). Se amplía, por lo tanto, el ámbito objetivo de la Ley, pero limitadamente.

como una regulación parcial del mercado secundario de los préstamos hipotecarios, al menos entre las entidades A y B y las que sucedan eventualmente a esta última, el cual viene a completar el mercado de los títulos hipotecarios».

(7) RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y UREÑA MARTÍNEZ, M., «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 38, octubre de 1994, págs. 786-790: «Además el artículo 1 LSMPH establece una nueva limitación: han de tratarse de entidades titulares de préstamos hipotecarios. Esto supone excluir a cualesquiera créditos hipotecarios no procedentes del préstamo. Por ejemplo, créditos hipotecarios nacidos de un contrato de compraventa en el que el vendedor asegura el pago total del precio con una hipoteca sobre el inmueble vendido o sobre otro distinto. O bien créditos garantizados con derecho real de hipoteca, provenientes de otros contratos crediticios que no sean propiamente “préstamos”: por ejemplo, cuentas corriente de crédito, dada la diferente naturaleza jurídica atribuida por la doctrina a esta modalidad del contrato bancario. De nuevo, la razón de la restricción hay que buscarla en la conexión con la normativa sobre Mercado Hipotecario, en la cual se regulan únicamente —aparte de la emisión de cédulas, bonos y participaciones hipotecarias— contratos de préstamo (para construcción o adquisición de viviendas o locales, etc.). Por ello, la crítica debería ser la misma que se expuso en el apartado anterior: modificado el artículo 1 en el trámite parlamentario, debería haberse dado entrada a créditos hipotecarios procedentes de otras operaciones bancarias».

(8) HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», *ob. cit.*, págs. 1216-1221.

(9) Véase LÓPEZ LIZ, J., «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo)», *ob. cit.*, págs. 95-97.

(10) En este sentido, la Resolución de 8 de junio de 2001, después de diferenciar claramente el préstamo de la apertura de crédito en cuenta corriente, mantiene: «frente

Por mi parte, considero que la interpretación que debe hacerse de la Ley y su artículo 1.2 ha de ser estricta, y sólo debe aplicarse al contrato de préstamo hipotecario, pues donde la Ley no distingue no debemos hacerlo nosotros. Esto es así porque desde los orígenes de la Ley, ya desde el mandato parlamentario que la provocó, el legislador siempre se ha referido al préstamo hipotecario, y además, en la tramitación parlamentaria se cambió la redacción inicial, que regulaba exclusivamente la subrogación en los préstamos hipotecarios para la promoción, adquisición y rehabilitación de viviendas, por la más amplia de «préstamos hipotecarios», y sin embargo, no se aprovechó (si es que esa hubiese sido la voluntad del legislador), para cambiar o ampliar más el ámbito objetivo de la Ley a otros créditos surgidos de otras figuras contractuales distintas del préstamo, garantizados con hipoteca. Por otra parte, los préstamos hipotecarios son mucho más frecuentes en la práctica bancaria, generalmente destinados a comprar o construir una casa o edificio, y tiene, en general, como deudor, a aquél que la exposición de motivos de esta Ley trata de favorecer.

Ahora bien, es el concepto de préstamo hipotecario el que debe delimitarse, pues creo, como parte de la doctrina y de la Resolución citada en el párrafo anterior, que no hay problema para considerar como préstamo hipotecario a esas figuras o situaciones contractuales que son perfectamente asimilables a la misma en su devenir, por transformarse en una sola y única relación jurídica unilateral = la obligación del prestatario de devolver lo mismo que se le prestó.

Luego, sólo si en el caso que se analiza, la figura garantizada con hipoteca es un préstamo, al menos en sentido amplio, podrá ser posible la subrogación conforme a la Ley 2/1994. Y eso es lo que hay que analizar a continuación.

a estas figuras (préstamo y apertura de crédito), tipificadas por el legislador y los usos bancarios, las técnicas financieras han alumbrado, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, otras modalidades de contrato de préstamo que, partiendo de cada una de aquéllas, confluyen en la práctica en situaciones similares... Y junto a ellas, está la modalidad de apertura de crédito en que se condiciona la disponibilidad no sólo para ciertos fines y en porcentajes determinados sobre el total crédito concedido, sino que se fija un plazo, transcurrido el cual desaparece aquélla, concretándose el importe debido en las sumas de que se haya dispuesto hasta entonces que se ha de devolver a partir de ese momento, siguiendo el régimen de amortización periódico y con devengo de intereses en términos coincidentes con los préstamos sujetos a amortización por cuotas. La proximidad de ambas figuras es evidente en cuanto participan de la misma causa negocial y sus efectos, una vez que se ha recibido el préstamo o ha dispuesto del crédito son perfectamente asimilables. Si en un momento inicial, en tanto la entrega no ha tenido lugar o está abierta la disponibilidad, existe una relación jurídica compleja, una vez culminada aquélla o se cierra la facultad de disponerse transformada en una relación idéntica a la del préstamo ordinario, con un acreedor exento ya de obligaciones que a partir de entonces recaen sobre el deudor. Y si la relación jurídica entre las partes sufre esa transformación, necesariamente ha de repercutir en la hipoteca que garantiza el crédito, que de ser una hipoteca de seguridad en garantía de una obligación futura o condicional y hasta un máximo de responsabilidad, pasará a ser una hipoteca ordinaria o de tráfico en garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada... Llegado ese momento... ha de llevar a la conclusión de que cabe su aplicación (de la Ley 2/1994) a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario».

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

El problema nuevo con el que nos encontramos es determinar si la escritura que se presenta al Registrador contiene un contrato de préstamo hipotecario o, por el contrario, se trata de un contrato de cuenta corriente de crédito con obligaciones bilaterales, garantizado con una hipoteca especial que sería de máximo.

El contrato de préstamo se caracteriza por ser un contrato real que se perfecciona por la entrega de una cantidad de dinero, y unilateral, ya que sólo existe la obligación por parte del prestamista de devolver la misma cantidad que le fue entregada (obligación perfectamente determinada y conocida desde la constitución de la hipoteca). Por el contrario, la figura que parece establecerse en este caso no encaja dentro de los límites del préstamo puro, sino que tal y como han dispuesto las partes, se trata, más bien, de una apertura de cuenta corriente de crédito, y así la califican e inscriben con obligaciones múltiples bilaterales para ambas partes, ya que tal y como se dice en la escritura que se presenta a su calificación por el Registrador, se garantiza con hipoteca el saldo resultante de una cuenta de crédito determinada, según las cantidades que se hubiesen dispuesto y con un límite de 21.648.750 ptas. (obligación, por tanto, de cuantía indeterminada *ab initio*).

La diferencia entre el préstamo y la cuenta de crédito es grande, al menos doctrinalmente, y así lo ha reflejado, entre otras, la STS de 27 de junio de 1989, al decir que el contrato de cuenta corriente es aquél por el cual «el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe el cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente», y que se trata de un contrato consensual y bilateral, y continúa diciendo que, por lo tanto, «no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario».

Parece, entonces, que las diferencias entre ambos contratos son evidentes, y que desde luego no pueden confundirse ni intercambiarse.

En este caso, el notario autorizante de la escritura entiende que en ella se contiene un préstamo porque dice que lo que se pretende inscribir es una simple hipoteca de máximo en garantía de un saldo resultante futuro que constituye una sola y única obligación (resultado de unión de las distintas e iniciales obligaciones en una sola), y que por tanto sólo se debe entregar una cantidad al prestamista (deuda = obligación de devolver), estaríamos ante un préstamo hipotecario futuro, dentro de un concepto amplio de préstamo hipotecario, tal y como hemos dicho antes. Sin embargo, y a mi modo de ver, no existe una sola obligación, sino una pluralidad, pues la simple reunión contable de todas ellas, no las transforma en una única relación jurídica, como pretende el recurrente (11), pues para ello sería necesario que se produjera una verdadera novación, y en este caso no se ha producido. Si esto no ha ocurrido, existen varias obligaciones, para lo cual sería necesario una pluralidad de

(11) En este sentido se manifiestan las siguientes Resoluciones de la DGRN: 23 de diciembre de 1987; 8 de junio de 1998; 7 de junio de 1999; 16 de junio de 1999; 13 de julio de 1999; 27 de julio de 1999, entre otras muchas.

hipotecas que las garantizasen, y desde luego no podría ser un préstamo que se caracteriza por ser un contrato real y unilateral (1 obligación = devolver lo mismo que se entregó). Pues, a diferencia del supuesto de la Resolución de 18 de junio de 2001 citada (12), donde se fijaba y concretaba por las partes que, a partir de un momento determinado (venta de la finca hipotecada), sólo va a existir la obligación por parte del deudor de devolver la cantidad pendiente (pues se fijó la suma debida y la asunción de deuda por los compradores, interviniendo y aceptando ambas cuestiones el acreedor, y con su correspondiente reflejo registral), en este caso no hay una verdadera refundición de las distintas obligaciones (que siguen siendo múltiples y bilaterales), pues la disponibilidad del crédito en la cuenta permanece igual que al inicio; es más, incluso, se permite que el acreditante fije a su libre albedrío qué obligaciones van a garantizarse con esa hipoteca. No se produce ni registra la asunción de deuda que concretaría la cantidad debida, ni ha transcurrido el plazo previsto en el momento de la pretendida subrogación. Luego, no existe una sola obligación de devolver cantidad determinada, a semejanza de lo que ocurre en el préstamo, sino que sigue existiendo una verdadera cuenta corriente de crédito.

Y si en este contrato de cuenta corriente no se produce la modificación requerida, no puede asimilarse, siquiera al préstamo. Como la subrogación que recoge la Ley 2/1994, sólo puede llevarse a cabo en los préstamos hipotecarios (aunque sea en sentido amplio), he de concluir, coincidiendo con la DGRN, que no es posible que en este caso se produzca dicha subrogación del acreedor hipotecario, teniendo en cuenta el carácter excepcional de dichos preceptos, y no tratándose de una situación asimilable al préstamo, por cuanto no se ha producido una verdadera unión de las distintas obligaciones garantizadas en el inicio, en una sola de cuantía indeterminada que se garantice con hipoteca, ha de rechazarse la pretendida subrogación al amparo de la Ley 2/1994.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

SUBDIVISION DE ELEMENTO INDEPENDIENTE EN PROPIEDAD HORIZONTAL.—NECESIDAD DE ACUERDO UNANIME DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS CUANDO NO HAY RESERVA ESTATUTARIA QUE FACULTE PARA ELLO. DICHO CONSENTIMIENTO DEBEN PRESTARLO TODOS LOS

(12) En el Fundamento 5, la DGRN tras analizar la escritura presentada, concluye que, «en consecuencia, a partir de la fecha de esa subrogación, que tuvo el oportuno reflejo registral en la inscripción de la compraventa, quedó fijado el importe de la suma debida por razón del crédito en la citada cantidad, desapareciendo la posibilidad de cualquier nueva disposición, y con la obligación de reintegrar aquélla en doscientos dieciseis meses mediante el pago de cantidades sucesivamente crecientes, tal y como ocurre en cualquier préstamo ordinario sujeto a amortización a través de cuotas periódicas y con pago también periódico, de los intereses devengados. Se produjo, por tanto, y lo refleja el Registro, una conversión de lo que era en su momento un crédito en cuenta corriente, con obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en una situación de endeudamiento unilateral por una de las partes a favor de la otra en razón de unas cantidades entregadas en su día en concepto de préstamo, sujeta a un determinado y largo período de amortización, con devengo, entre tanto, de los intereses pactados».

COPROPIETARIOS ACTUALES DE ELEMENTO INDEPENDIENTE, POR LO QUE SI FUE VENDIDO POR CUOTAS, DEBEN CONSENTIR TODOS LOS COMPRADORES DE LAS CUOTAS INDIVISAS. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2002. BOE DE 11 DE OCTUBRE DE 2002.)

RESOLUCION de 6 de septiembre de 2002, de la Dirección General de las Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don José Ribes Monfort, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar, número 1, don Francisco José Florán Fazio, a inscribir una escritura de subdivisión de elemento horizontal.

En el recurso gubernativo interpuesto por don José Ribes Monfort, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar, número 1, don Francisco José Florán Fazio, a inscribir una escritura de subdivisión de elemento horizontal.

Hechos.—I. El 17 de diciembre de 1984, mediante escritura otorgada ante don Juan de Molina Juyol, Notario de Lloret de Mar, don Enrique Carcereny Beltrán, promotor, procedió a la *subdivisión* del elemento 196 de un local, en planta baja, de una finca en régimen de propiedad horizontal, sita en Lloret de Mar, en 27 departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente.

II. Presentada la copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 1, fue calificada con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento se devuelve al presentante, sin practicar operación alguna, por ser contrario al artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, por *faltar consentimiento de Junta de Propietarios y artículo 20 de la Ley Hipotecaria*, por ser don Enrique Carcereny Beltrán solamente titular de la participación de 2,6755 de la finca. Es defecto insubsanable y no procede anotación preventiva. Contra esta nota de calificación se puede interponer recurso gubernativo ante el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el plazo de cuatro meses, por el procedimiento establecido en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, y 112 y siguientes de su Reglamento. Lloret de Mar, 9 de enero de 2002.—El Registrador. Firma ilegible».

III. Don José Ribes Monfort interpuso recurso gubernativo contra la citada calificación, y alegó: 1.º Que existe el consentimiento de la Comunidad de Propietarios derivada, tanto de sus actos expresos como de los concluyentes o tácitos, desde el momento en que todos los propietarios de la comunidad, año tras año y desde el año 1986, han consentido el estado físico de la finca en que no sólo consta la subdivisión del elemento horizontal, número 196, en varios locales y elementos independientes, sino que además consta que dicho elemento fue gravado por una servidumbre de paso semipúblico respecto al edificio colateral. *Que la facultad de comunicar ambas fincas registrales independientes y subdivisión del elemento horizontal 196 en varias dependencias independientes fue reservada por el dueño de la finca, como consta en la escritura de obra nueva y declaración horizontal, de 7 de noviembre de 1979, otorgada ante el Notario de Lloret de Mar, don Wladimiro Gutiérrez Álvarez, según consta en la cláusula tercera. Que en los listados aprobados por la Junta de Propietarios consta la asignación de un número, con la expresión local y coeficiente, que coincidiendo estos últimos con los que constan inscritos como fincas registrales independientes, en la medida que el promotor fue vendiendo partes indivisas con*

expresión del número de local a terceros y el Registrador por cada venta ha abierto una finca registral individual. Que la sentencia de 20 de junio de 2001, de la Audiencia Provincial de Girona, recurrida en casación, viene a legitimar los locales como fincas independientes de la declaración de propiedad horizontal y no como integrantes de una comunidad proindivisa romana. 2.º Que no es de aplicación el artículo 20 de la Ley Hipotecaria porque la inscripción de la citada escritura no afecta a la declaración, transmisión, gravamen, modificación o extinción del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, sino que más bien se pretende que sean completados los datos registrales ya existentes en cada una de las fincas registrales independientes que ya han venido inscribiéndose en la medida que el promotor ha ido vendiendo las cuotas del elemento horizontal número 196, en las que consta detallado el número del local y el coeficiente asignado a cada uno de ellos, omitiendo la superficie en metros cuadrados, que consta en las escrituras de venta pero no está inscrita, lo cual completa lo ya existente en el Registro. Que la relevancia de dicho extremo, la anotación del dato omitido: La superficie de los locales está relacionada con la escritura de obra nueva y propiedad horizontal y estatutos de la finca comunicada y colateral al establecer un sistema de contribución de los elementos de uso común proporcional a los metros cuadrados de superficie de los locales y demás dependencias independientes.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: 1.º Que el recurrente carece de legitimación activa, según dispone el artículo 325 de la Ley Hipotecaria. Que el hecho de que el señor Ribes sea titular junto con su esposa, en régimen de gananciales, de algunas cuotas indivisas del local, objeto de la escritura calificada, no le da legitimación activa suficiente para recurrir la denegación de la inscripción de una escritura en la que él no es parte. 2.º Que por lo que se refiere al fondo de la cuestión, se trata de una subdivisión de un elemento susceptible de aprovechamiento independiente de un edificio en régimen de propiedad horizontal, realizado sin que se hubiera atribuido en el asiento correspondiente tal facultad al edificador y sin el preceptivo acuerdo de la Junta de vecinos, previsto en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960. 3.º Que la escritura ahora calificada ya fue objeto de calificación en 1985, y ante la imposibilidad de su inscripción, el titular del inmueble optó por transmitir no locales concretos, sino cuotas indivisas del local general, constituyendo éste una comunidad romana, sin que se hiciera constar en el Registro ninguna determinación de ninguna otra característica. Por ello, en la actualidad la organización del dominio del inmueble, según consta en el Registro de la Propiedad, es ajeno a cualquier otra situación de hecho convenida por los condueños. 4.º Que por lo que se refiere al tracto sucesivo, en la actualidad es imposible inscribir la escritura de subdivisión del local realizada por el señor Carcereny, cuando era propietario único del inmueble, porque en la actualidad no es titular exclusivo de la finca y para realizar actos de dominio es necesario el acuerdo unánime de los condueños, artículo 397 del Código Civil. En consecuencia, se requería el acuerdo unánime de todos los condueños y el consentimiento también unánime de los dueños de los distintos departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente que constituyen el edificio dividido en régimen de propiedad horizontal.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 397 del Código Civil, 6, 8, 11 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y 20, 325 y 326 de la Ley Hipotecaria,

así como las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1976 y 19 de julio de 1993, y las Resoluciones de esta Dirección General, de 27 de junio y 18 de julio de 1996, 19 de febrero de 1999 y 21 de septiembre de 2000.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes:

En 1985 se presentó en el Registro escritura por la que el titular registral de un local comercial subdividía dicho local en otros independientes. Al no contar con autorización de la Comunidad de Propietarios, ni estar prevista en los Estatutos dicha subdivisión sin tal licencia, el Registrador no practicó la inscripción. Por ello, el titular del local fue enajenando distintas participaciones indivisas del repetido local, sin que de las inscripciones resulte la concreción de tal cuota en ninguna superficie concreta.

Se vuelve a presentar ahora la primitiva escritura, denegándose la inscripción por no tener el consentimiento de la Comunidad ni ser el otorgante el único partícipe en la finca que se divide. Contra dicha calificación recurre no el que otorgó la división ni el presentante, sino el titular de una de las participaciones vendidas.

2. Alega el Registrador que el recurrente no está legitimado para recurrir. Ello no es así, pues, al ser el recurrente el titular de tres de los elementos subdivididos tiene interés en el asunto, aunque no sea el presentante ni el otorgante, y siendo interesado, tanto el Reglamento Hipotecario en la redacción anterior a la vigente, fecha en que se realizó la calificación (cfr. art. 112), como la Ley Hipotecaria actual, vigente al tiempo de presentación del recurso (cfr. art. 325) le conceden legitimación para el mismo. Ahora bien, ello no quiere decir, como alega el recurrente, que se le ha causado indefensión al no notificarle la calificación pues, sobre ser la misma anterior a la Ley 24/2001, el Registrador no puede saber todas las personas que pueden hipotéticamente tener tal interés para realizar dicha comunicación.

3. Entrando en el fondo del problema planteado, el recurso no puede prosperar. El consentimiento de la Comunidad no existe a efectos registrales, pues, aunque el recurrente alegue que ha prestado dicho consentimiento en diversas ocasiones, tanto de forma expresa como tácita, el mismo no figura reflejado en documento alguno que se haya presentado para la calificación, por lo que no puede ser tenido en cuenta para ella (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria). En cuanto al defecto consistente en que el otorgante no es el único dueño del local dividido, también debe ser mantenido por imperativo del artículo 397 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación del Registrador.

Contra esta Resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 6 de septiembre de 2002.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

COMENTARIO

«El consentimiento de la Comunidad (de propietarios de una propiedad horizontal) no existe a efectos registrales pues, aunque el recurrente alegue que ha prestado dicho consentimiento en diversas ocasiones, tanto de forma expresa como tácita, el mismo no figura reflejado en documento alguno que se haya presentado para la calificación, por lo que no puede ser tenido en cuenta para ella (art. 326 LH). En cuanto al defecto consistente en que el otorgante no es el único dueño del local dividido, también debe ser mantenido por imperativo del artículo 397 del Código Civil».

Así pues, de la presente Resolución consideramos que son objeto de interesante y justificado análisis, los siguientes puntos:

Resulta conveniente detenerse en dos puntos esenciales:

I. Se trata de una subdivisión de un elemento susceptible de aprovechamiento independiente de un edificio en régimen de propiedad horizontal, realizado sin que se hubiera atribuido en el asiento correspondiente tal facultad al edificador y sin el preceptivo acuerdo de Junta de vecinos, previsto en el artículo 8 LPH. Y, en conexión con este aspecto: No es posible inscribir la escritura de subdivisión del local por el antiguo propietario único del inmueble, porque en la actualidad no es titular exclusivo de la finca y para realizar actos de dominio es necesario el acuerdo unánime de todos los condueños y el consentimiento, también unánime, de los distintos dueños de los distintos departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente que constituyen el edificio dividido en régimen de propiedad horizontal.

II. El titular del inmueble (local) ha optado por transmitir no locales concretos, sino cuotas indivisas del local general, constituyendo éste una comunidad romana sin que se hiciera constar en el Registro de la Propiedad ninguna determinación de ninguna otra característica.

I. La subdivisión implica una modificación del título constitutivo que presupone el acuerdo unánime de todos los copropietarios. La inscribibilidad de dicha modificación requiere que se haya otorgado por todos los que en el momento en que se solicita la inscripción aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (1).

(1) Debemos tener en cuenta la RDGRN, de 19 de febrero de 1999, en la que se estudia la posibilidad de inscribir una escritura otorgada por los que en principio eran los propietarios del inmueble, en la que tras rectificar la descripción de un edificio, diciendo que se olvidó incluir en ella dos cuartos trasteros en la planta ático, se adscriben como anejos inseparables a otros tantos pisos, elementos privativos de la propiedad horizontal ya constituida.

«La configuración de unos trasteros implica una modificación del título constitutivo que presupone el acuerdo unánime de todos los propietarios, pues, al no haber sido aquellos trasteros inicialmente incluidos entre los elementos privativos, tienen el carácter de elementos comunes del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal. Si a esto se añade que, por exigencias del tracto sucesivo, la inscribibilidad de dicha modificación requiere que se haya otorgado por todos los que, en el momento en que se solicita la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos, ha de denegarse la inscripción pretendida, sin que pueda alegarse que la modificación cuestionada fue otorgada por quienes en su día ostentaban la propiedad

En cuanto al consentimiento unánime (2) es necesario, puesto que los artículos 397 del Código Civil, 11 y 16 LPH exigen el consentimiento de los condueños para las modificaciones que puedan producirse: como alteraciones en la cosa común, en la estructura del edificio y exigencia de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación de reglas contenidas en el título constitutivo. Sin olvidar la necesidad de que dicho consentimiento quede reflejado documentalmente exigencia obvia en el supuesto de los actos inscribibles para que accedan al Registro (3).

II. En cuanto a la comunidad romana cabe decir puede tener su origen en la voluntad de los comuneros (adquirentes de una cosa común) o surgir de hechos independientes de su voluntad (la confusión o la conmixtión): comunidad incidental. En el caso que estamos estudiando se trata del primer supuesto.

Su régimen jurídico está establecido en los artículos 392 a 406 del Código Civil (salvo el 396, relativo a la propiedad horizontal).

de esos elementos privativos, por cuanto, para los titulares actuales, no producen efecto aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente».

(2) Vid la RDGRN, de 27 de junio de 1995, que establece «la exigencia de consentimiento unánime de todos los copropietarios para efectuar alteraciones sustanciales en la cosa común (art. 397 del Código Civil), la necesidad del consentimiento de todos los copropietarios para el establecimiento de servidumbres sobre la cosa común (art. 597 del Código Civil), así como la exigencia registral del tracto sucesivo, en cuya virtud se precisa que el acto inscribible sea otorgado por quienes en el Registro aparecen como titulares del derecho al que aquél se refiera (art. 20 LH), determinan la procedencia del defecto ahora cuestionado, sin que pueda alegarse en contra la previsión contenida en los estatutos de la propiedad horizontal en cuya virtud los propietarios de los departamentos independientes no necesitan contar con el consentimiento del resto de los propietarios del edificio para dividirlos o agruparlos a otros, por cuanto claramente se advierte el distinto ámbito de aplicación de esta norma: *Que el propietario de un piso pueda dividirlo sin contar con los propietarios de los demás pisos o locales, no implica que el copropietario de un piso pueda dividirlo o modificarlo sin contar de los demás copropietarios de ese mismo piso o local*».

El tercer fundamento de derecho establece que «las conclusiones anteriores no cambiarán por el hecho de que el local privativo destinado a garaje estuviese a su vez subdividido horizontalmente en plazas de garaje determinadas que llevan como anejo inseparable un derecho de cuota sobre la parte destinada a zona de acceso y rodadura, pues en tal hipótesis la aplicación conjunta de los artículos 5, 8, 11 y 16.1 LPH conduciría a la misma exigencia de acuerdo unánime de todos los propietarios de las diversas plazas de garaje para efectuar la modificación pretendida en cuanto que la misma afectaría al título constitutivo de dicha subdivisión horizontal».

(3) En el mismo sentido se muestra la RDGRN, de 5 de julio de 1995, la cual en su 5.º Fundamento de Derecho afirma que «la consideración de los artículos 5, 8, 14 y 16.2 LPH, de cuya virtud se requiere acuerdo unánime para la modificación del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, en conjunción con la antes aludida exigencia registral del tracto sucesivo, llevan de nuevo a confirmar de manera inequívoca este segundo defecto sin que pueda estimarse la invocación del recurrente de que los otros propietarios ya han dado su consentimiento a esta modificación, toda vez que cuando adquirieron sus respectivos derechos ya conocían la configuración arquitectónica definitiva, pues, en cualquier caso, la exigencia de documentación auténtica para que los actos inscribibles accedan al Registro (art. 3 LH), así como la limitación de los medios calificadores (art. 18 LH) exigen que dichos consentimientos consten fehacientemente».

El artículo 392 dice que «hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece a varias personas proindiviso. A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá por las prescripciones de este título (III del libro II)».

La doctrina considera imperativas las normas contenidas en los artículos 398.3.º, 399, 400, 403 y 405.

Según el artículo 393-1.º del Código Civil, a cada comunero le corresponde una cuota respectiva, en base a la cual se determina el montante de su participación, así en los beneficios como en las cargas. La cuota es el elemento regulador de la concurrencia de los derechos de los comuneros, determinando el alcance de los derechos de cada uno en los casos de colisión.

Según el artículo 398 del Código Civil, la cuota es la medida del valor del voto de los comuneros, ya que en los acuerdos mayoritarios la mayoría requerida es de participaciones no de personas.

La cuota se expresa habitualmente en forma de quebrados, presumiéndose iguales, mientras no se demuestre lo contrario y de conformidad con el artículo 393.II, las proporciones correspondientes a los distintos partícipes en la comunidad.

Por lo que respecta al derecho de cada comunero sobre la suya, dice el artículo 399 del Código Civil, que «todo condueño tendrá la *plena propiedad* de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan pudiendo, en su consecuencia, enajenarla, cederla e hipotecarla, y aún sustituir otro de su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. El efecto del derecho de la enajenación o de la hipoteca con respecto a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad».

El artículo 490 del Código Civil se refiere expresamente «al *usufructo* de parte de una cosa poseída en común indicando que, en tal caso, el usufructuario ejercerá todos los derechos correspondientes al propietario en relación con la administración de la misma y la percepción de frutos e intereses». Si *cesare la indivisión*, y por tanto la comunidad, al usufructuario le corresponderá el usufructo de la parte que se adjudique al propietario o condueño. También cabe el *arrendamiento* de cuota. En caso de *enajenación* de la cuota, cabe el retracto de comuneros a que se refiere el artículo 1.522 del Código Civil, respondiendo de las deudas y cargas anteriores a la misma el enajenante y si cabe el adquirente.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

**C) RESOLUCIONES EN MATERIA DE URBANISMO
COMENTADAS POR LOS INTEGRANTES DEL DESPACHO JURIDICO
Y URBANISTICO LASO & ASOCIADOS**

Por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

**MODIFICACION DE TITULOS DE EQUIDISTRIBUCION INSCRITOS.
OPERACIONES JURIDICAS COMPLEMENTARIAS**

I. RECUERDO DE FRANCISCO CORRAL

Al iniciar la publicación de comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros en esta Revista, resulta obligado hacerlo incorporando al conjunto de referencias que sobre su persona se publiquen en estas fechas, una ineludible también desde mi recuerdo, al tiempo que con ello dejo constancia de que su publicación es expresión del cumplimiento tardío de un compromiso contraído con él desde hace algo más de dos años, no cumplido por mi parte a pesar de sus amables recordatorios.

Desde esas fechas asumí ante el Consejo de Redacción de la Revista remitir para su publicación algunos comentarios a las Resoluciones que en materia de urbanismo produjera la Dirección, teniendo en cuenta el Decreto de 4 de julio de 1997, que daba carta de naturaleza a la recepción formal del urbanismo en el sistema registral español. Un deseo de especial dedicación dio lugar a que textos escritos desde entonces quedaran pospuestos sin causa, hasta que su muerte los ha reavivado ante el nuevo Secretario de la Revista.

Dada cuenta de su origen, siento el deber de añadir al cumplimiento de su encargo el testimonio de ser dedicados a una persona ejemplar sin reserva alguna por su honestidad, su dignidad permanente, la dedicación y el trabajo continuos y su calidad humana que hacen de él una de las personas que a lo largo de la vida se encuentran como personajes de excepción.

Estuve unido a él desde nuestro comienzo profesional común en 1962, en un proyecto también que compartimos como fue la inicial dedicación al Derecho Agrario, incorporándonos a la Asociación de este nombre y los cursos organizados en el antiguo Instituto de Estudios Jurídicos de la calle de Medinaceli de Madrid.

Mi dirección posterior hacia el urbanismo no me hizo abandonar su incardinación sobre el suelo rústico en relación con el Derecho Agrario en los mismos cursos de la Asociación y después en su proyección sobre la Ordenación del Territorio como expresión más moderna, que enfocamos conjuntamente en un trabajo escrito por los dos para esta Revista en el número 555, página 313, bajo el título «Publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio».

Me queda también el recuerdo del trabajo compartido en 1982 en la creación de la Unión Profesional por los Colegios Profesionales en la que el Colegio de Registradores tuvo un papel preferencial y los dos completamos con una ponencia entonces innovadora sobre la «Evaluación del impacto ambiental», que defendimos en la Asamblea presidida por la Reina, a la que asistieron el entonces Alcalde de Madrid, Tierno Galván, y los Decanos de los Colegios asociados, en especial Pedrol Rius.

Recordar un período de tiempo como el comprendido entre esas fechas, inmediatamente anterior al acceso de otro personaje ejemplar al Decanato del

Colegio de Registradores, Carlos Hernández Crespo, da idea del sentido que tuvo aquella época como incorporación de la Corporación registral a su compromiso con la sociedad, saliendo de la tendencia dominante de permanecer aislada.

Hoy, ante una realidad social tan diferente, su recuerdo y el acceso desde la Revista a campos hasta entonces ajenos, revela las nuevas aportaciones a las necesidades actuales de la sociedad.

II. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA

Antes del Decreto de 4 de julio de 1997, en la Resolución de 22 de junio de 1989, y después de aquél en las Resoluciones de 8 de enero de 1999 (*BOE* de 8 de enero de 1999), 11 de enero del mismo año (*Boletín Oficial* de la misma fecha), 10 de marzo de 2000 (*BOE* del 31 de marzo) y 28 de enero de 2003, se ha planteado, bien sea de manera directa o a través de la aprobación de las denominadas operaciones jurídicas complementarias, previstas en el artículo 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, la modificación de asientos respecto de fincas de resultado ya inscritas como consecuencia de la aprobación e inscripción previas de un proyecto de compensación.

La finalidad del nuevo procedimiento se concreta, en uno de los casos, en la certificación del acuerdo municipal que aprueba la operación jurídica complementaria consistente en la creación de un derecho de servidumbre del que resulta ser predio sirviente una de las fincas resultantes o, según la Resolución de 10 de marzo de 2000, *«se modifican las titularidades, descripción y cargas de una de las fincas aportadas y de las adjudicaciones que de la misma se derivan»*, respecto de fincas pertenecientes ya a un tercero que no consta haya sido citado en el procedimiento ni tampoco ha prestado su consentimiento en escritura pública.

La estrategia común en la defensa de las notas de calificación operó en todos los casos desde las estructuras puramente hipotecarias: los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que sólo mediante escritura pública o sentencia firme pueden alterarse, ya que *«no sirve para el procedimiento registral el consentimiento prestado tácitamente en el procedimiento administrativo»*.

Junto a este argumento central se plantea en uno de los recursos la utilización para el mismo fin de la figura de las operaciones jurídicas complementarias, contenida en el artículo 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, las cuales, a pesar de no «contener definición o descripción alguna de qué se entiende por operaciones jurídicas complementarias», la doctrina entiende que han de ser las comprendidas dentro de los límites del Reglamento, *«es decir, que sean jurídicas y no se opongan al Proyecto de Compensación ni al Plan que se ejecuta»*.

En base a que es usual que los proyectos presenten errores y no se opone el acto que se aprueba al Plan ni al Proyecto aprobado, se pretende su inscripción al haberse *«seguido escrupulosamente todos los preceptivos trámites legales»*.

III. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

La Dirección, por referirse inicialmente a cuestiones propias de carácter administrativo, cita siempre entre los preceptos aplicables, el artículo 102 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, los propios de la legislación hipotecaria y urbanística, y, respecto de ésta, el artículo 114 del Reglamento de Gestión, y la Resolución de 27 de junio de 1989.

En lo fundamental, la base argumental que se utiliza es la siguiente:

«(siendo) principio básico del sistema registral español que la rectificación de los asientos del Registro presupone el consentimiento de su titular o la oportuna Resolución judicial supletoria (cfr. arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria). Ahora bien, como ya señalara este Centro Directivo (vide Resolución de 27 de junio de 1989), del mismo modo que cabe la modificación de situaciones jurídico-reales por resolución de la Administración, aunque están inscritas en virtud de un título no administrativo, con no menor razón deberá admitirse la modificación de la situación jurídica real inscrita en virtud de un título administrativo si en el correspondiente expediente, éste, por nueva resolución de la Administración, es alterado (cfr. arts. 102 y sigs. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y siempre que se trate de expedientes rectificatorios en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente por la modificación que se acuerde y se cumplan en él las garantías legales establecidas a favor de la persona afectada.

3. *Lo que ocurre en el caso debatido es que habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación, no cabe ya, ni so pretexto de una reiteración íntegra de todos los trámites previstos para el expediente reparcelatorio originario (reiteración que sólo procedería en caso de ineficacia del anterior proyecto de equidistribución de los beneficios y cargas inherentes a la ejecución de planeamiento urbanístico de determinado polígono) introducir en aquél una modificación del alcance que la que ahora se cuestiona (que desborda claramente lo que es un mero error material o de hecho o una previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa), pues ello conculcaría el propio régimen establecido para la revisión de los actos administrativos (cfr. arts. 102 y sigs. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).*

Téngase en cuenta, por otra parte, que tratándose de documentos administrativos, uno de los extremos que está sujeto a la calificación registral es precisamente la congruencia del acto de resolución con el procedimiento del que emanan (cfr. art. 99 del Reglamento Hipotecario)».

Este argumento, contenido en la Resolución de 8 de enero de 1999, es sustancialmente, e incluso literalmente, mantenido en las restantes, pasando a ser así doctrina consolidada de la Dirección.

IV. COMENTARIO

1. *La transición entre un Registro de actos entre particulares a un Registro compartido con actos de las Administraciones Públicas*

Si hay un rasgo característico de la acción pública, principalmente a partir de la segunda mitad del siglo xx, es el de la inequívoca administrativización del dominio frente al modelo judicialista que se configuró inicialmente en el siglo xix. Ello se manifiesta de manera rupturista en el caso de la expropiación y novedosamente en la política territorial desarrollada en España en la actuación sobre el suelo agrario, primero —la concentración parcelaria introducida por la Ley de 1954—, y en el suelo sujeto a proceso de urbanización, después, desde la Ley de 12 de mayo de 1956, aunque su desarrollo efectivo fuera posterior.

En última instancia todo el apoyo institucional se hace sobre la idea de la función social del dominio cuya operatividad se encomendaba a la Administración en creciente proceso de expansión, y, sucesivamente, en el interés público y racionalidad de las explotaciones en el ámbito agrario y en la idea del planeamiento como función pública en el urbanístico.

El sistema registral, configurado inicialmente bajo el modelo claramente judicialista (*), protector en última instancia de la voluntad individual que se situaba como valor supremo en el documento notarial al servicio del propietario, supo sin embargo sabiamente dar cabida a las transformaciones sociales acaecidas en el tiempo sin alteración de sus estructuras, con sólo abrir el Registro a la titulación administrativa en base a las leyes especiales que lo permitían, ante la incompatibilidad de su flexibilidad con la lejanía, los rigores y los ritos notariales. De esta manera el Registrador adoptaba el papel de un singular juez territorial que suplía la judicialización ordinaria, la cual quedaba relegada, como expresión final, a los largos procesos judiciales que se abrían más para discutir los precios de las expropiaciones que la intervención en sí misma de la Administración, para la cual, salvo casos aislados, llegaba escandalosamente tarde.

La base judicial y notarial que en el fondo se residencia en el sistema registral da lugar, sin embargo, a que su estructura recobre toda su dimensión cuando se produce la colisión con los valores profundos que encarna. Es entonces cuando reacciona frente al privilegio de la autotutela de la Administración. Es decir, ésta ha adquirido poderes exorbitantes, incluso en la defi-

(*) Téngase en cuenta que la regulación hipotecaria de la Ley de 1861 se produce en una situación de tránsito desde la Ley de Expropiación Forzosa de 17 de julio de 1836 y su Reglamento de 27 de julio de 1853 y la Constitución de 1869, claramente judicialista, pues según su artículo 14, «nadie podrá ser expropiado de sus bienes si no por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el Juez con intervención del interesado». Se corresponde todo ello con la que denomina PARADA VÁZQUEZ, «fase liberal y judicialista» que queda residualmente diseñada en el nombramiento de un Magistrado para la presidencia de los Jurados de Expropiación, que son los que ponen término a la fijación del justiprecio en vía administrativa, lo que se acentúa en el sistema registral por la propia regulación del Decreto de 4 de julio de 1997, y la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998. Véase el trabajo de dicho autor «Expropiación y garantías jurídicas (el caso Rumasa)», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, pág. 1139, y Conferencia en la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, no publicada.

nición de bienes de particulares y además ni siquiera llamados a ser públicos, como es el caso de la expropiación, todo lo cual ocurre de manera habitual en la acción urbanística; ahora bien, ¿hasta dónde alcanzan estas prerrogativas?; ¿cuándo terminan?; ¿qué límites son predicables dentro de la propia coherencia del sistema?

Los casos contemplados en términos generales en las Resoluciones que comentamos responden a este planteamiento: la Administración ha inscrito sin dificultad un proyecto de compensación, pero no ha incluido en él una servidumbre que, al parecer, exigía la ejecución del planeamiento o ha llegado a reconocer que ha existido un error en las adjudicaciones o en la cualidad de los bienes, y cuando intenta remediarlo pretende la modificación del título inscrito o hacerlo a través del modelo inexpressivo de una «operación jurídica complementaria», llegando así al Registro con la pretensión de modificar los asientos o cuando la finca que se grava está inscrita a favor de un tercero. La Dirección confirma el criterio de los Registradores y prohíbe la entrada al Registro sin el consentimiento de los titulares afectados y, además, prestado en escritura pública.

2. *Los límites de las prerrogativas de la Administración*

La cuestión de fondo reside en la ya enunciada: hasta dónde subsisten las prerrogativas de la Administración en relación con la configuración y formalización de los títulos de propiedad y cuando aquéllas acaban. Todo lo cual lleva inevitablemente al problema de más calado contenido en el sistema registral: la posición del tercer hipotecario en relación con los actos de disposición provenientes o con causa en la acción administrativa.

La expresión coherente de tales potestades inevitablemente comporta que deba ser objeto de una interpretación restrictiva como medio para equilibrar la amplitud de su alcance. Sin embargo, dentro de esta interpretación restrictiva, no pueden obviarse la pluralidad de alternativas susceptibles legítimamente de utilizarse por las Administraciones Públicas, conforme especialmente resulta de la Ley sobre Régimen Jurídico de las mismas, en razón de la peculiaridad de cada intervención y su causa, a lo que ha de añadirse, además, el ámbito limitado de calificación del Registrador en congruencia con el principio general de presunción de validez de los actos administrativos.

Por tanto son inequívocas las potestades administrativas allí donde están reconocidas por las leyes y con arreglo al procedimiento legalmente establecido y deben cesar en cuanto cesa la habilitación legal, especialmente cuando surge un nuevo titular ajeno al procedimiento administrativo del que trae causa remota su derecho por la necesidad de primar un valor constitucional como es el de la seguridad jurídica.

De acuerdo con este principio, el núcleo central del contenido de la acción conformadora del dominio por causa del planeamiento urbanístico termina en el mismo instante en que el procedimiento concluye. A partir de este momento, que tiene su expresión formal máxima en la inscripción de los proyectos de equidistribución, los bienes entran en el tráfico jurídico ordinario y si bien también quedan sujetos a otras limitaciones de derecho público, dimanantes de aquel proceso, ello ocurre por motivaciones y causas distintas.

En consecuencia cesa el apoderamiento excepcional reconocido por la Ley a la Administración y los asientos del Registro quedan sustraídos de la inter-

vención administrativa y sujetos únicamente a la salvaguardia y protección judicial de cualquier orden, pero no sólo de la jurisdicción civil sino también de la contencioso-administrativa, que es tan jurisdicción como la primera si se plantea una cuestión de Derecho Administrativo.

