

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVI • 1925-31 de enero 2000 • Núm. 657

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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. Francisco Corral Dueñas.
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.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Antonio Pau Pedrón.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

Año I.—Número 1

Madrid, Enero
1925

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DIRIGIDA POR

D. JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ

APARTADO DE CORREOS, NÚM. 419.

Esta publicación, que aparecerá el último día de cada mes, estudia los más interesantes problemas de la propiedad territorial, analiza con los debidos respetos las disposiciones emanadas de los Poderes públicos y contrasta la jurisprudencia hipotecaria con los cánones fundamentales del sistema.

PRECIOS DE SUBSCRIPCIÓN

EN ESPAÑA

Año.	30 pesetas.
Semestre.	16 —
Número suelto.	3 —

Para el extranjero, 35 pesetas anuales.

S U M A R I O

	<i>Págs.</i>
Presentación, por LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN	355
 ESTUDIOS	
«La Revista y el Colegio», por ANTONIO PAU PEDRÓN	361
«Don Jerónimo González: notas para una biografía», por PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA	363
«La impugnación judicial de las condiciones generales de la contrata- ción», por MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES	403
«Reflexiones acerca del principio de legalidad», por ANTONIO M. OLIVA RODRÍGUEZ	481
«Inscripción de los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad», por MARÍA ASCENSIÓN MARTÍN HUERTAS	511
«La función judicial en el recurso contra la calificación del Registra- dor», por F. JAVIER SÁNCHEZ-PEGO	621
«La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados», por PEDRO AVILA NAVARRO	643
«La protección de adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la <i>Vormerkung</i> », por LUZ MARÍA MARTÍNEZ VELENCOSO	665
«Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 75 años de REVISTA CRÍTICA», por ANTONIO MANZANO SOLANO	719
«La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», por PILAR BENAVENTE MOREDA	777
«El agrarismo en la publicidad registral», por FRANCISCO CORRAL DUE- ÑAS	857
«Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el siste- ma registral», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ	893
«La documentación electrónica. Sus implicaciones jurídicas en el Re- gistro de la Propiedad», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	941
«El Registro de Bienes Muebles», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.	973

	<u>Págs.</u>
«El “principio de tipicidad” en el nuevo régimen de nuestro Registro Mercantil», por PABLO CASADO BURBANO	1047
«La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS	1067
«Requerimientos del Derecho Comunitario en cuanto al régimen de adquisición y utilización de bienes inmuebles», por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ	1113
«Retornos al título constitutivo de la propiedad horizontal», por MA- NUEL MEDINA DE LEMUS	1121

Presentación

Organizar la conmemoración del propio aniversario, especialmente cuando éste denota, al marcarlo, un evidente grado de longevidad, puede parecer, por lo menos a primera vista, un ejercicio de autosatisfacción o autocomplacencia, pero podemos desde ahora asegurar que nada más lejos de nosotros que un sentimiento semejante, ya que, a lo largo de los últimos veintitantos años, no hemos hecho otra cosa que tratar de continuar, de la mejor forma posible, lo que otros crearon. Siempre hemos creído que son los años los que dotan a las obras de todo tipo de su verdadero alcance y valor y los que nos permiten que representen hitos significativos en la cultura general —en nuestro caso en la cultura jurídica de un país y de una época—. Apartando, pues, cualquier tentación de neopatía o de neolatría, enfermedades que hacen que quienes las padecen crean que las cosas antiguas se tornan obsoletas y por ello inútiles, hay que dejar en claro que nuestra opinión es cabalmente la contraria. Naturalmente, la edad o el momento en que una publicación comenzó su andadura no significa, ni tiene porqué significar, que haya quedado anclada en el tiempo de su primera aparición. Todas las publicaciones cambian, porque van cambiando inexorablemente sus colaboradores y, con ellos, el espíritu de los tiempos. Una publicación, como un edificio, puede ser antiguo, pero albergar cuidadosamente renovadas todas las tendencias.

Hemos dicho que nuestra tarea es de continuación de lo que otros crearon y este es el punto que debe ser resaltado. Hace setenta y cinco años, la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario fue creada por don Jerónimo González, el más egregio de los hipotecaristas españoles, para dar cabida en ella a todo tipo de preocupaciones y estudios sobre esta disciplina y sobre el Derecho privado en general. Ha mantenido, según creemos, la impronta de su fundador a lo largo de todos estos años, no sólo por los numerosos trabajos suyos que la Revista publicó y por las de sus más inmediatos colaboradores y discípulos del primer momento: investigar en los temas del Derecho inmobiliario registral; esclarecer los puntos oscuros de nuestras

leyes; facilitar sus reformas; o tratar de resolver los incesantes problemas que la práctica suscita. En este sentido, creemos que la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario preparó el camino para la reforma de la legislación hipotecaria en el bienio 1944-46, así como para las ulteriores reformas del Reglamento hipotecario. Y hoy es —y aspira a ser— motor de futuras reformas de nuestra legislación.

La Revista apareció en 1925, sostenida por una pequeña sociedad anónima de pequeño capital que don Jerónimo González formaba con algunos amigos y consocios. Tuvo, durante muchos años, una pequeña oficinita en las plantas superiores de la sede general del Banco Bilbao Vizcaya en Madrid, en la calle de Alcalá, 16. A la muerte de don Jerónimo fue amorosa y fielmente continuada por sus discípulos hasta el momento en que se hizo cargo de ella el Colegio de Registradores de la Propiedad, que nunca quiso convertirla en órgano colegial, sino en vehículo de comunicación de las más diferentes ideas, estudios y trabajos sobre las materias de Derecho privado en general. 1925, que es la fecha de la aparición de la Revista, es un momento estelar de la cultura española, haciendo abstracción naturalmente de los avatares o vicisitudes por las que en aquellos años transcurría la política de nuestro país y la organización de nuestro Estado. Son los años en que ejercen su indiscutible magisterio don José Ortega y Gasset y don Miguel de Unamuno; los años en que han cuajado plenamente las generaciones de 1898 y 1914 y el momento en que está a punto de aparecer la llamada generación del 27. Nosotros creemos que todas esas generaciones, así filiadas por sus características literarias y de cultura general, tienen su paralelo en la cultura jurídica. Don Jerónimo González pertenecía como Ortega y Azaña, a la generación de 1914. Fue una época de renovación de los estudios jurídicos españoles, que, especialmente en materia de Derecho privado, aparece presidida por los nombres singulares de don Felipe Clemente de Diego y don Demófilo de Buen. La generación del 27 apareció también en las páginas de la Revista Crítica al borde de esos años y en sus páginas vieron la luz algunos de los primeros trabajos de juristas tan importantes como don Federico de Castro o don Joaquín Garrigues.

Si conmemorar no es mostrar autosatisfacción o autocomplacencia sino expresar la fidelidad a la idea inicial de la creación, es también dejar constancia del empeño con que la labor quiere ser proseguida, en el mismo sentido, aunque abierta a todas las posibles ideas nuevas que merezcan ser acogidas. Los Consejos de la Revista, con sus actas, son una muy buena prueba del espíritu que les guía y del constante esfuerzo de sus miembros por conseguir mejorar la Revista en todos sus aspectos. Y ello es así hasta el punto de que podemos decir, en voz muy alta, que hay muy pocas revistas jurídicas que alcancen la antigüedad que la nuestra y todavía menos con la lozanía, el espíritu de superación y el empeño por mejorar que preside la nuestra.

Para festejar el cumplimiento del septuagésimoquinto año de la Revista, el Consejo acordó preparar un número extraordinario que tuviera este carácter no sólo por la mayor extensión, sino también por la aparición en él de firmas muy acreditadas en materias inmobiliarias y registrales. El Consejo, asimismo, encomendó las tareas siempre ingratas de concebir, preparar y llevar a término el proyecto a Francisco Corral Dueñas, que ha sabido hacerlo con el tesón y el cuidado que pone en todas las cosas. Mas, aunque los designios y los proyectos hayan sido razonables, como siempre ocurre, las últimas palabras las tienen los lectores.