La cuestión estriba entonces en delimitar el contorno natural y situar adecuadamente las potestades de la Administración provenientes de las leyes, en aquellos casos en que se pone en cuestión un anterior acto de la propia Administración, y ello a partir de un nuevo acto de la misma, el cual ha de situarse ante las garantías que todo el sistema jurídico de publicidad inmobiliaria otorga a los asientos, bien entendido que cuando aludimos a ello no lo hacemos desde una visión o rango meramente formal que exija la intervención del titular como medio de evitar su indefensión, y que ya ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como uno de los derechos fundamentales. Nos referimos realmente a los límites institucionales de las potestades administrativas frente al contenido de los asientos creados por la propia acción administrativa, ya sea que éstos exterioricen una titularidad interviniente en el procedimiento de creación del acto administrativo o, lo que es más radical, en relación con los terceros adquirentes extraños y posteriores a él.

Avanzando en este enunciado, de acuerdo con las leyes que regulan la acción de la Administración, que según la Constitución es un poder jurídico, aquéllas reconocen junto a la fiscalización jurisdiccional de sus actos —superados los recursos en vía administrativa que mientras no se produzcan, si se interpusieran con carácter potestativo, no permitirían la inscripción—, conforme a la reforma de la Ley 4/1999, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, de 26 de noviembre de 1992, la Administración conserva la posible revisión en vía administrativa de sus actos por virtud de la cual, dentro de las condiciones y plazos que marca la Ley, la Administración autora de un acto por sí o a instancia de parte puede declarar su nulidad con el mismo alcance que una decisión judicial o provocar su declaración de lesividad, o también en una decisión menos traumática la Administración puede acordar la modificación del acto, produciéndose un nuevo acto que altera el anterior.

En tales casos, si se produce la revisión en vía administrativa, que es el camino diseñado por la Dirección, la conclusión inequívoca es admitir su utilización mediante la práctica de un nuevo asiento.

Gradualmente si se actúa mediante la alternativa de la modificación del acto y los intervinientes en el procedimiento administrativo son los mismos que participaron en el procedimiento primitivo, dictado el nuevo acto con iguales garantías tampoco se ve obstáculo para su inscripción, por virtud de la presunción de validez del acto y sin perjuicio de su eventual impugnación, siempre que se haya cumplido la regularidad del procedimiento.

La cuestión estriba entonces cuando en cualquiera de estas alternativas al pretenderse la inscripción modificatoria el bien que deba soportarla pertenezca a un tercero que no intervino en el primer procedimiento, es decir, en el procedimiento ordinario inicial. En tales casos, ¿en qué situación queda el tercer adquirente, externamente eventual tercer hipotecario, frente a una decisión judicial o administrativa que anula el acto inscrito del cual aquél trae causa si del Registro no consta su condicionamiento o no existen medidas cautelares que le afecten? Aún más, si aunque el tercero hubiera sido llamado al proceso en tanto merezca la protección del artículo 34 de la Ley, ¿es posible que claudique su derecho por un vicio del acto antecedente de su derecho? Téngase en cuenta,

a este respecto, que el tercer hipotecario adquiere significación propia no sólo porque resulte obligado su emplazamiento judicial sino porque queda clamorosamente exento de cualquier vicio antecedente que no le será así oponible, manteniendo su adquisición, *«aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante»*, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Tales casos, antes impensables, son hoy claramente identificables, y más visibles porque en el origen está planteada una cuestión patrimonial —no dar a su legítimo titular unos bienes que le pertenecen—, o incluso por razones estrictamente administrativas.

En tales casos, vedar el acceso al Registro respecto de terceros parece evidente cuando se trata de la revisión en vía administrativa, porque respecto a ella la primacía de la salvaguardia judicial no es discutible. Pero en el caso de una sentencia judicial procedente de la jurisdicción contencioso-administrativa, ¿no es ésta una jurisdicción como la civil emanada de un solo Poder Judicial?

Parece evidente que desde el plano institucional la eficacia judicial de estas sentencias no puede ponerse en duda. La cuestión estriba entonces en saber si aún reconocía la primacía de la intervención judicial, los Tribunales de este orden cuando dicten su sentencia están también obligados a respetar a los terceros hipotecarios; esta es la eficacia de las sentencias del orden contencioso-administrativo, el siguiente paso: su eficacia respecto del tercero hipotecario que goce de todas las prerrogativas que la Ley le otorga. En tales casos, la anulación del acto, por ejemplo, por incompetencia del órgano administrativo, ¿también deja indemne al tercero? La inscripción produce una clausura definitiva de las prerrogativas de la Administración o tan sólo su cesación en ese procedimiento? ¿Todos los vicios del acto, cualesquiera que éstos sean, producen la deslegitimación de éste *per se* y para siempre, o será posible adentrarse en las razones de interés público legitimadoras en general de la acción pública, de tal manera que podrá haber finalizado un procedimiento, pero ello no significa que no pueda iniciarse otro nuevo con el mismo objeto, o podrán diferenciarse las cuestiones meramente patrimoniales conexas con él, que permiten satisfacciones paralelas a favor del recurrente por la vía de la responsabilidad de la Administración o la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia?

A fin de llegar a una solución coherente, puede decirse inicialmente que, frente a terceros hipotecarios protegidos por el Registro, si se dan las condiciones legales, cesan los efectos anulatorios del acto del que trae aquél causa y se le hacen íntegramente oponibles a la Administración en su totalidad, lo que significa que los Tribunales deben conceder la protección plena salvo que por éstos estuviera tomada anotación preventiva del proceso. Sin embargo esta afirmación radical no puede impedir, cuando existan razones de interés público incompatibles con el mantenimiento del dominio, que la Administración sujete al tercero a los efectos y consecuencias de un nuevo procedimiento que permitan conseguir aquel interés. Así, por ejemplo, siendo de utilidad pública la ejecución de un embalse la aparición de un tercer adquirente, si se produce la anulación del acto de aprobación, no le exime de quedar sujeto a otro nuevo procedimiento en el que se consiga el mismo fin pero desde un comienzo nuevo.

Por el contrario, cuando las decisiones tomadas tienen solamente efectos patrimoniales, cuando la intervención de la Administración sirvió tan sólo para desarrollar una función arbitral, los efectos de la acción se terminan, cosa que no puede ocurrir, en cambio si en el proceso arbitral se mezclan los objetivos patrimoniales —de reconfiguración del dominio— con los de utilidad pública,

por ejemplo, en la obtención de espacios libres, pues de nada serviría la inoponibilidad ante un tercero, el tercero actual, de una decisión judicial determinada si con ella quedaban sin obtener dotaciones o equipamientos constituyentes del planeamiento, porque frente a este riesgo siempre la Administración podrá reiniciar el procedimiento en el que ya no habrá un tercero incólume sino la necesidad de que el planeamiento cumpliera la función social que debe conseguir.

En definitiva, pues, el tercero hipotecario queda protegido frente a las decisiones judiciales que se dicten, de no mediar anotación preventiva del recurso, siempre y cuando el objeto de la misma tenga un alcance meramente patrimonial, como se deduce del nuevo artículo 21.1. de la Ley del Suelo de 13 de abril de 1998, según su inciso final, mientras que respecto del cumplimiento de deberes o las obligaciones puramente urbanísticas prevalecen la subrogación legal del inciso final del mismo precepto, siempre que se den las condiciones legales a través de un nuevo procedimiento.

Por el contrario, no existiendo terceros o más estrictamente terceros hipotecarios, es legítima la modificación del título o del asiento, no sólo mediante la revisión en vía administrativa sino incluso lo que parece rechazar la Dirección, sino también mediante un nuevo procedimiento que modifique el acto primitivo y sin perjuicio de la impugnación judicial del acuerdo de modificación o de la responsabilidad de la Administración.

3. LAS OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS

Como cuestión accesoria de las anteriores se defiende por la Administración el soporte que proporciona la inexpressiva mención del artículo 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística de las llamadas operaciones jurídicas complementarias, el cual ni define su objeto ni el procedimiento para su aprobación. Se dice por ello, en apoyo de esta tesis en alguno de los recursos, algo tan escasamente significativo como que debe ser una operación jurídica y que no se oponga al Proyecto de Compensación.

De las dos notas la primera es obvia, dado el contexto en el que figura e incluso la finalidad del Reglamento relativo a la reparcelación, porque decir que es una operación jurídica, además, tratándose de la acción de la Administración, es evidente. La segunda nota, aunque también en su propia generalidad, lo que destacó el Registrador en la defensa de la nota al decir que no era más que mera reproducción del Reglamento, revela no obstante un camino para su entendimiento.

El precepto citado recoge dentro de la compensación en su esencia el contenido del artículo 113.3 del propio Reglamento con la única diferencia resultante de ser la Administración la encargada de su formalización en la reparcelación y la Junta de Compensación en el sistema de compensación, bien en escritura pública o mediante protocolización del acuerdo para su inscripción en el Registro, sin que se detalle en qué casos puede ser inscrito.

En general, un principio muy repetido en el orden urbanístico, trasladado desde los instrumentos de planeamiento a los de gestión, es el de que obtenida la aprobación de cualquiera de ellos, para su alteración tienen que seguirse las mismas normas de procedimiento que para su aprobación. Por lo tanto allí donde se altere una de las determinaciones del acto aprobado no puede producirse su modificación sin que se siga puntualmente el mismo procedi-

miento. De este modo, para apreciar la operatividad de una operación jurídica complementaria y admitir su empleo tendrá que determinarse su objeto. Siguiendo esta idea, si en la operación se altera cualquiera de las determinaciones que estructuran un proyecto de compensación no puede decirse con rigor que estemos ante una operación jurídica complementaria.

Es decir, si es sustantivizado el término, se trata de un concepto jurídico indeterminado, el cual, como tal, a pesar de su generalidad, sólo será predecible respecto de aquellas actuaciones que sean conformes con la interpretación institucional que de todo el ordenamiento urbanístico se deduzca, es decir, admitiendo con él su utilización para una sola finalidad y no como cajón de sastre en el que cabe todo lo no definido.

Esto supone que este tipo de operaciones deben abarcar aquellas determinaciones que sean ajenas al proyecto en sí mismo: así suele ocurrir, en el sentido más propio, cuando el ámbito de un proyecto debe reajustarse con los límites de otras unidades, regularizando las parcelas situadas entre ellas; o cuando a una Junta de Compensación se adjudican determinadas fincas a las que tiene que darse un destino indeterminado; o por la consumación de superficies parcialmente pertenecientes a propietarios no adheridos, o en el caso de realojos pendientes de propietarios de edificaciones no adheridos con los que así se ha convenido a cambio de la expropiación de la superficie correspondiente.

En todo caso, la eventual extensión de su cometido no está predeterminada su aplicación, que tiene que venir dada siempre bajo estos límites, sin perjuicio de que, precisamente, en relación con el ordenamiento registral, el Real Decreto de 4 de julio de 1997 presenta operaciones complementarias paralelas aunque descritas en su finalidad y procedimiento, como es el caso de los artículos 12.3 y sobre todo en el artículo 17.2.

No obstante debe significarse igualmente que tampoco puede mantenerse una visión maximalista, según la cual todo lo que está en un proyecto de compensación o reparcelación es ya parte integrante de él, *per se*, y por ello, sujeto al principio de que su alteración ha de sujetarse a las mismas reglas que la aprobación.

Así debe entenderse de acuerdo con una doctrina sustancialista del contenido de cada instrumento urbanístico, según la cual sólo aquellos elementos que estructuran el contenido legal de un determinado documento son realmente parte de él, de tal modo que aquellas otras determinaciones que aunque incluidas en tal documento sean ajenas a su estructura, participen de la naturaleza jurídica que objetivamente tengan y no la que pudiera estimarse aplicable por el rango y condición del documento que los alberga.

En consecuencia, las operaciones jurídicas complementarias son ajenas al contenido genuino de un proyecto de compensación, de tal modo que si se instrumentan para alterar éste se necesita su modificación, pero no todas las determinaciones propias de tal proyecto necesariamente requieren su modificación siguiendo el mismo procedimiento, especialmente cuando se trata de determinaciones que no sean propias de ellos.

4. ALTERNATIVAS APLICABLES

Expuesto lo que antecede, la operatividad práctica en un abanico de expectativas permitiría contemplar estas hipótesis:

a) Si un proyecto de equidistribución inscrito se modifica por otro posterior, ¿no puede inscribirse éste cuando actúa sobre el mismo cuadro de sujetos intervinientes en el primero? ¿Puede el Registrador cuestionar la modificación del anterior proyecto porque se hayan extinguido las potestades de la Administración o también la intocabilidad del acto queda aquí preservada?

En nuestra opinión, el acto que modifique un proyecto ya inscrito con la participación de los mismos sujetos que intervinieran en él es también inscribible aunque el primero esté inscrito, se produzca o no el consentimiento afirmativo de los interesados, es decir, sin necesidad de escritura pública.

Existe, en cierto modo, un supuesto de inevitable admisión de la modificación cuando se trate de la modificación de un proyecto por causa de una calificación registral desfavorable, que necesariamente debe permitir la inscripción sin que tenga que acudir a la revisión en vía administrativa. El hecho de que en este caso el primer proyecto no esté inscrito, no debe ser circunstancia que justificara un criterio distinto puesto que, a pesar de ello, la razón fundamental del mantenimiento del acto por razones sustantivas derivadas de la intocabilidad del acto se da también, esté inscrito o no el primero.

Es decir, no existiendo terceros hipotecarios, la reiteración del procedimiento entre los mismos afectados entendemos que no puede impedirse por los interesados, en contra del parecer de la Dirección que exige la revisión del acto en vía administrativa.

b) Por el contrario, si el cuadro de los sujetos ha variado tanto en cuanto al dominio como respecto del estado de cargas, el nuevo proyecto no será inscribible, aún habiendo sido citados los nuevos titulares, ya que será necesaria su conformidad prestada en escritura pública. Ante esta nueva situación, como hemos indicado en el epígrafe anterior, el tercer adquirente con las condiciones del tercer hipotecario debe quedar incólume salvo cuando con ello se impida la obtención de las utilidades públicas resultantes del planeamiento, en cuyo caso lo que resultaría obligada es la reiniciación de un nuevo procedimiento con este fin y ello por el principio de subrogación legal.

c) Por todo ello, el consentimiento de los titulares inicialmente intervinientes respecto del acto modificado no necesariamente debe prestarse en escritura pública, de acuerdo con lo que se acaba de indicar, mientras que sí sería necesario en el caso de que aparezcan terceros no intervinientes.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ
Abogado
Registrador de la Propiedad

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA e ISABEL MORATILLA GALÁN

LA ESCRITURA PUBLICA DE VENTA, POSTERIOR AL DOCUMENTO PRIVADO, EN LA QUE SE DECLARA RECIBIDA LA TOTALIDAD DEL PRECIO, SUPONE UNA NOVACION. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—No se puede apreciar incumplimiento cuando el vendedor en la escritura pública de venta confiesa haber recibido la totalidad del precio, sosteniendo que por ser este documento, el público, de fecha casi dos años posterior a la que figura en el documento privado, y contener sendos documentos estipulaciones incompatibles entre sí, hay que entender que lo que se hizo constar en la escritura pública implica una novación modificativa de lo que se convino inicialmente en el documento privado.

El artículo 1.224 del Código Civil se refiere al supuesto de escrituras de reconocimiento de un acto o contrato anterior, y en virtud de este artículo nada puede la escritura contra lo establecido en el anterior acto o contrato si no existe una clara voluntad novatoria, lo que supone, pues, que las estipulaciones de la convención originaria han de prevalecer contra lo acordado en la escritura pública, si ésta no implica un verdadero negocio novatorio, que ha de constar expresamente ese carácter, extremo este que está en concordancia con lo establecido en el artículo 1.204 del Código Civil, que exige para que una obligación preexistente sea sustituida por una nueva, que así se declare expresamente que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles, residiendo en esa incompatibilidad la tácita voluntad de novar que de forma inequívoca se exige por la jurisprudencia de esta Sala para apreciar la novación; supuesto este último en el que hay que comprender la escritura pública de autos, por darse esa incompatibilidad entre las estipulaciones que se hicieron constar en el documento privado y las del documento público, conteniendo el segundo, no un mero reconocimiento del contrato anterior, sino una modificación objetiva de diversos elementos del contrato originario.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: EXISTIENDO UNA CADENA DE SUBCONTRATISTAS, NO HAY ACCIÓN DIRECTA SI ALGUNO NO RESULTA DEUDOR. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Si el comitente no es deudor del contratista, no cabe la acción directa, y habiéndose extendido esta acción a sucesivos subcontratistas, tampoco se da acción directa en el caso de que uno de los contratistas no sea deudor de su subcontratista. En otras palabras, si hay una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena.

La razón de ello se halla en el fundamento de la acción directa y en la interpretación del artículo 1.597 del Código Civil, que hace esta Sala en sentencia de 29 de junio de 1936, que dice que cuando ocurren sucesivas subcontratas habrá que seguir su orden inverso hasta el propietario, que resultará obligado subsidiariamente o en defecto de quienes le precedan, pero siempre que en todos se dé la circunstancia de ser deudores unos de otros, porque si alguno de los interferidos no lo fuera, quebraría el vínculo denominador común de la responsabilidad; si el propietario, por haber pagado totalmente al contratista suyo, ya no habría de suplir obligaciones del mismo, el locador que estuviese finiquitado con su sucedendo en la empresa, tampoco tiene que afrontar lo debitado por éste, ya que a idéntica razón corresponde la misma norma jurídica y ninguna autoriza que quien pagó bien, contra todo principio de equidad lo haga dos veces.

RESPONSABILIDAD DE LOS ARQUITECTOS EN LAS DISTINTAS FASES DE LA CONSTRUCCION. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia ha venido contemplando la responsabilidad del arquitecto en los ámbitos de la elaboración del proyecto (anteriores al inicio de la obra) y de la ejecución fiel y adecuada del mismo en los aspectos técnicos (detección de defectos y subsanación como expresión del cumplimiento de una obligación contractual). El tema de las relaciones entre el arquitecto y el propietario de la obra —fuera de los límites de lo pactado— es algo que ni la ley civil ni la jurisprudencia contemplan como elemento a incluir en la responsabilidad contractual. Incluso podría decirse que lo prohíben. Ahí está, por ejemplo, el artículo 1.256 del Código Civil, que establece que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Y resultaría contradictorio exigir del arquitecto que impusiese su autoridad cuando la propiedad de la obra está, por otro lado, minando esa autoridad al ordenar que se lleve a efecto una unidad de obra en forma distinta a la diseñada por el arquitecto y con la oposición de éste. Pero aun entendiendo que la obra debía realizarse a satisfacción del contratista, no hay que olvidar que el artículo 1.598 del Código Civil dispone que se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente.

Toda obra de arquitectura exige la intervención de arquitecto que realice el estudio y la redacción del Proyecto, elabore las especificaciones y documentos necesarios para la ejecución de las obras, lleve a cabo la dirección facultativa de éstas y efectúe la liquidación de los gastos hechos en las mismas.

Que sobre las fases de trabajo de los arquitectos cabe señalar:

- a) *Estudio previo*. Constituye la fase preliminar en la que se expresan las ideas. Incluye la recogida y sistematización de la información precisa, el planteamiento del programa técnico y una estimación orientativa de coste económico.
- b) *Anteproyecto*. Es la fase de trabajo en la que se exponen los aspectos fundamentales de las características generales de la obra, al objeto de proporcionar una primera imagen global de la misma.
- c) *Proyecto básico*. Se definen de modo preciso las características generales de la obra. Su contenido es suficiente para solicitar, una vez obtenido el preceptivo visado colegial, la licencia municipal u otras autorizaciones administrativas, pero insuficiente para llevar a cabo la construcción.
- d) *Proyecto de ejecución*. Desarrolla el proyecto básico con la determinación completa de detalles. Su contenido reglamentario es suficiente para obtener el visado colegial necesario para iniciar las obras.
- e) *Dirección de obra*. Constituye la fase más significativa en la que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico-facultativo de la obra, así como la adopción de las medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución.
- f) *Liquidación y recepción de la obra*. En esta fase se efectúa la determinación del estado económico final de la obra, mediante la aplicación de los precios que rijan en ella al estado real de mediciones, y comprende el recibo de la misma en nombre del cliente.

No es posible, bajo los parámetros de cualquier deontología profesional, que cuando el titular que acomete su *facere* encuentra en la ejecución de lo así proyectado, y en el caso del arquitecto, con mayor sentido, por su cometido de dirección, que se está ello efectuando mal o en contra de lo previsto técnicamente, no pueda ni deba reaccionar en modo, bien imponiendo su autoridad al autor del desvío, bien apartándose de proseguir su tarea.

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES EN CASO DE NO ADAPTACION A LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La finalidad de tal responsabilidad punitiva se refiere a que los administradores, y en su caso los liquidadores, responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales si la sociedad no ha adaptado sus estatutos a la vigente Ley de Sociedades Anónimas, debe contemplarse desde la perspectiva del favorecimiento de la seguridad del tráfico; el desencadenamiento de la sanción no precisa la existencia de un daño, siendo suficiente para la originación de dicha responsabilidad de administradores o liquidadores con la falta de adaptación de los estatutos a lo previsto en la Ley de 1989.

La finalidad del precepto está dirigida a forzar y compeler el cumplimiento de tal obligación legal, y asimismo porque la Disposición Transitoria quinta, en su último inciso, señala la misma sanción, responsabilidad personal y solidaria para administradores y liquidadores. Esta responsabilidad se aplica y subsiste aún para las sociedades anónimas en período de liquidación, pues el

precepto se extiende a los liquidadores con una responsabilidad directa de los mismos. La voluntad del legislador resulta clara, ha pretendido hacer responsable de las deudas sociales a los liquidadores cuando la sociedad anónima no se haya adaptado a la nueva normativa en el plazo señalado, y del mismo modo que para los administradores.

ACCION REVOCATORIA: LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD GARANTIZA EL CONOCIMIENTO DEL ACTO FRAUDULENTO. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Ha de fijarse la fecha inicial del cómputo de los cuatro años que, conforme al artículo 1.299-1.º del Código Civil, dura la acción para pedir la rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores. Si bien el conocimiento anterior por el acreedor del negocio fraudulento —en el caso, la donación del padre a los hijos— posibilita el ejercicio de la acción rescisoria, lo decisivo es que la inscripción en el Registro de la Propiedad ya garantiza el conocimiento pleno del acto fraudulento y, por lo mismo, el comienzo del plazo de caducidad de la acción, salvo prueba de conocimiento anterior, circunstancia que adelantaría el *dies a quo*, ha de estarse a la fecha de inscripción.

SOLIDARIDAD ENTRE LOS RESPONSABLES DE ILICITO CULPOSO. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala, después de dulcificar la exigencia del párrafo último del artículo 1.137 del Código Civil, para que una obligación tenga el carácter de solidaria, no es necesario que se emplee tal término, ni constancia expresa o expresión literal, ha admitido la solidaridad impropia o por necesidad de salvaguardar el interés social y proteger a los perjudicados en los supuestos de responsabilidad extracontractual entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo, con pluralidad de agentes y posibilidad de que el perjudicado pueda dirigirse contra ellos como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado.

ERROR JUDICIAL: CONCEPTO. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada y notoria doctrina de las diversas Salas de este Tribunal Supremo, la de que el llamado «error judicial» viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal, habiendo de tratarse de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitado e incontestable que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica o absurda que rompa la armonía del orden jurídico. El error judicial, objeto del presente proceso incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley, generando una resolución específica y absurda que rompe la armonía del orden jurídico; no siendo, por tanto,

el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico.

Incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley, no puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso.

NO ES PRECISA LA APROBACION JUDICIAL PARA LA VALIDEZ DE LOS CONVENIOS CELEBRADOS ENTRE CONYUGES. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1.255 del Código Civil), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia, tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la Ley con carácter general (art. 1.261 del Código Civil) además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la Ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas reconocidas por la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 7 de marzo de 1995, 22 de abril de 1997 y 21 de diciembre de 1998) que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial.

LA RESOLUCION DE LA VENTA DE INMUEBLES NO REQUIERE UNA ACTITUD DOLOSA DEL INCUMPLIDOR. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala tiene declarado que la Resolución, a tenor de los artículos 1.504 y 1.124, no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al incumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, y siendo aconsejable la resolución en los que concurran el impago prolongado, duradero, injustificado o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa, y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable, asimismo, mantener el pacto en homenaje a la voluntad contractual cuando no aparezca definitiva e incuestionable una decidida voluntad negativa.

LEY DEL SEGURO: EL PREVALENTE INTERES DEL ASEGURADO HA DE ENTENDERSE DEL BENEFICIARIO CUANDO NO SEAN LOS MISMOS.
(SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La Ley de Contrato de Seguro no siempre utiliza la palabra asegurado en un sentido estricto que serviría para designar a la persona titular del interés asegurado, y a la que corresponden los derechos que derivan del contrato, sino que en ocasiones la emplea en sentido amplio, comprensivo también de la figura del tomador del seguro y del beneficiario.

Si bien muchas veces coinciden en la misma persona las cualidades de tomador del seguro, asegurado y beneficiario, no dejan de ser frecuentes los supuestos en que las mismas corresponden a sujetos distintos.

Cuando se habla en la ley del prevalente interés del asegurado ha de entenderse que dicha protección podrá ser reclamada exclusivamente por quien en verdad ostenta el interés que ha determinado la concertación del seguro, persona que muchas veces será el asegurado, si bien en otras ocasiones, cuando, como en la presente, sean distintos el asegurado y el beneficiario no puede dudarse que tal protección debe dispensarse únicamente a este último.

En segundo término, la exigencia del artículo 83 LCS respecto a la existencia de consentimiento del asegurado, cuando éste no ha sido el tomador del seguro, no siempre requiere la constancia por escrito, pues según el propio precepto, el mismo puede presumirse de otra forma.

LOS ACTOS ILICITOS DE UN CONYUGE NO PUEDEN REPERCUTIR SOBRE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2002.)

Hechos.—Se produjo un incendio en una vivienda por defectos en la instalación eléctrica; en el siniestro perecieron tres personas. La vivienda era arrendada y de propiedad privativa de una señora. Ella es condenada a indemnizar, pero el marido es absuelto.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina general que a la llamada «comunidad en las cargas» que a los cónyuges se le impone, vía genérica del artículo 1.318, o específica del 1.362-1, obedece esta razón atributiva del número 2: «Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales» constituyen un beneficio y por tanto su atribución ganancial, y por ende la garantía de ellos coadyuvará al cumplimiento de aquellas cargas.

En cuanto a la responsabilidad por ilícitos del cónyuge actuante, en sede de obligación extracontractual, la sociedad responde cuando el cónyuge actuante se movió dentro de su contorno de administrador normal o en beneficio de la sociedad, a excepción de que hubiese incurrido en dolo o culpa grave: artículo 1.366. En estos casos de culpabilidad manifiesta del cónyuge, dolo o culpa grave, que determinará la comisión por él de un acto ilícito penal —delito o alta— o civil con esa culpabilidad —cuasidelito que no sea el determinante de la responsabilidad aquiliana del 1.902— las consecuencias patrimoniales por esa conducta o la responsabilidad civil derivada será de cargo exclusivo del cónyuge actuante; en este sector deben incluirse las antiguas «multas y condenas pecuniarias» del extinto 1.410-2.

La esposa arrendadora incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada con las debidas condiciones para su uso, según impone el artícu-

lo 1.544 del Código Civil, y como esa conducta fue exclusivamente, en cuanto a su componente de negligencia, realizada por la misma, no es posible que las consecuencias de ese ilícito, precisamente ocurrido antes de realizar el arriendo, como acto de administración ordinaria, repercutirlas en la sociedad ganancial, al igual que hasta los efectos indemnizatorios derivados de un ilícito realizados por un cónyuge durante la existencia del tracto —caso de multas o infracciones dolosas— no pueden repercutir o afectar a los bienes del común, al ser atribuibles a quien, con su actitud personal, ha provocado daños o perjuicios derivados de aquel proceder.

COMPRAVENTA DE VIVIENDA: APLICACION DE LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—El piso vendido por documento privado, por la sociedad anónima demandada, se afirma tiene una extensión, conforme manifiesta la inmobiliaria, de 116,8 metros cuadrados, sin expresión de si dicha superficie corresponde a los metros construidos o los metros útiles, de manera que cuando el demandado comprueba, al poner a su disposición el piso, que la superficie aprovechable es sólo de 96,60 metros, solicita la resolución del contrato. Tratándose de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de la aplicación de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, resultaba imperativo, en relación con la venta de la vivienda que le oferta, que el documento contractual expresara la superficie útil. Omitida esta circunstancia, la mera referencia a superficie, sin precisiones, sitúa en las previsiones de la proposición 2 del artículo 10 de la citada Ley, en cuanto que las dudas en la interpretación deben resolverse en contra de quien las ha redactado. Consecuentemente, la entrega a la recurrente de un piso con una superficie menor en más de veinte metros cuadrados de la esperada, frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual, y ha de equipararse a un *aliud pro alio*. No empece a las consecuencias que se derivan de esta declaración la referencia al «cuerpo cierto», que ni siquiera podía ser visualizado al no estar construida la casa al tiempo de la perfección del contrato, ya que la entrega de la prestación debida es un *prius* que no debe confundirse con la «aleatoriedad» dentro de ciertos límites del «cuerpo cierto».

RECURSO DE REVISION: MAQUINACION FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Para la viabilidad del recurso de revisión cuando se fundamenta en maquinaciones fraudulentas, exige la jurisprudencia los siguientes requisitos: A) Que la maquinación consista en una conducta maliciosa de la parte recurrida, tendente a conseguir, mediante argumentos, artificios o ardides, una ventaja frente a la contraria. B) Que exista un nexo causal directo entre esta conducta y la sentencia firme y favorable para la parte que utilizó este proceder. C) Que la maquinación fraudulenta se deduzca de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, pero no de los alegados y discutidos en él. D) Que la conducta maliciosa impida al demandado el conocimiento de la existencia del pleito, y por tanto su efectiva defensa. E) Que el recurso se haya interpuesto dentro del plazo de caducidad.

Uno de los supuestos más conocidos de maquinación fraudulenta es el de tratar de evitar que el demandado pueda conocer la existencia del pleito, para que no acudiendo al mismo, no pueda defenderse, lo que se efectúa empleando algún tipo de astucia en relación con la llamada del demandado al proceso, como lo es la ocultación del verdadero domicilio.

Constituye la forma más frecuentemente empleada la afirmación inexacta de desconocerse totalmente su domicilio y paradero, e interesar una citación edictal en lugar distinto, a fin de que se sustancie el juicio en rebeldía, cuando el empleo de una mínima y elemental diligencia por parte del actor, haciendo adecuadas gestiones, le hubiera permitido conocer con exactitud el domicilio de la persona a la que va a demandar.

LA «CAUSA TORPE» EQUIVALE A CAUSA ILÍCITA. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La «causa torpe» debe subsumirse en ilicitud de causa que debe incardinarse en la contravención legal, y no en la que debe deferirse a los supuestos de quebrantamiento de buenas costumbres, interpretación estricta que no se compagina con una sistemática, que pasando de su significado vulgar del término «torpe», hay que entenderlo aplicable a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita, que no sea susceptible de ser tipificada de infracción penal, supuesto al que se refiere el artículo 1.305 del Código Civil; este precepto y el 1.306 siguen la máxima que establece que *in pare cause turpitudinem, melior est conditio possidetis*, criterio que es unánime entre los intérpretes del Código, que entienden que se comprenden en este caso no sólo lo opuesto a la moral, que no constituye falta penada, sino también lo que contraría el orden público o la ley, sin estar determinada para el caso sanción penal.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: ES INDISPENSABLE EL ELEMENTO DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—En cualquier clase de responsabilidad, llámese subjetiva u objetiva, en su caso extremo (la del riesgo que comparte signos de ambas, y no ha de descolgarse, en todo caso, de un adarme culpabilístico, al menos en cuanto que la conducta del luego responsable haya sido la productora de la actividad en cuyo seno o por su acaecimiento se produjo luego el ilícito del daño) es indispensable el elemento de causalidad, o sea la acción u omisión con culpa debe ser siempre la causa del daño producido, y ello ha de apreciarse por la Sala *a quo*.

DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina del enriquecimiento sin causa en nuestro Derecho se ha originado por una construcción doctrinal y jurisprudencial y tan sólo ha encontrado últimamente reflejo legislativo en las Normas de Derecho Internacional Privado del Capítulo IV del Título Preliminar del

Código Civil, el artículo 10.9, y en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

La doctrina jurisprudencial más antigua cita al respecto la Partida séptima, Título XXXIV, «De las reglas del Derecho», que recoge que *E aun dixeron que ninguno non deve enriquescer tortizeramente con daño de otro*.

Los requisitos se concretan en la adquisición de un provecho o ventaja patrimonial del demandado con el correlativo empobrecimiento del actor, la debida conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento y la carencia de causa que justifique dicho enriquecimiento.

INCONGRUENCIA: NO PUEDE CAMBIARSE EL OBJETO DEL PLEITO EN SEGUNDA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación y de contradicción, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la *mutatio libelli*), ni cambiar el objeto del pleito en segunda instancia (*pendente apellatione nihil innovetur*), como dicen las sentencias, entre otras, de 19 de julio de 1989 y 9 de junio de 1997.

LA DOCTRINA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» EVITA SITUACIONES DE INJUSTICIA MATERIAL. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La invocación de la doctrina del «levantamiento del velo» tiene que ser aceptada. Al crear el demandado una sociedad mercantil con miembros de su familia, existiendo la deuda impagada del contrato de obra, defrauda los intereses legítimos de la actora, pues entre las múltiples sentencias del Tribunal Supremo que aplican la doctrina del «levantamiento del velo» encontramos que existen supuestos de muy diversa índole, entre los que cabe destacar aquéllos en que la sociedad responde de obligaciones personales de los socios con el fin de evitar que al socaire de esta ficción legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizada por el camino del fraude. Doctrina indispensable para una construcción jurídica que consiga corregir el automatismo que puede llevar a situaciones de injusticia material.

EXISTIENDO INSCRITA UNA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA, EL POSEEDOR NO PUEDE ALEGAR BUENA FE. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 453 del Código Civil distingue los gastos necesarios de los útiles. Los primeros responden a devengos indispensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigidos para la conservación de la finca, de forma tal que de no haberlos hecho, el bien habría dejado de existir o habría desmerecido notablemente; tales gastos los hubiera tenido que hacer,

en todo caso, quien resultara vencedor en la posesión discutida, por lo que a efectos de evitar situaciones de enriquecimiento injusto, el artículo 453, en relación al 455, viene a otorgar el derecho de su reembolso a todos los poseedores, sin distinguir lo sean de buena o mala fe.

No sucede así respecto de los gastos útiles, los que responden a las mejoras introducidas en la finca poseída, que incrementan su producción o rendimiento con repercusión consiguiente de su mayor valor en venta. El Código Civil no define tales gastos, y es sólo el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Rústicos el que hace referencia a los mismos, al tener en cuenta las mejoras útiles que refiere a las obras que se incorporan a la finca y ocasionan aumento duradero de su productividad. A estos gastos sólo tienen derecho los poseedores de buena fe.

El recurso interpuesto no procede, ya que, conforme a los hechos probados, no se trata de supuesto de total y plena ignorancia por parte del recurrente de los derechos que asistían a la actora, es decir, del vicio que podría invalidar su título de adquisición, pues en este caso sí conocía y tenía acceso para poder alcanzar que su compraventa de la finca podía resultar ineficaz, pues en la escritura se hace constar bien expresamente en el capítulo de cargas que según el Registro constaba una sustitución fideicomisaria, ordenada por el padre de la demandante en su testamento, y no figurando registralmente que ésta hubiera cedido sus correspondientes derechos, es decir, los conservaba, y al acceder a la titularidad de la finca conformaron título en virtud del cual planteó la demanda para reivindicarla.

Se trata, por tanto, de sustitución fideicomisaria vigente y confirmada a favor de la actora, perfectamente conocida por el recurrente, al que si bien le asistía una buena fe de principio, por cuanto la titularidad de su derecho no había sido impugnada, aquella situación resultó alterada desde el momento en que fue emplazado para contestar a la demanda, produciéndose una modificación sobrevenida de la buena fe que le asistía al ejercitar su derecho la demandante, derecho que permanecía expectante y subsistente, entrando en juego el artículo 435 del Código Civil en cuanto prevé que la posesión de buena fe pierde este carácter desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

EL ARTICULO 1.504 CONSTITUYE UNA ESPECIALIDAD DEL 1.124 RESPECTO A LA VENTA DE INMUEBLES. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—La armonía jurídica y correlación que se da entre los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil, lleva a entender que el 1.504 constituye una especialidad del 1.124 y está proyectado a la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado y cuando se produce su impago se faculta la resolución si concurre correcto requerimiento judicial o notarial.

Constatada la voluntad incumplidora de la parte compradora en cuanto a su obligación principal, que es satisfacer el precio, para lo que no es necesario se dé una intencionalidad dolosa ni voluntad rebelde, bastando que su conducta ocasione la frustración perseguida por las partes en el contrato, conforme reiterada doctrina de esta Sala, y ello hace preciso, en el ámbito y exigencias de la literalidad y reciprocidad que representan las relaciones de compraventa, que el vendedor que resuelve haya cumplido las obligaciones que a él le incumben.

SEGURO MARITIMO: INTERPRETACION DE UNA CLAUSULA. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—En la Póliza de Seguro Marítimo que ha dado origen al pleito, bajo el epígrafe de «riesgos excluidos» incluye los provenientes de dolo o negligencia grave del armador, y señala que se considerará como caso de negligencia grave del armador la pérdida de la clasificación del buque después de contratado el seguro.

La demandante y la sentencia impugnada estiman que la cláusula excluyente no opera por no haberse producido la circunstancia de pérdida de la clasificación del buque después de contratado el seguro; y estiman que la circunstancia, de no estar clasificado el buque en el momento del otorgamiento del contrato, circunstancia que no se discute, no es la prevista en la cláusula citada y que, por tanto, quedan obligadas las compañías aseguradoras al pago de la indemnización cuando voluntariamente otorgaron así el contrato, pues sería de todo punto impensable perder una clasificación que nunca se ha tenido.

Esta interpretación que hace la sentencia recurrida infringe los criterios interpretativos del artículo 1.281 y siguientes del Código Civil. En efecto, la intención de los contratantes, y en lo que aquí respecta, la de la compañía aseguradora, aparece con toda claridad de que otorga el contrato con la condición de que el buque esté convenientemente clasificado, y debe razonablemente estimarse que no se hubiera producido el otorgamiento en caso de falta de esa clasificación.

Al no existir la clasificación en el momento del otorgamiento del contrato, no existía la base sobre la que se construyó la voluntad negocial, que priva al contrato de su sentido, frustrando su fin, y que es imputable a una de las partes.

CONTRATO DE SEGURO: CLAUSULAS LIMITATIVAS Y CLAUSULAS DE DELIMITACION DE RIESGO. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2002.)

Doctrina de la Sentencia.—Son cláusulas limitativas aquellas que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, siendo estas cláusulas las que han de ser expresamente aceptadas. Por el contrario, la cláusula de delimitación del riesgo es la que especifica la clase de riesgos que se han constituido en objeto del contrato, y no se ven afectadas por lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro, porque en tales supuestos el derecho del asegurado no ha llegado a nacer y por tanto no se priva al mismo de ningún derecho que tuviera por ley.

Sólo en el supuesto de que alguna de estas últimas cláusulas delimitase el riesgo de forma sorprendente, por no poder calificarse de normal o frecuente la restricción que impone, vendría a convertirse de hecho en una cláusula limitativa de los derechos del asegurado.

El espíritu que inspira dicho precepto no es otro que el de asegurar el conocimiento de las condiciones generales por parte del asegurado.

JOSÉ QUESADA SEGURA

TERCERÍA DE DOMINIO. REITERACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE INAPLICACIÓN SI NO SE HA PRODUCIDO UN EMBARGO.
(STS DE 31 DE ENERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El recurso de casación no ha lugar.

Planteamiento de la litis.—El auto de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso de casación expone en sus fundamentos de derecho que la jurisdicción competente en la tercería de dominio sobre unos bienes depositados, no embargados, es la pieza de responsabilidad de un proceso penal, pero no se declara competente sino que confirma la Resolución del Juzgado de Primera Instancia que decreta el sobreseimiento del proceso civil y el archivo del mismo.

Doctrina de la Sentencia.—La naturaleza y la función procesal de la tercería de dominio que, pese a los distintos matices doctrinales y a la evolución jurisprudencial, está actualmente reiterada en numerosas sentencias, expresa que la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa.* Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad a favor del demandante-tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado. En este sentido, la jurisprudencia insiste en una idea: ***La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.*** En este sentido se apunta la función procesal de la tercería de dominio que es la invalidación e ineficacia del embargo producido, o, en otras palabras, el alzamiento de la traba, la revocación de la decisión judicial del embargo; con lo cual, la tercería de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, que en este caso es dejar sin efecto el embargo con el alzamiento de la traba que había sido acordada, y esto conduce a otra conclusión que se concreta en lo siguiente: el auténtico, necesario y suficiente *petitum* de la demanda de tercería de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados.