LUIS DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN
Catedrático de Derecho Civil
Presidente del Consejo de Redacción de la Revista

ESTUDIOS

La Revista y el Colegio

La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO no es un órgano del Colegio de Registradores. El Colegio ejerce sobre ella —desde el año 1965, es decir, cuarenta años después de su fundación— un patronazgo que la propia revista apenas necesita: tiene un Consejo de Redacción que la dirige, un número de suscriptores que garantiza su viabilidad y un carácter intelectual en el que no deben interferir las inquietudes corporativas.

La presencia del Decano del Colegio de Registradores en estas páginas iniciales del número conmemorativo del 75 aniversario, tiene, pues, escasa justificación. Sólo cabría manifestar la satisfacción de que una publicación periódica tan ligada a la actividad diaria de los Registradores —por su contenido mayoritariamente registral o hipotecario— haya alcanzado una cifra tan redonda de años, y goce de una vitalidad tan enérgica que permita augurarle una larga vida futura.

La REVISTA CRÍTICA surgió de la coincidencia de dos personalidades singulares. El Registrador VICENTE CANTOS FIGUEROLA había conocido a don JERÓNIMO GONZÁLEZ en la Dirección. El primero era entonces Director General de los Registros y del Notariado, y el segundo un flamante Letrado del Centro Directivo que había llegado de su Asturias natal, dejando allí su puesto de profesor de matemáticas.

CANTOS FIGUEROLA se dio cuenta que el genio de don JERÓNIMO y su temprano y permanente magisterio en materias hipotecarias, necesitaba un espacio donde desarrollarse y difundirse. Don JERÓNIMO no era hombre de complejas y extensas teorías, que requirieran voluminosos tratados para su desarrollo. Todo lo contrario. Don JERÓNIMO tenía brillantes intuiciones y geniales ideas que podían expresarse siempre en una docena de páginas.

La REVISTA CRÍTICA resultó su marco perfecto. Toda la obra de don JERÓNIMO —que el Ministerio de Justicia reunió en tres volúmenes al año siguiente de su muerte— está hecha de pequeñas teselas que forman un mosaico deslumbrante y original. A base de pequeños artículos, don JERÓNIMO renovó una doctrina hipotecaria que no lograba desprenderse de la exégesis decimonónica. Noventa y ocho trabajos llegó a publicar don JERÓNIMO en la Revista a lo largo de veinte años.

CANTOS FIGUEROLA puso en manos de don JERÓNIMO la dirección intelectual de la revista, y él quedó como Presidente del Consejo de Redacción para asegurar la subsistencia material de la publicación. Incluso en los años en que fue Ministro de Justicia, CANTOS FIGUEROLA siguió presidiendo el Consejo de la Revista.

En el año 1965, el Colegio de Registradores asumió el respaldo económico de la REVISTA CRÍTICA. Pero en esa época, la revista tenía ya un prestigio que hacía innecesaria cualquier ayuda para su subsistencia.

Desde el año 1965, el relieve intelectual de sus directores —RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, hasta 1979, y, desde esa fecha, LUIS DíEZ-PICAZO— ha sido decisiva para conservar el prestigio y el rigor. La dirección que han ejercido ha sido, no honorífica y distante, sino efectiva y próxima. Han presidido el Consejo de Redacción, han estado al tanto de la marcha diaria de la Revista y se han preocupado de que sus diversas secciones —ya determinadas por don JERÓNIMO en el número inicial— estuviesen debidamente atendidas.

Los Secretarios del Consejo se han ocupado de que toda la infraestructura burocrática y artesanal —desde la relación con los autores hasta la impresión de cada número— haya funcionado con rigor a lo largo de las décadas. MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS y, en estos últimos tiempos, FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, han logrado que la Revista no haya perdido esa puntualidad que es tan difícil de conservar por las publicaciones periódicas.

Los males que la aparición de la REVISTA CRÍTICA trataba de remediar, y que don JERÓNIMO ponía de relieve en el primer número —despreocupación de los políticos por los progresos jurídicos, abandono de los estudios inmobiliarios por la Universidad, desorientación de la jurisprudencia— están, en gran medida, superados. Pero la continuidad de la Revista Crítica en los años venideros contribuirá, en alguna medida, a que esos males no vuelvan a ser realidad.

ANTONIO PAU PEDRÓN
Decano-Presidente
del Colegio de Registradores

Don Jerónimo González: notas para una biografía

I

El hecho de que este año se cumpla el 75 aniversario de la fundación de esta Revista, la circunstancia de que con ello se proyecta a un nuevo milenio y, en fin, la coincidencia —no de menor importancia— de que este año se cumple también el ciento veinticinco aniversario del nacimiento de su fundador, me han parecido motivos suficientes para escribir unas líneas en torno a la figura de don Jerónimo González, pues, si bien éste, una de las cumbres del pensamiento hipotecario español, ha sido estudiado en cuanto a su pensamiento —aunque tampoco no demasiado—, existen aún muchas facetas de su vida todavía poco conocidas: las relativas, sobre todo, a su personal biografía y a sus inquietudes no jurídicas. A ellas, por lo ignoradas, voy a dedicar mi atención, como tributo a la compleja y amplia personalidad del fundador de esta Revista.

El oscuro sino del Derecho: la temporalidad, parece ser también el destino de los hombres que se han ocupado de su estudio. Muy pocos han superado el olvido, y los que lo han logrado son tan sólo nombres que se pronuncian y se citan; nombres que rotulan libros que llenan bibliotecas, no hombres que se conozcan y se sientan como tales. Son nombres que se escriben —a menudo tan sólo a pie de página—, no hombres de los que se conozca su trayectoria vital, su preocupación o el entorno histórico en el que tuvo lugar su vida. Nombres que se pronuncian y cuyo pensamiento se comparte o se combate, pero no hombres que se comprendan y de los que se conozca, al menos, los trazos más relevantes de su vida. No existen biografías de los juristas importantes —y si existen, son muy escasas (1)—, a diferencia de lo que sucede con músicos, poetas, pintores o incluso científicos. Los escritos de

(1) Una de estas escasas obras la constituye la de Wolf, E. R. Ihering y Otto von Gierke. Versión española de Antonio Truyol. E.R.D.P. Madrid, sin fecha.

los juristas son su única biografía y en ellos, sólo en muy escasas ocasiones, dejan percibir al personaje que, detrás de la reflexión, tiene una historia de sueños, de deseos —¿y por qué no decirlo?— también de frustraciones y esperanzas no cumplidas.

¡Cuántas veces han sido citados los nombres de Savigny o Ihering! ¡Cuántas los de Ennecerus o Nusbaun! ¡Cuántas los de Chiovenda o Carneluti, los de Jerónimo González o Ramón María Roca Sastre! Infinidad, sin duda. Pero... ¿qué sabemos de sus vidas? Muy poco, casi nada.

Esta Revista es la obra personal de uno de esos nombres tan repetidos, pero tan escasamente conocidos: don Jerónimo González, y en ella han escrito los mejores juristas españoles del siglo, hombres de los que nada sabemos o muy poco. En ella ha escrito también —y mucho— su fundador. Sus escritos son conocidos de los estudiosos, su nombre de muchos más, pero su peripecia humana de muy pocos. ¡Y un jurista, si es tan solo un jurista, es muy poca cosa! Muy poca cosa porque el derecho no puede desprenderse de la realidad social en la que vive su autor, ni de su circunstancia personal. Conocer la biografía de los que han creado el derecho que hemos estudiado y aprendido es entender el porqué de muchas de las construcciones de su autor. Las líneas que siguen no pretenden estudiar la obra jurídica de don Jerónimo, sino tan sólo mostrar algunos rasgos de su compleja personalidad, pequeñas pinceladas y anécdotas de su vida, pues si bien el Derecho fue su ocupación, su vida fue mucho mas rica que una mera reflexión jurídica. Le gustó la música. Amó el arte. Enseñó matemáticas. Practicó espiritismo. Paseó la astronomía y la literatura. Conoció lenguas clásicas y modernas. Convivió, en su espíritu risueño y socarrón de asturiano, humorismo, seriedad y melancolía. Fue hombre de su tiempo y participó activamente en la sociedad en la que vivía. Experimentó las amarguras de la Guerra Civil y padeció su purgatorio particular y sus penas propias. Y siendo universal su pensamiento, adoró su patria chica y permaneció ligado a ella siempre.