En nuestra litis, la tercería se plantea acerca del depósito de unos pagarés en la pieza de responsabilidad civil de un proceso penal y como tal la misma compete a la jurisdicción penal y dicha tercería habrá de tramitarse por el procedimiento que señala la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal como ordena el artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio, claro está, de que se estime que no cabe tercería porque no hay embargo y así sucede en nuestro caso, pues la Audiencia no declara incompetente por razón

de la materia, tal como contemplan los artículos 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que confirma el auto del Juzgado recurrido en apelación que declara el sobreseimiento y archivo del proceso civil de tercería de dominio, y como consecuencia de lo anterior, no se declara la nulidad de lo actuado, como prevé el artículo 74, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que se confirma el sobreseimiento y archivo que venía acordado conforme a lo previsto en el artículo 693, regla 4.ª, de la misma Ley, y evidentemente, tampoco se efectúa «el envío correspondiente a la jurisdicción penal», pues la misma tampoco procedería, ya que las partes deben usar de su derecho ante quien corresponda —art. 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y el órgano jurisdiccional será el encargado de indicar el orden jurisdiccional que estime competente —art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— sin «envío» alguno. Además, al haberse declarado la falta de competencia objetiva por razón de la materia, que corresponde a la jurisdicción penal, debería haberse cumplido el trámite, que no se hace, y que ordena el mencionado artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es el de la audiencia de las partes, lo que conlleva a afirmar que no se ha infringido este precepto.

INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. (STS DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

No prospera el recurso de casación.

Como premisa a destacar del presente supuesto litigioso, llama la atención el hecho de que el artículo 1.214 del Código Civil es un precepto tan general que no sólo puede esgrimirse a efectos casacionales, pues a través de él lo que se pretende atacar es la carga de la prueba por haberla invertido el juzgador.

INAPLICACION DEL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL. NO SE ESTIMA. CLAUSULA PENAL, NO VIGENTE POR MODIFICACIONES POSTERIORES DEL CONTRATO. (STS DE 3 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El recurso de casación no prospera.

En la presente litis, al alegarse la infracción de la *exceptio non adimpleti contractus*, se incurre en el error de no fundamentarla en un contrato no cumplido en absoluto por la otra parte, lo que conduce a que la residencia en un incumplimiento parcial en cuanto a cantidad, calidad o tiempo, carezca de sentido, debiéndose haber esgrimido en tal caso la *exceptio non rite adimpleti contratus*. Pero tanto en uno como en otro caso, la parte recurrente incurre en el vicio casacional de alegar supuesto de la cuestión, o sea, que parte de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtenerse previamente su modificación o integración por parte del Tribunal Casacional.

Es de destacar la doctrina jurisprudencial de la Sala que establece que la pena pactada sólo puede aplicarse si una vez establecida sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los

supuestos en base a los cuales se pactó, pues si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula penal desaparece.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. LAS CUESTIONES NO DISCUTIDAS EN APELACION POR UN LITIGANTE DEVIENEN FIRMES PARA ESTE Y QUEDAN FUERA DEL AMBITO DEL RECURSO DE CASACION. (STS DE 22 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Se ejercita acción resolutoria de contrato de compraventa por impago de parte del precio, y, subsidiariamente, de cumplimiento de la obligación, con resarcimiento de daños y abono de intereses por ambos casos.

Doctrina de la sentencia.—El litigante pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia y, según reiterada doctrina jurisprudencial, tal pretensión es inadecuada, dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares, transformaría este recurso en una tercera instancia. Al mismo tiempo se alega transgresión del artículo 1.124 en relación con el artículo 1.504, ambos del Código Civil, pues la Audiencia omite que el vendedor no ha observado el contrato en los términos pactados, y además, por vulneración del citado artículo 1.124 en conexión con el 1.100, último apartado del mismo texto legal, debido a que aquella resolución no ha tenido en cuenta que, en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple debidamente lo que le incumbe. En realidad, la recurrente pretende efectuar un nuevo análisis que contradiga el realizado por la resolución recurrida, y al ser este lógico y congruente, y sin que esté en contra de las pautas legales establecidas para la interpretación de los contratos, es por lo que, con seguimiento de la posición de la Sala, ha de rechazarse la tesis de dicho litigante que convertiría —como ya hemos comentado— la casación en una tercera instancia.

NULIDAD DE CONTRATO POR CAUSA FALSA. (STS DE 24 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—El *factum* de la sentencia que ahora analizamos parte de la base de unos concretos datos, como son: 1.º La fecha del contrato de arrendamiento efectuado y la fecha de constitución de hipoteca a favor de la entidad recurrida, su inscripción registral, la del juicio hipotecario y la fecha de anuncio de subasta de la finca objeto de dicho arrendamiento. 2.º Que la renta concertada para tal arrendamiento fue casi inferior en un cincuenta por ciento a la que la estimación pericial determina como normal, y 3.º La ubicación física de la finca objeto de arrendamiento.

Doctrina de la Sentencia.—De los datos obrantes en autos se desprende que el contrato de arrendamiento tuvo una base ficticia encaminada a dejar sin efecto la subasta acordada sobre la finca objeto del mismo, determinando con ello su nulidad radical y teniendo como base un *fraude creditoris* con el que se perjudica al titular del crédito hipotecario. De todo ello se deduce que el Tribunal *a quo* ha acudido a la prueba de presunciones del artículo 1.253 del Código Civil de una manera correcta, puesto que no existía otra base hermenéutica para constatar los hechos, es decir, que ha utilizado un proceso lógico, mediante el cual, razonando sobre consecuencias y efectos previamente deducidos de hechos sabidos, y un cuerpo de realidad cierta, por lo que se llega a dar por conocido un supuesto fáctico que no era constatable pero que se produjo, y además hay que hacer constar que dicha deducción personal del juzgador de instancia es una operación a él reservada, que ha de ser respetada en tanto que la misma no sea ilógica, irracional o conduzca al absurdo.

COMPENSACION. MODO DE EXTINCION DE LA OBLIGACION. (STS DE 8 DE MARZO DE 2.000.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

No triunfa el recurso de casación.

A través de la presente litis se alude al importantísimo tema de la compensación como un modo de extinción de la obligación que, como tal, se puede alegar como excepción de derecho material en la contestación a la demanda para oponerse al cumplimiento que en ésta se exige sin que sea necesaria una reconvencción tácita. La compensación impide la reclamación del acreedor contra su deudor, cuando aquél es, a su vez, deudor del segundo, y es que la sentencia de instancia ha declarado con total claridad y rotundidad la realidad de una deuda del causante de los demandantes como deudor frente al demandado-acreedor, lo que produce como efecto la extinción de las obligaciones y, por ende, de la reclamada en la demanda.

La Sala no basa la realidad de la obligación en un negocio jurídico unilateral por el que su autor declare y reconozca la existencia de una deuda —a esto se le llama reconocimiento de deuda—, sino que basa la existencia de la misma en una serie de documentos —a esto se le califica como supuesto fáctico que resulta incólume en casación—. Pues bien, en nuestro caso: 1) no se plantea el cumplimiento o pago de una obligación pecuniaria mediante un documento mercantil —lo que regula el art. 1.10 del Código Civil—, sino que *de unos documentos mercantiles, la sentencia ha estimado probada una deuda que ha dado lugar a la compensación extintiva de la obligación cuyo cumplimiento se reclama en la demanda*; 2) *no se produce una actuación de la parte que pudiera ser calificada de «actos propios»*, conducta reiterada que define una determinada situación jurídica, señalando la intención y situación de quien la realiza; 4) no se ha producido la novación de obligaciones, sino que *de la prueba documental se declara acreditar la exigibilidad de las obligaciones*; y, finalmente, 5) no se trata de contratos sino de *declaraciones unilaterales que hacen constar literal y claramente que las aparentes obligaciones no sólo anteriores sino también posteriores del causante de los demandados, como acreedor, no son exigibles frente al deudor demandado*.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA: INACTIVIDAD NO IMPUTABLE A LA PARTE. CONVENIO DE COLABORACION EMPRESARIAL Y FINANCIERO. CONTRATO ENTRE AUSENTES. REPRESENTACION. CLAUSULA PENAL Y CLAUSULA LEONINA. (STS DE 14 DE FEBRERO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Prospera en parte el recurso de casación.

Relato de antecedentes.—El día ocho de enero de mil novecientos noventa, las entidades «Chase Investmeent Bank Ltd.» y «The Chase Manhattan Bank N.A., Sucursal en España», formulan demanda contra doña Lourdes y don Jordi Camp Casals y don Manuel de Luque Escalona, en la que solicitan la condena al pago de una determinada cantidad de dinero, de la que parte correspondía a una comisión de terminación y otra a unos gastos. Dicho contrato se complementa con un documento de compromiso de términos en el que se incluyen condiciones y además una carta de comisiones, la «comisión de terminación» que penaliza el abandono de la operación a cambio de cualquier pago, compromiso u otro concepto de tercero a favor de los contratantes con una comisión de determinada cantidad de dinero, más los gastos de índole legal que resultara inmediatamente vencida y pagadera a quien fuese el beneficiario del pago o compromiso aludido y además entre las numerosas cláusulas del convenio de la operación de ingeniería financiera cabe resaltar que la entidad Chase, a cambio de las comisiones y garantías pactadas, asumía la condición de asesor exclusivo, instrucciones, estudio de viabilidad, evaluación financiera, diseño de estrategia, etc., facultadas estas de representación y apertura de unas líneas de crédito. Dicho contrato señalaba una fecha máxima para llevar a cabo por el grupo operaciones o por sus miembros la compra de una serie de acciones, pero por falta de acuerdo se disuelve la sociedad civil formada y se conviene una indemnización a percibir en compensación por el trabajo y esfuerzo realizado para alcanzar los fines societarios. En el propio documento se reconoce haber recibido una oferta de compra de las acciones y como consecuencia de ello la entidad financiera requiere a los demandados para el cumplimiento de la comisión de terminación, lo que constituye el fundamento del pleito del que dimana el recurso de casación objeto de enjuiciamiento.

Doctrina de la Sentencia.—La idea básica del recurso de casación y que constituye la estrategia articulada en varios de sus motivos consiste sustancialmente en sostener que al tiempo de vender sus acciones, la sociedad tenía plena libertad de hacerlo por no estar sujetos a vínculo alguno, toda vez que la acción del convenio de colaboración era sólo hasta la fecha máxima fijada, por lo que no hubo abandono contractual, base de la pretensión actora, sin que quepa hablar de prórroga por las razones siguientes: a) El solicitante carecía de poder para actuar, ya que si bien era administrador único de la sociedad civil y tenía apoderamiento en relación con ésta, este poder no le habilitaba para representar en relación con el convenio de colaboración. b) La prórroga contractual se pidió cuando ya se había producido la extinción del contrato, por lo que resulta absolutamente ineficaz, ya que no cabe prorrogar lo extinguido; y c) La respuesta a la solicitud de prórroga no se acomodó a lo ofrecido, sin que haya habido aceptación de la contraparte, por lo que no se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 54 del Código de Comercio.

Además, de conformidad con el artículo 411 de la LEC, se tendrá por abandonada la instancia y caducada de derecho si no se insta su curso dentro de dos años si estuviere el asunto en segunda instancia; sin embargo, el artículo 412 de la propia Ley declara que no procederá dicha caducidad cuando el pleito hubiere quedado sin curso por fuerza mayor o por otra causa independiente de la voluntad de los litigantes, y en nuestro caso concurre esta última excepción, pues la demora denunciada en el motivo, fácticamente cierta, es únicamente atribuible al Tribunal sin que ninguna pasividad o inactividad quepa imputar a las actoras recurrentes en apelación. Por lo tanto, aunque concurre el requisito objetivo de la paralización del proceso, falta el subjetivo de imputabilidad a la parte, tanto más si se tiene en cuenta que por la representación procesal de las apelantes se presentó un escrito interesando se dictara sentencia de la cual la Sala tomó conocimiento.

La falta de legitimación se viene a reconocer en el escrito de impugnación del recurso de casación al no alegarse razón alguna para justificar su existencia. Además, reconocida implícitamente la legitimación en el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, los demandados no se adhirieron a la apelación de forma tal que dicho extremo deviene firme, es decir, como cosa juzgada formal.

Se incide también en la acumulación de preceptos sin el adecuado desarrollo individual o por relación, con lo que no se respeta la técnica casacional, resultando inaceptable colocar al Tribunal en el dilema de rechazar de plano el motivo, o tener que investigar cuál es la posible vulneración de cada precepto, con la consecuencia de tener que realizar un tipo de discurso más propio de la apelación, función distinta de la que corresponde en el recurso extraordinario que, obviamente, como tiene repetido hasta la saciedad esta Sala, no es una tercera instancia. Sin embargo, con el único propósito de agotar la respuesta jurisdiccional en relación con el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, y haciendo abstracción de la valoración del contrato toda vez que la sentencia recurrida ya consideró como cuestión nueva, y por consiguiente extemporánea, las consideraciones de los apelados de que el contrato que les liga con el financiador es un contrato de adhesión que contiene cláusulas nulas, procede examinar las alegaciones que se hacen respecto de la denominada «comisión de terminación», la que se impugna, entre otras razones, por contradecir la buena fe y tratarse de un contrato leonino. Pero la imputación que se efectúa de contrato «leonino», en la perspectiva de la cláusula de «comisión de terminación», carece de fundamento. Con la expresión «leonino» se alude a aquellos contratos onerosos en que se estipulan todas las ventajas para una de las partes, y los inconvenientes para la otra, y también cuando existe desde el momento inicial de la perfección una exorbitante desproporción o desequilibrio entre las prestaciones de una y las correspondientes contraprestaciones de la otra, de modo que es fácilmente advertible la relevancia que tienen las circunstancias de cada caso y como consecuencia la gran variedad morfológica con que las situaciones se pueden presentar en la realidad práctica, por lo que será preciso que se concreten los particulares que, explícita o implícitamente, dan lugar a la situación de desmesura jurídica, o las circunstancias de necesidad o inexperiencia en una de las partes que dieron lugar a la conducta abusiva o contraria a la buena fe por la parte contraria. La calificación de un contrato o de una cláusula como leonina puede dar lugar a la declaración de nulidad o, en su caso, a la corrección por desorbitada o desproporcionada, o a su moderación. La parte recurrente no

proporciona base fáctica en qué poder apoyar la alegación que se limita a hacer en forma prácticamente apodíctica, con olvido de la necesidad del adecuado soporte de hecho, pues si con la sola invocación de que un contrato es leonino pudiera burlarse el cumplimiento de las obligaciones libremente contenidas, la seguridad jurídica quedaría a merced de quienes voluntariamente quisieran cumplir tales obligaciones, y, por otro lado, no cabe valorar para nada las alegaciones referentes a la supuesta extinción del contrato, porque ello supone incurrir en «petición de principio», y finalmente, la cláusula del caso no es en absoluto leonina, sino que constituye un resorte perfectamente explicable y justificable, con base en el principio de autonomía privado para su ejercicio en los supuestos que establece, uno de los cuales es el del abandono del contrato, por lo que corresponde a la parte cumplir con el compromiso asumido. La cláusula de «comisión de terminación» es una especie de cláusula penal no incardinable en las de sustitución de indemnización de perjuicios, sino más bien en las de «pena de arrepentimiento», y por ello no es preciso hacer labor exegética alguna en relación con los hipotéticos perjuicios.

DENEGACION DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL. RESPONSABILIDAD POR EL ARTICULO 1.591.1 DEL CODIGO CIVIL. CONCEPTO DE «RUINA». (STS DE 7 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se reconoce la doctrina de la Sala que estima la legitimación en la Comunidad de Propietarios condicionada al voto favorable del propietario o propietarios en los elementos comunes. Y es que el documento en casación RATIFICA acuerdos anteriores tomados en relación con los defectos observados en todas y en cada una de las viviendas y locales integrantes de la Comunidad, así como en los elementos comunes de la urbanización y se trata, además, de una ratificación de la actuación de la representación procesal realizada por el mandante, lo cual resulta admitido en nuestro ordenamiento jurídico y en la doctrina tradicional de la Sala que declara en varias ocasiones que la ratificación posterior del representado purifica el negocio de acuerdo al conocido brocardo latino —*ratihabito mandato comparatur*—, y lo que hace válido el negocio desde su origen y durante la pendencia de la *condictio iuris* que implica la ratificación, ello, con independencia de que si el mandante se aprovecha de lo realizado por el mandatario sin la suficiente autorización, resulta evidente que lo ratifica tácitamente y ya no podrá ejercitar acciones pertinentes. Por otra parte, y ante la ratificación, las alegaciones del motivo debieron ir precedidas por la oportuna prueba en la segunda instancia para acreditar que la comunidad actúa acciones de tercero y fuera de los elementos comunes. El *petitum* de la demanda se limita a solicitar sentencia «por la que con estimación íntegra de la demanda, condene a los demandados solidariamente a la subsanación y reparación de los vicios de proyecto, de dirección de obra y construcción existentes en el conjunto que componen los inmuebles de la comunidad demandante, y, con carácter subsidiario, se declara que vienen obligados solidariamente a indemnizar a la comunidad demandante de la cantidad en que pericialmente se

valoren las obras de reparación necesarias y resultante de la prueba que se practique en este procedimiento, o en su caso, en ejecución de sentencia...». La sentencia de apelación rechazó tal excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y negó que pudiera determinar indefensión, y ello como consecuencia de la detallada relación de desperfectos consignada. La recurrente, por su parte, pone el acento en la individualización de las responsabilidades por vicios constructivos y destaca que alguno de los desperfectos constituían un defecto de dirección de obra, y es cierto que el concepto de «ruina» supone un concepto jurídico a los efectos del artículo 1.591.1 del Código Civil. La sentencia recurrida distingue suficientemente las responsabilidades concurrentes, determinando la responsabilidad solidaria de aparejadores, constructores y promotores a la reparación de los defectos que se detallan. Tanto es así que, en alguna sentencia de la Sala se recoge que para que los contratistas puedan salvar su responsabilidad deben indicar las consecuencias perjudiciales de seguir determinados órdenes y direcciones en la ejecución de obras y se señala la vulneración del artículo 1.591.1 del Código Civil —tal como ya hemos mencionado—, y también la vulneración de la moderna doctrina jurisprudencial sobre el concepto de ruina y ello da pretexto al motivo para colocarse fuera de la ortodoxia y rigor casacional y examinar de nuevo estructuras, puertas exteriores de acceso a la vivienda, herrajes de puertas de acceso al jardín, aislamiento acústico y térmico, etc... Con carácter de dato fáctico y, por tanto, inatacable en vía casacional, declara la sentencia recurrida, que los defectos son de tal entidad, tanto por su reiteración como por su amplitud y a defectos indudablemente ruinógenos, por lo que no pueden deslindarse de los ruinógenos propiamente dichos, y es que en el concepto de ruina se incluyen los graves defectos constructivos que hagan temer la pérdida de un edificio o lo hagan inútil para la finalidad que les es propia, constituyendo el concepto de ruina funcional al que se refieren muchas sentencias de la Sala.

RATIFICACION DE LO ACTUADO POR EL PRESUNTO MANDATARIO: HA DE SER TOTAL, POR HABERSE APROVECHADO EL DEMANDANTE DE LA TOTALIDAD DE LA ACTUACION. (STS DE 13 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

No triunfa el recurso de casación.

No se ataca la presunción por error de derecho en la apreciación de la prueba, sino que se lanza a la exposición de una opinión propia sobre una determinada actuación, lo cual es fruto de confundir este recurso con una tercera instancia, pues casacionalmente tendría que haberse demostrado que no existe el hecho base de la presunción, o que no existe el enlace preciso y directo entre aquél y la consecuencia lograda.

RECLAMACION DE CANTIDAD: FALTA DE PAGO DEL PRECIO. PRESUNCIONES OMISIVAS. (STS DE 13 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Don Enrique Ibáñez Martínez-Valdés formula contra la «Sociedad Anónima Deportiva Rayo Vallecano», acción de reclamación de cantidad con fundamento en una relación de arrendamiento de servicios. Alega como *causa petendi* de las sumas solicitadas, el impago de honorarios correspondientes a la actividad desplegada en calidad de Jefe de los Servicios Médicos del Club en virtud del contrato de 1 de agosto de 1989, y una indemnización de daños y perjuicios por la rescisión unilateral del vínculo jurídico efectuada por la entidad comitente cuando ya se había producido la prórroga tácita prevista en el contrato. La parte recurrente sostiene que las dos alegaciones básicas efectuadas en el juicio, consistentes en que existió un convenio verbal entre las partes por virtud del que se dejó sin efecto la cláusula de revisión anual de los honorarios conforme a las variaciones del IPC del año anterior y que se abonó la totalidad de los honorarios devengados se pueden declarar acreditadas con base en hechos de los que presuntivamente cabe extraer la realidad de la existencia del convenio y del pago.

Doctrina de la Sentencia.—La presunción *hominis* o judicial consiste en la apreciación a los efectos del proceso de la certeza de un hecho controvertido a partir de otro hecho admitido o probado, cuando entre ambos se da un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, así sin perjuicio de analizar, aunque más por razones de respuesta jurisdiccional que por exigencia casacional, las concretas alegaciones realizadas, cuya carencia de consistencia obedece a la falta de base fáctica o a la afirmación que se invoca como cierta y que no permite sentar la presunción lógica que se pretende, lo cierto es que el planteamiento desborda la función del recurso de casación, se ubica el razonamiento en el campo de las presunciones omisivas, es decir, las que alegadas no fueron acogidas por los juzgadores de instancia, o las que no se invocaron, ni apreciaron, pero que pueden ser extraídas del acervo fáctico. Esta distinción es casacionalmente importante porque, si bien la doctrina de esta Sala ha venido declarando que es excepcionalmente admisible que pueda impugnarse la omisión de la llamada prueba de presunciones, de todos modos se mantiene, por obvias razones, un criterio más flexible para las que se viene discutiendo desde el escrito de demanda o de contestación, o durante el pleito, que para las restantes, las que incluso pueden caer en la órbita de la cuestión nueva, con el consiguiente rechazo de plano para evitar la indefensión. En el recurso no se invoca en qué extremo o aspecto se ha podido producir una actuación contraria a las normas de la lógica o del buen sentido por parte del juzgador de instancia, y no es dable sustituir, sin dicha infracción, el criterio que emana de la libertad soberana en la fijación del supuesto de hecho. Por otra parte, no se plantea ningún argumento que permita la apreciación de la excepcionalidad en la aplicabilidad de las presunciones cuando partiendo de un hecho claramente constatado del mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible, pues ninguna de las alegaciones efectuadas tiene la mínima consistencia para acreditar, ni siquiera conjeturar, la hipotética veracidad de los hechos que se pretenden deducir.

LA EXISTENCIA DE PRECIO PUEDE QUEDAR FIJADA EN EL MOMENTO DEL CONTRATO O DEFERIRSE PARA MOMENTO POSTERIOR, SIEMPRE QUE NO SEA PRECISO CELEBRACION DE NUEVO CONTRATO. EL DERECHO

AL COBRO DEL AGENTE CORREDOR PUEDE NACER DESDE EL CONTRATO O DESDE SU CONSUMACION. DIFERENTE DE LA CONFESION DE UN HECHO ES EL RECONOCIMIENTO DE UN DOCUMENTO PRESENTADO POR LA PROPIA PARTE CONFESANTE. ALCANCE DE LA INCONGRUENCIA. (STS DE 14 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

El recurso de casación no prospera.

Base fáctica.—Falta de precio cierto y existencia de unas partidas que debieran determinarse. Se trata en la presente litis, no de una confesión sobre hechos, sino de un reconocimiento de documentos que fueron los aportados con la demanda por la parte confesante y que no precisaban de la prueba de confesión al haber sido apartados.

Doctrina de la Sentencia.—Basta que el precio se pueda determinar sin necesidad de un nuevo convenio. El artículo 1.445 del Código Civil requiere, para la existencia de un contrato de compraventa, la existencia de un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, pero la determinación del precio puede quedar establecida inicialmente por las partes en el momento de perfección del contrato o deferirse para un momento posterior, siempre que para ello no sea precisa la celebración de un nuevo contrato, sino bastando unos puntos de referencia en base a los cuales pueda establecerse la cuantía del precio. Así se expresa la doctrina jurisprudencial de la Sala que mantiene que no es necesario para que el precio se tenga por cierto, que esté precisado cuantitativamente en el momento de la celebración del contrato, bastando que pueda determinarse sin necesidad de un nuevo convenio de los interesados. Tras la reforma de la casación civil operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, el error probatorio trata de una de las pocas normas que limitan la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, de forma tal que, teniendo en cuenta la jurisprudencia, debe relacionarse el error cometido con el establecimiento del hecho fijo de que se estime equivocado, así como la resultancia probatoria a la que conduce la inobservancia de la pretendida regla legal.

También se aduce infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, pues existe una jurisprudencia que afirma que el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios nace desde que queda cumplida o agotada su actividad mediadora, o sea, desde la perfección del contrato de compraventa, y cabe el pacto a que se condicione a la consumación del contrato.

Además, se vuelve a intentar suplantar al juzgador de instancia, pretendiendo que su criterio prevalezca al expresado en la sentencia recurrida, y con lamentable olvido en que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de la instancia, cuyo criterio ha de prevalecer, a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda, o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquellos, pero sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada. Lo que acontece es que la recurrente acude a la sentencia de primer grado con olvido de lo consignado precisamente en la Resolución *a quo* que, al tratar esta cuestión, se inclina con acierto a la doctrina de la sustanciación frente a la de la individualización y toma más en consideración los hechos sobre la fundamentación jurídica, siempre que no origine indefensión, ni altere el *petitum* y *causa petendi*. Se trataba

de una acción *ex contractus*, acción esta que no ofrecía duda y así lo entendió con acierto la Sala de apelación, no sólo en la literalidad del suplico del escrito inicial de demanda en que postulaba primariamente declarar la validez y existencia del contrato de corretaje, pues como se recoge en la recurrida Resolución y con valor de dato fáctico, todos los soportes y elementos de esta acción debatidos contradictoriamente no tienen posibilidad de indefensión. Así las cosas, resulta anómalo hablar de incongruencia y mucho más decir que actora que no impugnó, dejó firme para ella y aceptó la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado de Primera Instancia que declaró haber contrato de compraventa y que su no consumación no la podía afectar.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. INCONCRECION DEL INICIAL INCUMPLIDOR. EFECTOS RESARCITORIOS. (STS DE 14 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

El recurso de casación no prospera.

Objeto del litigio.—La problemática litigiosa se centra primordialmente en la inconcreción del inicial incumplidor del contrato suscrito por los litigantes sobre la separación de uno de los socios de la comunidad de bienes y los derechos y obligaciones recíprocamente atribuidos a las partes y los efectos resarcitorios de la mencionada indeterminación.

Doctrina de la Sentencia.—La congruencia de las sentencias se mide por la adecuación entre las peticiones obradas en los sujetos del pleito y la parte dispositiva de la resolución, y en el supuesto del debate no ha habido desajuste alguno en el indicado espacio, y es que la recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el Juzgador de apelación por la suya propia, pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias extraordinarias no concurrentes en el presente supuesto litigioso, transformaría este recurso en una tercera instancia. Resulta, además, dudoso discernir qué parte contractual fue la inicial incumplidora observándose, por el contrario, un comportamiento por ambos contratantes tendente a apartarse de lo convenido y dilatar el efectivo cumplimiento de las obligaciones pactadas burlando el principio de inalterabilidad del contrato, consistente en que una vez perfeccionadas por razones de equilibrio las prestaciones que trascienden a la causa de las mismas son inalterables, aunque se confirma la sentencia del Juzgado donde se condena al abono de los intereses legales, lo cual supone una incorrección, ya que el abono de intereses es sinónimo a indemnización de daños y perjuicios.

NULIDAD DE ARTICULOS DE ESTATUTOS DE UNA ASOCIACION PROFESIONAL. (STS DE 16 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El recurso de casación prospera en parte.

Doctrina de la Sentencia.—Los Colegios Profesionales indican el interés asociativo de aquellas personas que se dedican directa o indirectamente a una misma profesión, cuyo antecedente remoto se encuentra en las corporaciones gremiales de la Edad Media, y que desde luego han tenido una enorme importancia en el desarrollo de las relaciones económicas del mundo occidental. Los Colegios Profesionales como corporaciones de Derecho público ejercen unas competencias que suponen un concreto poder público. La fijación del ámbito territorial de la asociación, de su domicilio, de la acreditación de sus miembros ante la Administración, la compatibilidad de asociado con la de miembro del Colegio Profesional, la no exclusividad de los intereses ajenos a los profesionales, la posibilidad de intervención en las cuestiones públicas, la programación de acciones adecuadas para conseguir mejoras sociales y económicas para los asociados, la confección de una guía de ejercicio libre de la profesión, la realización de actividades teóricas profesionales, son facultades que suponen el núcleo eficaz para un asociacionismo lógico y racional, y se puede afirmar, además, que la negativa de tales facultades supondría una asociación ficticia y totalmente ineficaz en la realidad, aparte de no significar un menoscabo o interferencia de las facultades o atributos de un Colegio Profesional.

ISABEL MORATILLA GALÁN

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL CONVENIO ENTRE LAS PARTES, ANTE LA JUNTA ARBITRAL, NO SIGNIFICA RENUNCIA DEL ARRENDATARIO A FAVOR DE UN SOBRINO DEL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD, SINO UN ACUERDO SOBRE EL MODO DE EJERCICIO DE TAL DERECHO, UNA VEZ ADQUIRIDO POR EL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2001.)

El Juzgado de Haro estimó la demanda, pero la Audiencia revocó, estimando falta de legitimación activa en el demandante.

Triunfa la casación. La sentencia recurrida incurre en contradicción entre el fallo y su fundamentación. Dice la sentencia que no entra a conocer del fondo de la cuestión planteada, estimando falta de legitimación activa del demandante, pero entra en el fondo para decir que el actor no tenía acción para acceder a la propiedad, por haber renunciado a su derecho ante la Junta Arbitral, y no puede fallarse como lo hace sin incurrir en incoherencia y contradicción, lo que ocurre por confundir la legitimación *ad processum* con la legitimación *ad causam* de forma extraña, ya que en el fundamento primero, la sentencia centra acertadamente el problema de si el actor tenía acción, no planteándose siquiera si tenía o no las cualidades necesarias para comparecer en juicio, que es a lo

que se refiere la primera legitimación. El convenio entre las partes ante la Junta Arbitral no puede entenderse como una renuncia del arrendatario en favor de sus sobrinos, del derecho de acceso, de la que no se encontró la menor huella, sino que se trata de un acuerdo que recae sobre el modo de ejercicio de tal derecho, una vez adquirido por el arrendatario, que los propietarios le reconocen en tal documento. El actor ha formulado su demanda prescindiendo de lo acordado con los propietarios demandados, haciendo la petición con arreglo a la Ley 1/1992, y no ha solicitado, con carácter previo, que se declare la invalidez o resolución por incumplimiento de lo convenido, por lo que con revocación de la sentencia de primera instancia debe desestimarse tal demanda en cuanto significan sus pretensiones incompatibles con lo acordado, procediendo sólo la estimación parcial de la demanda.

INDEMNIZACION DE DAÑOS.—LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL VERTIDO DE TIERRAS HAN DE RESARCIRSE POR LOS ARRENDATARIOS SIN PERJUICIO DE LAS ACCIONES QUE ESTOS TENGAN CONTRA LAS EMPRESAS DEMANDADAS, SI INCUMPLIERON LO ACORDADO ENTRE ELLOS. (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Guadalajara desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto, estimando la falta de jurisdicción y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. Las empresas demandadas han actuado en el vertido de tierras de las obras que realizaban, al amparo del derecho que les confería el convenio realizado con el arrendatario. Si la actora estimase que se han causado daños a su finca, los mismos deben ser imputados a los arrendatarios por incumplimiento de su obligación de usar de la cosa arrendada diligentemente (art. 1.555.2 del Código Civil). El artículo 1.563 del Código Civil le impone al mismo la responsabilidad del deterioro o pérdida que tuviese la cosa arrendada que se haya ocasionado por culpa del arrendatario, y el artículo 1.561 la obligación de devolver la finca al concluir el arriendo, tal como la recibió, salvo perecimiento o menoscabo por el tiempo o por causa inevitable. La actora ha procedido como si no existiese acuerdo entre los arrendatarios y las empresas a las que demanda por considerar que carecían de facultades para concertarlo, pero no se ha pedido nulidad del acuerdo, por lo que ha de darlo por válido y eficaz. Así las cosas, los daños han de ser resarcidos por los arrendatarios sin perjuicio de las acciones que éstos tuvieran contra las empresas demandadas si incumplieron lo acordado en la autorización de los vertidos.

RETRACTO.—NO ES ADMISIBLE PORQUE NO LLEGA AL LIMITE MARCADO POR LA LAR. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de San Feliú estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No se admite la casación. El recurso es inadmisibile, pues la cuantía no llega al importe mínimo exigido por el artículo 138 LAR, según la modificación de la Ley de 30 de abril de 1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, vigente al tiempo de la interposición de la demanda. La finca retraída se adjudica en subasta en diez millones de pesetas, que es inferior a la suma establecida legalmente para este recurso.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—TIENE ESTE DERECHO EL ACTOR AUNQUE HAYA HABIDO VARIAS SUCESIONES, PORQUE LA LEY NO LIMITA EL NUMERO DE SUCESIONES POSIBLES EN EL ARRIENDO. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Azpeitia estimó la demanda, y la Audiencia revocó parcialmente en lo relativo a la cuantía del precio a pagar.

No se admite la casación. Alega el recurrente que la demandante es la tercera o cuarta sucesión en el arrendamiento del caserío, lo que no permite la LAR, pero como estableció la Sala en sentencia de 13 de octubre de 1998, tal interpretación pugna con los arrendamientos rústicos históricos favorecidos con el derecho de acceso a la propiedad, lo que se corrobora con los elementos históricos y sistemáticos que cooperan y guían en la recta hermenéutica de la norma. La Ley de 10 de febrero de 1992 especifica en la Exposición de Motivos que al valor de las fincas arrendadas han contribuido de forma notable el arrendatario y sus ascendientes, mediante su cultivo a lo largo de varias generaciones, lo que presupone más de una sucesión en el arriendo. El precepto cuestionado no señala que la sucesión tenga carácter único, por lo que la subrogación contractual, sea por pacto sea a virtud de las prórrogas sucesivas, no se halla condicionado por restricción alguna, siendo así que cuando el legislador ha querido establecer limitaciones, lo ha hecho (v.g., la legislación arrendaticia urbana respecto de la subrogación *mortis causa*). En realidad, la razón de la vinculación indefinida como contraria al concepto de arriendo, no tiene sustento legal, ya que los arrendamientos históricos tienen duración definida y dicho aspecto no se desvirtúa porque el legislador, de acuerdo con los usos agrícolas y los problemas derivados de la propiedad y posesión de la tierra, ordene prórrogas legales de los contratos que, no por ello, experimentan modificación en su naturaleza. No puede mantenerse frente a lo dicho y recogido por la sentencia de instancia que el contrato no es de aquellos de los que se perdió memoria del tiempo por el que se concretó, ya que existe la situación arrendaticia desde antes de 1935, con un contrato suscrito en 1922 y una certificación de nacimiento del marido de la actora, de 7 de febrero de 1900, en la que consta, como lugar de nacimiento, el caserío a cuya propiedad se pretende acceder.

ABONO DE MEJORAS Y NULIDAD DE CLAUSULAS DEL CONTRATO.—LA ARRENDADORA RECIBIO, AL FINALIZAR EL CONTRATO, UNA FINCA DISTINTA A LA QUE ENTREGO, DE MAYOR PRODUCTIVIDAD, SIENDO JUSTO QUE SATISFAGA SU MAYOR VALOR. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2001.)

El Juzgado número 3 de Chiclana estimó parcialmente la demanda y la Audiencia revocó parcialmente, en cuanto a la cantidad a abonar.

No se admite la casación. La arrendadora instó la resolución del contrato por expiración del plazo, sin que el arrendatario hubiese notificado su deseo de ejercitar el derecho de prórroga como imponía la normativa anterior, a la que se hallaba sometido el contrato en lo relativo a su duración, según la Disposición 1.ª-1 de la Ley de 1980. En cuanto al avalúo y abono de mejoras, se dejó a salvo el derecho del mismo a instar el juicio que corresponda, que es la acción que se ejercita ahora declarando la nulidad de la cláusula 5.ª, relativa a barbechos. Se alega enriquecimiento injusto del arrendatario, así como

abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo. La cláusula 8.^a establecía unos derechos para el arrendatario, consistentes en el percibo de cantidades fijas y predeterminadas para las mejoras útiles, cantidad inferior a la que después estableció la Ley de 1980. Es decir, que el pacto restringió los derechos reconocidos por la Ley arrendaticia, a la cual queda sometido el contrato que habían celebrado los litigantes en virtud de la Disposición Transitoria 1.^a Por ello, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley, dicha estipulación ha de ser calificada nula y tenerse por no puesta. En consecuencia, no existe el abuso de derecho ni falta la buena fe, que se imputan por el recurrente, ya que el arrendatario se limita al ejercicio de la facultad que le confiere la Ley. No hay enriquecimiento injusto, ya que la arrendadora recibió al fin del contrato una finca distinta, de mayor productividad que la que había entregado, siendo justo que satisfaga ese mayor valor.

RETRACTO.—EL PLAZO PARA EJERCITAR LA ACCION HABIA CADUCADO, TANTO SI SE ATIENDE A LA FECHA DE RECEPCION DE LA CARTA DE LA DEMANDADA AL ACTOR, COMO A LA NOTA SIMPLE DEL REGISTRO. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2002.)

El Juzgado número 4 de Talavera desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. El Tribunal de instancia decretó que la acción había caducado por transcurrir el plazo legal de sesenta días, que fija el artículo 88 LAR. En 17 de marzo de 1994, la entidad demandada envió carta al actor en la que se le comunicaba la compra de participaciones indivisas de una herencia mediante documento privado, acudiendo los recurrentes al Registro de la Propiedad para obtener nota simple de la presentación de la escritura de 25 de febrero de 1994, de transmisión de estas participaciones. La pretensión de los recurrentes de que el plazo debía computarse desde que retiró la escritura de la Notaría, el 29 de junio, no puede ser atendida, pues dicha actividad la pudo desplegar sin inconveniente alguno durante el tiempo de vigencia de la acción de retracto y lo que se intenta es pretender construir un plazo a su conveniencia para dar aspecto de legalidad a la pasividad en que se incurrió, pues la diligencia tardía que se llevó a cabo se pudo realizar durante la vigencia del derecho si, efectivamente, se tenía intención de ejercitarlo. Tanto si se atiende a la fecha de recepción de la carta como a la nota simple del Registro, el plazo de caducidad resulta rebasado con creces. En cuanto a que no se ha pagado el precio sino que sólo se presentaron avales, la jurisprudencia anterior no los aceptaba, exigiendo pago en metálico o cheque conformado, pero, a partir de la sentencia de 15 de abril de 1998, reconoció la eficacia de los mismos avales bancarios para realizar la consignación del precio.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA ACTORA NO TENIA DEDICACION EXCLUSIVA A LAS LABORES AGRARIAS, POR LO QUE NO REUNIA LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL, NECESARIA PARA EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 2001.)

El Juzgado número 3 de Durango estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. Es principio doctrinal de la jurisprudencia de esta Sala que para reunir la condición de cultivador personal del artículo 16 LAR es precisa una dedicación exclusiva a las labores agrícolas sobre la finca arrendada, y en este caso está demostrado que la arrendataria ha desempeñado otras funciones, esencialmente la derivada de estar dado de alta en el comercio de venta minorista de pescado, lo que hace lógica la exclusión de su pretensión, que va en contra de la filosofía que inspira la institución del acceso a la propiedad de una finca rústica, cuyo fundamento está en la función social del derecho de propiedad del artículo 33 de la Constitución.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA ABUNDANTE PRUEBA TESTIFICAL Y DE CONFESION DEL DEMANDADO DETERMINA QUE LA ACTORA PARTICIPA DIRECTAMENTE EN EL CULTIVO DE LA FINCA, CONSTITUYENDO ESTE SU MODO DE SUBSISTENCIA, POR LO QUE REUNE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL, AUNQUE LO COMPATIBILICE CON LOS CUIDADOS DE AMA DE CASA Y ATENCION A SUS HIJOS. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2001.)

El Juzgado número 8 de Coruña desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. El recurrente trata de combatir la apreciación de la sentencia por la que se considera probado que el arrendamiento litigioso es anterior a 1 de agosto de 1942, lo cual se ha declarado suficientemente probado en dicha sentencia. El requisito de cultivador personal que faculta al arrendatario para ejercitar el derecho de acceso a la propiedad es un concepto jurídico cuya apreciación se funda en unos datos fácticos, pero no se puede hacer depender de unos datos preestablecidos y concretos de la concurrencia de todos o de la mayor parte de los enumerados en el recurso. Esta Sala reitera que los artículos 1.248 del Código Civil y 659 LEC no contienen normas valorativas de prueba de obligada observancia, sino que son preceptos con un simple carácter admonitorio, por lo que la valoración de la prueba testifical del juez de instancia, conforme a las reglas de la sana crítica, no es revisable en casación. Con base en esta prueba testifical y en la confesión del demandado, se llega a la conclusión de que la actora participa en el cultivo de la finca, lo que constituye su modo de subsistencia, lo que es suficiente para apreciar que reúne la condición de cultivador personal a los efectos de los artículos 16.1 LAR y 1 LAR Históricos de 1992. No obsta a ello la referencia que se hace en la sentencia de la actividad desplegada por la actora como ama de casa y cuidado de sus hijos, siendo doctrina de esta Sala la admisión de la compatibilidad de aquella condición con el desempeño de otras actividades, siempre que no desvirtúen dicho carácter o hagan imposible el ejercicio conjunto con descuido de la actividad agrícola, como ocurriría si la actividad agraria tuviera carácter secundario y accesorio, lo que no ocurre aquí.

RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE EL ARRENDAMIENTO QUE, EN SU INICIO FUE DE TIERRAS DESTINADAS A LA AGRICULTURA, SE TRANSFORMO EN UNA EXPLOTACION GANADERA DE TIPO INDUSTRIAL, SIN OPOSICION DE LA ARRENDADORA. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 2001.)

El Juzgado número 4 de Lleida desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. La prueba pericial determina que no puede existir comparación entre una finca de tierra campa en la que se obtienen materias primas agrícolas exclusivamente y, por lo general, no requieren inversiones en instalaciones e infraestructuras con una explotación en la que hay 10.470 metros cuadrados de edificación agropecuaria destinados a la obtención de ganado vacuno y engorde de terneros con sus instalaciones específicas y cuyo aprovechamiento agrícola es la alimentación del ganado mediante un sistema rotacional libre semiextensivo. El arrendamiento, en su inicio, fue de tierras destinadas a la agricultura durante la vigencia del contrato, pero se transforma, sin oposición de la arrendadora, en una explotación ganadera de tipo industrial, excluida de la LAR (art. 6.7, letra d). Se trata de una finca que en la actualidad se aprovecha exclusivamente de la ganadería, que es donde obtiene sus recursos, ya que el cultivo agrícola se utiliza en la finca y no se lleva al mercado para su venta. Además se trata de la mejor zona de Lleida, lindante con la carretera Lleida-Huesca, teniendo enfrente la estación de servicio y la Facultad de Ingenieros Agrónomos, lo que la convierte en una finca más rentable urbanísticamente que no dedicada a la ganadería de vacas de cría, por lo que es evidente la exclusión de la LAR.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO ES APLICABLE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS HISTORICOS DE 1992, YA QUE NO TIENE EFECTOS RETROACTIVOS. EL INFORME PERICIAL FIJA EL DESTINO Y EL VALOR DE LAS FINCAS SIN QUE PUEDA SER DESVIRTUADO EN CASACION SALVO QUE FUERA ILOGICO O CONTRADICTORIO. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Lugo estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la anterior en cuanto a la cantidad.

No se admite la casación. En los momentos en que se inició el actual proceso no había sido derogado, como lo está hoy, el párrafo 1 del artículo 98 LAR por la Ley 1/1992 de Arrendamientos Rústicos Históricos. La disyuntiva es si es aplicable para la valoración el artículo 43 LEF —valor sustitutorio— o el artículo 39 —valor real—, pero no existe tal disyuntiva, ya que el informe pericial fija el destino y el valor de cada una de las fincas como su situación y potencialidad de explotación, sin que ese informe haya sido controvertido por cualquier otro modo probatorio por la parte actora, y sin que pueda ser atacado en casación salvo que esa valoración conduzca a una situación absurda, ilógica o contradictoria. La LAR de 1992 entró en vigor el 11 de febrero, por lo que no estaba vigente en el momento de iniciar el actual proceso, que era el 6 de marzo de 1990, sin que exista retroactividad legal alguna que permita la vigencia del mencionado precepto.

RETRACTO.—ESTA PROBADADO QUE EL ARRENDATARIO LO ERA ANTES Y DESPUES DE LA COMPRAVENTA, POR LO QUE ES LOGICO SUPONER QUE TAMBIEN TENIA TAL CONDICION EN ESE MOMENTO. EL RETRAYENTE NO TUVO CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISION HASTA LA FECHA DE LA CERTIFICACION DEL REGISTRO, MUY POSTERIOR A LA

COMPRAVENTA, A PARTIR DE LA CUAL SE COMPUTA EL PLAZO DE SESENTA DÍAS. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2001.)

El Juzgado número 4 de Plasencia estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

Los recursos de casación interpuestos por los copropietarios no prosperan. La prueba documental demuestra la dedicación plena del actor a la explotación ganadera que, por tanto, tenía la condición de profesional de la agricultura, sin que se desvirtúe por la certificación expedida por el Ministerio de Trabajo de no afiliación a la Seguridad Social, ya que el artículo 15 LAR no exige tal requisito para que el arrendatario sea profesional de la agricultura. En autos consta la existencia de contratos de arriendo ininterrumpidos desde 1973 hasta octubre de 1983, y con posterioridad vuelven a aparecer esos contratos, por lo que si el actor ha ocupado ininterrumpidamente la finca desde esa fecha hasta hoy y si sólo en los últimos meses de 1983 se desconoce esa calidad, no puede sino deducirse que en ese período también las estaba ocupando. Por tanto, no puede calificarse de contraria a las reglas del criterio humano la conclusión a que llega la Sala *a quo* de que el actor ocupaba la finca en la fecha en que se realizó la compraventa: 10 de diciembre de 1983, a título de arrendatario, pues no es lógico creer que el actor seguía ocupando la finca gratuitamente y sin pagar renta o merced alguna, teniendo en cuenta la libertad de forma del contrato de arrendamiento y sin que obste que en 1986 se formalizase por escrito un nuevo contrato que debe considerarse novación de la relación arrendaticia existente. La jurisprudencia de esta Sala exige que el retrayente no sólo tenga conocimiento de que se ha efectuado la venta sino que su saber al respecto ha de abarcar los detalles completos y exactos de la transmisión. El arrendatario no tuvo conocimiento de la venta hasta que le facilitó el Registro la certificación expedida en 14 de noviembre de 1994, momento en el cual comienza el cómputo del plazo de sesenta días para la acción de retracto. En cuanto al precio, se deduce de reiterada jurisprudencia que debe ser el que figura en el contrato y que sea conocido por el retrayente y sólo puede ser sustituido por el precio real que conste en otro documento, siempre que se conozca el verdadero, es decir, que resulte probado en autos, lo que no se ha hecho en el presente supuesto.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DESPUES DEL CONTRATO NO ES IMPUTABLE AL ARRENDADOR, POR LO QUE NO PROCEDE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS SOLICITADA. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Ciudad Real desestimó la reconvenición y estimó en parte la demanda, declarando resuelto el contrato, pero la Audiencia Provincial estimó en parte la apelación, desestimando la condena de indemnización de daños y perjuicios.

No ha lugar a la casación. Concertado el arrendamiento en 1994 para el negocio de discoteca-bar y parking al servicio del mismo, establece el contrato que la obtención de permisos y licencias sería a cargo de la arrendataria. Le

fue denegada la licencia municipal y como consecuencia la arrendataria no abonó la parte de renta que debía satisfacer, procediendo a formular demanda en la que pedía la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. La Audiencia dejó sin efecto la indemnización y contra esta sentencia se interpone el recurso, ya que el demandado conocía la imposibilidad de conceder la licencia solicitada. Pero la realidad es que, antes, estuvieron instalados negocios destinados a discoteca-bar en la misma finca, informando el Ayuntamiento que la discoteca estuvo abierta al público en el año 1993, es decir, el año anterior al contrato, por lo que la imposibilidad sobrevenida no es achacable al arrendador, y la arrendataria inició las obras antes de obtener los correspondientes permisos llegando a abrir el negocio, lo que hubo de aportar ciertos beneficios, sin que exista dato alguno de que el demandado actuara, sabiendo que las fincas no podían ser destinadas a la explotación del negocio.

APLICACION DEL ARTICULO 56 LAU.—LA INTERPRETACION LITERAL DE ESTE ARTICULO EXCLUYE LOS SUPUESTOS EN QUE EL ARRENDATARIO NO DESALOJA VOLUNTARIAMENTE EL LOCAL SINO QUE ES EXPULSADO DEL MISMO COMO OCURRE EN ESTE SUPUESTO. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2001.)

El Juzgado número 7 de Almería desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No ha lugar a la casación. Quiere el recurrente obtener una declaración de obligatoriedad de pago de una determinada suma que se le adeuda por falta de pago de las rentas del alquiler de un local y que abarca todo lo vencido y no pagado durante el contrato locaticio. Pero de la sentencia recurrida se deduce que el fin del contrato arrendaticio no fue debido a un desestimiento unilateral de la parte recurrida, sino al éxito de una demanda de resolución del contrato que planteó la parte recurrente, o sea, que lo fue a su instancia, lo que excluye la aplicación del artículo 56 LAU. La Sala tiene declarado que la interpretación del artículo 56 LAU excluye los supuestos en que el arrendatario no desaloja voluntariamente el local, sino que es expulsado de él, como ocurre en este caso en que se ha seguido un juicio de desahucio, cuya demanda fue estimada y el arrendatario es lanzado del local.

INDEMNIZACION DE DAÑOS.—SE AUTORIZA AL ARRENDATARIO A REALIZAR OBRAS Y MEJORAS QUE QUEDARIAN A BENEFICIO DE LA FINCA AL TERMINAR EL CONTRATO, POR LO QUE NO PROCEDE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS SOLICITADA. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Alcázar de San Juan desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. Se reclamaba por la actora la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la arrendataria de la realización de obras necesarias en el local arrendado al amparo del artículo 1.156 del Código Civil y 106 LAU. Pero la realidad es que el actor había obtenido, por la situación física de la finca en un pleito anterior, la disminución de la renta

a la mitad por declaración de ruina del anejo del local arrendado. Pretende el recurrente que las obras no realizadas eran reparaciones necesarias que la ley atribuye al arrendador, pero la realidad es que tanto por el contrato como por un anejo posterior al mismo, se autorizó al arrendatario a realizar obras y mejoras del local arrendado con gran amplitud y sin derecho a obtener reintegro alguno, quedando las obras a beneficio de la finca y aunque estas obras alteren la configuración del local. Es evidente que se demuestra, por parte de los arrendatarios, una pasividad significativa, ya que si no se realizaron las reparaciones necesarias sería porque no le interesaba el local para tal uso o destino y adolece de la misma irresponsabilidad que él achaca a los arrendadores respecto al mantenimiento y conservación del local. Esa pasividad se ha prolongado durante años y años, habiendo transcurrido un dilatadísimo período de tiempo, por lo que no se puede atribuir dicho incumplimiento a la contraparte, ya que el devenir de tan largo proceso conecta a la equivocidad de la situación determinante del mismo. Por parte de los inquilinos se recibió la adecuada compensación, al obtener la rebaja del 50 por 100 de las rentas percibidas cualesquiera que hubiesen sido las causas para la no utilización del anejo del local arrendado.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—EL OBJETO DEL ARRENDAMIENTO ES UNA ALMAZARA Y ENVASADO DE ACEITE, DENOMINANDOSE EL CONTRATO COMO ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, POR LO QUE SE EXCLUYE DE LA LAR, LO QUE TAMBIEN PROCEDERIA POR SER LAS PARTES PARIENTES EN LINEA RECTA. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 2001.)

El Juzgado de Almagro desestimó la demanda de retracto rústico y confirmó la Audiencia.

Se rechaza la casación. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron que el arrendamiento era de industria, ya que el objeto era de almazara y envasado de aceite. Se dice en el documento privado que se eleva a público, que se trata del «arrendamiento de industria», denominación que se repite en varias ocasiones; se relacionan dos naves industriales, así como todos los elementos y maquinaria de que disponen para la explotación de la industria de almazara y envasado de aceite, manifestando que los padres del actor, por su avanzada edad, se ven imposibilitados para continuar con la explotación de las citadas industrias, asignándose al recurrente la profesión de industrial en el contrato. Además, el artículo 6 LAR exceptuó de los arrendamientos regidos por la Ley, los de parientes en línea recta, salvo que se sometan expresamente a la Ley, requisito no observado en este caso.

RETRACTO.—LA REPUDIACION DE UNA HERENCIA POR UNA CONGREGACION RELIGIOSA NO ES FRAUDULENTO, SIN QUE SEA NECESARIA LA APROBACION JUDICIAL PARA LA REPUDIACION DE HERENCIAS HECHAS POR UNA ORDEN RELIGIOSA. (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 2001.)

El Juzgado número 45 de Madrid desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Se pide la declaración de fraudulenta la repudiación de herencia hecha por una Congregación religiosa entre cuyos bienes

relictos se incluye el piso arrendado adquirido por sucesión abintestato por los herederos del causante, diciendo que encubre una venta a dichos herederos. Pero los hechos probados establecen que la repudiación de la herencia se realizó con todos los requisitos legales, cumpliéndose las exigencias de la legislación canónica y los acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede. En cuanto a la necesidad de aprobación judicial para la repudiación de herencia, se incide en falta de legitimación para impugnar esta repudiación, pero es doctrina común que no todas las personas jurídicas, sino sólo las de Derecho Público o con interés público, pueden ser sometidas a la exigencia de aprobación judicial e intervención del Ministerio Fiscal, no dándose en la Congregación religiosa repudiante este carácter de asociación de Derecho o interés público. Por otra parte, la omisión de los requisitos del artículo 993 del Código Civil podría dar lugar a otra clase de acciones distintas de las acciones ejercitadas, pero no a la declaración de fraude de ley ni a la acción de retracto.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

D) FAMILIA

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

RELACIONES PATERNO-FILIALES Y PARENTALES. DERECHOS DE VISITA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Los familiares maternos de las menores tienen derecho a comunicarse con éstas, salvo que lo impida una justa causa.

Suprimido de raíz por el padre de las menores, bajo cuya patria potestad y guarda y custodia se encuentran, la comunicación y visitas de los abuelos maternos y otros familiares a aquéllas, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los parientes maternos de las menores contra la sentencia de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid que, revocando la del Juzgado número 22 de la capital —que había establecido el derecho a visitas y comunicación en determinados días—, había declarado no haber lugar a establecer régimen de visitas a favor de los abuelos maternos y demás familiares para su relación con las menores. Y, en consecuencia, anula la sentencia de la Audiencia y confirma en todos sus pronunciamientos la del Juzgado.

Argumenta el Tribunal Supremo que los peculiares acontecimientos concurrentes en la muerte de la madre de las menores, que motivaron el enfrentamiento del padre de éstas con su suegro y el temor de que los parientes maternos de aquéllas pudieran influir en el ánimo de las menores en el sentido de hacer recaer en su padre la responsabilidad por la muerte de su madre, no deben impedir el carácter siempre enriquecedor de las relaciones entre abuelos y nietas, que no pueden ni deben limitarse a los pertenecientes a una sola línea, pues las mismas han de resultar beneficiosas para las menores, debiendo primar el interés social sobre el individual, conforme a la naturaleza predominantemente ética de las instituciones del Derecho de familia, por lo que al no existir una justa causa que impida las relaciones entre las hijas

menores del demandado con sus abuelos, tíos y primos maternos de las menores, deben éstas ser mantenidas.

COMUNIDAD DE GANANCIALES. BIENES PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2002.)

Los bienes adquiridos antes del matrimonio son privativos, aunque la escritura de compra se otorgue una vez casados y se inscriban en el Registro como presuntivamente gananciales, a falta de manifestación contraria en la escritura.

Declarada por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que revocó la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de dicha ciudad, que los inmuebles fueron adquiridos por la fallecida hija de los actores cuando se hallaba soltera, habiéndose pagado en tales circunstancias personales el precio de los mismos, por lo que tales bienes tienen el carácter de privativos de la esposa conforme al artículo 1.346-1.º del Código Civil, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando en todas sus partes la sentencia de la Audiencia.

COMUNIDAD DE GANANCIALES. BIENES PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Declarada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 3, de Jaén, que el inmueble es propiedad privativa del marido, y confirmado el fallo por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de dicha ciudad, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómes, declara no haber lugar al recurso de casación, toda vez que aparece probado que la casa era ya un bien privativo del demandado cuanto en 1962 contrajo matrimonio, habiendo sido construida la casa por el padre de éste en el año 1955 en solar comprado al efecto; y, en consecuencia, confirma la sentencia de la Audiencia.

FILIACION NO MATRIMONIAL. PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2002.)

No puede alegarse indefensión cuando el padre ha sido notificado a través de su procurador para la práctica de la prueba biológica.

Declarada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 18, de Valencia, la paternidad no matrimonial de la menor representada por su madre, con el cambio de apellidos y la condena del padre a prestar alimentos, sentencia que fue confirmada por la de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, declara no haber lugar al recurso de casación, dado que al haberse notificado oportunamente al procurador del padre recurrente la citación para someterse a la prueba biológica, que no llegó a practicarse, no puede alegarse indefensión, debiendo sufrir la consecuencia derivada de la *ficta confessio* que supone el no haberse personado a tal efecto.

FILIACION NO MATRIMONIAL. PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 2002.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia, número 16, de dicha ciudad, basándose en la errónea aplicación por el Tribunal de Instancia de la prueba de presunciones, la cual puede ser impugnada en casación cuando la presunción formada por la Sala *a quo* se apoye en un razonamiento absurdo, ilógico o inverosímil (sentencias de 1 de febrero de 1961, 3 de octubre de 1979, 24 de mayo de 1980, 3 de mayo de 1983, 23 de febrero de 1987, 18 de marzo y 16 de septiembre de 1988 y 14 de noviembre de 1997).

Para negar la paternidad, la Sala de Instancia se basó en la confesión del padre, quien negó ser fruto de sus relaciones con la recurrente, fundado en que hacía mucho tiempo que las había roto con la madre de ésta. El Tribunal Supremo argumenta que dicha ruptura no se colige y ni tan siquiera puede inducirse, que las tales relaciones no las hubiera habido antes de romper y que se hubiera quedado embarazada antes de tal rompimiento —si es que ello se produjo—, incluso horas, días o semanas antes de tal supuesto hecho. Además, la parte demandada —el padre— renonoca que no existía error ni dolo ni violencia ni falsedad en las actas notariales en las que la madre otorgó el perdón. Y, por ende, tampoco quedaba afecto a tales vicios el documento privado suscrito por don D. G. B. —el padre—, donde se reconoce que la recurrente fue fruto de sus relaciones con doña R. M. L. (madre de la recurrente). A mayor abundamiento, la querella por estupro se interpone en el año 1932, año del nacimiento de la recurrente, donde en su final se otorgan las citadas actas de perdón.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL. NEGATIVA INJUSTIFICADA A LA PRACTICA DE LA PRUEBA BIOLOGICA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

La prueba biológica no es degradante ni contraria a la dignidad de la persona ni atenta a los derechos a la intimidad.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre actora y apelante, en representación de su hijo menor, contra la sentencia de la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia, número 17, de la capital. La sentencia del Tribunal Supremo, tras anular la sentencia recurrida, declara que el menor es hijo del demandado y apelado, citando en su apoyo las sentencias 7/11/94, de 17 de enero, y 95/1999, de 31 de mayo, del Tribunal Constitucional, y 22 de mayo y 22 de noviembre de 2000 y 24 de mayo de 2001 del propio Tribunal Supremo.

En efecto, según el Tribunal Constitucional, «no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución Española, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial». Las partes tienen obligación de facilitar la prueba

que ha sido acordada por el órgano jurisdiccional. El demandado, que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma.

FILIACION. CADUCIDAD DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD EJERCITADA POR EL MARIDO. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 2002.)

El plazo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad es el de un año a contar desde la inscripción registral, conforme al artículo 136 del Código Civil.

El marido, sustituido por su fallecimiento durante el procedimiento por su primera esposa, impugnó la filiación de los hijos habidos con su segunda esposa, solicitando la rectificación de las respectivas inscripciones de nacimiento en el Registro Civil, donde constaban inscritos como hijos suyos.

El Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Valencia, desestimó la demanda de impugnación de paternidad por apreciar la excepción de caducidad de la acción, sentencia que fue revocada por la de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, declarando que los hijos demandados no son hijos del actor y que deben rectificarse las inscripciones registrales, basándose en que el plazo para el ejercicio de la acción debe fijarse desde el momento en que el actor pudo entrever la verdad de su relación paterna, es decir, cuando conoció su error sobre la paternidad de sus hijos, conforme al artículo 141 del Código Civil y sentencia de 30 de enero de 1999.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada, apreciando la caducidad de la acción de impugnación por la aplicación del plazo inexorable previsto en el artículo 136 del Código Civil, en cuya apreciación abunda el Informe del Ministerio Fiscal, conforme al cual, por la sentencia recurrida el *dies a quo* del cómputo de la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad en el supuesto de filiación determinada por el matrimonio, como es el caso, debe ser fijado no conforme a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Civil, sino desde el momento en que el actor «pudo entrever la verdad de su relación paterna», es decir, «cuando conoció su error» sobre la paternidad de sus hijos. Tesis que fundamenta en la STS de 30-1-1999. El motivo debe ser estimado, en opinión del Fiscal, atendiendo a las siguientes consideraciones: *a)* Admitido como hecho cierto en cuanto corroborado por la prueba pericial que los hijos no fueron engendrados por el marido, la filiación matrimonial vino determinada por el juego de la presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 116 del Código Civil y no como consecuencia del reconocimiento de paternidad. En consecuencia, la acción de impugnación de la paternidad dirigida a enervar la presunción del artículo 116, se rige en cuanto al momento temporal de su ejercicio por lo dispuesto en el artículo 136 que establece un riguroso plazo de caducidad situado en la inscripción registral del nacimiento, de manera que transcurrido el tiempo de un año a contar desde la inscripción, la filiación así determinada resulta inmodificable. *b)* No cabe la aplicación analógica del artículo 141 del Código Civil en relación con el artículo 1.969 del mismo cuerpo legal y el artículo 39.2 de la CE, por cuanto, de una parte, falta la identidad de razón y la semejanza del presupuesto fáctico en las normas confrontadas: los artículos 136 y 141 del Código Civil, y de otra parte, el principio de libre investigación de la

paternidad no tiene carácter absoluto. Aún siendo evidente que, en el caso, la filiación paterna no se corresponde con la realidad de la generación y, por tanto, quien no es en verdad el padre habrá de seguir siéndolo para la ley, la colisión de intereses habrá de ser resuelta a favor de los hijos conforme al principio derivado del artículo 39 de la CE. La razón de justicia material se enfrenta en este caso con el principio de seguridad jurídica, fundamento y finalidad del plazo de caducidad establecido en el artículo 136 del Código Civil. c) La sentencia del TS, de 30 de enero de 1993, en que se apoya también la sentencia del Tribunal de Apelación, no constituye doctrina. Es, por el contrario, doctrina jurisprudencial la constituida por las sentencias de 20 de junio de 1996 y 31 de diciembre de 1999, conforme a la cual la acción de impugnación de la paternidad se rige exclusivamente por el artículo 136 en cuanto al plazo de caducidad, no siendo posible la aplicación analógica del artículo 141 del Código Civil, doctrina sentada en casos sustancialmente idénticos al ahora enjuiciado. En atención a las consideraciones expuestas, interesa se dicte resolución declarando haber lugar al recurso de casación.

Por su parte, el Tribunal Supremo razona que denuncia el motivo de infracción de los artículos 116, 136 y 141 del Código Civil, lo que impone decidir en casación si procede la caducidad a que se refiere el citado artículo 141, que es la que tuvo en cuenta el Tribunal de Apelación, o la del artículo 136, que es tesis de la parte recurrente.

El artículo 141 concede legitimación activa a quien hubiese otorgado reconocimiento y acredite haber padecido error, violencia o intimidación, debiendo deducirse la acción impugnatoria al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento. El artículo se está refiriendo directamente a los reconocimientos formales que tienen lugar conforme a lo previsto en el artículo 120-1 del Código Civil (ante el encargado del Registro Civil, en testamento o mediante documento público). En el caso de autos, la paternidad del demandante no lo fue por consecuencia de propio acto de reconocimiento, sino por la presunción que establece el artículo 116, ya que la intención manifestada de los legisladores es que las dudas de la paternidad queden definidas cuanto antes, por lo que el artículo 136 fija el plazo de caducidad de un año —en el caso de autos han transcurrido más de quince años a la actualidad—. El artículo viene a otorgar legitimación activa para impugnar sólo al marido, presunto padre. De este modo, el principio de la realidad biológica queda supeditado a los intereses de la familia que se impone y el precepto no contempla la situación que pueda presentarse injusta, cuando el padre, posteriormente al nacimiento e inscripción registral, descubre por pruebas médicas eficaces u otras determinantes, que no han podido engendrar los hijos habidos con la esposa. El vicio legal ante la ausencia de un plazo mayor permite considerar la necesidad de corrección legislativa que corresponde a los órganos del Estado competentes, sin dejar de lado el artículo 39 de la Constitución y la protección integral a los hijos.

La cuestión ha sido decidida por esta Sala de Casación Civil en dos sentencias emblemáticas que conforman jurisprudencia y son las de fechas 20 de junio de 1996 y 31 de diciembre de 1998, contando con los precedentes de las de 14-10-1985 y 22-12-1993, pues si bien existe la sentencia disconforme de 30 de enero de 1993, no constituye doctrina y no resulta prevalente, como dice la sentencia, que queda referida de 31 de diciembre de 1998.

La jurisprudencia de este modo instaurada declara que el artículo 41 no es aplicable a los supuestos de presunción legal de la paternidad con posibilidad

de impugnación por la vía prevista en el artículo 136, que es la establecida legalmente para combatir la presunción legal del artículo 116, acción que se encuentra condicionada a que se ejercite dentro del plazo de caducidad señalado —un año a partir de la inscripción en el Registro Civil—, y que en caso de autos ha transcurrido con creces y ha permitido instaurar una estabilidad familiar hasta el punto de que resulta significativo que en testamento que otorgó el demandante fallecido el día 26 de mayo de 1997 —ya se había dictado sentencia de apelación que le resultó favorable— legó a la segunda esposa (recurrente en casación por sustitución procesal) el usufructo vitalicio de todos sus bienes o, alternativamente, el tercio de libre disposición y cuota legal usufructuaria, instituyendo herederos a los dos hijos habidos del primer matrimonio y a partes iguales.

Destaca la sentencia de 31 de diciembre de 1998, que la observancia del artículo 136, en relación al 116, supone estricto respeto a la legalidad, y por todo lo que se deja expuesto, la aplicación del artículo 141 que hizo la Sala sentenciadora resulta equivocada y hace procedente el motivo, lo que determina que haya de confirmarse íntegramente la sentencia del Juez de Primera Instancia.

MATRIMONIO. EFECTOS CIVILES DE LA SENTENCIA CANONICA DE NULIDAD. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2002.)

No produce efectos civiles la sentencia canónica dictada en rebeldía o ausente en el proceso una de las partes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 27, de la capital, declarando que para resolver la presente cuestión, consistente en dar eficacia civil con los efectos oportunos una sentencia canónica de nulidad de matrimonio; hay que partir de una base incuestionable como es la aconfesionalidad del Estado español, principio establecido en el artículo 16-2 de la Constitución Española, que no hace otra cosa que recoger lo proclamado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 10 de diciembre de 1948, que proclama la libertad religiosa de una manera absoluta.

Pues bien, partiendo de la base que una cosa es reconocer a la Iglesia católica las atribuciones propias de una jurisdicción en materia matrimonial, como se establece en el acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, y otra, muy distinta, dar eficacia incuestionable en el orden civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, pues para este último supuesto será preciso, sin excepción alguna, que dicha resolución canónica sea conforme a las condiciones a que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Ya que la cooperación del Estado con la Iglesia canónica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos (sentencia del Tribunal Constitucional 66/1982, de 12 de diciembre).

Por otra parte, ya centrando la cuestión, es preciso resaltar que el mencionado artículo 954 exige, entre otras condiciones para la eficacia de sentencias

dictadas por Tribunales extranjeros, que las mismas no hayan sido dictadas en rebeldía.

Y si bien en el Derecho procesal canónico no existe el término rebeldía, utilizándose en cambio el de ausencia, sin embargo la igualdad de alcance de ambos términos debe ser absoluta.

Ahora bien, en el presente caso la parte ahora recurrida, en el proceso canónico, estuvo ausente-rebelde, como se desprende del párrafo 9 de la sentencia del Tribunal Eclesiástico, de fecha 18 de diciembre de 1989, cuando en él se dice, «la esposa no compareció en ningún momento del proceso», frase tajante que no puede ser desvirtuada por la ritual o de estilo plasmada en el encabezamiento de la misma, que afirma, «sometida ella a la jurisdicción del Tribunal» —se refiere a la esposa— y si esa declaración se proclamó contra su voluntad (por no haber sido citada o emplazada en forma) o por afán propio (por principios ideológicos o por conveniencia), significaría, siempre y en todos los casos, que la resolución canónica que recaiga en el mismo no la puede afectar a efectos civiles, puesto que la misma fue dictada en rebeldía —art. 954-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Ya que en el primer caso —no voluntariedad— le debe amparar el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española; y en el segundo —voluntariedad— le ampara el principio, que ya se dijo que iba a ser la tesis rectora en el estudio de este motivo, la de la libertad religiosa establecida en el artículo 16 de dicho texto, y sobre todo el de la aconfesionalidad del Estado.

Ya que podrá estar de acuerdo una persona en someterse a una contienda judicial matrimonial dentro del cauce procesal canónico, y así atenerse a todas las consecuencias que se deriven de la resolución que se dicte. Pero a lo que no se puede obligar a nadie es a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de la que la misma es consecuencia, ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés.

FRANCISCO CASTRO LUCINI

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

TESTAMENTO. INSTITUCION DE HEREDERO. CONDICION RESOLUTORIA.
(SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2002.)

Los efectos del cumplimiento de la condición resolutoria se retrotraen en la muerte del causante.

El testador instituye herederos nudo propietarios a los PP. Dominicos de Requena, correspondiendo el usufructo vitalicio a su esposa y manifestando su voluntad de que al consolidar aquellos el pleno dominio, funden una escuela en la Aldea del Campo Arcis para la educación de los niños pobres de dicha localidad, y les prohíbe la enajenación, permuta y gravamen de los bienes que constituyen la herencia mientras viva su esposa y las sobrinas políticas del

testador que reseña; y para el caso de que después de adquiridos los bienes se disolviera la Comunidad de los PP. Dominicos de Requena, sean sus herederos nudo propietarios por partes iguales, aquellas reseñadas sobrinas o descendientes legítimos de cualquiera de ellas en su respectiva representación.

Resulta probado que en el año 1969, los PP. Dominicos clausuran la Casa de Requena; en 1990 falleció la esposa del testador; en diciembre de 1994, los PP. Dominicos de Requena solicitaron la consolidación del pleno dominio, inscribiéndose la misma en el Registro de la Propiedad, el 7 de enero de 1995, si bien previamente, en junio de 1994, se habían vendido parte de las fincas de la herencia a un particular, quien no inscribió su compra.

El Juzgado de Primera Instancia, número 10, de Valencia, desestimó la demanda de la sobrina política del testador, que revocó la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, declarando herederos del causante en pleno dominio, desde el 2 de febrero de 1990, a la demandante y descendientes de las demás sobrinas políticas del testador y la ineficacia de la meritada escritura de compraventa. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Ramón Vázquez Sandes, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Orden de Predicadores, pues condicionados en su perduración los derechos hereditarios testamentarios de los PP. Dominicos de la ciudad de Requena a que no se produzca la disolución en la localidad, y producida ésta por clausura de su Casa en 1969, ha quedado resuelto su derecho hereditario.

HERENCIA. ADMINISTRACION. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2002.)

La prueba del derecho extranjero incumbe a quien lo invoca y a falta de la misma se aplica el Derecho español.

El administrador de una testamentaria carece de facultades de representación procesal.

Nombrados por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 2, de La Orotava, administradores judiciales de la testamentaria del causante extranjero, se desestima la demanda interpuesta por los mismos, sentencia que fue revocada por la de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tenerife. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, declara haber lugar al recurso de casación y sin entrar en el fondo revoca la sentencia del Juzgado y absuelve en la instancia a los demandados, declarando que el derecho extranjero es cuestión de hecho, cuya alegación y prueba corresponde a la parte que lo invoca y distingue entre las normas de conflicto (que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida), las cuales, según el párrafo 1.º del artículo 12 del Código Civil, deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal. Como el contenido de las normas extranjeras sustantivas aplicables (sea la ley británica, la ganesa o cualquier otra distinta de la española) no ha sido acreditada por ninguna de las partes, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (sentencias de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 13 de diciembre de 2000). Y concluye que los administradores judicialmente designados para un caudal hereditario cuyo causante ha otorgado testamento, carecen de legitimación *ad causam* en nuestro Derecho para el

ejercicio de las acciones que pudieran corresponder al difunto, las cuales necesariamente han de ser deducidas por los herederos testamentarios.

TESTAMENTO. REVOCACION. (SENTENCIA 12 DE JUNIO DE 2002.)

Don H. K., de nacionalidad alemana, otorgó testamento notarial abierto el 29 de septiembre de 1980 en el que instituyó heredera de sus bienes radicados en España a su entonces esposa E. J., y el 5 de mayo de 1984 otorgó testamento ológrafo en Berlín instituyendo universal heredera a su última esposa S. K., quien demanda a la primera esposa solicitando se declare la revocación del primer testamento y la validez del segundo, con los demás pedimentos consecuencia del anterior. El Juzgado de 1.^a Instancia, número 4, de Manacor, desestimó la demanda, sentencia que fue revocada por la de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que declaró la revocación solicitada y la nulidad de la escritura y cancelación de la inscripción registral correspondiente. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación y considera que la conclusión es clara en el sentido de que el testamento ológrafo, otorgado en Berlín el 5 de mayo de 1984, revocó de una manera tácita el abierto otorgado en Manacor el 29 de septiembre de 1980, conforme al artículo 739 del Código Civil español y el parágrafo 2258 del BGB.

TESTAMENTO. INTERPRETACION. LEGADO DE INMUEBLE INSCRITO COMO PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2002.)

Solicitado por una de las hijas del testador se declarase la nulidad del legado del piso y anejos a favor de la segunda esposa, por ser privativo del marido, el Juzgado número 1 de Santiago de Compostela declaró tal naturaleza privativa, pero que no obstante era válido el legado y, por tanto, el pleno dominio de la totalidad de dichos bienes correspondía a la viuda, sentencia que fue confirmada por la de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Marín Castán, declara no haber lugar al recurso de casación.

La cláusula del testamento, cuya interpretación se debate, es la siguiente: «1.º Lega a su esposa doña... su participación ganancial en el piso 3.º de la casa hoy número 37 de la Rua do Malecon en Riveira y el usufructo del resto de sus bienes. Si alguno de sus herederos no aceptase esta disposición deberá optar por su legítima estricta. 2.º Instituye herederos a sus cuatro hijos y les sustituye por su descendencia».

El Tribunal Supremo considera inaplicable el párrafo 1.º del artículo 862 del Código Civil, ya que el supuesto de hecho existente en este caso es totalmente opuesto al que dicho precepto contempla, pues en el caso examinado la cosa que legaba el testador, lejos de ser ajena, era suya por entero. Y además la tesis de la recurrente queda en gran medida desautorizada por el párrafo segundo del mismo artículo en cuanto salva la validez del legado de cosa ajena, ignorándolo el testador, si éste la adquiere después de otorgado el testamento, como igualmente queda desautorizada dicha tesis por el artículo 864 del Código Civil y su interpretación por esta Sala en sentencia de 20-11-2000 (recurso 3058/95) que atribuye al legado de una cosa que iba a ser

derribada, para ser sustituida por otro edificio, el carácter de legado de cosa futura o, eventualmente, de la parte de cosa futura que en definitiva llegara a pertenecer al causante, y también por el artículo 866 del Código Civil, que al negar efectos al legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario permitiría afirmar tales efectos si no fuera propia del legatario sino del testador.

TESTAMENTO POR COMISARIO EN VIZCAYA. CADUCIDAD. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2002.)

Los cónyuges de vecindad foral vizcaína se confirieron recíprocamente poder testatorio en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 28 de septiembre de 1925, «para que una vez disuelto el matrimonio, el que de ellos sobreviva disponga por entera libertad por actos *inter vivos* o *mortis causa* de todos los bienes del premuerto, entre los hijos y descendientes del mismo, haciendo al efecto las donaciones, legados, instituciones de herederos y exclusiones y apartamientos que tuviere por conveniente, aun fuera del término legal que prorrogan indefinidamente.

El 5 de julio de 1955, la viuda otorgó una escritura de comunicación foral y donaciones en la que se adjudicó determinadas fincas y donó otra a su hijo F., y el resto de las fincas las donó a su hija C., otorgando asimismo testamento en el que instituyó heredera en todos los bienes del causante a su citada hija C., con exclusión de los demás descendientes.

El hijo F. renunció en escritura de fecha 5 de julio de 1966 a favor de su madre de todos los derechos hereditarios en la herencia de su padre por el precio de tres mil pesetas.

Hasta el momento de su muerte, la viuda convivió y fue asistida por su hija C.

Su otra hija T. solicitó del Juzgado de 1.ª Instancia, número 1, de Gernika-Luno, se declarase la caducidad del poder testatorio al cumplirse el año y día a partir de la fecha en que el menor de los hijos, F., cumplió la mayoría de edad y, por tanto, la nulidad de los actos realizados por la viuda en uso del poder testatorio, demanda que fue desestimada, siendo confirmada la sentencia por la de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Román García Varela, cambiando la línea jurisprudencial seguida hasta la presente sentencia, declara no haber lugar al recurso de casación conforme a los siguientes fundamentos.

El único motivo del recurso —al amparo del art. 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los arts. 9.3 y 149.1, apartado 8.º, en relación con el art. 9.3, todos de la Constitución, por cuanto que, según denuncia, la sentencia impugnada sustenta la repulsa del recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado, con la exclusiva argumentación de que, sin perjuicio de las reiteradas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la materia objeto de este litigio, de las cuales se desprende que la expresión recogida en la Ley Tercera del Título XXI del Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526, es clara y determinante respecto a la exclusión de una prórroga al plazo del ejercicio del poder testatorio, y que lo reseñado en dicha Ley no puede tener una interpretación extensiva que quede a criterio del comisario o titular de dicho poder, cuya respuesta es idéntica a la del Juzgado y se concreta en el he-

cho de que la validez de la prórroga se haya avalada por una costumbre cada vez más vigorosa, con lo que se plantea la existencia de una costumbre *contra legem*, que está explícitamente rechazada por el art. 1.3 del Código Civil— se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

Dada la concreción del motivo, sólo cabe examinar si la sentencia recurrida conculca los preceptos invocados de la CE, y con mención al artículo 149.1, apartado 8, la recurrente no expresa en qué concepto ha sido vulnerado en la instancia, ni se comprende en esta sede cómo se pudo quebrantar una norma constitucional cuya finalidad es la de establecer la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales y especiales, allí donde existan; y respecto al artículo 9.3, la recurrente se refiere genéricamente a los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, y se ciñe en su exposición a la argumentación de que existe una Ley aplicable para el supuesto del litigio, cual es el Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526, y, singularmente, su Ley Tercera del Título XXI, de modo que, reseñado en dicho texto lo procedente, la admisión de una costumbre que altere la disposición legal, la convierte en *contra legem*, rechazada de plano en el artículo 1.3 del Código Civil.

El principio de jerarquía normativa proclama la presencia de una subordinación entre las normas jurídicas, de la que se deduce el mayor rango de eficacia y aplicación que poseen, y su efecto jurídico se fija en el artículo 1.2 del Código Civil, a cuyo tenor «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior»; por otra parte, el apartado 1 de este precepto dispone que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», y su apartado 3 establece que «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada».

La costumbre es mencionada en el Código Civil como segunda fuente de derecho, y tiene como notas características las de que se trata de una fuente independiente, pues nace y se desarrolla al margen de la ley; subsidiaria, ya que cumple una función supletoria de la norma jurídica positiva; y secundaria, en cuanto no rige para ella la máxima *iura novit curia*, y quien alega su aplicación ante los órganos judiciales deberá probar su existencia, contenido y alcance, lo que no será necesario «si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público» (art. 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia recurrida argumenta literalmente que «la interpretación que se concierne en las Leyes del llamado Fuero Nuevo, así como la Compilación posterior del año 1959, deberá realizarse a la entrada en vigor de la Constitución del año 1978, de conformidad con los parámetros y espíritu que en la misma se inspiran en relación a respetar las costumbres y rasgos propios de los territorios históricos que en aquélla se reconocen; conforme a la misma, tanto es Ley la escrita como la costumbre, otorgándole a ésta fuerza vinculante, incardinándose dentro de este derecho consuetudinario como de gran arraigo la prórroga del poder testatorio, lo cual traía su fundamento del carácter que «**alkar poderoso**» se le otorgaba al cónyuge que se le concedía tal poder; era la salvaguarda de la continuación de los bienes de la familia que se encontraban en manos de tal cónyuge; e, igualmente, explica que esta misma interpretación es confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, que ostenta la competencia en materia de casación

foral y crea jurisprudencia en dicho campo, y, como ejemplo y plasmación del acogimiento de esta línea jurisprudencial, el artículo 44 de la Ley 3/1992, sobre Derecho Civil y Foral del País Vasco, dispone que si se otorga poder al esposo, el plazo de éste será indefinido o por los años que viviere, lo que supone la ratificación expresa del arraigo que en este espacio se venía aceptando por los habitantes del lugar y a plasmar de forma escrita el espíritu que la doctrina invocaba contra la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Supremo declaraba anteriormente.

Así como el Fuero Viejo no señalaba plazo alguno respecto al ciclo temporal en que ha de usarse el poder testatorio, el Fuero Nuevo de 1526 estableció como tal el tiempo en que los hijos o sucesores fueran menores de edad y si son mayores de edad al término de un año y un día; sin embargo, la costumbre de prorrogar el poder testatorio tiene sin duda gran arraigo en Bizkaia, hasta el punto de que la Ley 3/1992, de 1 de julio, sobre Derecho Civil y Foral del País Vasco, la ha acogido en su artículo 44, al establecer que «el comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio; si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviese», con la precisión, en su Exposición de Motivos, de que la institución de «**alkar poderoso**» o poder testatorio, dada la tradición constante del pueblo vizcaíno de consignarla en la casi totalidad de sus capitulaciones matrimoniales, se considera como una de las piezas más importantes de este Derecho Foral, que permite crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la familia, por lo que el plazo de ejercicio del poder se regula con la amplitud característica con que siempre se ha utilizado frente a decisiones autoritarias que lo constriñen.

Aunque la Disposición Transitoria segunda de la Ley 3/1992 dispone que la misma es de aplicación retroactiva a los poderes testatorios otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, como evidencia la retroactividad ha de referirse a aquellos que hayan de ser utilizados a partir de la entrada en vigor de la misma, pero no a los extinguidos con anterioridad, como ocurre con el del caso del debate, porque la retroactividad legal se proyecta plenamente sobre las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad, pero no a las consecuencias ya consumadas (STS de 20 de abril de 1991).