II

En la memoria histórica hay hombres que han dejado un testimonio superior al de su obra escrita, otros que han dejado una obra que supera sus cualidades humanas y otros —los menos— que han conseguido que su personalidad esté a la altura de su obra. Las razones de este testimonio diverso no son fáciles de determinar, pero se enraízan, seguramente, más que en los méritos de la obra hecha, en las cualidades de quienes la efectuaron. Depende, en gran manera, de lo que constituyó el objetivo final de la actividad de cada uno: la vida privada e íntima, o la exterior y pública. El mundo como un lugar donde ejercer calladamente una profesión o un trabajo; o como un escenario

en el que brillar. Como lugar para el trabajo serio y oscuro que no tiene otra satisfacción que la obra hecha y la satisfacción del deber cumplido, o para el oropel del triunfo externo y el aplauso.

Oscar Wilde escribió «puse todo mi genio en mi vida, sólo el talento en mis obras». Quería expresar el orgullo por la vida vivida, colocada por encima de la perfección de la obra. ¡Para su fracaso, la memoria conserva mucho de su obra; muy poco de su vida! A diferencia del excéntrico y escandalizador escritor británico, otros han superado con la excelsitud de su existencia la magnitud y la importancia de su obra: Romain Rolland, por ejemplo. De él se ha dicho que «la vida excede al arte, el hombre supera a la obra» (2). Otros, en fin —los menos—, han conseguido igualar obra y vida; nuestro Cervantes, por ejemplo, y tal vez los románticos ingleses Byron, Shelley y Keats. En el mundo del Derecho, y concretamente en el del Derecho hipotecario español, Morell y Terry sería el hombre cuyas obras superan su biografía hoy completamente desconocida y desdibujada; Bienvenido Oliver y Ramon María Roca Sastre, aquellos cuya biografía iguala a su obra, y don Jerónimo González, aquel cuya vida ha superado ampliamente a su obra.

En don Jerónimo la vida predomina claramente a su obra y no porque ésta se mantuviera en el marco de la mediocridad, sino por que aquélla alcanzó niveles poco comunes de honestidad y hombría de bien. Quienes conocieron a don Jerónimo nos han dejado, en efecto, un testimonio de admiración, respeto y veneración tan grande, que los que no le hemos conocido apenas podemos comprenderlo. Núñez Lagos (3), paradigma de esta estimación, en una emotiva evocación de don Jerónimo escribió: «Don Jerónimo ha muerto inédito. El hombre era infinitamente superior a su obra. Sus escritos son chispitas espontáneas, reflejos aislados de su talento y su cultura. Su obra no es la medida de su personalidad, como una astilla no mide el árbol. Hoy publicamos su obra; pero la obra no edita al autor. Don Jerónimo subsiste gigante, muy superior a su obra, en el corazón y en el recuerdo de los que frecuentamos su trato y discutimos mil y mil veces con él». Y esta opinión, tan sincera y emocionada, compartida por otros, como Díaz Pastor, Moro Ledesma, etc., no disminuye, en absoluto, la altura científica de sus obras escritas, pues en cuanto a éstas, otros insignes juristas, como Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (4), cuando se refieren a ellas y, concretamente, a sus

(2) CABALLERO, F., Prólogo a las obras escogidas de R. Rolland. pág. 24. Edit. Aguilar, México, 1966.

(3) NÚÑEZ LAGOS, R., *Don Jerónimo*, pág. 5. Tomo II de los *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, que reunían la obra de don Jerónimo González, publicados por el Ministerio de Justicia. Madrid, 1948.

(4) LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA, F.A., *Derecho Inmobiliario Registral*. Edit. Bosch. Barcelona, 1968, pág. 63.

artículos en torno a los principios hipotecarios, los califican como «una serie de excelentes artículos... sensacionales para su época».

En consecuencia, si don Jerónimo, que escribió dos o tres libros, entre ellos el primer tomo de un tratado de Derecho Hipotecario y mas de cincuenta artículos —la mayor parte publicados en esta Revista— y estos artículos han sido considerados como sensacionales, cabe preguntarse ¿cómo es posible que sus contemporáneos y sus amigos pudieran decir que murió inédito?

A contestar esta pregunta se dirigen, modestamente y de forma entrecortada, las líneas que siguen.

III

Don Jerónimo nació en Sama de Langreo, el 12 de febrero de 1875, un mes más tarde de aquel en que desembarcara, en Barcelona, el que había de ser el Rey Alfonso XII y que habría de iniciar la llamada Restauración monárquica y poner punto final a la breve, episódica y triste Primera República española. Aquellos años de la Restauración fueron un pequeño paréntesis de paz interior que sucedía a las turbulencias republicanas y precedía a los desastres del 98. España vivía aún un ruralismo exacerbado, y Sama de Langreo, como casi toda la nación, no era otra cosa que un pequeño municipio campesino que la minería del carbón había empezado a transformar en villa industrial, pero que todavía seguía imbricado más en lo rural que en lo minero o industrial. La explotación del carbón se había iniciado a partir de 1773, pero sólo muchos años mas tarde, más de un siglo después, llegaría a adquirir verdadera importancia para el desarrollo y la prosperidad económica del Valle de Langreo y de Asturias entera.

Don Jerónimo era el segundo de los ocho hijos de don Ramón González González y de doña Mariana Martínez de Villagarcía. El padre de don Jerónimo, don Ramón, era natural del concejo de Siero, y también él, segundón de una familia numerosa, por lo que al no ser llamado a suceder el patrimonio familiar hubo de buscarse la vida por su cuenta. Se fue a Sama de Langreo y entró a trabajar en un establecimiento comercial que era un poco de todo. Un colmado que era bar, tienda de comestibles, ferretería y talabartería. Un comercio mixto capaz de comerciar con cualquier cosa que pudiera ser comprado y vendido. Don Ramón fue, al principio, tan sólo un empleado, pero con los años llegó a ser el dueño del establecimiento, ampliando aún más, el ámbito de su negocio hasta constituirse en corresponsal del Banco Español de Crédito.

Don Ramón casó con doña Mariana Martínez de Villagarcía, una asturiana de ascendencia castellana. Su hogar fue una escuela de tolerancia, pues, como confesaba don Jerónimo a sus amigos, el padre era de ideas republica-

nas, mientras que la madre lo era de las carlistas por tradición y abolengo. La discusión familiar, no obstante, era pacífica y ordenada, nunca acerba o acre. Los dos cónyuges mantenían firmemente sus opiniones, pero los dos lo hacían con humorismo y equilibrio, buscando una satisfactoria síntesis basada más en la bondad y el cariño, que en la renuncia o el abandono de las posturas propias. El ejemplo de este respeto a las opiniones contrarias, enseñó al niño Jerónimo a ser tolerante y relativista en lo político, actividad en la que, por otra parte, nunca estuvo demasiado interesado.