Procede la determinación de qué clase de costumbre ha sido aplicada en la sentencia recurrida a partir de la distinción doctrinal entre las que son contrarias a la ley (*contra legem*), las que se limitan a interpretar de un modo determinado una disposición legal o costumbre conforme con la ley (*secundum legem*) y las que regulan situaciones sobre las cuales no existe ley alguna (*extra legem* o *praeter legem*).

La controversia no se refiere a la regulación del plazo del poder testatorio en el Fuero Nuevo, sino a su prórroga; el Fuero Viejo no establecía término alguno para el uso de este instrumento, pero el Fuero Nuevo, por influencia de las Leyes de Toro, formalizó el que antes se dijo.

La costumbre de que se trata fue generada posiblemente por efecto de las reminiscencias de la anterior regulación permisiva, y así llegó a los tiempos actuales; al respecto es clarificador lo antes apuntado de la Exposición de Motivos de la Ley 3/1992, sobre la ordenación actual de «**alkar poderoso**» en esta materia.

Con indicación a la prórroga, esta Sala entiende que nos encontramos ante una costumbre *praeter legem* y, por consiguiente, admitida legalmente (art. 1.3 del Código Civil).

En definitiva, la posición jurisprudencial aquí sentada coincide con la mantenida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior del País Vasco sobre la cuestión que nos ocupa.

PARTICION. DAÑOS Y PERJUICIOS. FRUTOS PERCIBIDOS. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 2002.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, que había confirmado, en lo sustancial, la del Juzgado de 1.^a Instancia, número 6, de Gandía, considerando procedente «que en su día se abonen los frutos pertinentes y no partidas diferentes como daños y perjuicios», lo que, en el sentir de la Audiencia, no supone sino una matización, sin afectar a la íntegra estimación de la demanda, considerando que los daños y perjuicios «tienen perfecto encaje en lo dispuesto en el artículo 1.063 del Código Civil». El Tribunal Supremo discrepa de esta apreciación, máxime teniendo en cuenta que el artículo 1.063 no ha sido invocado, en ningún momento, por las partes y lo solicitado en la demanda es que se indemnicen los daños y perjuicios ocasionados por el otorgamiento de la escritura particional, lo que no guarda relación con lo dispuesto en el artículo 1.063, que regula el abono por los coherederos recíprocamente de los frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios.

PARTICION. PAGO DE HONORARIOS AL CONTADOR PARTIDOR. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2002.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Las Palmas, declarando que los honorarios del contador-partidor, nombrado por ciertos coherederos, deben ser satisfechos por éstos y no son a cargo de la masa hereditaria, a que sí corresponde abonar los del contador-partidor dirimente, conforme al artículo 1.064 del Código Civil.

FRANCISCO CASTRO LUCINI

2. DERECHO MERCANTIL

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) Anónimas

ASISTENCIA DE NOTARIO A JUNTA GENERAL A INSTANCIA DE DETERMINADOS SOCIOS. NO APLICACION DEL ARTICULO 114 DE LA LEY. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 2002.)

Resulta acreditado que la presencia del Notario en la Junta tuvo lugar a requerimiento de determinados socios, no habiendo sido requerido por los administradores de la sociedad para que levantase acta de la Junta en los términos y con la función que a dicha presencia notarial atribuye el artículo 114 de la Ley de Sociedades Anónimas. El acta de la Junta fue levantada por el secretario, en tanto que el acta que levantó el Notario fue un acta de presencia sobre lo allí ocurrido, pero sin que el fedatario actuase de conformidad con lo prevenido en el artículo 114.

REPRESENTACION DE SOCIO EN LA JUNTA GENERAL. LIBRO REGISTRO DE ACCIONES NOMINATIVAS. DERECHO DE INFORMACION. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2002.)

El Presidente de la Junta General tenía toda la razón cuando decidió que la representación de un accionista se consideraba adecuada, ya contrastada en otras juntas celebradas con anterioridad, ya que, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala, no se puede declarar que la inexistencia material o física de un poder escrito de designación para concurrir a una junta, invalide la representación y por ende suponga la nulidad, siempre que en juntas anteriores se hubiera aceptado dicha representación, ya que la misma con tales antecedentes ha de considerarse como válida, incluso aunque las juntas anteriores fueran de distinta naturaleza —ordinaria o extraordinaria— (sentencias de 8 de mayo de 1961, 5 de julio de 1986 y 20 de abril de 1987).

Con ello se evita dar un tratamiento a dicha formalidad de *ad solemnitatem*, de manera que sin la existencia física y palpable del escrito especial de representación, no pueda darse por válida la delegación, lo que iría en contra del sentido espiritual y racional que impulsa la doctrina de la Sala en esta materia.

Hay que proclamar que el libro-registro de acciones supone legalmente una obligación de su llevanza, dada la naturaleza de lo que refleja. Y que desde luego puede pedir su exhibición cualquier socio. Lo que no significa que haya de pedirse necesariamente en una junta, y, ni mucho menos, que su no exhibición en la misma conlleve su invalidación.

El artículo 112, junto con el artículo 212 de la Ley de Sociedades Anónimas, regula el importante derecho a información que tiene todo socio en una

sociedad anónima, y hasta tal punto es importante dicho derecho que su no atención puede indicar la nulidad de la junta. Ahora bien, tal derecho de información ha de recaer sobre extremos concretos del orden del día de la Junta General.

LAS CUENTAS ANUALES FORMULADAS POR EL ORGANO DE ADMINISTRACION NO SON IMPUGNABLES AL AMPARO DEL ARTICULO 143 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. LA IMPUGNABILIDAD DE UN ACTO ES INDEPENDIENTE DE LA PETICION DE SU SUSPENSION. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES. SITUACION DE PERDIDAS ENCUBIERTA MEDIANTE UNA REVALORIZACION VOLUNTARIA DE ACTIVOS. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2002.)

En el régimen de nuestra Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido de 1989, la formulación de las cuentas anuales no se configura como un acuerdo confiado al Consejo de Administración dentro de su ámbito de competencias, sino como una propuesta debida y necesaria para iniciar la secuencia formulación-verificación-aprobación que culmina con el verdadero acuerdo en esta materia, reservado a la Junta General de Accionistas muy claramente por los artículos 95 y 212.1 en relación con el 93.1, todos de dicha Ley.

Ya se califique, por tanto, como acto debido, ya como deber u obligación de los administradores para con la sociedad, lo decisivo es que la formulación de las cuentas anuales, a que se refiere el artículo 171 de la Ley, no tiene el carácter de acuerdo del órgano colegiado de administración contra el que quepa impugnación al amparo del artículo 143 de la misma Ley, sino de propuesta orientada a la futura adopción del verdadero acuerdo por la Junta General de Accionistas, que será el acto realmente impugnable al amparo del artículo 115 de idéntica Ley.

Finalmente, a la misma conclusión se llega mediante una relación sistemática de los preceptos hasta ahora citados con otros artículos de la Ley de Sociedades Anónimas: el 141.1 y 2 (excluye absolutamente de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General); el 142 (al tratar del libro de actas distingue entre discusiones y acuerdos del Consejo); los 152 y 164 (aumento y reducción de capital social, al exigir acuerdo de Junta General y, por tanto, una propuesta inicial); el 153 (determinante de las facultades que la Junta General puede delegar en los administradores). A idéntica conclusión se llega desde la consideración procesal de que, dada la remisión del artículo 143.2 a la impugnación de los acuerdos de la Junta General, es la propia sociedad la pasivamente legitimada para soportar la acción de impugnación (art. 117.3), lo que necesariamente comporta, en lógica contrapartida, que el acuerdo impugnado sea atribuible a la sociedad en cuanto tal, es decir, en cuanto efectivamente adoptado y no en cuanto meramente propuesto.

La impugnabilidad de un acto no puede depender de la voluntad del demandante de pedir o no su suspensión al amparo del artículo 120 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy arts. 721 y 727-10.^a de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), a menos que la accesoriedad de una medida cautelar se quiera imponer como determinante de la propia impugnabilidad.

Las acciones de responsabilidad, social e individual, que los artículos 133 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas reconocen a la sociedad, a los

accionistas y a los acreedores sociales frente a los administradores, por daños causados con sus actos, son la mejor demostración de que no necesariamente todo acto de un administrador equivale a un acuerdo de un órgano colegiado de administración imputable a la sociedad y para cuya impugnación haya de ser ésta necesariamente demandada.

Si la situación de pérdidas se encubre mediante una revalorización voluntaria de activos inmobiliarios, el artículo 262 brinda su propio remedio específico a los socios, al facultar a cualquier accionista para requerir a los administradores a que convoquen la Junta o para solicitar por sí mismo la disolución judicial de la sociedad.

REDUCCION DE CAPITAL SOCIAL MEDIANTE DISMINUCION DEL VALOR NOMINAL DE ACCIONES EN PARTE NO DESEMBOLSADAS (ARTS. 168.3, 163.2, 47 y 42 DE LA LEY). (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002.)

La posibilidad reductora está prevista en el artículo 163.2 con carácter obligatorio, siempre que se cumpla, entre otras, con la sanción del artículo 168.3, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas, de consiguiente, es preciso transcribir literalmente el acuerdo de...: «Reducir el capital social en... pesetas, mediante disminución del 68 por 100 del valor nominal de la totalidad de las restantes acciones de las series A, B, C (estas últimas desembolsadas en un 25 por 100). En este apartado del informe de disminución del valor nominal de las acciones se dice “estando pendiente de desembolsar... pesetas, exactamente el 75 por 100 del valor nominal total de las acciones serie C” y luego se aclara por acuerdo de...: “1. Aclarar de forma indubitada que el acuerdo de reducción de capital social, mediante disminución del 68 por 100 del valor de todas las acciones de la Sociedad, incluidas las que componen la serie C”», no comportan condonación de los dividendos pasivos correspondientes a las acciones de la serie C; o sea, el acuerdo en cuestión no condona ese pago de los dividendos pasivos o desembolso pendientes, al expresar: «estando pendiente de desembolsar... el 75 por 100 de las acciones C» y, es más, habilita o prevé el sistema de consumación o cumplimiento del pago pendiente, fijándose el plazo correspondiente para que se efectúe el mismo en metálico, además —se repite— ello lo ratifica el posterior acuerdo, al decir: «aclarar de forma indubitada...» Aclaración, pues, que por lo demás, viene a ratificar lo que ya era un acuerdo consumado en el que se reitera, se respeta, sin más, la prohibición del repetido artículo 168.3, y ello con independencia de que se provoque así una alteración en el nominalismo del accionariado no prohibido *ad hoc* por la Ley.

El artículo 47.1 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (en fase clara de constitución de la sociedad, Capítulo IV, Sección 1.^a de la Ley), que no es el caso de autos, porque, sin duda alguna, las acciones afectadas, al menos, estaban desembolsadas en el 25 por 100 de su valor nominal.

Al no darse la condonación del capital no desembolsado por los accionistas en relación con las acciones C, se mantiene su obligación de aportación y, como tal, se articula la forma de verificarse la observancia de ese pago o aportación pendiente.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES CUANDO HAN SIDO DEJADOS SIN EFECTO (ART. 115.3, PARRAFOS 1.º Y 2.º). (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 2002.)

Según doctrina de esta Sala, la sociedad anónima demandada no puede, una vez iniciado el proceso de impugnación de un acuerdo social, ratificarlo o tratar de convalidarlo por su propia y exclusiva iniciativa en una junta posterior, pues como declara la sentencia de 20 de octubre de 1998, citando como precedente la de 26 de enero de 1993, *«la única posibilidad procesal que cabe, y así lo establece expresamente el párrafo segundo del citado apartado 3 del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, es la de que, a petición de parte, como es obvio, y siempre en el momento procesal oportuno (que no puede ser otro que el de la comparecencia que regulan los arts. 691 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pueda el Juez suspender el trámite del proceso y otorgar un plazo razonable para que pueda ser subsanada la causa de impugnación, en el caso de que fuera posible la eliminación de la misma»*.

Pero lo sucedido en el presente caso se aproxima mucho más a la hipótesis del párrafo primero del dicho apartado que a la del segundo, ya que no se convocó la Junta General extraordinaria de 28 de enero de 1994, después de ser impugnados los acuerdos adoptados en la de 16 de diciembre de 1993, sino que la demanda de impugnación de éstos se presentó en el Juzgado tan sólo cuatro días antes del 28 de enero de 1994, y estando ya convocada, por tanto, la segunda Junta General extraordinaria, hasta el punto de que la demanda no se admitió ni la sociedad fue emplazada como demandada hasta tres días después de celebrarse la segunda junta, al comienzo de la cual fue cuando el grupo de accionistas impugnante comunicó verbalmente la impugnación de la Junta de 16 de diciembre de 1993.

Esta impugnación se produjo, valiéndose del segundo párrafo del artículo 115.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, presentando una demanda de impugnación de la primera junta a sabiendas de que la sociedad no iba a tener conocimiento de la misma antes del día señalado para la celebración de la segunda junta.

APLICACION DE LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS SI PERSISTEN LAS CAUSAS DE DISOLUCION. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE CONVOCAR JUNTA. FUNCIONES DEL GERENTE CUANDO NO ES ADMINISTRADOR SEGUN SUS FACULTADES. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2002.)

No importa que la causa determinante de la disolución de la sociedad hubiera surgido antes del 1 de enero de 1990, si la misma subsiste, permanece y se prolonga después de esta fecha, sin que los administradores actúen en la forma que establece el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, procediendo estimar la responsabilidad *ex lege*. El día 1 de enero de 1990, la sociedad anónima se encontraba aún incurso en causa de disolución, rigiéndose a partir de dicha fecha por la nueva Ley de Sociedades Anónimas 19/1989, que expresamente deroga la Ley de 17 de julio de 1951, estando obligados los administradores a convocar la junta para disolver la sociedad por la causa señalada en el artículo 260-4, siendo totalmente contraria a la Ley su conducta, consistente en permitir que la situación se prolongara, e incluso se

acrecentara, sin promover la disolución en la forma prevenida en el artículo 262, dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la nueva Ley, no afectando a la referida obligación lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias, estableciendo determinados plazos a las entidades creadas bajo la vigencia de la antigua Ley, para adecuarse a la posterior, porque ninguna de ellas se refiere a la disolución de las compañías, materia en la que entró en vigor la Ley nueva el 1 de enero de 1990. Carece de sustento alguno mantener que los administradores de la sociedad, por no haber activado el mecanismo necesario para su sustitución, hayan adquirido un derecho a no ser obligados por la nueva norma a disolver la sociedad, por causa que persiste, y a no responder por su conducta continuada, no siendo admisible que los autores de una conducta antijurídica obtengan a su favor un derecho que tiene su causa en la misma (art. 6-3 del Código Civil). Por tanto, la causa de disolución jurídica de la sociedad permanecía (al igual que la ilegal actuación omisiva de los administradores), el repetido 1 de enero de 1990, esto es, bajo la vigencia de la nueva Ley, no aplicándose, por ello, la misma con carácter retroactivo, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 262-5 de la Ley, no habiendo cumplido los administradores la obligación de convocar Junta General para la disolución legal de la compañía en el plazo de dos meses, a contar desde el 1 de enero de 1990, los mismos deben responder de las deudas sociales.

La cualidad de administrador, en sentido pleno, del gerente estará en función de cada caso, según conste en los Estatutos y en sus poderes; las responsabilidades exigibles al gerente estarán en atención al examen del régimen interno y delegación de facultades que establece el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y del contenido de los Estatutos de la sociedad.

FLEXIBILIDAD EN EL REQUISITO DE LA FORMACION DE LA LISTA DE ASISTENTES A JUNTA GENERAL. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2002.)

Una vez constituida la Junta, la primera tarea es la plasmación de la lista de asistentes, antes de entrar en el orden del día (art. 111 de la Ley de Sociedades Anónimas). La doctrina jurisprudencial tiene declarado que, aunque la lista de asistentes no conste en el acta, basta que se demuestre que ha existido (sentencia de 31 de octubre de 1984) y también que puede incluirse en documento diferente del acta (sentencia de 19 de diciembre de 1984).

Esta Sala tiene declarado que el texto del artículo 64 (hoy art. 111) de la Ley Especial, no decreta la nulidad por incumplir alguna de sus reglas, sino que dicha declaración queda a la discreción y prudencia de los Tribunales (sentencias de 14 de marzo de 1973 y 7 de febrero de 1984).

La lista de asistentes tiene por finalidad facilitar la formación del *quorum* legal de presencia, legitimar el ejercicio del derecho del voto y acreditar el hecho de la presencia o de la ausencia de los accionistas; por lo que en base del objetivo perseguido por la norma, debe seguirse un criterio flexible en su aplicación.

FALTA DE CAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES POR SOCIEDAD EXTINGUIDA, ACREDITADA REGISTRALMENTE. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

La realidad constatada, conforme a los asientos del Registro Mercantil, demuestra la extinción de la sociedad, según los términos en que se practicó la disolución, liquidación y balance final de liquidación que fue publicado con los requisitos legales. Consecuencia de ello es su falta de capacidad para ser parte.

BALANCE: PRINCIPIOS RECTORES. NULIDAD DE ACUERDO SOCIAL POR OMISION EN EL BALANCE DE CONTABILIZACION DE DEUDA PUBLICA ESPECIAL, AUNQUE FIGURE EN LA MEMORIA. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

El balance actúa como documento contable que refleja, mediante partidas agrupadas, los elementos patrimoniales de la sociedad y de este modo se fija el valor de su patrimonio social, imponiendo el artículo 34 del Código de Comercio que las cuentas anuales deberán redactarse con claridad y cumplir la función de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados.

Los principios rectores que rigen la confección de los balances y tienen carácter imperativo (art. 35 del Código de Comercio) son: *a)* Veracidad y exactitud, ya que el activo debe contener todos los elementos que representen un valor, y el pasivo ha de registrar las cargas obligacionales; *b)* Claridad, en cuanto a la distinción y delimitación de las partidas, poniendo bien de manifiesto la situación patrimonial y la determinación de resultados; *c)* Unidad, pues abarca a la compañía en su totalidad, integrándose la unidad de contabilidad con el balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria (art. 34-1.º del Código de Comercio), y *d)* Continuidad, ya que cada balanza enlaza y se relaciona con los precedentes, y sus resultados han de tomarse como punto de partida.

En el caso concreto de las Sociedades Anónimas, la contabilidad precisa y ordenada viene impuesta en los artículos 171 a 222 de la Ley, exigiendo el artículo 172, en concordancia con el Código de Comercio, que los documentos de las cuentas anuales serán redactados necesariamente con claridad, debiendo demostrar la imagen fiel del patrimonio social conforme a la Cuarta Directiva 78/660-CEE, de 25 de julio de 1978, así como Directivas 90/604 y 90/605, de 8 de noviembre de 1995, con reflejo en la Ley 2/1995.

Cuando se promueve controversia judicial respecto al alcance de la claridad de las cuentas, dice la sentencia de 23 de octubre de 1999, corresponde al juzgador formar convicción personal sobre las cuestiones sometidas a su consideración, sin que esté obligado a realizar directa y materialmente la contabilidad, resultando valioso para su examen los informes periciales, por precisarse conocimientos específicos en la materia, y dichas informaciones contribuyen a que el Tribunal pueda alcanzar criterios y en este sentido el artículo 119.3 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla especialmente la prueba pericial contable.

Con la omisión contable en el balance (art. 175) de la partida de la Deuda Pública Especial se ha producido transgresión del principio de imagen fiel

contemplado en el artículo 172-2 de la Ley de Sociedades Anónimas, y el acuerdo social impugnado resulta contrario a la Ley y determina su nulidad conforme al artículo 115-1.º y 2.º, lo que no lo desvirtúa el argumento de confidencialidad para la Deuda Pública Especial suscrita conforme a la Disposición Adicional 13 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. Se contempla la confidencialidad de los adquirentes y ninguna norma contable, no amparando expresamente la contabilización de dicha deuda, al referirse la confidencialidad expresamente a que las Entidades Gestoras y demás intermediarios que intervengan en la suscripción de activos de la Deuda Pública Especial no están obligados a informar a la Administración Tributaria de la identidad de los suscriptores, cuyos datos identificativos se mantienen preservados hasta que se produzca la amortización ordinaria o anticipada.

Evidentemente se trata de una normativa fiscal proyectada hacia el exterior que no puede afectar al régimen jurídico legal que disciplina las Sociedades Anónimas, pues sus normas tienen carácter imperativo, y así sucede con las que disciplinan la confección correcta de los balances. Los balances no pueden ser sustituidos por la memoria, la que, de conformidad al artículo 35-3 del Código de Comercio y 199 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, actúa en correlación al balance, completándolo, ampliándolo y comentándolo, careciendo de la condición de documento contable y de los requisitos legales que debe reunir el balance.

No se puede dejar de lado que la Ley 18/1991 es normativa fiscal, que, como la administrativa, no es susceptible de amparar un recurso de casación civil (sentencias de 7 de diciembre de 1993, 7 de febrero de 1994, 14 de marzo y 1 de julio de 1996, entre otras). A su vez, el artículo 34-4.º del Código de Comercio no deja de ser significativo y previsor al disponer que en los casos excepcionales en los que la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable.

La sentencia de 14 de noviembre de 2000 entendió de caso análogo y decidió que se hacía necesario e inevitable el reflejo en el patrimonio social de la Deuda Pública Especial, al formar parte e integrarse en aquél de manera indiscutible, aunque su incorporación efectiva no se produzca hasta la terminación del plazo por el que se constituyó y resulta insuficiente su reflejo en la memoria.

NULIDAD DE SOCIEDAD IMPROCEDENTE POR NO DARSE NINGUNA DE LAS CAUSAS TASADAS DEL ARTICULO 34 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2002.)

Coincide la doctrina científica en el carácter taxativo de las causas de nulidad societaria establecidas en el artículo 34 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por eso no puede accederse a una nulidad desde la perspectiva de la nulidad negocial, como igualmente la nulidad de las aportaciones no dinerarias retrotraiga sus efectos al momento de constituirse la sociedad. En definitiva, declarada la nulidad de tales aportaciones pero no de otras ni de la sociedad, incumbe a los administradores de ésta, bajo su responsabilidad, adoptar todas las medidas precisas, a iniciativa propia o de los accionistas, para regularizar la situación, bien de un modo que permita la continuidad de la sociedad, bien con vistas a su disolución.

NO PROCEDE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN BASE AL ARTICULO 262.5 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, SI DENTRO DEL PLAZO DE DOS MESES UN INTERESADO HA SOLICITADO JUDICIALMENTE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2002.)

No es aceptable la interpretación literal, rígida e inflexible del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, de modo que baste simplemente la no convocatoria de la Junta de Accionistas, o que no se solicite la disolución judicial, todo ello dentro de los plazos señalados en la citada norma para hacerlo, para que se declare la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 262.3 de la Ley de Sociedades Anónimas permite a cualquier interesado solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando la junta no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución. Por tanto, puede darse el hecho de que en el plazo de dos meses del artículo 262.5 de la Ley, los administradores no cumplan su obligación, pero haya solicitado la disolución cualquier interesado. No es razonable que, pese a cumplirse la finalidad de la Ley, los administradores sean responsables solidarios. En suma, pues, el artículo 262.5 ha de conjugarse con el apartado 3 anterior y analizar si en el plazo de dos meses se ha pedido, aunque sea por un interesado, la disolución judicial de la sociedad, que es lo que quiere el legislador.

B) Limitadas

LA DEMANDA EN QUE SE SOLICITA LA DISOLUCION DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL HA DE SER DIRIGIDA NECESARIAMENTE CONTRA ELLA, NO SIENDO SUFICIENTE QUE SE HALLEN PRESENTES EN LOS AUTOS LAS PERSONAS FISICAS QUE EN EL MOMENTO DE EJERCITARSE LA ACCION ERAN LOS UNICOS SOCIOS QUE LA INTEGRABAN. LA SOCIEDAD MERCANTIL, UNA VEZ LEGALMENTE CONSTITUIDA, ADQUIERE PERSONALIDAD JURIDICA PROPIA, DISTINTA E INDEPENDIENTE DE LAS DE SUS SOCIOS. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2002.)

Nota.—*Esta sentencia tiene la particularidad de asumir el Tribunal Supremo las competencias de instancia, debido a las deficiencias del procedimiento.*

III. TITULOS VALORES

A) Letra de cambio

CONTRATO DE DESCUENTO. LETRAS PERJUDICADAS. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2002.)

Con ocasión del contrato de descuento, el Banco entrega dinero por letras de cambio que recibe «salvo buen fin», de tal modo que si no son pagadas a su vencimiento sin mediar culpa del tenedor puede recabar del descontatario

la suma anticipada por aquél y recibida por éste, para lo que está habilitado por una acción causal con sustantividad propia, diferente de la cambiaria, sujeta al plazo de prescripción de quince años, y, si bien esta Sala tiene declarado que la obligación fundamental que compete a los Bancos descontantes, una vez producido el impago de las cambiales descontadas, es devolver éstas al librador descontatario con la misma eficacia jurídica que tenían cuando fueron entregadas a virtud del contrato de descuento (sentencias de 18 de marzo de 1987, 3 de abril y 22 de diciembre de 1992 y 28 de junio de 2001), asimismo constituye presupuesto imprescindible para la restitución de las cambiales descontadas por el descontante al descontatario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que, ante su impago por el aceptante, aquél hubiera recibido el importe de las mismas en los términos del contrato de descuento.

Sin embargo, el Banco presentó la demanda objeto de este litigio cuando las acciones cambiarias correspondientes a varias letras descontadas habían prescrito, por lo que es de aplicación al supuesto el artículo 1.170.2 del Código Civil, que se refiere a la conversión de letras entregadas *pro solvendo*, en letras entregadas *pro soluto* cuando éstas resulten perjudicadas.

IV. CONTRATOS

COMPRAVENTA MERCANTIL. INCUMPLIMIENTO POR EL VENDEDOR. DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 2002.)

A diferencia de lo establecido en el artículo 1.101 del Código Civil, el artículo 329 del Código de Comercio no exige incumplimiento culpable o doloso de su obligación por el vendedor, sino que basta con que desatienda su prestación de entrega para que se origine el derecho del comprador a ser resarcido de los daños o perjuicios que con tal inobservancia se le hayan causado, sin que sea necesario requerimiento judicial o extrajudicial alguno para que el comprador pueda dirigir su acción en reclamación de los mismos; en efecto, desatendida por el vendedor su obligación de entrega, el artículo 329 faculta al comprador para, a su elección, pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, con indemnización, en ambos casos, de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado, los cuales, en todo caso, deberá acreditar (sentencia de 19 de septiembre de 1988).

RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

**A) BIBLIOGRAFIA ADQUIRIDA POR EL COLEGIO
DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD,
MERCANTILES Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA**

- ABEL FABRE, J.: *El sistema de compensación urbanística*. Barcelona: Bosch, 2001, 2.^a ed.
- ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL: *La rescisión del contrato por lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial*.
- AGUILERA MORALES, M., y otros: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas, 2002.
- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la ley de Arrendamientos Rústicos. Adaptados a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Granada: Comares, 2001. 4.^a ed.
- ALGABA ROS, SILVIA: *Efectos de la desheredación*. Valencia, 2002.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., y PAU PEDRÓN, A.: *Jurisprudencia registral (1978-1985)*. Madrid: Tecnos, 1986 (reimp. 2002). 1.^a ed.
- APARICIO GONZÁLEZ, M.^a L.: *Código de Comercio y leyes complementarias*. Madrid: Civitas, Biblioteca de Legislación, 2002. 26.^a ed.
- ARCO TORRES, M. A. DEL y PONS GONZÁLEZ, M.: *Derecho de la construcción. Aspectos civiles y penales. Adaptado a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Granada: Comares, 2001. 5.^a ed.
- ARIJA SOUTULLO, C.: *El tercer adquirente de bienes hipotecados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- ARROYO, I. y otros: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*. 3 vols. Madrid: Tecnos, 2001.
- AVILA NAVARRO, PEDRO: *Comentarios de Jurisprudencia Registral*. 4 tomos.
- BADENES GASSET, R.: *Conceptos fundamentales del Derecho: las relaciones jurídicas-patrimoniales*. Barcelona: Marcombo, 2000. 12.^a ed.
- BALLESTER GINER, ELADIO, y otros: *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- BATALLER I RUIZ, ENRIC: *La obra colectiva*. Valencia, 2002.
- BELLO JANEIRO, D.: *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*. Pamplona: Aranzadi, 2002. 2.^a ed.
- BELUCHE RINCÓN, I.: *El fiador hipotecario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- BENÍTEZ DE LUGO, J. M.: *La protección judicial de los derechos inmobiliarios inscritos*. Zaragoza: EDIJUS; Dykinson, 2002.
- BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, L.: *Comentarios al impuesto sobre sucesiones y donaciones*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- BIONDI, B.: *Las servidumbres*. Granada: Comares, 2002. 2.^a ed.
- BLANQUER UBEROS, R.; CABANAS TREJO, R.; CAMPO VILLEGAS, E.; DELGADO DE MIGUEL, J. F., y otros: *Reglamento Hipotecario: con las modificaciones introducidas por las últimas sentencias del Tribunal Supremo y estudios jurídicos en torno a la*

- calificación registral y la inscripción a la luz de dicha jurisprudencia.* Madrid: La Ley, 2001.
- BUSTO LAGO, J. M.: *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso.* Madrid: Edersa, 2000.
- BUSTOS MORENO, Y. B.: *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial.* Madrid: Dykinson, 2002. 1.^a ed.
- CAAMAÑO ANIDO, M., y PEÑA ALONSO, J. L.: *El impuesto sobre sucesiones y donaciones.* Madrid: Edersa, 2002.
- CABEZUELA ARENAS, A. L.: *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio jurisprudencial y doctrinal.* Pamplona: Aranzadi, 2002. 1.^a ed.
- CAMACHO CLAVIJO, SANDRA: *La prenda de valores anotados en cuenta: Constitución y efectos.*
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO J. I.: *La doble venta: una situación de pendencia.* Barcelona: Bosch, 2000.
- *La prohibición de los contratos sucesorios.* Barcelona: Bosch, 2002.
- *La reserva de dominio o la acción publiciana.* Barcelona: Bosch, 2001.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.^a: *La compilación del Derecho Civil asturiano.* Madrid: Reus, 2001.
- CARRASCO PERERA y otros: *Tratado de los derechos de garantía.* Pamplona: Aranzadi, 2002.
- CASTRO VITORES, G.: *Reversión expropiatoria. Una reflexión en la perspectiva civilista.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- CECCHINI ROSELL, X.: *La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa.* Valencia, 2002.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario.* Madrid: Pons, 2000. 4.^a ed.
- CHIMENO CANO: *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental,* 2003.
- CÓDIGO CIVIL. Editorial Civitas. Serie Biblioteca de Legislación. Edición de septiembre de 2002.
- COFFARENA LAPORTA, J.: *Las obligaciones solidarias: Jornadas de Derecho Civil en Murcia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- COLAS ESCANDÓN, A. M.^a: *La ratificación.* Granada: Comares, 2000. 11.^a ed.
- COMUNIDAD DE MADRID: *Repertorio de legislación de la Comunidad de Madrid* (2 tomos). Madrid: Civitas, 2002. 5.^a ed.
- CONCHEIRO DEL RÍO, J.: *La inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad. Su regulación actual. Régimen civil, administrativo y fiscal.* Madrid: Dijusa, 2001. 2.^a ed.
- CORDERO CUTILLAS, ICIAR: *El Derecho de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.*
- CORRAL DUEÑAS, F.: *La finca y sus modificaciones.* Valladolid: Lex Nova, 2002.
- CORTES CORTES: *La ejecución y recepción de las obras en las urbanizaciones de iniciativa particular.* Pamplona: Aranzadi, 2001. 1.^a ed.
- DELGADO DE MIGUEL, JUAN F. (coordinador): *Instituciones de Derecho Privado.* Tomo II-1.º: Reales. 1.^a ed., 2002.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Aspectos civiles y registrales.* Pamplona: Aranzadi, 2001.
- DÍEZ PICAZO y otros: *Los principios del Derecho europeo de contratos.* Madrid: Civitas, 2002. 1.^a ed.
- DÍEZ SOTO, C. M.: *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales.* Madrid: Dykinson, 2000.

- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Año 2001* (3 tomos). Madrid: Ministerio de Justicia, 2002.
- DURÁN RIVACOBRA, R.: *Evicción y saneamiento*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código Civil alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- EVANGELIO LLORCA, M.^a R.: *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad (aspectos civiles, administrativos y urbanísticos)*. Granada: Comares, 2000.
- FARRE ALEMÁN, J. M.: *Código Civil comentado y concordado*. Madrid: Bosch, 2001.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS: *La amortización de acciones y las acciones rescatables*. Edición octubre 2002.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *LAU: Comentario articulado*. Granada: Comares, 2001.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.: *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 2001. 6.^a ed.
- FERNÁNDEZ, T. R.: *Manual de Derecho Urbanístico*. Madrid: El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2001.
- FERNÁNDEZ-MARTOS Y BERMÚDEZ-CANETE: *Manual práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*.
- FIGUEIRAS DACAL, M.: *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*. Madrid: Dijusa, 2001.
- FORNER DELAYGUA, J. J.: *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*. Barcelona: Bosch, 2000.
- FRANCIS LEFEBVRE: *Memento de gestión del patrimonio personal 2003-2004*, 2003.
- FUENTES LOJO, J. V.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000*. Barcelona: Bosch, 2002.
- *Novísima suma de arrendamientos urbanos*. Barcelona: Bosch, 2001.
- FUENTESECA, C.: *La posesión mediata e inmediata: propiedad y derechos reales*. Madrid: Dykinson, 2002. 1.^a ed.
- GAETE GONZÁLEZ, E. A.: *Instrumento público electrónico*. Barcelona: Bosch, 2002. 2.^a ed.
- GALÁN GALÁN, ALFREDO: *El Derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa*. Estudio legislativo.
- GARCÍA ALGUACIL, M.^a J.: *Consolidación y Derechos Reales en cosa propia: La consolidación como causa de extinción de los Derechos Reales limitados*. Granada: Comares, 2002.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *La sucesión por derecho de transmisión*. Madrid: Civitas, 1996.
- *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Madrid: Civitas, Biblioteca de Legislación, 2002. 23.^a ed.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo III. Calificación, tracto, especialidad y otros principios. Edición enero 2003.
- GARCÍA GIL, J.: *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*. Madrid: Dykinson, 2000.
- GARCÍA SOLE, F., y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: *Derecho de los bienes muebles: Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*. Madrid: CORPME, 2002.
- GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, MARTÍN: *La colación hereditaria*.
- GARRIDO MELERO: *Derecho de sucesiones: Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- GARRIDO, J. M.^a: *Tratado de las preferencias de crédito*. Madrid: Civitas, 2000.

- GARRIGUES & ANDERSEN: *Código Civil japonés*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- GASPAR LERA, S.: *La acción de petición de herencia*. Pamplona: Aranzadi, 2001.
- GODOY DOMÍNGUEZ, L. A.: *La copropiedad indivisible. Examen del artículo 401.1 del Código Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2002. 1.ª ed.
- GÓMEZ LAPLAZA, DÍEZ GARCÍA, y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Leyes Hipotecarias*. 2.ª ed., 2003.
- GÓMEZ REIMONDEZ, A.: *El régimen jurídico de la concentración parcelaria. Urbanismo y edificación*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- GRIMALT SERVERA: *El deslinde entre particulares*. Noviembre 2001.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, 2003.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*. Madrid: CORPME, 2001.
- HERNÁNDEZ RUEDA, N.: *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales: tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Dykinson, 2002. 1.ª ed.
- HIPÓLITO LANCHÁ, FERNANDO, e HIPÓLITO RUIZ, FERNANDO: *Viviendas de Protección Oficial*. 2.ª ed., 2003.
- HUERTAS MARTÍN, I.: *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*. Granada: Comares, 2002.
- IGLESIA MONJE, M.ª I. DE LA: *El derecho del retracto convencional (Estudio de la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la jurisprudencia menor y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)*. Valladolid. 1.ª ed., 2002.
- JORDANO FRAGA, F.: *La acción revocatoria o pauliana: Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*. Granada: Comares, 2001.
- JURADO JURADO, J. J.: *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados. LEC 1/2000*. Barcelona: Bosch, 2001. 1.ª ed.
- LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: *El Derecho Privado en la intermediación inmobiliaria. Programa de derecho privado para agentes de la propiedad inmobiliaria*. Barcelona: Bosch, 2000.
- LECIÑENA, A.: *La sociedad de medios entre profesionales*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 2001.
- LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y DEL REGISTRO MERCANTIL. Madrid: Civitas, 2002. 23.ª ed.
- LEY Y REGLAMENTO NOTARIALES. Madrid: Civitas, 2002. 3.ª ed.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- LÓPEZ ORTEGA, RAQUEL: *La prenda de imposiciones a plazo*. Madrid, 2002.
- LÓPEZ PELÁEZ, P.: *Los créditos preferentes en el Derecho español*. Madrid: Trivium, 2001.
- LORA-TAMAYO VALLVE, M.: *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar: Análisis comparado desde las aportaciones de G. E. Haussmann y la doctrina de Ildefonso Cerdá*. Madrid, 2002.
- LUQUE TORRES, G.: *Crisis matrimoniales: Consecuencias registrales y sucesorias*. Granada: Comares, 2002.
- MALUQUER DE MOTES BERNET (coordinador): *Codificación, persona y negocio jurídico*. 1.ª ed., 2002.
- MARQUEÑO DE LLANO, MARINA: *Prohibiciones testamentarias de disponer*.
- MARTÍN GARCÍA, MARÍA DEL LIRIO: *La publicidad. Su incidencia en la contratación*. 1.ª ed., 2002.

- MARTÍN LEÓN, A.: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*. Pamplona: Aranzadi, 2002. 1.^a ed.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T.: *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*. Madrid: Civitas, 2002.
- MARTÍN PASTOR, J.: *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: CORPME, 2001.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas*. Pamplona: Aranzadi, 2002. 8.^a ed.
- MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA: *El depósito y la responsabilidad del depositario*. Pamplona, 2002.
- MARTÍNEZ GALLEGU, E. M.^a (coordinador): *Matrimonio y uniones de hecho*. Salamanca: Universidad, 2001. 1.^a ed.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a T.: *Las inscripciones registrales de las Cajas de Ahorro*. Madrid: Edersa, 2002.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- MATEO SANZ, J. B.: *El derecho de adquisición preferente de la vivienda arrendada: Doctrina y jurisprudencia*. Valladolid: Lex Nova, 2002.
- MEMENTO PRÁCTICO CONTRATOS MERCANTILES, 2003-2004. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2002.
- MEMENTO PRÁCTICO FISCAL, 2002. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2002.
- MEMENTO PRÁCTICO INMOBILIARIO, 2002-2003. Madrid: Francis Lefebvre, 2001.
- MÉNDEZ CANSECO, J. F.: *Código de Legislación de Urbanismo*. Pamplona: Aranzadi, 2001.
- MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Manual de Urbanismo*. Madrid: INAP, 2002.
- MONTERO AROCA: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales: La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- MONTSERRAT VALERO, ANTONIO: *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*. Madrid, 2002.
- MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E.: *Prenda de valores en garantía de operaciones crediticias*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- MOZOS, J. L. DE LOS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*. Madrid: Dykinson, 2000.
- NAVARRETE CANO: *La obligación de guarda del vendedor*. 1.^a ed.
- NIETO CAROL, U.: *La Ley de venta a plazos de bienes muebles*. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- NÚÑEZ MUÑOZ, M.^a CARMEN: *La aportación de solar. Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*. Madrid: Montecorvo, 2002.
- *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, 2001.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a DEL C.: *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*. Universidad A. de Barcelona, 2001.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2001.
- *Compendio de Derecho Civil*. 5 tomos. Septiembre 2002.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA, y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Civitas, 2001.

- ORTI VALLEJO, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*. Granada: Comares, 2002. 1.^a ed.
- OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*. Granada: Comares, 2001. 1.^a ed.
- PAJARES JIMÉNEZ, J. A.: *Código Civil*. 24.^a ed. Civitas, Biblioteca de Legislación.
- PALAZÓN GARRIDO: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, 2003.
- PAJEJO ALONSO, L. (director): *Comentarios a la Ley de Ordenación de la edificación. Ley 38/1999 de 5 de noviembre*. Madrid: Tecnos, 2001.
- PARRA LUCÁN, M.^a A.: *Vías pecuarias y propiedad privada*. Madrid: Dykinson, 2002.
- PASTOR ALVAREZ, M.^a DEL C.: *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio (Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Propiedad Horizontal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- PAU PEDRÓN, A.: *La Publicidad Registral*. Madrid: CORPME, 2001.
- PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L.: *Comentarios al Impuesto Sobre Sucesiones y Donaciones*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- PÉREZ PÉREZ, E.: *La Propiedad Inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral: Propiedad agraria, forestal, de las aguas, de las minas, urbanística, horizontal y de los complejos inmobiliarios privados*. Barcelona: Bosch, 2001.
- PLANCHADELL GARGALLO, A.: *La tercera de dominio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- PORTALIS, J. E. M.: *Discurso preliminar del Código Civil francés*. Madrid: Civitas, 1997.
- PRATS ALBENTOSA, L.: *Préstamo de consumo, crédito al consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- REBOLLO VARELA, A. L., y otros: *Tratado de servidumbres*. Pamplona: Aranzadi, 2002. 1.^a ed.
- REDONDO GARCÍA: *La entrega de la posesión en los procesos de ejecución de inmuebles*. 1.^a ed.
- REINA TARTIERE, DE LA: *La prioridad en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria*. Octubre de 2002.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *La suspensión de la prescripción en el Código Civil español: Estudio crítico de la legalidad vigente*. Madrid: Dykinson, 2002.
- *La suspensión de la prescripción en el Código Civil español: Estudio crítico de la legalidad vigente*. Sevilla, 2002.
- RODRÍGUEZ OTERO, L.: *Elementos de Derecho Hipotecario*. Dos tomos. Ajustado al programa de notaría. Edición noviembre de 2002.
- ROGEL VIDE, C. (coordinador): *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual: Cuestiones puntuales*. Madrid: Aisge, 2001.
- *Estudios completos de Propiedad Intelectual*.
- RUIZ-RICO RUIZ, CATALINA: *Autocontrato societario*. Madrid, 2002.
- SALAS MURILLO, DE: *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, 2003.
- SALAZAR BORT, S.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: Amplio estudio jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 2001.
- SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*. Temas actuales. Madrid: Montecorvo, 2001. 1.^a ed.
- SCHULZE, R., y ZIMMERMANN, R.: *Textos básicos de Derecho Privado Europeo*. Recopilación, presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de ESTHER ARROYO I AMAYUELAS. Madrid: Marcial Pons, 2002.