Las primeras letras las estudió don Jerónimo en la Escuela Primaria de Sama de Langreo, escuela regentada, en aquel lejano entonces, por don José Bernardo Vázquez. Los años infantiles de don Jerónimo estuvieron muy influenciados por los primeros movimientos obreristas que tuvieron lugar en el Valle del Nalón. Las condiciones de trabajo de aquellos primitivos mineros, especialmente duras, ocasionaba frecuentes enfrentamientos con los patronos y estos enfrentamientos degeneraban luego en huelgas y turbulencias sociales que conmovían el valle entero. En el periódico *El Noroeste de Gijón*, un minero recordaba que cuando él había empezado a trabajar en 1870 «se entraba en la mina con el alba y cuando se abandonaba el trabajo era ya de noche. Una jornada que no bajaba nunca de catorce horas». Con aquella dura e interminable jornada a nadie podía extrañar que surgieran conflictos entre trabajadores y empresarios. De estos conflictos, el más extenso y duro fue el que tuvo lugar el 19 de abril de 1881: la «huelga de las cuatro pesetas», huelga llamada así porque los trabajadores reclamaban un salario de cuatro pesetas. Esta huelga la vivió don Jerónimo, entonces niño de seis años, en toda la intensidad y sorpresa. Era la primera huelga general de la minería asturiana y la novedad hizo que se suspendieran las escuelas; este hecho y la convulsión social que generó hizo que la misma no fuera olvidada nunca por don Jerónimo. Así años más tarde, en una charla que pronunció en el Colegio de Segunda Enseñanza de Sama (5) recordó muy vívidamente aquel día de

(5) El anuncio de aquella charla que se repartió como programa anunciador decía literalmente: Ateneo Popular de Langreo. Conferencia Pública. El próximo viernes (curiosamente no decía la fecha), a las siete de la tarde, y en el Salón de Actos del Colegio Oficial Subvencionado de Segunda Enseñanza de Sama, ocupará la tribuna del Ateneo el ilustre y distinguido langreano don Jerónimo González, Presidente de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Profesor de la Universidad de Madrid y de la Comisión de Reformas legislativas; que desarrollará el tema «Treinta años después». Debemos aprovechar esta ocasión para testimoniar a don Jerónimo, de una manera pública y ostensible, con el calor de nuestros aplausos —ya que su austeridad y modestia ha rechazado siempre todos los homenajes proyectados— la admiración, el cariño y la simpatía que nos produce su presencia en Sama y demostrarle nuestro agradecimiento por los beneficios recibidos constantemente públicos y privados y por el gran interés que toma en todos los problemas y asuntos de Langreo, poniendo al servicio de ellos toda su gran inteligencia, su enorme laboriosidad y su gran influencia.

1881, diciendo que jugando con otros compañeros, se subió a recoger una boina sobre el tejado de una capilla, la de San Juan, y desde allí, viendo a los mineros caminar hacia el Ayuntamiento para formular ante la autoridad municipal sus reivindicaciones, a fin de no perderse nada de lo que sucedía en la calle, permaneció sobre el tejado, olvidándose de la boina, hasta que el último de los huelguistas había pasado.

La casa donde vivió don Jerónimo sus años infantiles era un pequeño edificio adquirido por su padre en el año 1877, por la suma de 28.500 reales, pagados, con sacrificio, en moneda corriente de oro y plata. La casa, situada en el número 5 de la calle Carbonera, era modesta, pero suficiente para la familia y el negocio. Estaba compuesta de piso bajo y desván con su dormitorio. En la parte de la planta baja se ubicaba el establecimiento comercial y el resto estaba destinado a la vivienda de la familia. Era una casa de mil cuatrocientos cincuenta y dos pies cuadrados, muy céntrica y que además de su lindero principal a la calle Carbonera, tenía otros con la Plaza de Aguado y la calle del Correo, lo cual le concedía una excepcional situación para las actividades mercantiles de su propietario. Aquella pequeña casa fue el hogar de la familia durante muchos años y perteneció a ella durante muchos más —casi noventa—, hasta el año 1965, año en que fue vendida, agrupada con otra, a una inmobiliaria que la derribó para en su solar construir un nuevo edificio. Hoy ya no existe, pues el entrañable inmueble donde don Jerónimo pasó toda su infancia y adolescencia, aunque sí se puede reconocer aún su primitivo solar.

IV

Don Jerónimo estudió bachillerato en el colegio de Valdediós, un centro dirigido por la orden religiosa del Císter. El colegio había empezado a funcionar algunos años antes —en 1862— en un pequeño valle asturiano, muy cercano a Villaciosa. El lugar era verdaderamente idílico y excepcional por su hermosura y paz bucólica. Un pequeño arroyo aún sin contaminar, entre praderas verdes, manzanos y castañedos. Una iglesia prerrománica, la de San Salvador, mandada construir por el Rey Alfonso III el Magno en el año 893, cuando era monarca del Reino de Asturias. Otra, la de Santa María, fundada por el rey Alfonso IX unos años después de la batalla de la Navas de Tolosa, en 1218, y unida a esta última, un monasterio de la orden del Císter. No podía pedirse mejor entorno para una educación escolar si además, como sucedía en aquel caso, existía una buena biblioteca y unos enseñantes vocacionales. Don Jerónimo recibió allí una profunda formación humanista, formación que se refleja en muchos de sus escritos, en los que se observan continuas citas de autores latinos —Gayo, Ulpiano, Paulo, Juliano— y medievales —Heinecio, Domingo Soto y su tocayo el español y aun poco conocido Jerónimo Gonzá-

lez— utilizando con soltura las distintas variedades del idioma latino usado por cada uno de ellos.

Durante aquellos años escolares, don Jerónimo leía toda clase de libros y todos le interesaban e incluso escribía reflexiones propias sobre temas culturales y humanos, muchas de ellas publicadas en pequeños periódicos de su lugar de nacimiento. Así, en el periódico *El Porvenir* de Langreo, en el número extraordinario de 7 de enero de 1905, don Jerónimo se refirió a estos primeros años de su vida y, sobre todo, a las costumbres observadas en su lugar natal (6) en un interesante artículo lleno de nostalgia en el que decía «Me estoy viendo salir de misa mayor tarareando villancicos y calculando por los dedos los aguinaldos *en puerta*, y me estoy viendo emprender una carrera, relativamente veloz, sobre las inseguras madreñas, al oír el tambor de la comedia, que ningún guaje confundiría a veinte leguas con el de Josepán, y el ruido de los cencerros que se han vendido en la plaza del caño».

El acontecimiento a que se refería don Jerónimo era la acendrada costumbre existente en su lugar de nacimiento que hacía que todos los años durante las fiestas de Navidad y Reyes se representaran, en la vía pública y en el campo de la Iglesia, «comedias escritas y representadas por los hijos del pueblo alusivas a cuestiones y personajes de la localidad». A juicio de don Jerónimo, estas comedias habían sido «envueltas en tan secos pañales como la india, la griega y la española, habiendo nacido todas de las representaciones religiosas y autos sacramentales con que se solemnizaban las grandes fiestas anuales».

Pasados muchos años desde su partida de Sama de Langreo, don Jerónimo, miraba aquellas comedias con ojos nuevos y sentía «de veras no haberlos puestos en ellas con mayor cuidado». Sin embargo, este juicio no era del todo exacto, pues al referirse a ellas en su artículo periodístico, efectuaba un certero y profundo análisis explicando su origen, su trama más habitual y el género de verso utilizado, puntualizando respecto a éste, que era el romance octosílabo, pues «nuestras antiguas Crónicas, el mismo principio del Quijote, la poesía popular que se desarrolló paralelamente al mister de clerecía, derrocharon versos de ocho sílabas con asonancia en los pares, y las tradiciones asturianas fosilizaron tal mecanismo, doblando en algunos casos excepcionales la rima y la frase, como en la danza prima de Mieres» y señalaba algunos ejemplos en los que se empleaban algunas combinaciones diversas, para luego comentar otros entre humorísticos y burlones. Así citaba los que recogían la controversia, todavía muy acerba en el entorno langreano, entre carlistas y republicanos: la misma controversia que él había vivido en su hogar infantil, aunque no con la misma acritud.

(6) En este mismo número del periódico aparecía también un artículo del distinguido profesor de la Universidad de Oviedo, colaborador también en los primeros números de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, don Rafael Altamira.

Estos versos decían así:

*Tengo una boina blanca
que la tengo que teñir
de sangre republicana:
Soy carlista hasta morir.*

Junto a este breve ejemplo, don Jerónimo añadía otros en los que el comentario que hacía a lo rústico de muchos de los versos usados esta tan lleno de burla y dobles intenciones que hacen su lectura deliciosa. Escribía don Jerónimo, por ejemplo, «Yo no diré que sea precisamente del *Paraíso Perdido*, o de la *Divina Comedia* la hipérbole aquella:

*Sal minero de la mina
más mayado que un tomate
mas negro que los degorrios
cuando tomen chocolate.*

pero sí que puede figurar en una farsa de Quevedo la mordaz sátira contra el lujo y sus derivados:

*Vosotras nun vais al muro
ni a los cribos de contrata
heredar non lo heredaistes
decidme ¿de onde se saca?*

Al final del artículo exhortaba a los langreanos a hacer comedia y a presenciarla, y les decía. «Ruego a los langreanos de buena voluntad y amantes de los honestos esparcimientos que den comedia o recuerden, por lo menos, las palabras del ingenioso hidalgo que a modo de saludo dirijo a los comediantes del Valle: “Andad con Dios, buena gente, haced vuestra farsa y mirad si mandáis algo en que pueda seros de provecho, que lo hará con buen ánimo y buen talante, porque desde muchacho fui aficionado a la carátula y en mi mocedad se me iban los ojos tras la farándula”».

V

Terminado su bachillerato, don Jerónimo estudio Derecho en la Universidad de Oviedo y fue alumno de ilustres profesores cuya impronta no llegó a olvidar en toda su vida: Leopoldo Alas, Adolfo A. Buylla, Adolfo G. Posada, Fermín Canella y Félix de Aramburu.

(7) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Las cosas fungibles». *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit. pág 178, tomo III.

Así, don Jerónimo recuerda a Leopoldo Alas muy emotivamente en su conferencia sobre «Las cosas fungibles» (7) en la que cuenta la siguiente anécdota personal: «Con el escaso bagage de un mal estudiante, se hallaba el autor de estas líneas, a fines del siglo pasado, ante el Tribunal de Licenciatura, en el segundo de los ejercicios, teórico y oral:

—¿Es lo mismo cosa fungible que cosa consumible? —me pregunto uno de los jueces, don Leopoldo Alas, Clarín.

—El Código las confunde —respondí, sin duda en un momento de inspiración

—El Código y muchos autores —replicó el crítico.

Al volver sobre la materia un poco más documentado quiero dedicar este modesto recuerdo al querido maestro que tanto ha influido sobre mis estudios y sobre mi vida espiritual».

Y en otro de sus trabajos, «El problema de la contratación» (8), vuelve don Jerónimo a hablar de Leopoldo Alas, y esta vez le llama «inolvidable maestro».

Con Adolfo A. Buylla, don Jerónimo, además de su relación maestro-alumno de la época universitaria, coincidió en dos momentos importantes posteriores: en la Universidad Central, en la que el primero fue catedrático a partir de 1905 y don Jerónimo profesor auxiliar a partir de 1907, y en el Ateneo de Madrid, donde el primero fue además de socio, Presidente en los años 1922 y 1923 y el segundo, además también de socio, asiduo conferenciante. Adolfo A. Buylla, además de insigne jurista y economista, desarrolló una importante labor pedagógica y muchas de sus ideas, compartidas también con Alas y todo el grupo krausista de la Universidad de Oviedo fueron asumidas por don Jerónimo en su actividad docente (9).

Con Adolfo Posada, don Jerónimo formó también claustro universitario en la Central y además compartió Tribunal en las oposiciones a Registradores de la Propiedad en 1930, época en que don Jerónimo era subdirector de la Dirección General. Don Jerónimo nunca olvidó a Posada y así es habitual encontrar en las citas que efectúa de las obras de Ihering la referencia a que su traductor había sido Posada, al que en alguna ocasión llama cariñosamente «nuestro Posada».

(8) GONZÁLEZ, J., «El problema de la contratación». *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit. Tomo III, pág. 281.

(9) Vid. sobre las ideas pedagógicas de Buylla y Alas, ROMERO VIETEZ, M. A. «Don Jerónimo González, su influencia en el Derecho Privado Español», *Revista de Derecho Notarial*, LXXXVII, enero-marzo 1975, y el discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1901-1902 dedicado a la memoria de Leopoldo Alas, «Clarín», por don Adolfo Buylla (Servicio Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1986), y respecto a las de don Jerónimo, su conferencia sobre los «Métodos Jurídicos», ob.cit., tomo III, pág. 134.

Fermín Canella fue el profesor de Derecho Civil de don Jerónimo. Canella, catedrático un poco excéntrico, era oriundo, como don Jerónimo, del Valle del Nalón, y del que seguramente éste, más que Derecho Civil, aprendió a amar todavía un poco más a la tierra en que nació, pues Canella dedicó, casi monográficamente, sus estudios a hacer una historia de la Universidad de Oviedo, de la ciudad de Oviedo y de Asturias.

Félix Aramburu fue un ilustre penalista a quien Valentín Silva —otro catedrático de aquella Universidad, si bien algunos años más tarde— calificó como profesor, penalista y poeta romántico (10). Félix Aramburu fue rector de la Universidad y senador y adquirió fuerte renombre en su época como defensor de las ideas del correccionalismo, en la misma línea que Concepción Arenal y, por tanto, crítico de la escuela positivista italiana. Don Jerónimo se dejó llevar de las ideas de este penalista y, aunque a lo largo de sus obras no se encuentra ninguna cita de él, es lo cierto que al elegir su tesis doctoral debió acordarse de su viejo maestro, pues, como hemos de ver, eligió como tema «el delito». Tema y materia de la que nunca más volvió a ocuparse.

Cuando concluía el período lectivo en Oviedo, don Jerónimo regresaba a su lugar habitual de residencia y gustaba de conversar con sus paisanos y discutir de cualquier cuestión jurídica, política o literaria que pudiera presentarse. Unas veces estas discusiones servían para iniciar luego alguna reflexión jurídica, como la que efectuó en su artículo «Los métodos jurídicos» cuando escribió (11): «En una sala de billar, después de comer, me indicó un amigo, no sé si por plantearme un problema, que un abuelo suyo pesaba en su taller la mercancía que vendía, hasta 40 libras en una balanza ordinaria en la que empleaba cuatro tan solo, es decir, que todos los números enteros entre 1 y 40 los obtenía colocando en uno u otro platillo las pesas en cuestión...». Tomando esta cuestión luego como punto de partida, después de encontrarle la solución matemática, don Jerónimo construía una teoría jurídica. En ocasiones, sin embargo la discusión no se planteaba de manera tan sencilla, y así don Jerónimo nos cuenta el desespero que suponía, muchas veces, para él no encontrar las fórmulas o los argumentos que pudieran cerrar aquellas conversaciones, y así escribe que: «de vuelta a mi pueblo en las vacaciones académicas, debía conceder beligerancia en el casino de la botica a ingenieros, médicos, farmacéuticos y personas letradas, que discutían sobre cuestiones de Estado con una suficiencia muy superior a la mía, y me encontraba hostigado y acorralado por los argumentos de quienes, sin tener ni siquiera las escasas ideas que yo me figuraba haber recogido en Aristóteles, Platón, San Agustín,

(10) SILVA MELERO, V., *Un ovetense, profesor y poeta romántico*. Edit. Instituto de Estudios Asturianos. Oviedo, 1.952

(11) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 114.

Santo Tomás, Moro, Campanella, Wolf y Krause, sacaban del fondo de su buen sentido más fruto que yo de mis clásicos» (12).