- SERRA RODRÍGUEZ: *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. 2.^a ed., 2002.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a E.: *Cambio de solar por edificación futura*. Pamplona: Aranzadi, 2002. 3.^a ed.
- SIERRA PÉREZ, I.: *Obligaciones «Popter Rem». Hoy: Los gastos comunes en la Propiedad Horizontal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. 1.^a ed.
- SIMÓ SANTONJA, VICENTE L. (coordinador): *Instituciones de Derecho Privado*. T. III-1.^o Obligaciones y contratos.
- SIVENT GARCÍA, JORGE: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil* (núm. 61).
- TORRES PEREA, J. M. DE: *Presupuestos de la acción rescisoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- TORRES PEREA, JOSÉ MANUEL: *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa* (núm. 60).
- VÁZQUEZ BARROS, S.: *Las tercerías. Bienes embargables, bienes inembargables*. Barcelona: Bosch, 2001. 1.^a ed.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. 1.^a ed.
- *Precio y renta en las viviendas de Protección Oficial. Doctrina y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 2001. 2.^a ed.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO: *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos*.
- VIVAS TESÓN, I.: *El contrato de comodato*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Lecciones sobre posesión y usucapión*. Madrid: Dykinson, 2002.
- *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001.
- ZABALA HERRERO: *Régimen jurídico del subsuelo urbanístico*. Diciembre, 2002.
- ZAFORTEZA FORTUNY, M. (director): *Propiedad Horizontal y derecho real de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002. 1.^a ed.
- ZAHÍNO RUIZ, M.^a L.: *La constitución de servidumbre voluntaria sobre fondo indiviso en el Código Civil español*. Madrid: Edersa, 2002.

B) BIBLIOGRAFIA DE REVISTAS JURIDICAS

- ACADEMIA SEVILLANA DEL NOTARIADO. Desde origen: tomo 1, 1984; último: tomo XII, 2000 (faltan: tomos X y XI).
- ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA. Desde origen: 1985; último: 31 de 2002.
- ACTUALIDAD CIVIL. Desde origen: 1985; último: 31 de 2002.
- ACTUALIDAD FINANCIERA. Desde origen: 1986; último: 12, de 2001 y monográfico 4, 2001.
- ACTUALIDAD LABORAL. Desde origen: 1984; último: 31 de 2002.
- ACTUALIDAD MERCADO FINANCIERO. Desde origen: 1989 a fin: diciembre 1994; termina en diciembre 1994.
- ACTUALIDAD TRIBUTARIA. Desde origen: 1990 a fin: núm. 48 de 1995, en que es sustituida por: «Impuestos» y «Legislación Fiscal»; último: 48 de 1995 (es sustituida por «Impuestos») (falta: núm. 35 de 1992).
- ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO. Desde origen: tomo I, 1943; último: XXXIX de 2000.

- ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID, 1998 y 1999.
- ANALES DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION. Desde origen: número 1, 1973; último: 31 de 2001.
- ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Desde origen: tomo I, año 1948; último: fasc. II de 2002.
- ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALA DE HENARES. Desde origen: 1991-1992; último: vol. 2 (falta: vol. 1, 1991-1992).
- ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID. Desde origen: núm. 1, 1997; último: 2 de 1998.
- ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA. Desde núm. 1 de la 31 época, 1998; último: 5, 2002.
- ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL (Ministerio de Justicia). Se ficha: Estudios, Documentos, Miscelánea, Historiografía. No se ficha: bibliografía, varia. Desde: tomo LXXI, 2001; último: Tomo I; año 1924.
- BOLETIN DE INFORMACION DE LA VIDA LOCAL. Desde 1968 a 1982.
- BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID. Se ficha la doctrina. 3.^a época: abril-mayo de 1996, mayo de 2001. 2.^a época: núm. 1, enero-marzo de 1979 a septiembre-octubre de 1995. 1.^a época: núm. 1, enero-febrero de 1966 a núm. 3-4, julio-diciembre de 1976. Desde núm. 1, enero-febrero de 1966; último: núm. 21 (3.^a época) 2002 (falta: núm. 2, 1989; núm. 4, 1988; núm. 1, 1986; núm. 3, 1983; núm. 1, 1981; núm. 3, 1980).
- BOLETIN DE INFORMACION DEL COLEGIO NOTARIAL DE GRANADA. Desde origen: 1951 (no hay artículos doctrinales hasta mayo-junio de 1980); último: 254, 2002.
- BOLETIN DE INFORMACION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA. Desde origen: Año I, núm. 1, 1947; último: 1930 de 2002.
- BOLETIN DEL COLEGIO DE REGISTRADORES. Desde origen: 1966; último: 78 de 2001.
- CEHCAT - BOLETIN DEL CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS DE CATALUÑA. Desde origen: núm. 1, febrero de 1989 a núm. 65, noviembre-diciembre de 1995. Entregado en diciembre 95 o enero 96; último: 100 de 2002.
- CIVITAS REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Desde origen: 1974; último: 115 de 2002.
- CIVITAS REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO. Desde origen: 1974; último: 115 de 2002.
- CIVITAS REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO. Desde origen: 1980; último: 113 de 2002.
- CRONICA TRIBUTARIA. Desde origen: núm. 1, 1972; último: 105 de 2002.
- CUADERNOS CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL. Desde origen: 1983; último: 57 de 2001.
- CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO. Desde origen: 1987; último: 34 de 2001.
- DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO. Desde origen: núm. 1, 1985; último: 39 de 2001.
- DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCION. Desde núm. 3: 1994; último: 15, 2001 (falta: núm. 1 y 2).
- DERECHO Y OPINION. Desde origen: 0, 1992; último: 8 de 2000.
- DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA. Desde 1958 a 2001.

- DOCUMENTACION JURIDICA (antes INFORMACION JURIDICA) I. J.: Desde: núm. 152-153, enero-febrero 1956; último: núm. 319, octubre-diciembre 1973 (falta: números 1 a 151. No están en la biblioteca). D. J.: Desde origen: núm. 1, 1974; último: núm. 85, 1996.
- ESTUDIOS SOBRE CONSUMO. Desde núm. 3: 1984; último: 63 de 2002 (falta: núm. 1 y 2).
- GACETA FISCAL. Desde el número 3, 1983; último: 210 de 2002 (falta: 1 y 2 de 1983).
- GACETA JURIDICA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Desde origen: 1985; último: 219 de 2002 (falta: núm. 94).
- IMPUESTOS. Desde origen: núm. 1, 1996; último: 7 de 2002.
- LA LEY. Desde el comienzo: 1980: vol. 1; último: vol. 3 de 2002.
- LUNES 4,30. Desde origen: 1988; último: 326 de 2002 (falta: núm. 159 y 306).
- NOTICIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA (antes NOTICIAS CEE). Desde origen: 1985; último: 215, 2002 (falta: núm. 131).
- QUINCENA FISCAL. Desde núm. 1, enero 1994; último: 22 de 2002 (falta: 1992 y 1993).
- REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Desde origen: 1925; último: núm. 670 de 2002.
- REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA. Desde origen: 1950; último: 157 de 2002.
- REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSATIL. Desde origen: 1981; último: 85 de 2002.
- REVISTA DE INSTITUCIONES EUROPEAS. Desde origen: vol. 1, 1974 hasta el cambio de nombre: vol. 22, 1996.
- REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO (antes REVISTA DE INSTITUCIONES EUROPEAS). Desde cambio de nombre: 1997; último: 12 de 2002.
- REVISTA DE DERECHO DE SOCIEDADES. Desde origen: 1993; último: 18 de 2002.
- REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA. Desde origen: 1951; último: 263 de 2001.
- REVISTA DE DERECHO MERCANTIL. Desde origen: 1946; último: 243 de 2002.
- REVISTA DE DERECHO PATRIMONIAL. Desde origen: núm. 7, 2001; último: núm. 8, 2002.
- REVISTA DE DERECHO PRIVADO. Desde origen: 1913; último: enero 2002 (falta: octubre 1993).
- REVISTA DE DERECHO PROCESAL. Desde origen: 1945; último: núm. 3 de 2001.
- REVISTA DE DERECHO REGISTRAL (CINDER). Desde origen: 1974; último: 15 de 1988.
- REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE (antes REVISTA DE DERECHO URBANISTICO). Desde origen: 1967; último: 193 de 2002.
- REVISTA ESPAÑOLA DE ECONOMIA AGRARIA (antes REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES). Desde origen: 1952; último: 194 de 2001 (falta: 170 y 171).
- REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA (antes REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL). Desde: 1952, núm. 61; último: 285 de 2001 (falta: números 1 a 60, 1942-1951).

- REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE. Desde: 1957 (vol. I de la nueva serie); último: 94 de 2001 y 24 de 1999.
- REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA. Desde núm. 1 de la 3.ª época (1998); último: núm. 4, 2001.
- REVISTA ESPAÑOLA DE FINANCIACION Y CONTABILIDAD. Desde origen: 1972; último: 113 de 2002 (falta: núm. 81).
- REVISTA GENERAL DE DERECHO. Desde origen: 1944; último: 683 de 2002.
- REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Desde 1941 (año LXXXVI; Tomo I de la 2.ª época; 169 de la colección). Está desde el tomo I de la 2.ª época; último: 31 época: núm. 1, 2001 (falta: 4 de 1999).
- REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA. Desde el número 1 de 1951 (año 50 de publicación); último: 2 de 2002 (falta: 4 del 94 y año 96).
- REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO (antes REVISTA DE DERECHO NOTARIAL). Desde origen: 1953; último: 40 de 2001.
- SEPIN. CUADERNOS DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y PROPIEDAD HORIZONTAL. Desde origen: 1982; último: 230 AU y PH de 2002.

Revistas por vaciar:

- ANALES DEL CIDDRI. 2 vols.
- ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA. 1963 a 1970.
- ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS. 1981 a 1989.
- ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO. 1960 a 1987.
- CUADERNOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PALMA DE MALLORCA: 1982 a 1986.
- LA NOTARIA. 1944 a 1948; 1958 a 1959; 1967 a 1969; 1973 a 1980.
- L'ACTUALITE JURIDIQUE. 1980 a 2001.
- RECUEIL DALLOZ SIREY DE DOCTRINE ET JURISPRUDENCE. 1982 a 2001.
- REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. 1988 a 1995.
- REVISTA DE DERECHO PUBLICO. 1932 a 1936; 1975 a 1990.
- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO. 1952 a 2001.
- REVUE DE DROIT CIVIL. 1960 a 2002.
- REVUE DE DROIT IMMOBILIERE. 1979 a 2001.
- RIVISTA DELLE SOCIETA. 1960 a 2002.
- RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO. 1960 a 2001.
- RIVISTA DI DIRITTO CIVILE. 1955 a 2002.
- RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE. 1959 a 2001.
- RIVISTA DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE. 1960 a 2002.
- RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE. 1957 a 2002.

C) RECENSIONES BIBLIOGRAFICAS

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHAMS: *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*. II. Elaboración sistemática. Vol. 1.º Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2002. Un tomo de 667 págs.

Hace poco más de un año apareció la primera parte de este estudio de la «Metodología de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho», en la que el autor nos exponía, según ya reseñamos en estas mismas páginas, la evolución de la Ciencia del Derecho a lo largo de la historia. El libro, según se nos decía, ha sido concebido con la finalidad de dar a conocer y enseñar cómo debe ser el Derecho ya hecho, para lo cual se trata de observar cómo se ha venido operando en el mundo jurídico, teniendo en cuenta sus principios y sus pautas de valor, así como las normas y las determinaciones concretas.

No era esta la primera vez en que el autor acometía el estudio de este tema. Ya publicó en 1988 su obra «Metodología jurídica», y en 1991 la «Metodología de las leyes», que se contempló con otros dos tomos aparecidos en 1994 y 1996 sobre «Metodología de la determinación del Derecho». Es, por tanto, una materia bien conocida y trabajada por JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, uno de nuestros más prestigiosos juristas, Notario, Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación, de la que ha sido Presidente, y que nos honra como miembro del Consejo de Redacción de esta Revista. Justifica su estudio reiterado de la metodología jurídica diciéndonos que el Derecho es una ciencia, aunque su finalidad sea práctica, en cuanto que tiene por objeto la realización de aquello que en cada caso resulta más justo en la medida asequible a los hombres.

Por eso es necesario estudiar su núcleo central que es la interpretación, concibiendo ésta como una explicación del Derecho que subyace en la realidad de los hechos, buscando su forma adecuada, que corresponde a aquello que, en concreto, resulta más justo conforme a la naturaleza de las cosas.

Ahora, este primer volumen de la segunda parte de la obra, bajo el rótulo de «Elaboración sistemática», se compone de una introducción y tres títulos, subdivididos éstos en secciones, donde se desarrollan con más detalle todas y cada una de las partes de la exposición.

En la introducción se trata de situar el estudio para señalar los puntos de partida y los caminos que el autor piensa seguir para elaborar su doctrina, señalando tres direcciones propiciadas por las diversas funciones jurídicas orientadas, respectivamente, al hallazgo y elaboración de las normas del Derecho, a la determinación individualizada o concreción de lo que es Derecho, en el sentido de bueno, justo y equitativo, y a la elaboración y configuración sistemática de la ciencia del Derecho. Completa la introducción estudiando las interferencias de las metodologías jurídicas a lo largo de la historia de esta ciencia del Derecho, vista ésta por teólogos y filósofos, la influencia del poder político en la ciencia jurídica y el posterior intento de reconstruir el Derecho basado en una aspiración a la concreta justicia material.

El título I está dedicado a la Ciencia del Derecho. VALLET arranca con la conocida cita de Ulpiano de que la jurisprudencia es la ciencia de lo justo y lo injusto, y de ahí deduce que la ciencia del Derecho es una ciencia prudencial que, partiendo de la noticia de las cosas divinas y humanas, trata de penetrar en el conocimiento de lo justo y lo injusto, con el fin de coadyuvar al adecuado ejercicio del arte de lo bueno y de lo equitativo: *ars boni et aequi*. Sigue

analizando el significado de la palabra ciencia y su alcance, y pasa a considerar cuáles son los métodos científicos adecuados para llegar al conocimiento de la materia que se pretende, según los diversos criterios de monismo, pluralismo o sincretismo metódicos. Ya seguido entra en el análisis de la palabra Derecho, tema que también desarrolló en el discurso inaugural del curso 1998-99 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Dice que su significado genuino equivale a lo justo, de acuerdo con la misma naturaleza de las cosas, aunque hay también otros significados análogos y hasta otros equívocos. En la última parte de este título relaciona la ciencia del Derecho y se pregunta cuál sea el método adecuado para estudiarla y desarrollarla, para ello acude primero a las ideas innatas de Platón y a la luz natural de la contemplación de las cosas que preconizaba Aristóteles; los juristas romanos siguieron este camino del conocimiento de la *rerum noticia*, que tiene por guía los principios ético-naturales y los principios generales del Derecho que son concreción de aquéllos.

El título II del libro contiene el examen de la preestructura natural del orden jurídico y de los elementos mediadores entre ella y el Derecho. En la primera sección del título se analiza la naturaleza de los hombres, de las cosas y de la integración de los hombres en comunidades y sociedades; supone un completo estudio filosófico y sociológico que desemboca en acertadas conclusiones jurídicas, mediante el análisis de las dimensiones en que el hombre puede ser contemplado, en sí mismo y en sus relaciones con los demás a través de las distintas figuras sociales en que puede encuadrarse. Y en otro apartado se estudia desde el punto de vista filosófico-jurídico cuál es la naturaleza de las cosas y cómo éstas son conocidas por el hombre; todo ello con la importancia que puede suponer la función jurídica resultante de la naturaleza de las cosas como fuente del Derecho, tanto en la interpretación y la analogía como en la equidad.

La justicia es el tema de la sección II de este segundo título, contemplándola el autor desde varias perspectivas, sea como virtud moral o en su aspecto estrictamente jurídico, señalando las relaciones con otras virtudes cardinales y con la equidad. Ya dentro de la justicia que llama jurídica, examina sus posibles aspectos de justicia general o legal, la particular conmutativa o distributiva y la justicia bajo el prisma de la consideración del Derecho como lo justo en concreto y en acto.

Y en la sección III del mismo título II se estudian ampliamente los elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos, siendo estos elementos mediadores precisamente en las fuentes formales del Derecho. En primer lugar se contemplan las leyes en sentido lato para ver después sus distintas clases. Se empieza por las leyes divinas y sus fundamentos teológicos y metafísicos, que se reflejan en los principios de la ley natural, donde el autor recoge ideas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Después examina las leyes humanas en sus conceptos lato y estricto de la palabra y acaba admitiendo la costumbre como posible fuente de determinación negocial en su aspecto mediador, dando entrada en lo posible a la autonomía de la voluntad.

En el título III se hace un análisis estructural de las relaciones e instituciones jurídicas aceptando, en principio, las perspectivas de las relaciones de derecho y de las instituciones jurídicas del sistema construido por SAVIGNY. Según este último autor, la relación de derecho no es pura y exclusivamente intelectual ni tampoco meramente práctica, sino que tiene una naturaleza orgánica que se manifiesta, ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas, ya sea por sucesivos desenvolvimientos, por su origen y por sus descendos. Esta

institución viva del conjunto, dado un caso particular, forma el elemento intelectual de la práctica y distingue su noble vocación del simple mecanismo que la ignorancia le atribuye. De las instituciones jurídicas, dice SAVIGNY que tienen por base las instituciones cuya naturaleza se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y que cada elemento de la relación de derecho se refiere a una institución que lo domina y sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está denominado por una regla. VALLET, siguiendo estas sugerencias, enfoca su estudio tanto en un aspecto estructural o estático y en el dinámico o funcional de la realización de hechos jurídicos en series ordenadas procedimentalmente. Así examina la perspectiva general de las relaciones de derecho y de la clasificación de éstos en relaciones políticas y relaciones civiles, y las relaciones jurídicas entre personas y de personas con cosas. Hace notar el deslizamiento de la ciencia del Derecho desde su observación con la lente de los derechos subjetivos o con la pauta de la norma del Derecho objetivo para la utilización de la lente más comprensiva de la relación jurídica a través de la fundación de instituciones jurídicas.

Aquí termina, con esta sección I del título III el volumen 1.º de esta parte segunda de su monumental «Metodología», siendo de esperar que se continúe la obra en breve para completar la tarea comenzada que, repetimos, es ciertamente de categoría monumental, con un contenido definitivo e insuperable, como corresponde a la reconocida categoría doctrinal del autor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

JEREZ DELGADO, CARMEN: *Hacia la inscripción constitutiva*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2002. Un tomo de 374 págs.

No es la primera vez, ni será la última, en que se hace un alegato a favor de atribuir valor constitutivo a los asientos del Registro en cuanto se refieren al nacimiento, modificación y transmisión de los actos en ellos comprendidos.

Como es sabido, los sistemas son distintos al apreciar el papel que la inscripción juega en la perfección de los actos modificativos del dominio o de los derechos reales que recaen sobre los inmuebles. El sistema español no aceptó la idea que rige en Alemania, Suiza, y Holanda de que no es posible cambio sin inscripción, y consideró ya en el primitivo texto de la Ley Hipotecaria de 1861, que los asientos son puramente declarativos. Fue después, y ya en el Código Civil, cuando se introdujo la necesidad de la inscripción, pero tan sólo para la hipoteca. Y mucho después se ha aceptado, no unánimemente por cierto, que también se precisa la inscripción para constituir el derecho de superficie.

Así las cosas, en este libro de CARMEN JEREZ DELGADO, con prólogo del Profesor ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, se contiene una ardorosa defensa del sistema constitutivo, siguiendo en esto la línea que ya marcaron otros varios distinguidos hipotecaristas.

La cuestión se presenta por nuestra doctrina planteándose cuándo debe considerarse constitutiva la inscripción y es cuando el asiento registral asume el valor de factor o requisito indispensable para que el título en cuestión produzca en realidad el efecto traslativo que las partes se habían propuesto. El asiento, entonces, además de producir la publicidad o exteriorización, significa más bien que concurre como ingrediente o elemento esencial e indispen-

sable para que la traslación efectivamente se realice. En otro caso, si el asiento sólo es un medio de exteriorización, la inscripción será declarativa.

La autora rompe una lanza a favor de la adopción del tipo de inscripción constitutiva en nuestro sistema en este interesante libro, cuya exposición se divide en tres partes. En la primera estudia la presencia inmaterial de esta inscripción constitutiva a lo largo del proceso legislativo español y en la voz de la doctrina, entendiendo que si nuestra legislación no ha aceptado este valor constitutivo, limitándose a estimular la inscripción, dotándola al efecto de ciertas ventajas, ha sido sólo por una razón de simple política legislativa.

Al respecto, la autora traza una visión histórica de la cuestión repasando la publicidad antes de la Ley Hipotecaria, especialmente en el período de su elaboración, con las tendencias que se presentan al redactarlas. La autora ha contado para ello con una fuente informativa de calidad, tomando los datos del libro «Leyes hipotecarias y registrales de España», editado por el Colegio de Registradores y que todos conocemos. Aquí ha encontrado, y los reproduce en lo esencial, los más salientes escalones del proceso de elaboración de nuestras leyes, desde las de 1861 hasta la vigente. En la Exposición de Motivos de esta última se dice expresamente que no se ha considerado oportuno elevar a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanan de un negocio jurídico. La autora, en conclusiones que siguen a esta primera parte, aclara su postura afirmando que no puede ser la inscripción un elemento meramente formal aislado del derecho sustantivo; su eficacia se corresponde con situaciones de derecho material.

En la parte segunda se analiza la posibilidad de hacer compatibles las instituciones jurídicas vigentes en nuestro ordenamiento con el sistema de inscripción constitutiva, que no supone ruptura sino desarrollo del sistema. Que la transformación no afectaría para nada a las instituciones es lo que trata de demostrar la autora, la cual echa mano además de las legislaciones vigentes en Alemania, Suiza y Holanda. Mira en concreto a la función de la posesión y la posibilidad de actuar la usucapión a pesar de haber inscripciones constitutivas y también el sistema general de transmisión derivativa *inter vivos* y la renuncia a los derechos reales. Igual se apoya en los supuestos de modificación jurídica de los inmuebles previstos en la ley, en especial los casos de bienes vacantes, la accesión y las transmisiones *mortis causa* y la adquisición *a non domino*. Concluye que la característica común de los sistemas de inscripción es elemento necesario para que surta efectos la mutación inmobiliaria derivada de negocios *inter vivos*.

En la parte tercera y ciñéndose a la inscripción constitutiva de tipo relativo, o sea, la que se refiere tan sólo a los actos *inter vivos*, estudia la autora la posibilidad de aceptarla en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario, presentando en primer lugar el estado de la cuestión en la doctrina, con un amplio repaso a los más destacados hipotecaristas. En esta panorámica hace notar que ese concepto de inscripción constitutiva relativa es el manejado por nuestra doctrina y señala a seguido las ventajas que resultarían de aceptar este sistema, principalmente al hacer coincidir publicidad con la verdadera transmisión, determinando con claridad el momento en que se produce el cambio de propiedad; por otra parte, la seguridad del tráfico alcanza un mayor desarrollo reduciendo al máximo los supuestos de venta de cosa ajena y dotando a la congoscibilidad de eficacia *erga omnes*. Llega a más la autora, pues preconiza que la inscripción constitutiva debe ser el único medio apto para

la entrega del inmueble, incluso en el seno de la teoría del título y el modo, o sea que, en el artículo 609 del Código, la tradición quedaría sustituida por la inscripción.

Termina el libro con una interesante propuesta de *lege ferenda* en la que incluye las modificaciones que a su juicio serían necesarias para adoptar en nuestro ordenamiento una inscripción con valor constitutivo, tanto en el derecho sustantivo como en el procedimiento.

Como final, la autora proclama las ventajas de la inscripción constitutiva y dice que su adopción supondría dejar atrás medios articulados de publicidad en la transmisión de los inmuebles para acoger en su lugar el medio de publicidad inmobiliaria por excelencia que es el Registro de la Propiedad, pero siempre circunscribiendo este sistema al ámbito de los negocios jurídicos *inter vivos*.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

RODRÍGUEZ MONTERO, R. P.: *Servidumbres y serventías (Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia)*, Ed. Netbiblo, A Coruña, 2001, 232 págs.

La obra que nos ocupa es una recopilación de diversos estudios realizados por el autor con ocasión de la regulación que la *Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia* contiene de la servidumbre de paso y de la *serventía*, así como de la jurisprudencia del TSJ de Galicia, interpretando y aplicando aquélla —ésta especialmente en el último de los estudios recogidos, bajo el significativo título *La jurisprudencia del TSJ de Galicia como elemento de desarrollo del Derecho Civil gallego (servidumbres y serventías)* (págs. 201 y sigs.)—, publicados previamente de forma dispersa en diversos foros jurídicos. Quienes en la doctrina gallega nos hemos ocupado del estudio y de la exposición de ambas instituciones jurídicas —servidumbre de paso y *serventía*— hemos encontrado en los trabajos del profesor RODRÍGUEZ MONTERO una fuente de información y de contraste de opiniones ineludible, como sólo la pueden constituir aquéllos que son fruto de un análisis exhaustivo y de una pausada reflexión realizada por quien es poseedor de una sólida formación interdisciplinaria. No en vano, estamos en presencia de la obra de un profesor de Derecho romano, con una ya dilatada experiencia docente e investigadora que, en su día, obtuvo el grado de Doctor con un estudio sobre las servidumbres en el Derecho romano.

Presentado, siquiera someramente el autor, interesa fundamentalmente presentar la obra objeto de recensión, advirtiendo al lector de los riesgos ciertos que comporta una exposición como la que sigue, en la que se entresacan, con el tamiz de la subjetividad propia de quien firma estas líneas, las que se consideran sus aportaciones más relevantes y que atañen a aspectos de la regulación realizada por el legislador gallego en los artículos 25 a 32 de la LDCG de 1995, que se han mostrado, tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, especialmente controvertidos. En la exposición de aquellas aportaciones que se hace a continuación no se sigue estrictamente el orden de su aparición en el seno de la obra, sino que se entresacan del conjunto de la misma y se sistematizan de acuerdo con la ordenación de la regulación que se contiene en la LDCG:

1.^a) En relación con los modos de adquisición y constitución de la servidumbre de paso, RODRÍGUEZ MONTERO se adhiere razonadamente a la interpretación que habría de recibir definitiva consagración jurisprudencial en las SSTSJ de Galicia, de 29 de abril de 1999 [RJ 1999/4623] y de 2 de mayo de 2001 [RJ 2001/6537], de acuerdo con la cual la enumeración de aquéllos que se contiene en el artículo 25 de la LDCG no supone el establecimiento de un sistema de *numerus clausus*. En este mismo ámbito material, el autor entiende que con la consideración expresa de la «*dedicación del dueño del predio sirviente*», entre aquellos modos de constitución, el legislador gallego viene a acoger expresamente la posibilidad de constitución de la servidumbre de paso a través del modo que, con carácter general, se regula en el artículo 541 del Código Civil, zanjando así cualquier controversia acerca de su aplicación o no en Galicia y respecto al supuesto concreto de la servidumbre de paso. La previsión, al margen de truncar *ex radice* la posible controversia que pudiese suscitar su ausencia en el elenco de modos de constitución de la servidumbre de paso que se contiene en el artículo 25 LDCG (como sucedía en Cataluña hasta que el derogado art. 7 LANISRV vino a zanjar la disputa en sentido negativo), no aporta nada nuevo, pues el carácter discontinuo de la servidumbre, en nuestro caso, de paso, es irrelevante a los efectos de aplicación de este modo adquisitivo, también conocido como «*servidumbre del padre de familia*» o «*del propietario común*». En efecto, frente a la alegación del recurrente asentada en la posibilidad de distinguir la «*dedicación del dueño del predio sirviente*» como modo de constitución de la servidumbre de paso distinto del previsto en el artículo 541 del Código Civil, la STSJ de Galicia, de 2 de mayo de 2001 [RJ 2001/6537] ha venido a corroborar la interpretación sostenida por RODRÍGUEZ MONTERO (pág. 22) y generalizada en la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, asentada en la regla general conforme a la cual, excepción hecha de la previsión acerca de la usucapión extraordinaria veinteñal de la servidumbre de paso, el artículo 25 LDCG no introduce ninguna novedad en relación con el Código Civil en cuanto a los modos de adquisición de ésta, al tiempo que precisa que el modo de constitución que ahora nos ocupa no puede identificarse con el establecimiento mediante un acto unilateral del propietario del predio sirviente.

2.^a) En el mismo ámbito material, constituido por la regulación de los modos de constitución de la servidumbre de paso, el inciso segundo del artículo 25 de la LDCG establece —y ésta es su única innovación— la posibilidad de adquirir la titularidad de la servidumbre predial de paso «*por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años*». En el precepto se advierte la omisión de la exigencia expresa del requisito de la posesión *iure servitutis* —la posesión en concepto de titular del derecho real de que se trate— a efectos de la usucapión extraordinaria veinteñal de la servidumbre de paso que, como es sabido, constituye uno de los cuatro requisitos que uniforme jurisprudencia y doctrina exigen para que la posesión sea considerada hábil a efectos de la usucapión. RODRÍGUEZ MONTERO pone de manifiesto que aquella ausencia no puede considerarse que suponga óbice alguno a su incuestionable exigencia (pág. 32).

3.^a) Pero, a propósito de la usucapión extraordinaria de la servidumbre de paso, acaso la cuestión que suscitó un debate doctrinal de repercusiones jurídico-literarias más amplias con ocasión de la promulgación del vigente régimen legal de la servidumbre de paso en Galicia haya sido el relativo al momento de aplicación de la previsión del segundo inciso del artículo 25 LDCG

en tanto que introduce una posibilidad de constitución —la usucapión extraordinaria veintañal— vedada de acuerdo con el régimen vigente —el art. 539 del Código Civil— hasta la fecha de entrada en vigor de esta norma (el día 6 de septiembre de 1995, *ex DF* de la LDCG) sobre la consideración de aquella servidumbre como discontinua que, por cierto, aunque continúa siendo una afirmación inmaculada en la jurisprudencia, ha sido puesta en cuestión últimamente en algún estudio doctrinal realizado en relación con el Derecho Civil territorial común en los supuestos de existencia de obras permanentes afectas al ejercicio del paso —CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA—, con argumentos que la concepción de la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas plasmada en los Códigos de primera época de raigambre napoleónica no permite compartir, si no se quiere pervertir el concepto de continuidad de la servidumbre y sustituirlo por uno que, por razonable que sea, nada tenga que ver con el acogido en los textos legislativos decimonónicos. En efecto, a diferencia de lo que sucede con otras instituciones contempladas en la LDCG, respecto del régimen transitorio en materia de servidumbre, de paso el legislador gallego no ha previsto ninguna norma específica, de manera que los problemas de Derecho intertemporal que se suscita la nueva regulación han de resolverse «*de conformidad con los principios que informan las disposiciones transitorias del Código Civil*» (DT 4.^a LDCG). En el debate que se suscitó, la doctrina gallega mayoritariamente se inclinó por considerar que la consumación de los efectos adquisitivos de la usucapión extraordinaria de la servidumbre de paso exigía la posesión, con los requisitos propios de este modo adquisitivo, durante el plazo de veinte años que habría de transcurrir íntegramente bajo el imperio de la norma que lo contempla, de manera que hasta el día 7 de septiembre del año 2015 no podrán entenderse adquiridas por usucapión extraordinaria servidumbres de paso en Galicia. Este fue el parecer expuesto en época muy temprana por el profesor RODRÍGUEZ MONTERO (en un estudio publicado en el año 1996 en la *Revista Xurídica Galega*) y que, con mejor o peor fortuna, otros hemos seguido. Después de algún titubeo en la jurisprudencia de las AAPP (el parecer favorable a la aplicación retroactiva del precepto había sido anunciado *obiter dicta* en las SSAP de Ourense, de 30 de diciembre de 1995 [AC 1995/2474], y de Lugo, de 21 de octubre de 1996, y aplicado en la SAP de Ourense, de 19 de marzo de 1996 [RXG, núm. 12, § 101], posteriormente casada por la STSJG de 11 de octubre de 1996, con fundamento en el hecho de que no era posible aplicar el art. 25 LDCG a pleitos iniciados antes de su entrada en vigor, pero sin pronunciarse explícitamente sobre el carácter retroactivo o no de la norma en cuestión, si bien la falta de este pronunciamiento expreso no fue óbice para que la propia AP de Ourense modificase su parecer, como se percibe en su sentencia de 10 de marzo de 1997 [AC 1997/620]), el TSJ de Galicia vino a compartir este parecer doctrinal mayoritario en las primeras de las sentencias en las que tuvo ocasión de pronunciarse expresamente, manteniendo posteriormente este parecer sin fisura alguna en su doctrina. En aquellas dos primeras sentencias, las números 15 y 16 de 1998, ambas de 24 de septiembre [RJ 1998, 10422 y 10423], el TSJ de Galicia consideraba, con argumentos reiterados en resoluciones posteriores, que «*desde una interpretación jurídica del artículo 25 de la Ley 4/1995 y a la luz del artículo 3 del Código Civil* [el TSJG había analizado, pues en ello se fundaba básicamente el recurso de casación que resuelve, la expresión final del inciso segundo del artículo 25 LDCG —«[...] que comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse»—], no es posible admitir el carácter retroactivo de dicha

norma, siendo preciso analizar la cuestión planteada desde la óptica del artículo 1.939 del Código Civil y de su DT 1.ª», llegando igualmente a conclusiones negadoras de la aplicación retroactiva de la modalidad adquisitiva que nos ocupa, en tanto que del «*inciso primero* [del art. 1.939 del Código Civil] *es fácil deducir que la ley nueva no se aplica a las prescripciones que se encontrasen en curso bajo el imperio de la legislación anterior*» y que el inciso segundo de la DT 1.ª del Código Civil que, a juicio del TSJG contempla el supuesto que nos ocupa al tener como objeto el Derecho aplicable cuando se declara por vez primera un derecho y el artículo 25 de la LDCG reconocería por vez primera el derecho de adquirir por usucapión la servidumbre de paso, caso para el que prevé la eficacia desde ya del mismo, aunque el hecho que lo origine se verificase bajo la legislación anterior, si bien esta retroactividad se condiciona a la inexistencia de perjuicio de otro derecho adquirido y, en este caso, se perjudicaría el derecho del propietario del predio pretendidamente sirviente, lo que al tratarse de derechos de igual naturaleza, impide aquella eficacia del reconocimiento del derecho desde el momento de entrada en vigor de la norma. Ambas sentencias han sido comentadas por RODRÍGUEZ MONTERO en *La Ley. Galicia*, de 19 de abril de 1999 (suplemento al núm. 4777), en un estudio que ahora se incluye en la obra de la que me estoy ocupando (págs. 79 a 107). El criterio de la irretroactividad del artículo 25 LDCG, reiterado por el TSJ de Galicia, entre otras posteriores, en su sentencia de 2 de marzo de 1999 [RJ 1999/4619] ha dado lugar a la realización de algunas precisiones por aquel autor publicadas originalmente como *apostillas* y que constituyen el contenido de las págs. 109 a 131 de la obra.

4.ª) La cuarta aportación que voy a destacar de la obra de RODRÍGUEZ MONTERO se realiza en sede de interpretación del artículo 27.1 de la LDCG, en el que se consagra normativamente la facultad del titular activo de la servidumbre de paso de adecuar su contenido a los avances técnicos. En efecto, el legislador gallego de 1995, inmediatamente después de consagrar en el ámbito del Derecho Civil, propio de Galicia, los principios de inmutabilidad de la servidumbre de paso, una vez constituida, en virtud de la mera voluntad unilateral de cualquiera de los titulares —activo y pasivo— de este derecho real y utilizando una fórmula conjunta y acaso más precisa que la que figura disgregada para el titular activo y para el pasivo en los artículos 543 (inciso final del párrafo 1.º) y 545 (párrafo 1.º) del Código Civil, respectivamente, en el inciso segundo del artículo 27.1 de la LDCG, con una redacción poco afortunada, plasmó la fórmula que supone la consagración normativa expresa de la doctrina jurisprudencial más adecuada y progresiva al admitir, argumentando sobre la necesaria interpretación de las normas jurídicas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas (*ex art. 3.1 del Código Civil*), la adecuación del contenido de la servidumbre de paso a los avances técnicos que permita una explotación racional de los recursos económicos, siempre, eso sí, con el límite representado por el ancho de la franja de terreno afecta al ejercicio de la servidumbre si éste viniese prefijado en el título constitutivo de la misma (entre otras, SAP de Lugo, de 7 de noviembre de 1977 [FG, núm. 176, pág. 384]; SAT de A Coruña, de 15 de abril de 1977 [FG, núm. 175, pág. 309]; SAP de Ciudad Real, de 18 de mayo de 1979 [Repertorio 1979, § 518]; SAT de Barcelona, de 4 de octubre de 1985 [RGD, 1986, pág. 1490], y SSAP A Coruña, Sección 4.ª de 19 de enero de 1991 [FG, núm. 184, 1992, pág. 218], y Sección 5.ª, de 29 de enero de 2001 [JUR 2001/115691]). El profesor RODRÍGUEZ MONTERO,

después de denunciar el equívoco de la expresión utilizada por el legislador gallego, propone como más correcta la previsión de la posibilidad de «*adecuación de la servidumbre de paso a la utilización de los actuales o nuevos medios técnicos de transporte*» (pág. 46).

5.^a) Es, sin duda, a propósito de la determinación de la naturaleza de la institución de la *serventía* (arts. 30 a 32 de la LDCG) donde el lector de la obra podrá extraer un mayor provecho de la formación romanista del autor. Este pone de manifiesto que es la ausencia de un derecho de propiedad individualizado del terreno afecto al ejercicio del paso del que sea titular alguno de los propietarios de las fincas con derecho a acceder a las mismas ejercitando el derecho que la titularidad de la *serventía* les atribuye, el elemento diferenciador de esta institución frente a la servidumbre de paso —cabría añadir que también permite diferenciarla de otras instituciones consuetudinarias propias del Derecho gallego cuya finalidad es la de separar predios pertenecientes a distintos propietarios como son el *resío*, la *venela* y la *gavia*, como ha tenido ocasión de precisar la STSJ de Galicia, de 12 de junio de 2001 [RXG 2001, § 171])—, siendo ésta una institución con la que comparte razón de ser, finalidad y hasta modo de ejercicio del derecho que atribuyen a sus respectivos titulares (pág. 58). La particularidad señalada determina que ninguno de los fundos a través de los que se accede ejercitando el derecho que atribuye la titularidad de la *serventía* tenga la condición de fundo gravado o de fundo sirviente, de manera que tampoco puede hablarse del correlativo fundo dominante.

Los orígenes de la institución, que algunos —SANDE GARCÍA— sitúan en la Alta Edad Media, en el contexto del Derecho romano vulgar, son buscados por RODRÍGUEZ MONTERO en el *consortium* romano que surgiría también, como la *serventía*, *ex collatione privatorum* (págs. 70 y sigs.). El autor repristina aquí las conclusiones de los estudios sobre la estructura de la propiedad de la tierra y la formación de los *iura praediorum* en la Edad Republicana realizados por CAPOGROSSI COLOGNESI, en los que constata la presencia, desde antiguo, de vías distintas de las públicas que habrían tenido una gran importancia en la primitiva estructura rural agraria romana y que denomina *viae communes*. Puesto que la estructura de éstas responde a situaciones de copertenencia o cotitularidad, las *serventías* podrían, a su juicio, considerarse como reminiscencias actuales de aquéllas.

En Galicia, el fraccionamiento de la propiedad de la tierra como consecuencia de la desamortización y de la entrada en vigor del régimen sucesorio instaurado por el Código Civil, unido a la deficiente red de vías públicas existentes, han sido los factores determinantes de la revitalización de aquella institución consuetudinaria, en muchas ocasiones plasmada en los propios acuerdos particionales. Como institución jurídica, la *serventía* parece ser un remedio adecuado para satisfacer las necesidades de acceso entre fundos vecinos pertenecientes a distintos propietarios, consistente en la transmisión de la propiedad de una parte de terreno propio, situado geográficamente en el conjunto de los predios que van a servirse del mismo como acceso de manera adecuada a tal fin, sobre el que se va a constituir una peculiar comunidad de la que son titulares los propietarios de los predios beneficiarios. En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Galicia en sentencia de 24 de junio de 1997 [RJ 1998/8247], de la que se ha ocupado RODRÍGUEZ MONTERO en sus «Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías [Comentario a la STSJ...]», publicado en el año 1997 en la RXG (núm. 16) y que constituye el contenido de las páginas 63 a 78. La naturaleza de la *serventía* con la comu-

nidad presentada viene también avalada con la, a mi juicio, indudable similitud que presenta con los llamados «*chemins de exploitation*» («caminos o senderos de explotación») del Derecho francés, que, como nos explican PLANIOL y RIPERT («*Traité pratique de Droit Civil français*», T. III, LGDJ, París, 1926 [2.^a edic.], págs. 283 y sigs. [§ 295]), hasta 1881 (fecha de entrada en vigor del *Code rural*, cuyo art. 33 determinó su nueva consideración como servidumbres recíprocas) se incluían como un supuesto más de las comunidades de bienes no susceptibles de división: «*Estos caminos provienen, en general, de la división en parcelas de una propiedad extensa, a la que se han dado, para el servicio de las diferentes parcelas, vías de comunicación interior que den acceso a la vía pública. Antiguamente se les consideraba como indivisas en toda su longitud; eran fragmentos de la propiedad primitiva que no habían sido comprendidos en la partición*».