Don Jerónimo era una mente de gran curiosidad, pero no de una especialización precoz y por ello no fue un estudiante especialmente brillante. Su vocación era más bien matemática que jurídica; su afición más literaria y humanista que normativa; su atención más a todo en general, que a algo en particular. El mundo del Derecho le parecía importante, pero no suficiente. Su espíritu lógico no encontraba en él, ni el placer atrayente, ni la aporía subyugante como para dedicarle toda su atención. De todo el Derecho las dos asignaturas que captaron mas su interés las constituyeron la Filosofía del Derecho, por su carácter abstracto y el magnetismo que irradiaba su profesor: don Leopoldo Alas; y el Derecho penal, por su inclinación a lo mas oscuro de la personalidad humana, y por lo romántico y atractivas que resultaban las explicaciones de su profesor don Félix Aramburu.

VI

Concluidos sus estudios universitarios, don Jerónimo en 1897 efectúa un curso de doctorado en la Universidad de Madrid, donde leyó también su tesis doctoral. En el Archivo de aquella Universidad se encuentra su expediente de Grado de Doctor en Derecho. En el acta de 10 de julio de 1897 se dice que «El aspirante ha elegido con esta fecha, del cuestionario aprobado al efecto, el tema número... (no consta el número) que dice así “El delito”». Dos días después se dice en el expediente, que el aspirante verificó la lectura de su discurso y después de contestadas las observaciones efectuadas por los jueces, obtuvo la calificación de sobresaliente.

La Tesis Doctoral que leyó don Jerónimo en la Universidad de Madrid ha desaparecido y en sus archivos solo consta la fecha en que fue leída y el tema a que estaba destinada, sin que se sepa tampoco quién fue el director de la misma, ni el inspirador de su tema, aunque no parece necesario ser un adivino para estimar que tanto uno como otro hubiera sido don Félix de Aramburu el antiguo profesor del doctorando.

VII

Ya Doctor en Derecho, don Jerónimo se enfrenta a la necesidad de elegir un ejercicio profesional. Sus primeras experiencias lo fueron como Fiscal

(12) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 113.

Municipal, primero suplente y luego en propiedad, en el Juzgado de Langreo —años 1899 a 1901— simultaneando esta actuación jurídica con la docencia de matemáticas. En 1901 abandona don Jerónimo esta primera actuación profesional y es nombrado Secretario de la Cámara de Comercio de Gijón, cargo a cuyo frente estuvo hasta 1903.

En esta etapa gijonesa, don Jerónimo, coincidiendo con un Concurso de Orfeones y Bandas de música, publicó en los periódicos de la villa algunos artículos de crítica sobre las distintas actuaciones de los concursantes. En estos artículos, junto a una fina sensibilidad musical, mostró una pluma ágil y una crítica tan acertada y, a veces tan mordaz, que, junto a la curiosidad, originaron polémica y discusión, pero que, desgraciadamente, como sucede habitualmente con lo que se publica en los periódicos, su texto se ha perdido y sólo queda testimonio de los mismos en la memoria de quienes los leyeron.

Por algún tiempo, don Jerónimo pareció conforme con su ejercicio profesional, pero enseguida sintió que su actividad en la Cámara de Comercio y sus esporádicas colaboraciones literarias no colmaban por completo sus apetencias y sus aspiraciones, por lo que abandonó su vida gijonesa y su ocupación y, por un tiempo, ensayó ayudar a su familia en los negocios. De esta etapa, sin demasiadas noticias, muchos años más tarde, cuando ya era un prestigioso y conocido jurista, don Jerónimo confesaba burlonamente que en su juventud «hasta había estado a punto de ser banquero» (13).

Estas actividades profesionales tan diversas y heterogéneas eran consecuencia de las contradictorias inquietudes que sentía su actor, pues todo le interesaba, y como nos dice Núñez Lagos (14), de su tiempo en la Dirección General, «discutía de todo lo divino y lo humano». Esta diversidad de inquietudes le suponía también, como no podía ser menos, evidentes perplejidades a la hora de determinar y fijar su verdadera vocación.

Fueron estos años de Langreo y Gijón los años oscuros de don Jerónimo. Los años en el que su vocación no estaba definida y su dedicación era un poco errática. Se sentía insatisfecho con su profesión de jurista, pero no porque ésta le resultase de importancia menor, sino más bien porque, buscando siempre la exactitud del razonamiento que había encontrado en la ciencia matemática, la argumentación jurídica, que nunca alcanzaba certidumbres, ni exactitudes, sino decisiones razonables, le dejaba un amargo sabor en la boca y un principio de decepción en el espíritu.

De esta época y de sus entusiasmos matemáticos y su escasa vocación jurídica confesó don Jerónimo que «como natural de un distrito minero en donde la explotación de las capas, la preparación y beneficio de los minerales

(13) DÍEZ PASTOR, J.L., «Don Jerónimo». *Rev. Der. Priv.* Nov. 1946, pág. 54 y ss.

(14) NÚÑEZ LAGOS, R., *Ob.cit.*, pág. 6

y los problemas de transporte absorbía la atención de los intelectuales, y donde el contacto con los Juzgados parecía, en cierta manera, bochornoso, y acaso por una especial disposición especial para las ciencias exactas, que contrastaba con la poquísima afición a las jurídicas, siempre fui fácil a los entusiasmos matemáticos, e inclinado a hacer comparaciones entre los alenadores resultados a que conducen los cálculos matemáticos y la confusión que en el ánimo producen las investigaciones sobre cualquier punto de derecho» (15), y en otro momento se preguntaba «¿Se presta el Derecho, lo mismo que las Matemáticas, a un seguro laboreo, a una investigación firme a un razonamiento indestructible que permita avances científicos sin temor a que las conmociones de la opinión derrumben las penosas edificaciones elevadas? ¿O estamos en un campo abierto a todos los pareceres y hemos de luchar en iguales condiciones con los ingenieros y los médicos, con los literatos y los periodistas? Ante la idea de que la especialización, tras largos años de estudio, de nada sirviera, momentos hubo en que me parecía un verdadero deber el aconsejar a mis compañeros que no gastasen el tiempo en perfeccionar su técnica y que se dedicasen al estudio de la apertura del juego del ajedrez o del gambito de Evans» (16).

VIII

Don Jerónimo, en aquellos primeros años, hubiera deseado construir una ciencia jurídica, como seguramente nunca podrá serlo y como, probablemente, tampoco debiera serlo: como una disciplina en la que no hubiera lugar ni para las opiniones, ni para las especulaciones teóricas. Una ciencia en la que sólo las deducciones y los razonamientos pudieran ocurrir. Una ciencia que construyera sus verdades sobre hechos incontestables y que permitiera imponer sus hallazgos al hombre de la calle no especialista (17), con razonamien-

(15) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Métodos Jurídicos». *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 114.

(16) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Métodos Jurídicos». *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 115.

(17) Parecía haber una fijación en el pensamiento de don Jerónimo, una fijación procedente de sus años juveniles pasados en Sama de Langreo, que le hacía razonar en contra de los ingenieros y médicos, pues en tres ocasiones en el mismo artículo sobre los métodos jurídicos (*Estudios de Derecho Civil y Derecho Hipotecario*, cit., tomo III, págs. 113, 115 y 125) alude a ellos y a su intromisión en temas jurídicos, en los que terciaban siempre argumentado como si fueran especialistas. La razón que justificaría esta fijación sería, seguramente, de naturaleza sociológica, muy relacionada con la clase de sociedad dominante en Sama de Langreo en la época de juventud de don Jerónimo, que estaba constituida principalmente por miembros de aquellas dos profesiones. En esta misma idea, es decir en la que se encontraba el jurista de contestar a las argumentaciones jurídicas de

tos y evidencias indubitadas. Por perseguir este ideal, don Jerónimo se revolvía contra esa otra servidumbre y miseria que soportan todos los juristas de tener que escuchar, respetar y contradecir las opiniones de los legos y los aficionados. El Derecho y sus limitaciones y la matemática y su exactitud luchaban en su espíritu, queriendo imponer las reglas de la segunda a la ambigüedades de la primera. Era una utopía y, además, una utopía nada deseable, porque el Derecho no puede estar alejado del hombre de la calle y de sus contradicciones, pues el sentimiento social de justicia ha de orientar la decisión y el razonamiento y sin escuchar a aquél nada puede ser fraguado en la soledad de las bibliotecas o en la lógica del pensamiento puro. El Derecho es para el hombre y para la vida del hombre. Alejarlo de la vida y constituirlo como un saber exóterico cerrado para la sociedad es olvidar su objetivo mismo y la razón y el fundamento de su existir.

El pensamiento juvenil de don Jerónimo suena hoy como algo quimérico, como un atisbo de lucidez plagado de sombras de logicismo y axiomatización. Un derecho para «juristas», un derecho de rigurosa perfección formal, gran precisión de conceptos, perfecta definición de los procesos deductivos y puntillosa exactitud lógica en las conclusiones. Un Derecho de profesores desconectado de la vida. Un Derecho, seguramente, olvidado de la justicia y, probablemente, privado de su continua comparación con aquella, si aceptar sus postulados y exigencias obligara a abandonar el rigor formal del razonamiento.

Este sueño matemático de la exactitud le dura a don Jerónimo hasta los años 1909 y 1910, «Los años de su conciencia de estudiante» (18) y lo supera totalmente en 1930, cuando empieza a reflexionar sobre el verdadero método jurídico, pues entonces, al exponer el pensamiento de Stammler, se muestra ya muy crítico con el modelo matemático y nos dice que el profesor alemán «nos eleva a las abstracciones algebraicas desde donde apenas sí distinguimos la exuberante vida social» (19), y todavía más, cuando refiriéndose a Kelsen, apunta a que el aire se hace mas irrespirable si con el profesor vienés «depuramos la ciencia jurídica de toda influencia finalista y de toda base sociológica para construir la teoría pura del derecho como una geometría jurídica»... porque «con este método inmaculado de investigación se relega al campo de lo metajurídico cuanto habla al corazón en la tradición de lo pasado y en las esperanzas del porvenir» y ante este aire irrespirable de la teoría pura del

los no especialistas, don Jerónimo cita también, pero ya sólo ocasionalmente, al «hombre de la calle» (pág. 121), a los periodistas (pág. 115), a los socialistas (pág. 115) y a los farmacéuticos (pág. 125). Todas estas páginas se refieren a la misma obra y mismo lugar citado en esta misma nota.

(18) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Metodos Jurídicos», *Estudios de Derecho Hipoteca-rio y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 114.

(19) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Metodos Jurídicos», *Estudios de Derecho Hipoteca-rio y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 124.

Derecho, se adhiere, don Jerónimo, al pensamiento de Radbruch de que «La cultura de un pueblo en un momento dado de su vida se halla constituida por su arte, por sus conocimientos y convicciones, por sus instituciones y técnica, y en esta fórmula integral el Derecho representa la tendencia hacia la encarnación de la justicia» (20).

Despierto del sueño matemático, a pesar de todas las dudas, vacilaciones y pesimismos iniciales; despierto también, de su inicial pesimismo metódico y de su escepticismo en torno a la ciencia jurídica y un poco cansado, además, de haber dedicado la mayor parte de su vida al estudio del Derecho Hipotecario, don Jerónimo llega a la esperanza y nos dice como confesión sincera al pronunciar su conferencia sobre los métodos jurídicos, que, no obstante, todas sus suspicacias primeras, la comprensión de las dificultades que conlleva el conocimiento jurídico, la evidencia de las dificultades que comportan sus continuas aporías, la imposibilidad de referir al Derecho un conocimiento semejante al propio de las ciencias positivas y el hecho de no existir una metodología aceptada unánimemente, al elegir como tema de su conferencia «un tema enfocado sobre los métodos jurídicos, os doy, sin embargo, la prueba de que no desconfío, o mejor dicho, de que no desespero de hallar la vía» (21) que pueda dar la solución a todos los problemas jurídicos que hoy se presentan como difícilmente resolubles.

Y ya en esta nueva vía de alumbramiento manifiesta que es fácil «distinguir a *grosso modo* la intuición jurídica de la emoción estética y de la verdad lógica, pero se necesita meditar profundamente para poner de relieve las deformaciones que un exagerado logicismo, o el desenvolvimiento artístico, introducen en la creación, aplicación o desenvolvimiento del Derecho. Lo justo y lo lógico son categorías distintas que, si en algunos momentos y por virtud de la positividad o promulgación del precepto jurídico, parecen marchar por el mismo cauce, viven siempre en planos diferentes y llegan, en ocasiones, a consecuencias contradictorias» (22).

Desde ese momento, ya nunca más don Jerónimo buscó una identidad entre los métodos matemáticos y jurídicos y sin llegar tampoco a la afirmación lapidaria de Ihering de que «el culto de la lógica degrada a la jurisprudencia a una especie de matemática» (23) enfocó su metodología, sucesiva-

(20) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, loc. ult. cit.

(21) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, loc. ult. cit.

(22) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Jurisprudencia constructiva», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo III pág. 135.

(23) La cita proviene del mismo don Jerónimo en su obra «Una nueva manera de enfocar los problemas hipotecarios». *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit. tomo III, pág. 265.

mente, a la precisión y determinación de los conceptos, a la delimitación de los intereses y a no olvidar nunca el fin al que se orienta el Derecho y sus normas (24), aunque los entusiasmos matemáticos iniciales y su sólida formación le llevaron a utilizar, a menudo, comparaciones matemáticas, científicas e incluso astronómicas en sus estudios jurídicos.

IX

En 1906, don Jerónimo solicita tomar parte en las oposiciones convocadas para proveer plazas de auxiliares letrados en la Dirección General de los Registros y del Notariado y en 1907 obtiene el número uno de la oposición. Era Ministro de Justicia don Juan Armada Losada, marqués de Figueroa, y Director General de los Registros don Carlos González Rothvoss.

Jerónimo González Martínez con ese nombre y esos apellidos tan comunes resultó un completo desconocido ante el Tribunal de Oposiciones, desconocimiento que creó gran perplejidad porque, a diferencia de lo vulgar y común de sus señas identificadoras, sus ejercicios fueron muy brillantes por la solidez de sus construcciones, la claridad de los conceptos y la firmeza de su exposición. Además, y superando lo anterior, lo que causó todavía más extrañeza fue su muy reconocible acento asturiano y que, una vez efectuado el último ejercicio, desapareciese completamente de Madrid y resultara imposible conocer su paradero, e incluso comunicarle que había sido aprobado con el número uno. Nadie sabía dónde estaba, ni dónde, ni cómo podía ser localizado. Había sido como un desconocido que aparecía un momento para exponer unos temas y efectuar unas pruebas y que después se desvanecía sin dejar rastro. Había sido como una aparición que nada más aparecer desaparecía. El misterio, sin embargo, fue pronto explicado: don Jerónimo, consciente de la bondad de los ejercicios hechos y la certeza de su éxito, se había tomado unas vacaciones y las había aprovechado para contraer matrimonio con doña Guadalupe Velasco, una joven perteneciente a una familia de la alta burguesía gijonesa; una de esas familias que, en el reducido núcleo de la sociedad de la villa, se consideraba especialmente relevante.

(24) El pensamiento de don Jerónimo parece un paradigma del mismo pensamiento de Ihering y sigue la misma evolución que éste desde la jurisprudencia de los conceptos a la jurisprudencia de los fines y que Ihering expresa en su obra *Bromas y veras en la ciencia jurídica* (versión esp. Edit. Civitas, Madrid, 1987, nota pág. 43), al decir que «ya en mi *geist des romanischer rechts* blandí la lanza contra el “culto a la lógica”, que transforma la ciencia jurídica en una especie de matemática y señalé, dando algunos ejemplos significativos, lo insana que es esa orientación. Mi obra *El fin del Derecho* tiene por única finalidad poner de relieve la concepción práctica del derecho frente a la jurídica formal y la filosófica-apriorística».