La acertada negación —siempre que sea generalizada e indiscriminada— de la naturaleza de copropiedad de naturaleza germánica del terreno sobre el que se ejerce el derecho de paso como categoría única a la que responda la estructura de la *serventía*, a favor de una especie de «comunidad de uso» que defiende el autor y que consiente el tenor literal de los preceptos de la LDCG —especialmente el art. 32 de la LDCG—, permite la consideración de tipos consuetudinarios de *serventías* como la llamada «*serventía alternativa de agricultura*», cuya vigencia ha venido a avalar la STSJ de Galicia, de 24 de junio de 2002.

De aquella naturaleza de comunidad atribuida a la *serventía*, el autor extrae consecuencias jurídicas importantes en relación con su régimen jurídico, lo que resulta especialmente útil dada la parquedad de la regulación ofrecida por la LDCG. Entre estas consecuencias, acaso la más importante consiste en afirmar que cualquier modificación o alteración de su trazado requiere el consentimiento de todos los cotitulares, sin que resulte de aplicación el *ius variandi* contemplado, con carácter general, en el párrafo 2.º del artículo 545 del Código Civil para las servidumbres (pág. 68). Sin embargo, la función social de la propiedad privada y el principio de interdicción del abuso del derecho parecen imponer que el propietario del predio afectado pueda variar el trazado de la *serventía*, si con ello no causa un perjuicio grave a los demás cotitulares al ofrecer una alternativa igualmente idónea para el paso y el trazado originario le impidiese realizar obras, mejoras o reparaciones importantes en la finca de la que es propietario.

El lector interesado en el estudio de la servidumbre de paso y de la *serventía* —y no sólo en el Derecho Civil propio de Galicia— tiene oportunidad de encontrar estas y otras muchas enseñanzas que no están aquí siquiera reflejadas en la obra que estas líneas tienen la simple intención de dar a conocer a la comunidad científica.

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

RUDA GONZÁLEZ, ALBERT: *El contrato de cesión de suelo por obra*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 397 págs.

El tema objeto de esta monografía es de una actualidad indudable, sobradamente conocida para quienes están en contacto con problemas de carácter inmobiliario. Basta consultar cualquiera de los repertorios al uso de jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, para apreciar la enorme litigiosidad que provoca, lo que a la vez

hace pensar en la gran cantidad de supuestos prácticos cuya problemática se resuelve por otras vías. Además de ello, una ojeada a las revistas jurídicas especializadas de los últimos cinco años revela el enorme interés y el debate profundo que existe sobre diversos aspectos de la figura (o más bien figuras) sobre la que versa esta monografía. La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* no ha sido ajena a la cuestión, habiéndose recogido en ella diversas posturas doctrinales, de manera especial en torno al controvertido artículo 13 del Reglamento Hipotecario, en la versión dada a este precepto por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

Desde la perspectiva registral, la cuestión se había planteado ya con anterioridad, de una manera especial, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, en la que se consideró que aunque el contrato de permuta aparece configurado en el Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical, le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462.2 del Código Civil, de manera que la cuestión debatida consiste en decidir si en el concreto negocio realizado puede estimarse que se ha operado ya el juego traditorio respecto de los pisos o locales, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento; o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior: el del acta notarial de entrega.

Con el título de *contrato de cesión de suelo por obra* se refiere el profesor RUDA GONZÁLEZ a esta figura contractual tan habitual en la práctica, que aparece bajo distintas denominaciones (permuta de solar por pisos o locales a construir, permuta de solar por edificación futura, aportación de solar, cambio de solar por pisos, cambio de solar por futura edificación, etc.). En todos estos casos nos encontramos con un fenómeno común que jurídicamente se puede abordar desde diversas perspectivas: una persona se obliga a transmitir a otra un derecho sobre un solar, a cambio de que ésta se comprometa a realizar sobre el mismo una obra y a entregar a la primera una parte de dicha obra, generalmente, ciertos pisos y/o locales. Los motivos del éxito de esta figura son, como bien destaca el autor, la escasez del suelo, el ahorro de impuestos y el denominado *boom* inmobiliario. Pero, además, permite a las partes resolver problemas de liquidez y beneficiarse de la futura plusvalía de las viviendas o locales residuales que pueden arrendar o vender.

La obra se compone, básicamente, de tres partes. En una primera (contenida en el Capítulo II) se ocupa el autor del concepto y caracteres del contrato. Se describen aquí las principales modalidades de cesión de suelo por obra que pueden encontrarse en la práctica inmobiliaria. En esta parte se pueden destacar, a mi juicio, varias cuestiones. Por un lado están las páginas dedicadas a la calificación, donde se evita teorizar sobre la naturaleza jurídica de la figura, centrándose con una metodología adecuada en la búsqueda de soluciones ante la concurrencia de regímenes normativos concretos. Se concluye así que estamos ante un contrato mixto o complejo, dada la necesidad de coordinar prestaciones de dos o más tipos contractuales legales (básicamente, contrato de obra y contrato de permuta). Se aborda después el régimen jurídico aplicable a este contrato, analizando pormenorizadamente las fuentes por las que puede regirse el mismo, los sujetos que intervienen (partes del contrato o terceras personas), el objeto, los problemas de forma, así como la adición de otro tipo de elementos habituales en la práctica (término y condición). Uno de

los puntos clave es, sin duda, el de la determinación del objeto de la cesión de suelo por obra, tanto desde un punto de vista estrictamente dogmático como práctico. El autor analiza aquí las posibilidades de determinación sucesiva, la permuta genérica y la tan frecuente determinación mediante porcentajes. Finalmente se examina la figura del precontrato a la que se acude con cierta frecuencia en la práctica. El autor asume la postura doctrinal mayoritaria en el sentido de que la voluntad de contratar se encuentra ya en el precontrato, sin que se precise una nueva declaración de voluntad de las partes para que se pueda exigir el cumplimiento. En ese sentido se muestra crítico con algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo que parecen volver a la tesis clásica, conforme a la cual el precontrato constituye un contrato que obliga a celebrar posteriormente el contrato definitivo. Aun coincidiendo con este planteamiento, creo que ahora debe tenerse presente la regulación que establece al respecto el artículo 708 de la LEC, pues entiendo que el legislador ha querido englobar aquí otros posibles supuestos, dependiendo de la intención de las partes y de la función económico-social y jurídico-privada del negocio celebrado, lo que puede influir de manera importante en la calificación jurídica del mismo.

La segunda parte (Capítulo III) se ocupa del contenido y efectos del contrato de cesión de suelo por obra. Se tratan aquí las obligaciones y derechos de cedente y cesionario, con un estudio pormenorizado del problema de las garantías, sobre todo desde la perspectiva del cedente, destacando las ventajas y desventajas de unas u otras. Destacaría de una manera especial en esta parte, el tratamiento que el autor hace del problema de la transmisión de la propiedad, tanto la del solar como la de los pisos o locales construidos. El estudio jurisprudencial en este punto es particularmente minucioso, poniéndose de relieve que, dependiendo de las diferentes maneras de configurar el objeto de la cesión, la transmisión de la propiedad se produce de manera diferente en cada caso, lo cual tiene importantísimas repercusiones en la práctica inmobiliaria.

La tercera parte (Capítulo IV) está dedicada al incumplimiento del contrato. El autor se centra en las cuestiones que suscita el incumplimiento contractual, excluyendo deliberadamente el régimen de responsabilidades establecido por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por referirse ésta al proceso de construcción en general. Lógicamente, la mayor parte de este capítulo se dedica a lo verdaderamente problemático, que son los diferentes tipos de incumplimiento en que puede incurrir el cesionario: mora, cumplimiento defectuoso y todos los avatares que pueden aparecer en la figura del incumplimiento definitivo. Ante este incumplimiento se analizan pormenorizadamente las distintas posibilidades de reacción por parte del cedente, con los pros y contras de cada una de ellas: acción de cumplimiento en forma específica, indemnización de daños y perjuicios y resolución del contrato. La cuestión relativa a la resolución es especialmente problemática, dependiendo de que el solar permanezca sin edificar o de que la edificación haya comenzado. El autor examina cuidadosamente los problemas que plantea acudir en estos casos a la figura de la accesión o resolverlos sobre la base de la equidad y la prohibición del enriquecimiento injustificado. En mi opinión, las páginas tituladas en este punto, *notas para un intento de solución* constituyen una de las aportaciones más brillantes, en las que analiza con detenimiento los siempre espinosos problemas de la eficacia de la resolución respecto a terceros.

Al hilo de lo anterior, hay un aspecto de la monografía especialmente relevante a mi entender, que aparece y reaparece en bastantes apartados de

la misma. Me refiero al estudio del artículo 13 del Reglamento Hipotecario. Como he destacado, este precepto, redactado de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, pretendía disciplinar el contrato de permuta de suelo por obra futura. Sin embargo, con posterioridad, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del mismo en STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de enero de 2001. Ponente: Excmo. Señor don JESÚS ERNESTO PECES MORATE. La parte subsistente del precepto, sin la declarada nula, resulta bastante difícil de comprender. No voy aquí a reproducir la argumentación de la sentencia y todos los problemas de interpretación que suscita, pero desde luego a lo largo de varias páginas se consigue aclarar gran parte de las dudas que a todos se nos plantean, con un enfoque original del autor en el que tiene presente sistemáticamente toda la normativa registral y urbanística aplicable, y que ha sido objeto de un análisis más pormenorizado en otra publicación [me refiero a «El contrato de cesión de suelo por obra tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 31 de enero de 2001», en *La Ley*, 2001-6, D-223, págs. 1536-1543]. El autor estudia además, a lo largo de su exposición, la reciente Ley catalana 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura (*BOE*, núm. 29, de 2 de febrero de 2002), que constituye una normativa sumamente vanguardista sobre la materia, y que bien pudiera servir de modelo para una futura regulación en Derecho Común.

Por otro lado, una de las cuestiones que más me ha llamado la atención de la monografía del profesor RUDA GONZÁLEZ es su manera de recurrir a argumentos de Derecho Comparado. El autor no realiza una abigarrada exposición de la regulación del contrato de cesión de suelo por obra en cada uno de los diferentes ordenamientos, para luego abordar la cuestión en el Derecho español, sino al contrario. Se centra en los problemas concretos que suscita la figura y acude a la regulación y a la jurisprudencia de otros países, en aquellos casos en que se puede arrojar algo de luz sobre la materia. Ello no significa en absoluto que no se profundice en el tratamiento de la cuestión en otros ordenamientos. El autor demuestra un gran rigor en este punto pero, a la vez, con este método de trabajo facilita la lectura y permite comparar diversas soluciones y enfoques jurisprudenciales a modo de instrumento auxiliar. En todo caso, sorprende gratamente que ante problemas similares a los que se plantean en la jurisprudencia española, el autor recoja con soltura otros pronunciamientos jurisprudenciales que han recaído en Derecho alemán, francés, italiano, austríaco, portugués, suizo, etc. Con ello se facilita enormemente el enfoque de cada una de las cuestiones, y además el autor siempre pone de relieve las diferencias y paralelismos entre unos y otros ordenamientos.

Esta manera de tratar la cuestión en Derecho Comparado resulta especialmente relevante en el momento actual, sobre todo teniendo en cuenta el movimiento existente en torno a la armonización del Derecho Contractual Europeo. Aparte de dos Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y de 1994, en las que simplemente se sugiere la necesidad de iniciar un proceso de codificación, hay que destacar más recientemente la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo, de 11 de julio de 2001 (*DOCE*, C 255, de 13 de septiembre de 2001), y la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros (*DOCE*, C 140 E, de 13 de junio de 2002). En el punto 14 a) de esta Resolución, el Parlamento solicita a la Comisión que el proceso de aproximación del Derecho

Civil y Mercantil de los Estados miembros presente un plan de acción que englobe, entre otros, los siguientes extremos: «compilar en una base de datos, en todas las lenguas de la Comunidad, la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual, y *promover*, a partir de dicha base de datos, *investigaciones en el campo del Derecho comparado, así como la cooperación entre las partes interesadas y los círculos académicos y profesionales relacionados con el Derecho*. La cooperación debería tener por objeto alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes y una terminología jurídica común a los quince Estados miembros que podría aplicarse con carácter voluntario... en los siguientes ámbitos: Derecho contractual general, Derecho de compraventa...»

Además de ello, en la Resolución se alude a la presentación anual de «*Informes al Parlamento Europeo sobre los progresos realizados en materia de análisis comparativos y de posibles soluciones y conceptos jurídicos comunes sobre el Derecho contractual*»; al «fomento de la difusión de los *análisis comparativos y de las soluciones y conceptos jurídicos comunes* en el marco de la formación académica y de los planes de estudios de las profesiones relacionadas con el Derecho, y fomento de la difusión del Derecho comunitario entre los mismos círculos académicos y profesionales»; así como a la «*utilización consecuente de los conceptos y soluciones jurídicas comunes y de la terminología jurídica común* por todas las instituciones de la UE que participan en los procedimientos de elaboración legislativa y de su aplicación». Se podrán mantener posturas diferentes en torno a este proceso de unificación, pero no cabe duda de que monografías como la del profesor RUDA GONZÁLEZ constituyen un óptimo ejemplo de cómo afrontar el estudio de una problemática semejante entre diferentes ordenamientos, que puede ir propiciando el resurgir de una doctrina jurídica común, sobre bases menos apegadas al Derecho propio. La actualidad de este planteamiento se ha vuelto a poner de relieve en la más reciente Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre un Derecho Contractual Europeo más coherente, de 12 de febrero de 2003, en el que se inicia el Plan de Acción a que antes he aludido [COM (2003) 68 final, accesible en http://europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm].

Otro de los aspectos relevantes de la monografía, que más agradecerán los juristas prácticos, es el tratamiento que el autor hace del régimen tributario aplicable al contrato de cesión de suelo por obra. En mi opinión, se trata de un acierto indudable de esta monografía, pues lo que desde una perspectiva puramente iusprivatista puede parecer adecuado a los intereses de las partes, en el plano tributario puede suponer una cortapisa considerable. Es más, partiendo de unas determinadas normas tributarias en nuestro ordenamiento jurídico, a la hora de asesorar a las partes que pretenden realizar un negocio jurídico concreto de intercambio de solar por obra futura, el enfoque de la cuestión puede variar de forma considerable si se explican adecuadamente las repercusiones fiscales que tiene el adoptar una u otra solución. Es posible que el legislador no haya sido plenamente consciente de que por esta vía se puede influir poderosamente en el tráfico inmobiliario, pero nadie puede dudar, a estas alturas, de la trascendencia que en el comportamiento jurídico de los particulares puede tener la carga fiscal que deben soportar con cada uno de sus actos y negocios jurídicos. De esta manera, el Derecho tributario se puede convertir en un valioso instrumento en manos del legislador para orientar un determinado tipo de política jurídica. Me permito recordar, a estos efectos, que el legislador francés, tras reformar en profundidad el contenido del *Code civil* en materia de *testament-partage* y de *donation-partage*, sólo con-

siguió un efectivo cambio en el comportamiento de los particulares en el momento en que, con posterioridad, modificó la normativa fiscal aplicable a estas figuras, incentivando una (la que pretendía extender el legislador en la práctica) en perjuicio de la otra. El profesor RUDA GONZÁLEZ no ha sido ajeno a estos planteamientos y, con cita de numerosas contestaciones de la Dirección General de Tributos, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y de Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, trata el complejo régimen tributario de las diferentes modalidades de contratación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido e Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Igualmente se refiere al Impuesto sobre Actividades Económicas para las actividades de promoción inmobiliaria.

En definitiva, esta monografía constituye, a mi juicio, una aportación imprescindible para el estudio, práctico y teórico, de esta figura contractual. Abogados, Jueces, Registradores de la Propiedad y Notarios, así como los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, encontrarán en sus páginas soluciones a problemas concretos, así como planteamientos del autor sumamente novedosos que permiten abordar con acierto otras cuestiones conexas. El investigador, el estudioso del Derecho, encontrará además en la obra del profesor RUDA GONZÁLEZ un tratamiento exhaustivo de todos los problemas dogmáticos que plantea la cesión de suelo por obra en Derecho español, en el Derecho Civil de algunas Comunidades Autónomas y en el Derecho Comparado. La bibliografía utilizada, española y extranjera, es muy completa, y se facilita la posibilidad de profundizar en la materia con una recopilación de pronunciamientos jurisprudenciales, clasificados por materias, no sólo de Tribunales españoles, sino también de otros países. La obra, además, está escrita en buen castellano, que facilita una lectura ágil, lo que siempre es de agradecer cuando se aborda una problemática tan compleja, que el autor desgrana con enorme soltura. Sin duda, un acierto editorial, que viene a cubrir un hueco en nuestra literatura jurídica, no sólo en cuanto al estudio de la figura en sí de la cesión de suelo por obra, sino en cuanto a las soluciones que proporciona para resolver problemas concretos.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

CUADRADO PÉREZ, CARLOS: *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Editorial Estudia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

CARLOS CUADRADO PÉREZ, Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y profesor ayudante de Derecho Civil en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, publica esta obra fundamental en materia contractual, desarrollo de su tesis doctoral en la Universidad italiana. Siempre he defendido que una tesis debe responder a los parámetros clásicos exigidos desde una perspectiva académica, pero también debe tener interés práctico, de manera que realice una aportación concreta para el jurista en ejercicio. Y esto lo cumple este libro magníficamente. CUADRADO PÉREZ analiza materias esenciales de la dogmática contractual, tales como el concepto de tratos preliminares y sus diferencias con

la oferta contractual; la buena fe *in contrahendo*, que abarca no sólo una dimensión subjetiva sino también objetiva; los deberes de información, secreto, protección del objeto, y no abandono de las negociaciones sin justa causa; la responsabilidad precontractual y su naturaleza jurídica controvertida (contractual, aquiliana o intermedia); la oferta y aceptación del contrato, la distinción entre retirada de la oferta y su revocación, ya que aunque una oferta irrevocable no puede ser revocada por el oferente, sí puede ser retirada antes de su perfección; la forma de la revocación cuando es posible, en relación a la prueba de la misma; duración de la propuesta contractual; naturaleza jurídica de la propuesta irrevocable; el problema de la muerte o incapacitación del oferente en relación a la oferta (en definitiva, si la oferta tiene o no sustantividad propia); la diferenciación conceptual de la oferta y de la invitación a proponer; naturaleza y requisitos de la aceptación; coincidencia con la oferta; alcance de las contraofertas; aceptación fuera de plazo; la discutida revocabilidad de la aceptación y la forma de su manifestación; el silencio como manifestación de voluntad, en particular la distinción entre el mero silencio y la manifestación tácita de voluntad; la contratación a distancia o entre personas distantes; teorías en orden al momento de la perfección del contrato en estos casos; la contratación de forma instantánea y sucesiva; la utilización de las modernas técnicas de comunicación en la contratación (teléfono, fax, internet), incluyendo alguno no tan moderno como el telegrama, etcétera. Todo ello teniendo presente no sólo la legislación, jurisprudencia y doctrina españolas, sino también las italianas, fiel al origen de la obra. Es en materia de contratación a distancia donde, a mi juicio, la obra adquiere su máximo interés práctico y actual, especialmente al estudiar la contratación vía internet y la firma electrónica. La obra destaca la importancia actual y futura del comercio electrónico y analiza los problemas que suscita. Merece destacarse el análisis de si son idóneas o no para los contratos en los que se exige forma escrita *ad substantiam* y la exclusión de algunas materias de las técnicas de contratación electrónica, como ocurre en materia inmobiliaria. Aquí estudia las diferencias entre la legislación italiana, donde pueden perfeccionarse a través de internet la mayoría de las enajenaciones inmobiliarias, a excepción de las donaciones para la que se requiere la forma de acto público y la legislación española, que no permite entender cumplido el requisito de forma esencial pública a través del documento informático (al menos, habrá que entender, en tanto esté pendiente el desarrollo de la regulación del instrumento público informático). Finalmente es digno de reseña especial el estudio de las distintas posiciones en orden a la determinación del momento y lugar de perfección de los contratos en internet, con estudio de la posición adoptadas por las Directivas europeas y por el Derecho español, que ha aprovechado la Ley de Servicios de la Información y Comercio Electrónico para modificar los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, unificando la solución dada por ambas disciplinas —en posición similar a la italiana—, de modo que los contratos electrónicos se estiman perfeccionados desde el momento en el que el oferente tome conocimiento de la aceptación o bien tenga posibilidad de hacerlo. En definitiva, se trata de una obra indispensable en la materia, con profusión de citas doctrinales y jurisprudenciales, con referencia tanto al Derecho español como al italiano y francés, con una abundante bibliografía, que permite un conocimiento completo y ameno de una materia apasionante y de plena actualidad.

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Consejero-Secretario

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 196 (Septiembre-Octubre 2002)

«Las licencias urbanísticas: su incidencia en la accesibilidad y supresión de barreras para los minusválidos», por MAR MORENO REBATO, pág. 13.

SUMARIO: 1. LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO, LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y LAS ENTIDADES LOCALES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD Y SUPRESION DE BARRERAS; NORMATIVA DICTADA EN VIRTUD DE DICHOS TITULOS COMPETENCIALES.— 2. INCIDENCIA DE LA LEGISLACION SOBRE ACCESIBILIDAD Y SUPRESION DE BARRERAS SOBRE EL URBANISMO. ESPECIAL REFERENCIA AL PLANEAMIENTO URBANISTICO.—3. EN CONCRETO, LAS LICENCIAS URBANISTICAS: SU INCIDENCIA EN LA ACCESIBILIDAD Y SUPRESION DE BARRERAS: A) EN ESPECIAL, LA LICENCIA DE OBRAS PARA LA APERTURA DE CATAS Y ZANJAS EN LA VÍA PÚBLICA Y EL PASO REBAJADO PARA MINUSVÁLIDOS: EL CARÁCTER REGLADO DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS Y LA POSIBILIDAD DE INTRODUCIR CONDICIONES EN SU OTORGAMIENTO. B) DISCIPLINA URBANÍSTICA. OBRAS REALIZADAS SIN LICENCIA, CON LICENCIA ILEGAL O CONTRAVINIENDO LAS DETERMINACIONES DE UNA LICENCIA QUE NO VULNERAN LA LEGALIDAD URBANÍSTICA PERO SÍ LA LEGISLACIÓN SOBRE ACCESIBILIDAD Y SUPRESIÓN DE BARRERAS.

«En el interior de los puertos el “Plan de utilización de espacios portuarios” no puede sustituir al “Plan especial” urbanístico. Extracto de un dictamen», por RAFAEL RIVAS ANDRÉS, pág. 33.

SUMARIO: DEDICATORIA Y FINALIDAD DE ESTE ARTICULO. EL SUPUESTO DE HECHO.—I. NUESTRA POSICION: A) FUNDAMENTOS LEGALES. B) FUNDAMENTOS DOCTRINALES. C) FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES.—II. LA POSICION CONTRARIA: A) SEPARACIÓN ENTRE «LEGALIDAD PORTUARIA» Y «LEGALIDAD URBANÍSTICA». B) POR QUÉ EL PGOU MUNICIPAL UTILIZA EL CONDICIONAL. JURISPRUDENCIA CONTRARIA. C) UN EDIFICIO DE SERVICIOS NO ES IMPRESCINDIBLE PARA LA ACTIVIDAD PORTUARIA.—III. CONCLUSIONES.

«Los diversos registros administrativos en la legislación urbanística», por JOSÉ ANTONIO RAMOS MEDRANO, pág. 71 (sin sumario).

«La autonomía local en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Castilla y León: algunos aspectos controvertidos», por PEDRO MATEO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, pág. 97 (sin sumario).

«Las zonas verdes en el ordenamiento urbanístico de Cataluña», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 143.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. REGIMEN JURIDICO: 1. ORIGINARIO: LEY 158/1965, DE 2 DE DICIEMBRE. 2. EN LOS SUCEIVOS TEXTOS DE LA LEY DEL SUELO. 3. EN EL TEXTO REFUNDIDO DE CATALUÑA.—III. INTERVENCION DE LA COMISION JURIDICA ASESORA: 1. NATURALEZA Y COMPETENCIA. 2. OBJETO DEL DICTAMEN. 3. NÚMERO DE DICTÁMENES.—IV. EXIGENCIA DEL PROCEDIMIENTO CUALIFICADO.—V. DOCTRINA DEL ORGANO CONSULTIVO: 1. CONTRAPOSIÓN DE FINES DE INTERÉS GENERAL. 2. EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS. 3. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES. 4. NECESIDADES DERIVADAS DEL AUMENTO DE LA DENSIDAD DE POBLACIÓN. 5. IMPOSIBILIDAD DE LA ACEPTACIÓN DE UNA REALIDAD NACIDA DE INFRACCIÓN. 6. INALTERABILIDAD DE LA TITULARIDAD DE LOS TERRENOS AFECTADOS.—VI. CONCLUSION.

«Unas reflexiones sobre la ordenación del litoral en la cornisa cantábrica», por MANUEL PARDO CASTILLO, pág. 167 (sin sumario).

Número 197 (Noviembre 2002)

«Infracciones urbanísticas y jurisprudencia. Una breve aproximación», por JUAN MIGUEL GONZÁLEZ GRANADO, pág. 11 (sin sumario).

«Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de licencias urbanísticas», por IGNACIO SANZ JUSDADO, pág. 23.

SUMARIO: 1. ACERCA DEL TECNICO COMPETENTE PARA LA FIRMA DEL PROYECTO QUE SIRVE DE BASE A LA SOLICITUD DE LA LICENCIA.—2. ACERCA DEL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO PARA LA CONCESION DE LICENCIAS.—3. ACERCA DE LA ORDENACION URBANISTICA APLICABLE EN RELACION CON LA CONCESION DE LICENCIAS.—4. ACERCA DEL CARACTER REGLADO DEL ACTO DE OTORGAMIENTO DE LICENCIAS. CARACTER REGLADO DE LA LICENCIA Y OTORGAMIENTO SIN PERJUICIO DE TERCERO.—5. ACERCA DE LA INNECESARIEDAD DE LICENCIA PARA LA REALIZACION DE OBRAS DE URBANIZACION CONTEMPLADAS EN PROYECTO DE URBANIZACION APROBADO POR LA ADMINISTRACION Y SU NO SUJECION AL ICIO.—6. ACERCA DEL MOMENTO EN QUE LAS LICENCIAS SUJETAS A CONDICION ADQUIEREN PLENA EFICACIA.—7. ACERCA DE LA COMPETENCIA DEL ORGANO QUE RESUELVE SOBRE EL OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA.—8. CERCA DE LA REVISION DE LICENCIAS.

«Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la gestión urbanística», por GABRIEL SORIA, pág. 47 (sin sumario).

«La valoración jurisprudencial de aprovechamientos mineros», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO, pág. 69.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL METODO LEGAL RESPECTO DE APROVECHAMIENTOS DE LA SECCION C SOBRE LOS QUE SE HAYA OBTENIDO UNA CONCESION. LA DIFERENTE VALORACION SEGUN SE ENCUENTREN O NO EN EXPLOTACION: A) CONCESIONES EN EXPLOTACIÓN. B) CONCESIONES PARALIZADAS. C) ELEMENTOS ADICIONALES EN LA VALORACIÓN.—3. INEXISTENCIA DE LA PRECEPTIVA CONCESION SOBRE TERRENOS EN LOS QUE EXISTAN APROVECHAMIENTOS DE LA SECCION C.—4. LA VALORACION DE TERRENOS EN LOS QUE EXISTAN APROVECHAMIENTOS DE LA SECCION A.

«Los convenios urbanísticos y el Derecho comunitario europeo: la STJCE, de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pág. 97 (sin sumario).

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 244 (Abril-Junio 2002)

«Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LRSL): Análisis contractual-representativo», por MIGUEL RUIZ MUÑOZ, pág. 469.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PERDIDAS RELEVANTES, RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y DERECHO CONCURSAL.—III. NECESIDAD O CONVENIENCIA DE UN NUEVO ENFOQUE: LA CO-NEXION CON LA REPRESENTACION VOLUNTARIA.—IV. LAS TESIS ENSAYADAS: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y RESPONSABILIDAD-SANCION. CRITICA.—V. BREVE COMENTARIO DEL ARTICULO 148.IV DEL CODIGO DE COMERCIO: RESPONSABILIDAD DEL SOCIO COMAN-DITARIO POR INJERENCIA EN LA GESTION.—VI. SOBRE LA PROHIBI-CION DE SUSCRIPCION DE ACCIONES PROPIAS DEL ARTICULO 74 DE LA LSA: NATURALEZA Y ALCANCE DE LA SANCION POR SU INCUMPLI-MIENTO.—VII. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES Y LA REPRESENTACION.—VIII. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL *FALSUS PROCURATOR* EN LA REPRESENTACION VOLUNTARIA.—IX. REPRESENTACION ORGANICA, REPRESENTACION VOLUNTARIA Y *FALSUS PROCURATOR*.—X. RECAPITULACION Y PROXIMIDAD CON EL DERECHO ITALIANO.—XI. FIN DEL ARTICULO 262.5 LSA Y ALCANCE OBJETIVO DE LA RESPON-SABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.—XII. DERECHO CONCURSAL Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.—XIII. A MODO DE EPILOGO.

«La apropiación de la clientela ajena y la Ley de Competencia Desleal», por JOSÉ CARLOS VÁZQUEZ CUETO, pág. 569.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. TIPOLOGIA DE CON-DUCTAS RELACIONADAS CON LA APROPIACION DE LA CLIENTELA AJENA.—III. EL ENJUICIAMIENTO DE LAS CONDUCTAS DE APROPIA-

CION DE LA CLIENTELA AJENA A LA LUZ DE LA LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL: 1. LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA COMO VIOLACIÓN DE SECRETOS COMERCIALES: 1.1. *La descripción genérica del tipo regulado en el artículo 13 LCD.* 1.2. *La aplicación del tipo legal a los grupos de casos.* 2. LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA COMO «INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL»: 2.1. *La descripción genérica del tipo regulado en el artículo 14 LCD:* 2.1.1. La inducción a la infracción de deberes contractuales básicos. 2.1.2. La inducción a la terminación regular de relaciones contractuales ajenas. 2.1.3. El aprovechamiento de una infracción contractual ajena. 2.2. *La aplicación del tipo legal a los grupos de casos.* 3. LA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA COMO ACTO «OBJETIVAMENTE CONTRARIO A LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE»: 3.1. *La descripción genérica del tipo regulado en el artículo 5 LCD.* 3.2. *Las funciones asignadas a la cláusula general de protección contra la competencia desleal.* 3.3. *La aplicación del tipo legal a los grupos de casos.*

«La contratación electrónica del seguro», por ABEL B. VEIGA COPO, pág. 653.

SUMARIO: 1. INTERNET COMO CANAL DE DISTRIBUCION Y VENTA DEL SEGURO.—2. EL MEDIO TELEMATICO.—3. LA CONTRATACION ELECTRONICA DEL SEGURO. OFERTA, ACEPTACION Y PERFECCION: 3.1. MOMENTO Y LUGAR DE LA CONTRATACIÓN.—4. LA POLIZA EN EL CONTRATO DE SEGURO. VIABILIDAD DE UNA POLIZA TELEMATICA.—5. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION A TRAVES DE CANAL TELEMATICO.—6. CONCLUSION.

«El concepto de interés social en la cooperativa», por MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL, pág. 705.

SUMARIO: I. EL INTERES SOCIAL EN LAS NORMAS JURIDICAS SOCIETARIAS.—II. EL DEBATE DOCTRINAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: TEORIAS INSTITUCIONALISTAS Y CONTRACTUALISTAS.—III. LA ESPECIAL IDENTIDAD COOPERATIVA Y SU REFLEJO EN EL CONCEPTO DE INTERES SOCIAL COOPERATIVO.—IV. HACIA LA SUPERACION DE LAS TEORIAS TRADICIONALES: EL PROCESO DE DETERMINACION DEL INTERES SOCIAL PREVALENTE.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 117 (Julio-Septiembre 2002)

«Derechos fundamentales y formas de Estado: Reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI», por SILVIO GAMBINO, pág. 9.

SUMARIO: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE LAS RECIENTES REFORMAS (CONSTITUCIONALES Y LEGISLATIVAS).—2. DERECHOS SOCIALES Y FORMA DE ESTADO (REGIONAL Y/O FEDERAL).—3. ESTADO REGIONAL, ESTADO FEDERAL Y WELFARE STATE.

«Las funciones subsidiarias de la comparación en el estudio de los ordenamientos federales y del gobierno local», por LUCIO PEGORARO, pág. 35.

SUMARIO: 1. PREMISA.—2. FINALIDAD PRACTICA DEL DERECHO COMPARADO.—3. DERECHO COMPARADO Y FEDERALISMO: SUPUESTOS DE RECEPCION ACRITICA.—4. DERECHO COMPARADO Y ADMINISTRACION LOCAL: LA LEGISLACION NACIONAL Y LAS INFLUENCIAS EXTERNAS.—5. LAS APORTACIONES DEL DERECHO COMPARADO A NIVEL LOCAL.—6. CONCLUSIONES.

«El derecho regulativo», por ANTONIO J. PORRAS NADALES, pág. 49.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA CONFIGURACION HISTORICA DEL DERECHO INTERVENCIONISTA EN EUROPA Y SU DIALECTICA DE FRONTERAS.—3. DESBORDAMIENTO DE FRONTERAS Y TIERRA DE NADIE.—4. EL DERECHO REGULATIVO. EL PROBLEMA DE SU UBICACION.—5. LAS POSIBLES CARACTERISTICAS DEL DERECHO REGULATIVO.

«Caracterización del espacio del centro», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 73.

SUMARIO: A) EL ENTENDIMIENTO COMO METODO: 1. REAJUSTES POLÍTICOS. 2. EL MÉTODO DE ENFRENTAMIENTO. 3. EL ENCUENTRO CON LAS PERSONAS. 4. LIBERTAD Y PARTICIPACIÓN. 5. ENTENDIMIENTO Y DIVERGENCIA.—B) LA SOLIDARIDAD COMO ACTITUD: 1. LA FINALIDAD DE LA ACCIÓN POLÍTICA. 2. EL PODER COMO OBJETIVO. 3. EL PODER Y LA GENTE. 4. LOS FINES DE LA ORGANIZACIÓN. 5. IDENTIDAD Y COOPERACIÓN.—C) MENTALIDAD ABIERTA: 1. REALIDAD Y PROYECTO POLÍTICO. 2. APERTURA A LA REALIDAD. 3. EL PENSAMIENTO ENCERRADO.

«El proceso de "europeización" del Derecho Constitucional: Un nuevo reto metodológico para el siglo XXI», por GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, pág. 103.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. LA INTEGRACION EUROPEA COMO NUEVO FACTOR DE «APERTURA» DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.—2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO (GENESIS DE UN DESCUBRIMIENTO O DESCUBRIMIENTO DE UNA GENESIS).—3. FEDERALISMO Y CONSTITUCION EUROPEA COMO SOLUCIONES AL DEFICIT DEMOCRATICO E IMPULSO AL MISMO TIEMPO DEL PROCESO DE INTEGRACION.—4. CONCLUSIONES.

«Los derechos humanos en el Magreb: apariencia y realidad», por CARLOS RUIZ MIGUEL, pág. 125.

SUMARIO: 1. PRECISIONES PREVIAS: A) IDEA DE «DERECHOS HUMANOS». B) IDEA DE «MAGREB».—2. LOS DERECHOS HUMANOS EN TUNEZ: A) DERECHO. B) POLÍTICA.—3. LOS DERECHOS HUMANOS EN MAURITANIA: A) DERECHO. B) POLÍTICA.—4. LOS DERECHOS HUMANOS EN MARRUECOS:

A) DERECHO. B) POLÍTICA.—5. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SAHARA OCCIDENTAL: A) DERECHO. B) POLÍTICA.—6. LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGELIA: A) DERECHO. B) POLÍTICA.—7. CONCLUSIONES.

«Sobre la presentación y proclamación de candidaturas», por ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA e ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ, pág. 145.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: UNA FASE ESENCIAL DEL PROCEDIMIENTO ELECTORAL.—II. LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA PRESENTACION DE CANDIDATURAS: a) PARTIDOS POLÍTICOS Y FEDERACIONES DE PARTIDOS; b) COALICIONES ELECTORALES; c) AGRUPACIONES DE ELECTORES.—III. REQUISITOS FORMALES PARA LA PRESENTACION DE CANDIDATURAS: a) EL LUGAR EN EL QUE DEBEN PRESENTARSE LAS CANDIDATURAS; b) EL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE CANDIDATURAS; c) LA FORMA EN QUE LAS CANDIDATURAS DEBERÁN SER PRESENTADAS.—IV. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CONDICIONES DE ELEGIBILIDAD DE LOS CANDIDATOS.—V. LA PROCLAMACION DE LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS. UNA APROXIMACION AL CONTROL JURISDICCIONAL.

«Las transformaciones organizativas de la política exterior española», por IGNACIO MOLINA A. DE CIENFUEGOS y FERNANDO RODRIGO RODRÍGUEZ, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. PRESENTACIÓN. 2. LA ESCASA ATENCIÓN PRESTADA EN ESPAÑA AL ESTUDIO DE LA TOMA DE DECISIONES EXTERIORES. 3. LA AGENDA DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA.—II. LA ELABORACION DE LA POLITICA EXTERIOR ESPAÑOLA: 1. LA PARTICIPACIÓN DE ACTORES NO GUBERNAMENTALES EN LA TOMA DE DECISIONES EXTERIORES. 2. EL GOBIERNO CENTRAL COMO ACTOR Y COMO ARENA PARA LAS REDES DE ACTORES ORIENTADOS A LA POLÍTICA EXTERIOR.—III. EL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES: 1. LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO MINISTERIAL. 2. LA SECRETARÍA DE ESTADO PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y PARA IBEROAMÉRICA. 3. LA SECRETARÍA DE ESTADO DE ASUNTOS EXTERIORES Y LA SECRETARÍA DE ESTADO DE ASUNTOS EUROPEOS. 4. LOS RECURSOS MATERIALES, HUMANOS Y COMPETENCIALES.—IV. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFIA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 152 (Enero-Junio 2002) (sin sumario)

«Remuneración del clero parroquial en Polonia», por LESZEK CZERWINSKI, págs. 9-50.

«El derecho a la intimidad y la investigación psicológica de la personalidad en el proceso de nulidad matrimonial», por SANTIAGO PANIZO ORALLO, págs. 51-127.

«La doble decisión conforme en la doctrina procesal del Código de 1917», por JOSÉ L. LÓPEZ ZUBILLAGA, págs. 129-195.

«Las actividades de los ministros de culto y de los religiosos ante los Tribunales», por MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO, págs. 197-246.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 32 (Julio-Diciembre 2001)

«La regulación de los grandes establecimientos comerciales: Últimas novedades, en especial, en Navarra», por MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DE LA REGULACION URBANISTICA GENERICA HASTA EL URBANISMO COMERCIAL.—III. LA VARIADA DEFINICION DEL CONCEPTO DE GRAN ESTABLECIMIENTO O SUPERFICIE COMERCIAL: A) CENTRO COMERCIAL Y GRAN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL: DIFERENCIACIÓN. B) CONCEPTO DE GRAN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL. SU REMISIÓN A LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.—IV. LA IMPLANTACION DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.—V. EL NUEVO IMPUESTO SOBRE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.—VI. LA REGULACION DE NAVARRA: A) LAS PRIMERAS NORMAS REGLAMENTARIAS. B) LA LEY FORAL 17/2001, DE 12 DE JUNIO, REGULADORA DEL COMERCIO DE NAVARRA. C) EL IMPUESTO SOBRE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

«Administración periférica del Estado: el Delegado del Gobierno en el Estado Autonómico», por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 39.

SUMARIO: I. LA OBRA DEL LIBERALISMO Y SU EVOLUCION HASTA 1978: A) EL IMPULSO REVOLUCIONARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y LA DIVISIÓN PROVINCIAL DEL TERRITORIO. B) LA PERVERSIÓN DEL SISTEMA Y LA FIGURA DEL GOBERNADOR CIVIL.—II. LA CONSTITUCION DE 1978: ORGANIZACION DEL ESTADO AUTONOMICO Y LA REFORMA DE LA ADMINISTRACION PERIFERICA: A) EL IMPACTO DE LA CREACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DEL ESTADO. B) EL INTENTO DE ADECUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA AL NUEVO ESTADO AUTONÓMICO.—III. A MODO DE CONCLUSION.

«El sistema gasista y su gestión técnica», por IÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA, pág. 50.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS SISTEMAS, EN GENERAL, Y LOS SISTEMAS JURIDICOS, EN PARTICULAR.—3. EL SISTEMA ENERGETICO: 3.1. CONCEPTO. 3.2. GRUPO NORMATIVO. 3.3. LA INTERRELACIÓN ENTRE SUBSISTEMAS Y LA NECESIDAD DE SIMETRÍAS REGULATORIAS. EL CASO DE LA ELECTRICIDAD Y EL GAS NATURAL.—4. EL SISTEMA GASISTA: 4.1. CONCEPTO. 4.2. GRUPO NORMATIVO. 4.3. SUJETOS. 4.4. INSTALACIONES. 4.5. LA SEGURIDAD DEL SISTEMA GASISTA: 4.5.1. *Seguridad del suministro y seguridad de las instalaciones*. 4.5.2. *Existencias mínimas de seguridad, reservas estratégicas y almacenamientos estratégicos y operativos*.—5. EN PARTICULAR, LA GESTION TECNICA DEL SISTEMA GASISTA: 5.1. LA GESTIÓN TÉCNICA EN LA VERSIÓN ORIGINAL DE LA LH. 5.2. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DE LA GESTIÓN TÉCNICA: 5.2.1. *Normativa*. 5.2.2. *Enagás, S. A., Gestor Técnico del Sistema*. 5.2.3. *Funciones del Gestor Técnico del Sistema*: A) Nivel de garantía del abastecimiento. B) Funciones relativas a la explotación de las instalaciones. C) Funciones relativas a la seguridad del suministro (o del sistema gasista) y a la seguridad de las instalaciones.

D) Funciones relativas a los programas de entrega de gas. E) Funciones relativas al acceso de terceros a las redes. F) Funciones relativas al balance del sistema. G) Otras funciones. 5.2.4. *Retribución del gestor técnico del sistema*. 5.2.5. *La gestión técnica del sistema y las tarifas, peajes y cánones del gas natural*. 5.2.6. *Funciones del Ministerio de Economía y de la Comisión Nacional de la Energía en la gestión técnica del sistema*.

«La nueva administración electrónica y las notificaciones efectuadas por medios telemáticos», por JOSÉ MARÍA ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, pág. 77.

SUMARIO: I. ANALISIS DE LAS PRIMERAS EXPERIENCIAS.—II. HACIA EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO-TRIBUTARIO ELECTRONICO.—III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEY 30/92, PARA FACILITAR LA ADMINISTRACION ELECTRONICA: 1. FINALIDAD. 2. AMBITO DE APLICACIÓN. 3. SERVICIOS TÉCNICOS Y ADMINISTRATIVOS DE SEGURIDAD DE LAS COMUNICACIONES. 4. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS ACTOS INTERVENIDOS POR LA FÁBRICA NACIONAL DE LA MONEDA. 5. EMISIÓN DE CERTIFICADOS ELECTRÓNICOS. 6. CONVENIOS CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 7. UTILIZACIÓN DE CERTIFICADOS ELECTRÓNICOS POR USUARIOS PRIVADOS. 8. UTILIZACIÓN DE CERTIFICADOS ELECTRÓNICOS POR USUARIOS PÚBLICOS. 9. EXTINCIÓN Y SUSPENSIÓN DE CERTIFICADOS. 10. REGISTRO DE CERTIFICADOS Y PROTECCIÓN DE DATOS.—IV. LA APLICACION DE LA FIRMA ELECTRONICA A LA SEGURIDAD JURIDICA PREVENTIVA.—V. LA FUTURA ADMINISTRACION ELECTRONICA.

REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Número 12 (Enero-Abril 2002)

«La defensa de las Administraciones Públicas en la nueva justicia administrativa», por JOSÉ RAMÓN RODRÍGUEZ CARBAJO, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA DEFENSA DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS: 1. LA POSTULACIÓN EJERCIDA EXCLUSIVAMENTE A TRAVÉS DE CUERPOS FUNCIONARIALES. 2. LA POSTULACIÓN EJERCIDA DE FORMA NO EXCLUSIVA POR CUERPOS FUNCIONARIALES. 3. LA POSTULACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA PRÁCTICA.—III. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA: 1. CUANDO AL DEMANDANTE NO LE INTERESA QUE SE RECLAME EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. 2. LA CELEBRACIÓN DE VISTA.—IV. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO: 1. ¿CÓMO ACCEDERÁN LOS LETRADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO? 2. HAY DEMANDA, PERO NO CONTESTACIÓN A LA MISMA.—V. EL RECURSO DE CASACION ORDINARIO EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. EL ESCRITO DE PREPARACIÓN: NECESIDAD DE MODIFICAR LOS CRITERIOS SEGUIDOS PARA SU ELABORACIÓN POR LOS LETRADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. CUESTIONES NUEVAS. 3. IMPOSIBILIDAD DE REVISAR LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EFECTUADA POR EL TRIBUNAL A QUO: NECESIDAD DE QUE LOS LETRADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PRESTEN UN ESPECIAL INTERÉS A LA FASE PROBATORIA.—VI. EL RECURSO DE CASACION EN INTERES DE LA LEY: 1. LA CONSTANCIA EN LA COPIA CERTIFICADA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA DE LA FECHA DE SU NOTIFICACIÓN: UNA OBLIGACIÓN AJENA CUYO INCUMPLI-

MIENTO SE HACE RECAER SOBRE LOS LETRADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. ¿CUÁNDO PUEDE CONSIDERARSE ERRÓNEA UNA SENTENCIA A EFECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY?—VII. LA EXTENSION A TERCEROS DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS: 1. MÁS ASUNTOS A DESPACHAR POR LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: UN RECURSO CONTRA ACTOS CONSENTIDOS Y FIRMES Y EJERCITANDO DERECHOS YA PRESCRITOS. 2. LA PROBLEMÁTICA INTERVENCIÓN DE LOS LETRADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—VIII. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA: 1. LA LEY 62/78: SU REPERCUSIÓN EN LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. LA CIRCULAR DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1985. 3. EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS, DE 20 DE FEBRERO DE 1987. 4. LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—IX. LAS MEDIDAS CAUTELARES: 1. EL PROBLEMA DE LA EJECUTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DURANTE EL TIEMPO QUE TRANSCURRE DESDE LA NOTIFICACIÓN DEL ACTO QUE AGOTA LA VÍA ADMINISTRATIVA HASTA LA CONCLUSIÓN DEL PLAZO PARA INTERPONER RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2. CUANDO LA FALTA DE COMPARECENCIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DETERMINA QUE LA LJ PRESCINDA DE LOS LETRADOS DE AQUÉLLAS. 3. CUANDO LA FALTA DE PERSONACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS NO DETERMINA QUE LA LJ PRESCINDA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE AQUÉLLAS.—X. INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. ALEGACIONES PREVIAS: SE INTRODUCE UNA INNECESARIA VISTA. 2. COSTAS: SE COMPLICAN LOS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN. 3. OTRAS CUESTIONES.—XI. EPILOGO.

«La justicia penal y la Unión Europea. Convenios existentes. Especial consideración del espacio Schengen», por NATALIA REUS MARTÍNEZ, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y MECANISMOS PARA HACER EFECTIVA LA COOPERACION FRENTE A LA MISMA: 1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL. 2. CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE: UN PASO DECISIVO. 3. MEDIDAS PARA COMBATIR LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.—III. TERRORISMO: ESPAÑA SUFRE INTENSAMENTE LAS CONSECUENCIAS DEL TERRORISMO.—IV. LA INMIGRACION.—V. REFLEXIONES SOBRE LA EXTRADICION.—VI. CONCLUSIONES.

«Responsabilidad penal de las personas jurídicas», por MARÍA DEL CARMEN VASCO MOGORRÓN, pág. 73.

SUMARIO: I. LA PROBLEMÁTICA DE LA DELINCUENCIA ECONOMICO EMPRESARIAL EN EL SENO DE LAS SOCIEDADES ACTUALES.—II. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO TRADICIONAL *SOCIETAS DELINQUIERE NON POTEST* Y SU EVOLUCION HISTORICA.—III. DISCUSION DOCTRINAL ACERCA DEL RECONOCIMIENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS: ¿DEROGACION O IMPOSIBILIDAD DOGMATICA DE REVISAR EL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*?—IV. LA IMPORTANCIA DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN LAS SOCIEDADES ACTUALES Y LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS APLICABLES A LAS MISMAS.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFIA.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 33 (Septiembre 2002)

«Los Colegios Profesionales: situación y perspectivas», por LUIS CASTAÑO GARCÍA, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. REALIDAD COLEGIAL EN CASTILLA-LA MANCHA.—III. CREACION DE COLEGIOS PROFESIONALES: REALIDAD CAOTICA Y DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS: 1. CREACIÓN DE COLEGIOS PROFESIONALES: REQUISITOS Y TERRITORIALIDAD. 2. PROFUSIÓN CREATIVA Y DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN. 3. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL.—IV. REGIMEN JURIDICO Y ESTATUTARIO DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES: GLOSARIO DE EXPERIENCIAS: 1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS CORPORATIVOS SOMETIDOS A DERECHO ADMINISTRATIVO. 2. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: TIPICIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL. 3. POTESTADES DE ORDENACIÓN EN COLEGIOS EN TRANSFORMACIÓN: EL VISADO.—V. EL FUTURO DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN EL MARCO DE LA SOCIEDAD POSTINDUSTRIAL.

«Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales», por ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: COMERCIO ELECTRONICO Y METODOS DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS.—II. ACUERDOS DE ELECCION DE FORO: A) FUNDAMENTO Y ADMISIBILIDAD DE LA SUMISIÓN EXPRESA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. B) REQUISITOS NECESARIOS PARA SU EFICACIA Y CUESTIONES PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.—III. CLAUSULAS DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.—IV. CONCLUSIONES.

«La seguridad jurídica en el procedimiento de concesión de licencia urbanística. Una aproximación a la regulación integral de estos procedimientos», por JOSÉ GERARDO GÓMEZ MELERO, pág. 67.

SUMARIO: 1. EL SOMETIMIENTO DE LOS ACTOS DE USO DEL SUELO Y DE LA EDIFICACION A CONTROLES NO SOLO URBANISTICOS.—2. LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCESION DE LICENCIAS URBANISTICAS.—3. EJEMPLO PRACTICO DE CONCURRENCIA COMPETENCIAL.—4. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCESION DE LICENCIA URBANISTICA.—5. PROYECTO, A MODO DE ESBOZO, DE UNA NORMA REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESION LICENCIAS URBANISTICAS.

«Las técnicas menores en la flexibilización competencial interorgánica: Encomienda de gestión, delegación de firma y suplencia», por JOAQUÍN MESEGUER YEBRA, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA ENCOMIENDA DE GESTION.—III. LA DELEGACION DE FIRMA.—IV. LA SUPLENCIA.—V. LA SANCION DE LOS ACTOS DICTADOS CON INCOMPETENCIA ADMINISTRATIVA.

«Estudio del artículo 244.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, a la luz del conflicto sobre el almacén de residuos radiactivos de la central nuclear de Trillo», por JESÚS DEL OLMO ALONSO, pág. 139.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL ARTICULO 244.2 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE REGIMEN DEL SUELO Y ORDENACION URBANA.—3. LAS CUESTIONES QUE ESTE ARTICULO PLANTEA Y SU INTERPRETACION EN EL SUPUESTO CONTEMPLADO.—4. REFLEXIONES FINALES.

«La ordenación financiera y tributaria del Estado», por RAYMUNDO JULIANO REGO FEITOSA, pág. 171 (sin sumario).

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONES

Número 2 (2000)

«Bienes privativos y comunes en el régimen económico-matrimonial aragonés. La aplicación supletoria del Código Civil», por CARMEN BAYOD LÓPEZ, pág. 13.

SUMARIO: I. EL REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL ARAGONES. REGLAS Y PRINCIPIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA COMPOSICIÓN DEL ACTIVO DEL RÉGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL ARAGONÉS: A) *Regulación del activo en la Compilación: ¿Existen lagunas que nos hagan recurrir al Derecho supletorio estatal?* B) *Reglas y principios en la formación activa.* C) *Los principios.* D) *Las reglas.*—II. BIENES COMUNES Y PRIVATIVOS EN EL REGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: 1. LOS BIENES COMUNES: 1.1. *Los bienes muebles comunes:* A) En general. B) Los problemas: a') El artículo 1.348: cantidades y créditos pertenecientes privativamente a uno de los cónyuges y que se hayan de pagar constante matrimonio; b') El artículo 1.349: el derecho de usufructo o pensión; c') El artículo 1.350: las cabezas de ganado; d') El artículo 1.352 y la emisión de nuevas acciones; e') Los artículos 1.347.5 y 1.359.2 en relación con el artículo 1.360 del Código Civil. 1.2. *Los inmuebles o sitios adquiridos constante matrimonio:* A) En general: Los inmuebles y los sitios comunes. B) Las adquisiciones mixtas o a plazos. Los artículos 1.354, 1.356 y 1.357 del Código Civil: ¿Se aplican en Aragón?: a') Las adquisiciones mixtas y el artículo 1.354 del Código Civil; b') La vivienda familiar y el ajuar doméstico: el artículo 1.357.II en relación con el artículo 1.354; c') Las adquisiciones a plazos: artículos 1.356 y 1.357.I del Código Civil; 1.3. *Los bienes que los cónyuges adquieren con su trabajo o actividad.* 1.4. *Los frutos.* 2. LOS BIENES PRIVATIVOS. EL ARTICULO 38 COMP.: 2.1. *Los inmuebles o sitios aportados o adquiridos a título lucrativo.* 2.2. *Los bienes inherentes a la persona y los intransmisibles:* A) Los bienes y derechos inherentes a la persona. B) Los derechos intransmisibles. C) Los supues-

tos dudosos. 3. LOS BIENES EXCLUIDOS DE LA COMUNIDAD POR NEGOCIO JURÍDICO. 4. LOS BIENES PRIVATIVOS POR SUBROGACIÓN: A) El artículo 38.4: Los bienes que vienen a reemplazar a otros propios. B) El artículo 38.5.º: Los bienes que vienen a compensar la privación de otros propios. C) El artículo 38.5 *in fine*: Los bienes que vienen a compensar por los daños inferidos a la persona. 5. BIENES PRIVATIVOS POR DERECHO DE PREENPCIÓN. 6. LOS BIENES PRIVATIVOS POR ACCESIÓN.—III. ALGUNOS BIENES DE DUDOSA CALIFICACION. INDEMNIZACIONES POR DESPIDO, INVALIDEZ Y PENSIONES EN EL AMBITO LABORAL. PLANES DE PENSIONES Y SEGUROS DE VIDA: 1. PLANTEAMIENTO. 2. INDEMNIZACIONES POR DESPIDO, INVALIDEZ Y PENSIONES EN EL ÁMBITO LABORAL: 2.1. *El derecho al trabajo: Salario, indemnizaciones y pensiones*: A) Las claves del problema. B) El concepto de salario y de indemnización. 2.2. *La indemnización por despido*: A) La indemnización por despido y la jurisprudencia. B) La indemnización por despido en la jurisprudencia aragonesa. C) La naturaleza de la indemnización por despido: doble contenido. 2.3. *Las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional*. 2.4. *Las indemnizaciones percibidas en razón de jubilación anticipada*. 3. PLANES DE PENSIONES Y SEGUROS: A) *Los seguros de supervivencia*. B) *Los seguros de vida para el caso de muerte*.

«Antecedentes de la Ley aragonesa de parejas estables no casadas», por RAFAEL BERNAD MAINAR, pág. 57.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PROPOSICION DE LEY DEL GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA.—III. SESION PLENARIA Y DEBATE SOBRE SU TOMA EN CONSIDERACION.—IV. CONSTITUCION DE LA PONENCIA Y ENMIENDAS.—V. INFORME DE LA PONENCIA DE LA COMISION.—VI. DICTAMEN DE LA COMISION INSTITUCIONAL.—VII. DEBATE Y VOTACION DEL DICTAMEN DE LA COMISION.—VIII. APROBACION DE LA LEY EN PLENO.—IX. COMENTARIO CRITICO.—X. ANEXOS.

«La colección de alegaciones en derecho del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (I). El doctor Aramburu de la Cruz y sus alegaciones», por DANIEL BELLIDO DIEGO-MADRAZO, pág. 103 (sin sumario).

«Crónica de un caso de *casamiento en casa*», por JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, pág. 139 (sin sumario).

«Posesión del legado de cosa cierta y determinada en Aragón», por MANUEL ASENSIO PALLÁS, pág. 145.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2002)

«Drets reals catalans amb objecte mercantil. L'usdefruit de participacions en fons d'inversió i la penyora de valors», por DANIEL ESPINA, pág. 945.

SUMARIO: INTRODUCCIO: LA REGULACIO DE DRETS REALS LIMITATS AMB OBJECTE MERCANTIL PER L'ORDENAMENT CIVIL CATALA: 1. LA QÜESTIÓ COMPETENCIAL I L'ABAST MATERIAL DE LA LEGISLACIÓ CIVIL CATALANA: L'USDEFUIT DE PARTICIPACIONS EN FONS D'INVERSIÓ I LA PENYORA DE VALORS. 2. EL CARÀCTER CREDITICI I FUNGIBLE DE L'OBJECTE MERCANTIL DELS DRETS REALS REGULATS: CARACTERITZACIÓ DE LES PARTICIPACIONS EN UN FONS D'INVERSIÓ.—I. EL REGIM MERCANTIL DE LA CONSTITUCIO DEL DRET REAL LIMITAT I DE LA LEGITIMACIO DE LES PARTS: 1. ELS DRETS REALS SOBRE DRETS DE CRÈDIT. 2. ELS DRETS REALS SOBRE TÍTOLS-VALOR I DRETS ANOTATS EN COMPTE.—II. EL DINER COM A OBJECTE DEL DRET REAL LIMITAT: L'USDEFUIT I LA PENYORA DE DINER.—III. L'USDEFUIT DE PARTICIPACIONS EN FONS D'INVERSIÓ: 1. EL RÈGIM GENERAL: LA PERTINÈNÇA DELS FRUITS I EL REEMBOSSAMENT DE LES PARTICIPACIONS. 2. EL CONCEPTE LEGAL DE FRUITS DE LES PARTICIPACIONS EN ELS FONS D'INVERSIÓ ACUMULATIUS. 3. L'USDEFUIT MORTIS CAUSA DE LES PARTICIPACIONS EN FONS D'INVERSIÓ ACUMULATIUS: LES ESPECIALITATS DEL RÈGIM JURÍDIC DELS FRUITS.—IV. LA PENYORA DE BENS FUNGIBLES I LA PENYORA DE CARTERES DE VALORS: 1. LA INDIVISIBILITAT DE LA PENYORA I LA SUBSTITUCIÓ DELS BENS EMPENYORATS. 2. L'ANOMENADA PENYORA DE VALOR.—ADDENDA: Concordances amb la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantí. Referències bibliogràfiques.

«El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios», por VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ, pág. 1001.

SUMARIO: I. INTRODUCCION GENERAL: EL CONTINGENTE COMO INSTRUMENTO DE CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA INMIGRACION LABORAL.—II. LA EVOLUCION DEL MARCO NORMATIVO Y LOS CONTINGENTES DURANTE EL PERIODO 1993-1999.—III. EL CONTENIDO DEL CONTINGENTE PARA EL 2002.—IV. LA NATURALEZA DEL CONTINGENTE: ¿REGLAMENTO O ACTO ADMINISTRATIVO?—V. LAS VIAS DE ACCESO PARA OBTENER UNA AUTORIZACION DE TRABAJO: EL DENOMINADO REGIMEN GENERAL Y EL CONTINGENTE.—VI. LA DUDOSA LEGALIDAD DE LA DESAPARICION DEL DENOMINADO REGIMEN GENERAL PARA LA TRAMITACION DE OFERTAS NOMINATIVAS.—VII. LA DETERMINACION Y LA ASIGNACION DEL CONTINGENTE: LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.—VIII. CONCLUSION Y VALORACION GENERAL: LA CONTRATACION EN ORIGEN COMO REGLA GENERAL Y EL NUEVO ESCENARIO EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA INMIGRACION LABORAL.

«Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'administració», por ORIOL MIR PUIGPELAT, pág. 1023.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIO. EL SENTIT I LES FUNCIONS DE LA INSTITUCIO DE LA RESPONSABILITAT CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. AVANTATGES I INCONVENIENTS D'EXIGIR RESPONSABILITAT CIVIL ALS FUNCIONARIS I AGENTS PUBLICS.—2. LA NORMATIVA REGULADORA DE LA RESPONSABILITAT CIVIL DELS FUNCIONARIS I AGENTS PUBLICS.—3. LA RESPONSABILITAT CIVIL DEL PERSONAL AL SERVEI

DE L'ADMINISTRACIÓ PER COMPORTAMENTS NO CONSTITUTIUS DE DELICTE: 3.1. DANYS CAUSATS A TERCERS: 3.1.1. *Acció directa de la víctima envers el funcionari o agent? L'acció de regress.* 3.1.2. *Requisits de l'acció de regress:* 3.1.2.1. Prèvia indemnització de la víctima. 3.1.2.2. Existència de responsabilitat patrimonial de l'Administració: 3.1.2.2.1. Lesió indemnitzable. 3.1.2.2.2. Imputació de primer nivell. 3.1.2.2.3. Imputació de segon nivell. 3.1.2.3. Dol o culpa greu del funcionari o agent. 3.2. DANYS CAUSATS ALS BÉNS O DRETS DE L'ADMINISTRACIÓ. LA RESPONSABILITAT COMPTABLE. 3.3. CRITERIS DE MODULACIÓ DE LA RESPONSABILITAT. 3.4. PROCEDIMENT ADMINISTRATIU PER FER EFECTIVA LA RESPONSABILITAT. 3.5. JURISDICCIO COMPETENT. 3.6. ES POT GARANTIR QUE L'ADMINISTRACIÓ EXERCITI AQUESTES ACCIONS DE RESPONSABILITAT?—4. LA RESPONSABILITAT CIVIL DERIVADA DE DELICTE DEL PERSONAL AL SERVEI DE L'ADMINISTRACIÓ: 4.1. REQUISITS. 4.2. VIES PER FER-LA EFECTIVA. 4.3. RESPONSABILITAT DIRECTA I SUBSIDIÀRIA DE L'ADMINISTRACIÓ.—5. LA INCIDENCIA DE L'ASSEGURANÇA DE RESPONSABILITAT CIVIL.

«Algunes consideracions sobre el dret d'informació, el dret a la intimitat, el dret d'autonomia i el consentiment informat (articles 1 a 7 de la Llei 21/2000, 29 desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica)», per XAVIER ABEL LLUCH, pág. 1059.

SUMARIO: I. CARACTERISTIQUES GENERALS.—II. PREAMBUL.—III. EL DRET A LA INFORMACIÓ: 1. CONSIDERACIONS GENERALS SOBRE EL DRET A LA INFORMACIÓ. CONSIDERACIONS SOBRE L'ARTICLE 2: FORMULACIÓ I ABAST DEL DRET A LA INFORMACIÓ ASSISTENCIAL. CONSIDERACIONS SOBRE L'ARTICLE 3: EL TITULAR DEL DRET A LA INFORMACIÓ ASSISTENCIAL. CONSIDERACIONS SOBRE L'ARTICLE 4: FORMULACIÓ DEL DRET A LA INFORMACIÓ EPIDEMIOLÒGICA.—IV. DRET A LA INTIMITAT: CONSIDERACIONS GENERALS SOBRE EL DRET A LA INTIMITAT. CONSIDERACIONS SOBRE L'ARTICLE 5: FORMULACIÓ I ABAST DEL DRET A LA INTIMITAT.—V. DRET A L'AUTONOMIA DEL PACIENT I CONSENTIMENT INFORMAT: CONSIDERACIONS GENERALS SOBRE EL DRET A L'AUTONOMIA DEL PACIENT. CONSIDERACIONS SOBRE ELS ARTICLES 6 I 7: EL CONSENTIMENT INFORMAT I EXCEPCIONS A L'EXIGÈNCIA DE CONSENTIMENT INFORMAT.—VI. BREUS NOCIONS DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DRET A LA INFORMACIÓ I EL CONSENTIMENT INFORMAT.—VII. CONCLUSIONS.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Número 1 (Enero-Junio 2002)

«El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos», por MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, pág. 11.

SUMARIO: I. UN INEXCUSABLE PUNTO DE PARTIDA: EL RESPETO ESTRICTO DE LA LEGALIDAD INTERNACIONAL.—II. LOS HECHOS.—III. LA BUSQUEDA DE REGLAS QUE GARANTICEN UNA PROTECCION JURIDICA

ADECUADA: 1. EL DERECHO APLICABLE A LA SITUACIÓN DE CONFLICTO. 2. LA CONDICIÓN DE COMBATIENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 3. LA INICIAL PROTECCIÓN DEL TERCER CONVENIO DE GINEBRA A LAS CATEGORÍAS DUDOSAS DE COMBATIENTES. 4. EL TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA. 5. GARANTÍAS JUDICIALES PREVISTAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN FAVOR DE LOS PRISIONEROS. 6. PERSONAS PROTEGIDAS AL AMPARO DEL CUARTO CONVENIO DE GINEBRA. 7. PROTECCIONES ADICIONALES Y RESIDUALES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 8. EL REFUERZO EN LA PROTECCIÓN: LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—IV. LA NECESIDAD DE UNA DOBLE PERSPECTIVA: DERECHO HUMANITARIO Y DERECHOS HUMANOS: 1. EL DERECHO HUMANITARIO COMO PARÁMETRO PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE DERECHOS HUMANOS. 2. UN NUEVO CASO TEST (DESPUÉS DE COARD, DISABLED PEOPLES INTERNATIONAL Y OTROS): EL CASO DE LOS DETENIDOS DE GUANTÁNAMO ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.—V. LAS EXIGENCIAS DE UNA PROTECCION SIN RESQUICIOS (A MODO DE CONCLUSION).

«La libertad individual y las parejas ante el Derecho Internacional Privado», por ELENA ARTUCH IRIBERRI, pág. 41.

SUMARIO: I. LIBERTAD INDIVIDUAL Y GLOBALIZACION: 1. LA SOCIEDAD PLURI-IDEOLÓGICA. 2. LA EMERGENCIA DEL INDIVIDUO EN LAS RELACIONES PERSONALES Y FAMILIARES.—II. MATRIMONIO: 1. COMPOSICIÓN: CÓNYUGES HOMOSEXUALES. 2. CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO: ¿INSTITUCIÓN DESCONOCIDA? 3. RECONOCIMIENTO DE LOS MATRIMONIOS HOMOSEXUALES EN LA UE.

«Del tercer al cuarto debate en las relaciones internacionales», por KEPÁ SODUPE, pág. 65.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA DESAPARICION DEL DEBATE INTER-PARADIGMATICO.—III. EL COMIENZO DEL CUARTO DEBATE.—IV. UN MAPA DE LA DISCIPLINA: 1. LOS EJES ONTOLÓGICOS. 2. EL EJE EPISTEMOLÓGICO.—V. COMPLEJIDAD Y PLURALIDAD EN EL CUARTO DEBATE.—VI. ¿HACIA UN MAINSTREAM AMPLIADO?

ANUARIO DA FACULTADE DE DEREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Número 6 (2002)

«El derecho a la libre información y sus diversas manifestaciones en el nuevo contexto tecnológico», por ANA ABA CATOIRA, pág. 13.

«Efectos jurídicos de las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal Internacional de Justicia: el antes y el después del asunto Lagrand (sentencia de 27 de junio de 2001)», por MONTSERRAT ABAD GÁSTELOS, pág. 53.

- «La operatividad de la “litispendencia” en el ámbito del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales y arbitrales extranjeras en España», por HILDA AGUILAR GRIEDER, pág. 75.
- «La interposición de los recursos de suplicación o casación con ocasión de la ejecución de sentencias laborales», por LUCÍA DANS ALVAREZ DE SOTOMAYOR, pág. 99.
- «Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento», por NATALIA ALVAREZ LATA, pág. 113.
- «La protección de los derechos de propiedad intelectual en la legislación española», por ALICIA ARMENGOT VILAPLANA, pág. 133.
- «Evolución histórico-jurídica hacia la consensualidad en la *emptio venditio* romana», por JAVIER BELDA MERCADO, pág. 161.
- «Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?», por M. A. CAAMAÑO ANIDO y J. M. CALDERÓN CARRERO, pág. 179.
- «Las diligencias finales», por JUAN CÁMARA RUIZ, pág. 211.
- «¿Existe un derecho a morir? Aproximación al tema de la muerte (I)», por ASCENSIÓN CAMBRÓN INFANTE, pág. 223.
- «Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria», por RAFAEL COLINA CAREA, pág. 237.
- «Los sistemas jurídicos indígenas y la teoría general del derecho. Problemas nuevos», por OSCAR CORREAS, pág. 263.
- «Para una comparación histórico-jurídica de las *piae causae* del Derecho romano justiniano con el *waqf* del Derecho islámico», por FRANCISCO CUENA BOY, pág. 273.
- «Breves consideraciones sobre las cooperativas gallegas en el sector marítimo-pesquero», por ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA, pág. 313.
- «El carácter dinámico de la planificación urbanística», por ALMUDENA FERNÁNDEZ CARBALLAL, pág. 341.
- «Os danos que o sistema penal causa as persoas sometidas a proceso: a victimización terciaria», por XULIO FERREIRO BAAMONDE, pág. 359.
- «Libertad religiosa e ideológica: garantías procesales y tutela penal», por JUAN FERREIRO GALGUERA, pág. 373.
- «Constitución y funcionamiento de registros de morosos entre las entidades de crédito: un análisis desde el derecho de la competencia», por FERNANDO GARCÍA CACHAFEIRO, pág. 397.
- «Una muestra de la *crudelitas creditoris*: la privación de sepultura del deudor», por MACARENA GUERRERO LEBRÓN, pág. 419.

- «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo», por JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, pág. 437.
- «Las sociedades civiles y el Registro Mercantil», por ENRIQUE MASIDE MIRANDA, pág. 447.
- «Autonomía local y planeamiento urbanístico», por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, pág. 459.
- «Reconciliación nacional, justicia transnacional y el Tribunal Penal Internacional», por JUAN E. MÉNDEZ, pág. 473.
- «*De facto a quaestio iuris: aliud signum... quid iuris?*», por EMMA MONTANOS FERRÍN, pág. 491.
- «El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico», por GLORIA M. MORÁN, pág. 501.
- «El Derecho romano como *ratio scripta* en la Corona de Aragón. Un supuesto práctico: la prueba testifical en la posesión inmemorial», por JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO, pág. 531.
- «Nacimiento, desarrollo y estado actual de la estrategia comunitaria frente al cambio climático», por JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA, pág. 553.
- «El fenómeno del mimetismo entre organizaciones internacionales», por JORGE ANTONIO QUINDIMIL LÓPEZ, pág. 585.
- «Sociedad liberal y propaganda del odio racial», por PEDRO RIVAS, pág. 603.
- «Sobre el posible interés del estudio de la formación, contenido y desarrollo del denominado Derecho Civil gallego: algunos argumentos justificativos», por RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO, pág. 615.
- «Veinte años de autonomía en Galicia», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 631.
- «Los descuentos retributivos al personal laboral, funcionario y estatutario por participación en huelgas», por RICARDO P. RON LATAS, pág. 637.
- «La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC», por MARÍA E. ROVIRA SUEIRO, pág. 643.
- «Federalismo y Estado Autonómico», por JAVIER RUIPÉREZ, pág. 663.
- «Las bases jurídicas de la "administración electrónica" en España: el uso de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas en las Administraciones Públicas», por FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA, pág. 713.
- «La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación», por JOSÉ ANTONIO SEOANE, pág. 761.

- «La relación matriz-filial. El régimen fiscal comunitario», por M.^a MILAGROS SIEIRO CONSTENLA, pág. 791.
- «El sistema judicial comunitario y las exigencias de eficacia y uniformidad del Derecho Comunitario», por MARTA SOBRIDO PRIETO, pág. 809.
- «Aspectos jurídicos del espacio euro-latino americano», por JOSÉ MANUEL SOBRIÑO HEREDIA, pág. 831.

**REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**
Número 96 (Septiembre-Diciembre 2001)

- «Derecho constitucional clásico e inmadurez institucional del Tercer Mundo», por LEÓN CORTINAS-PELÁEZ, pág. 11.
- «Servidumbres de interés público-ecológico», por VIRGILIO CALVO MURILLO, pág. 67.
- «Desaplicación de normas y sala», por MAURO MURILLO A., pág. 79.
- «Deuda interna en Costa Rica», por LUIS CARLOS PERALTA B. y JOHNNY ALVARADO, V., pág. 91.
- «Contratos atípicos», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 105.
- «Algunas reflexiones sobre la eficacia del Derecho Internacional Ambiental», por JORGE A. CABRERA MEDAGLIA, pág. 143.
- «La primera sentencia de casación», por JORGE FRANCISCO SÁENZ CARBONELL, pág. 165.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO
Número 2 (2002)

- «El delito de falsificación de documentos en Cuba», por JOSÉ E. PAZ LEONARD, pág. 143.
- «El delito de falsificación de documentos en el Código Penal de Puerto Rico», por MIGUEL R. GARAY AUBÁN, pág. 225.
- «La opción y la Ley 130 de 1967», por JESSICA I. ORTIZ SÁNCHEZ, pág. 237.
- «La pena de muerte, una batalla entre una Ley Federal y la Constitución de Puerto Rico», por JUAN ALBERTO SOTO GONZÁLEZ y JUAN CARLOS RIVERA RODRÍGUEZ, pág. 253.

«La separación de poderes en Puerto Rico: ¿Existe entre las ramas ejecutiva y legislativa?», por CARMEN MARGARITA LLULL VERA, pág. 275.

«Medicina para la impericia médica: alternativas a los problemas que enfrenta el sistema», por MARIGLORIA RIVERA CRUZ y ALEJANDRO J. VALDERRABANO WAGNER, pág. 295.

«¿Qué adelantamos con el retraso? (La ruptura irreparable como causal de divorcio)», por WENDY GONZÁLEZ ALMEIDA, pág. 315.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Tomo 88 (Enero-Junio 2002)

«Del beneficio de emolumento y la comunidad postganancial», por RAÚL ANIDO BONILLA, pág. 11.

«Mutuo disenso», por ALDA GRAÍN y NÉLIDA VIERA, pág. 115.

«La regulación del contrato de prenda interno e internacional, un nuevo intento de codificación de la OEA», por RUBÉN SANTOS BELANDRO, pág. 121.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 1 (2002)

«The cape Town Convention on international Interest in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing», por ROY GOODE, pág. 3.

«Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap», por MICHEL DESCHAMPS, pág. 17.

«UNCITRAL's Contribution to the Unification of Receivables Financing Law: the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade», por SPIROS V. BAZINAS, pág. 49.

«The Organization of American States: The New Model Inter-American Law on Secured Transactions», por BORIS KOZOLCHYK y JOHN M. WILSON, pág. 69.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 105 (Septiembre-Diciembre 2002)

«La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México», por CARLOS BÁEZ SILVA, pág. 741.

- «Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos», por INGRID BENA SESMA, pág. 797.
- «Algunas propuestas de modificación al formato del informe presidencial en México», por EFRÉN CHÁVEZ HERNÁNDEZ, pág. 817.
- «Globalización y principio de jurisdicción universal: un estudio de caso», por LUIS T. DÍAZ MÜLLER, pág. 859.
- «Algunas proposiciones para una Ley de Acceso a la Información», por SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS, pág. 881.
- «El crimen de genocidio en Derecho Internacional», por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 917.
- «¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?», por JÜRGEN HABERMAS, pág. 947.
- «La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente», por ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, pág. 979.
- «Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. Panorama internacional entre 1994 y 2001», por ALICIA ELENA PÉREZ DURATE Y NOROÑA, pág. 1001.
- «Nuevas configuraciones económicas y modelo social europeo», por JEAN-MICHEL SERVAIS, pág. 1029.

**BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
DE LA UNIVERSIDAD DE COIMBRA**
Vol. LXXVII (2001)

- «Do Direito aplicable pelo arbitro internacional ao fundo da causa», por A. FERRER CORREIA, pág. 1.
- «Casamento e divórcio no ensino de Manuel de Andrade e na legislação actual», por F. M. PEREIRA COELHO, pág. 13.
- «Interditos e infracções económicas em tempos de formação de Portugal», por MARIA HELENA DA CRUZ COELHO, pág. 33.
- «Rule of Law y Estado de Derecho», por ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, pág. 57.
- «Los ámbitos temporal y de exclusión territorial del destierro en los siglos XVI-XVIII: La práctica judicial gallega», por PEDRO ORTEGO GIL, pág. 117.
- «Os genes do nosso (des) contentamento (dignidade humana e genética: Notas de um roteiro)», por JOAO CARLOS LOUREIRO, pág. 163.

«Legados em substituição de legítima e o problema do esgotamento da posição hereditaria dos “Legatarios” instituídos», por J. P. REMÉDIO MARQUES, pág. 211.

«Que estratégia para o Direito ambiental norte-americano do século XXI: O *Cacete* ou a *Cenoura*?», por JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, pág. 291.

«O contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel», por FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, pág. 377.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 208 (Mayo 2002)

«Las directivas de armonización de los impuestos directos y sus medidas antievasión fiscal», por THIERRY AFSCHRIFT, pág. 9.

«Armonización de los Impuestos sobre Sociedades en Europa: Guía para un debate», por STEPHEN BOND y otros, pág. 21.

«Las instituciones de inversión colectiva y la fiscalidad directa en la UE», por LEOPOLDO GONZALO GONZÁLEZ y JUAN DE GONZALO MARTÍNEZ, pág. 29.

«Obstáculos fiscales a la libertad de desplazamiento temporal de los trabajadores», por ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA, pág. 39.

«El Trust anglosajón en la Unión Europea: aspectos de tributación internacional en un contexto de armonización de la fiscalidad del ahorro», por M.^a PILAR NAVAU MARTÍNEZ-VAL, pág. 53.

«La fiscalidad familiar en Europa: algunos problemas comunes», por MARÍA TERESA SOLER ROCH, pág. 73.

«El concepto de “rama de actividad” y su aplicación en materia de fiscalidad directa e indirecta», por JOSÉ MARÍA UTANDE SAN JUAN, pág. 79.

«Tributación de las pensiones y Derecho Comunitario. La necesidad de eliminar los obstáculos fiscales a los pagos transfronterizos de los sistemas de empleo», por MARTA VILLAR ESCURRA, pág. 95.

Número 209 (Junio 2002)

«La protección registral de los consumidores en el Derecho europeo (operaciones transfronterizas: multipropiedad, inversiones extranjeras)», por LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, pág. 9.

«Los créditos hipotecarios en el proyecto de Directiva sobre contratación a distancia de servicios financieros», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, pág. 39.

- «Aproximación a los sistemas registrales europeos», por MARÍA PILAR GARCÍA GOYENECHÉ, pág. 53.
- «Las sociedades civiles y el Registro Mercantil en el Derecho europeo (España, Italia y Francia)», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS, pág. 65.
- «La transmisión de la propiedad en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 107.
- «Nacionalidad y reconocimiento de las sociedades extranjeras en España: el papel de los Registros de la Propiedad y Mercantiles», por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, pág. 115.

Número 210 (Julio 2002)

- «Evolución y perspectivas de Derecho de los Grupos de Sociedades en la Unión Europea», por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 9.
- «Fusión internacional (e “intracomunitaria”)», por EMILIO JESÚS LÁZARO SÁNCHEZ, pág. 25.
- «Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización europea del Derecho de Sociedades», por MARCUS LUTTER, pág. 39.
- «Contabilidad, auditoría y Derecho de Sociedades: una reflexión», por ANGEL MARINA GARCÍA-TUÑÓN, pág. 53.
- «La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de armonización», por JORGE MIQUEL RODRÍGUEZ, pág. 65.
- «Organización y “buen gobierno” de las sociedades anónimas cotizadas», por ANDRÉS RECALDE CASTELLS, pág. 77.

Número 211/211 (Agosto-Septiembre 2002)

- «La protección del consumidores en los contratos electrónicos», por MARIO E. CLEMENTE MEORO, pág. 3.
- «Del fenómeno económico-social de la “multipropiedad” a la regulación legal en España de los derechos de aprovechamiento por turno», por DELIA CUENCA ANTOLÍN, pág. 17.
- «El consentimiento informado en el arrendamiento de servicios. Examen particular del consentimiento informado del acto médico», por JOSÉ PASCUAL FERNÁNDEZ GIMENO, pág. 35.
- «La normativa comunitaria de protección del consumidor en el sector turístico», por JAVIER PLAZA PENADÉS, pág. 45.

- «Crédito al consumo», por LORENZO PRATS ALBENTOSA, pág. 61.
- «Influencia de la normativa reguladora de los intereses de los consumidores y usuarios en el ámbito de la contratación», por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, pág. 83.
- «La protección de los datos de carácter personal y la protección de los consumidores», por ADELA SERRA RODRÍGUEZ, pág. 95.
- «Falta de conformidad de las mercaderías e implicaciones en materia contractual. Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, y normas de la Convención de Viena», por JUAN A. TAMAYO CARMONA, pág. 121.
- «Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo en el Derecho Civil español», por JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, pág. 135.

Número 213 (Octubre 2002)

- «La Europa que se avecina», por JOSÉ MARÍA CEREZO LÓPEZ, pág. 9.
- «El espacio europeo y la libertad», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 15.
- «El nuevo mercado paneuropeo de valores tecnológicos: del EASDAQ al NASDAQ Europe», por SANTIAGO HIERRO ANIBARRIL, pág. 27.
- «Política común pesquera y control de la pesca en España», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 41.
- «Las nuevas orientaciones en materia de seguridad alimentaria», por ESTHER MUÑIZ ESPADA, pág. 57.
- «El Libro Blanco de la política europea de los transportes en el horizonte del año 2010: La hora de la elección», por FERNANDO JOSÉ CHÁSCALES MORENO, pág. 69.
- «El sistema concesional español como modo de gestión del servicio público de transporte regular de viajeros por carretera *versus* el proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable», por FERNANDO JOSÉ CHÁSCALES MORENO, pág. 71.
- «La actividad de remolque-maniobra en los puertos españoles», por JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, pág. 83.
- «Metodología relacional y puertos: elementos subjetivos», por JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, pág. 95.