Frente al rango social de Guadalupe, don Jerónimo, todavía un desconocido, natural de un lugar aun mas pequeño y más rural, era un perfecto «don nadie», un empleado, un hijo de comerciantes de pueblo. Así, cuando en los círculos restringidísimos de amistades familiares, se preguntaba con quién se casaba Guadalupe, sus miembros, con un toque de benevolencia y altanería y casi también de vergüenza y resignación, usando ese matiz un poco despectivo del *bable* gijonés, solían contestar: «con un de Sama», indicando que era un desconocido, sin ningún *pedigree* procedente de Sama de Langreo.

Don Jerónimo no olvidó nunca este apelativo y cuando era Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, o Subdirector de los Registros y del Notariado, él mismo, con la socarronería propia de su carácter astur, solía denominarse en los círculos familiares, como «un de Sama», tanto por no concederse la importancia que merecía como por broma y burla.

La vocación del joven don Jerónimo, una vez letrado de la Dirección General, se fija completamente y en adelante se concreta en el universo jurídico y dentro de él en el Derecho hipotecario.

El Derecho hipotecario, Derecho formal, era un Derecho casi arcano para el jurista tradicional de la época, como lo era la matemática para el hombre de la calle y para el jurista. El Derecho hipotecario era un derecho difícil —más difícil antes de don Jerónimo que después de él— que había de iniciarse desde unos principios básicos y firmes; que exigía claridad de pensamiento e inclinación hacia la exactitud del razonamiento (25). Un Derecho con vocación de rigor formal, y por ello mismo un Derecho que se adaptaba, especialmente, a las inquietudes y también las aptitudes de don Jerónimo. El Derecho hipotecario presentaba además, como atractivo, ser un Derecho en formación —al menos en nuestro país— casi desconocido en las aulas universitarias y muy ignorado en los foros jurídicos; un Derecho que exigía una dedicación completa y que, ante la ausencia de buenos libros escritos en español, y de profesores capacitados y conocedores, obligaba a un autodidactismo difícil de superar, porque los textos que podían ser consultados estaban escritos en idioma alemán y los principios que debían aprenderse procedían también del Derecho germánico.

(25) LA RICA, R., en la conferencia «El Registrador de la Propiedad. Presente y futuro de la propiedad registral» pronunciada en el Paraninfo de la Universidad de Oviedo el 4 de marzo de 1955, luego publicada en el libro *Homenaje* editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1976, pág. 533, lo denominó «el álgebra del derecho».

X

Don Jerónimo, cuando inició su estudio del Derecho hipotecario no sabía alemán, ni tenía tampoco demasiado conocimiento de las obras de los autores germanos; su curiosidad por uno y otros se originó en los años posteriores a la primera guerra mundial, época en la que tuvo ocasión de adquirir una biblioteca compuesta en su mayor parte de obras de autores alemanes, entonces un poco proscritos del saber científico por su gran derrota en la contienda bélica. No saber alemán suponía una tentación y un reto. Una tentación a la que don Jerónimo sucumbió inmediatamente y un reto que asumió también con todas sus consecuencias y se propuso superar.

La historia cuenta que Bertran Russell aprendió español sólo para leer *El Quijote* y que Unamuno aprendió danés para leer a Kierkegaard y Teodoro W. Adorno (26), de sí mismo, escribe que perfeccionó su inglés leyendo las novelas policíacas de Agatha Christie. Pues bien, don Jerónimo lo hizo todavía más difícil: aprendió alemán, a los cuarenta años, leyendo el *Grundbuchrecht* de Obernet, que además de estar escrito en el idioma tedesco, referirse a la materia hipotecaria estaba escrito, según dice Díez Pastor (27), en un alemán farragoso y difícil. Pero no contento con esta proeza, de la misma manera tan autodidacta e iconoclasta aprendió también inglés y francés, y así, su hijo Casimiro (28) nos recuerda que leía fluidamente cuatro idiomas: francés, alemán, inglés y latín (aparte, naturalmente del español) y que su biblioteca, constituida por dos grandes habitaciones llenas de libros hasta los techos y con muchos otros apilados sobre el suelo (29), estaba constituida por libros en los cuatro idiomas y no sólo de Derecho, sino también de ciencias, de literatura y de arte, entre los que se encontraba un ejemplar, de finales del siglo XIX, de la Enciclopedia Británica.

Don Jerónimo, como casi todos los grandes sabios, amaba la verdad y tenía una gran honestidad científica. No era nunca autoritario en el sentido de querer imponer sus opiniones por su autoridad moral o por su mayor conocimiento, sino que pretendía convencer por la fuerza de la razón y la argumentación lógica y por ello sometía su criterio a continua discusión. En el ámbito científico, Núñez Lagos nos dice, que don Jerónimo «buscaba la verdad ante todo, como el Reino de Dios, y envuelto en una mística voluptuosidad dialéctica de pro y contra, de *sic et non*, quedaban muchas veces no

(26) ADORNO, T.W., *Terminología filosófica*. Versión española, Edit. Taurus, Madrid, 1976, pág. 27, vol. I.

(27) Díez PASTOR, J.L., Ob.cit., pág. 803.

(28) GONZÁLEZ VELASCO, C., «Aspectos humanos de mi padre, Jerónimo González (Consideraciones apasionadas)». *Boletín C. Abogados de Oviedo*, 1973, pág. 80.

(29) La biblioteca de don Jerónimo, a consecuencia de los tristes avatares de la Guerra Civil española, desapareció por completo.

muy bien paradas sus propias opiniones y escritos. Jamás mezcló el amor propio en la discusión» (30); y en el ámbito familiar, su hijo don Casimiro cuenta que «gustaba..., en la época que estaba en el Tribunal Supremo y cuando tenía asuntos en los que estaba interesado o le preocupaban, plantear el problema a sus hijos... Buscaba en aquel contraste con unos pareceres mucho menos enterados que el suyo... primero educarnos a discurrir y a considerar y, en segundo lugar..., la visión del profano, porque sabía, como hombre prudente, que la visión del profesional a veces está deformada por un exceso de profesionalismo» (31).

XI

En 1908 don Jerónimo intervino, activamente, en la elaboración de la Ley Hipotecaria de 1909 y fue nombrado además profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, puesto que desempeñó durante muchos años, sin llegar nunca a ser catedrático, pues siguiendo el sino de otros ilustres personajes de nuestro país —de los que puede ser un paradigma el doctor Marañón—, aun formando parte del claustro universitario, nunca se le otorgó el máximo galardón de la enseñanza.

En sus primeros años de docente universitario, don Jerónimo fue un poco profesor itinerante de todas las disciplinas, supliendo las ausencias de todos. Así, entre las diversas asignaturas que enseñó en 1917-1918 explicó el curso de Derecho Romano; con el tiempo, sin embargo, su actuación se concretó en ser auxiliar de don Felipe Sánchez Román en la cátedra de Derecho Civil. Dando clases, pero sin ser nunca catedrático, sus explicaciones gozaron de esa virtud tan difícil en los profesores que es la de entretener, cautivar y enseñar. Su labor como pedagogo estaba basada en «que la enseñanza fuera ante todo una amistad, un lazo espiritual, una corriente de ideas y también de afecto, que vaya del profesor al discípulo y vuelva al profesor y jamás se reduzca a un puro mecanismo, cuya única fuerza motriz fuera la autoridad cayendo desde lo alto» (32). Este era, en definitiva, también el ideal krausista de la educación, defendido por sus antiguos profesores A. Buylla y G. Posada, ideal que don Jerónimo practicó siempre según nos dicen sus alumnos (33) y que él mismo expresó al escribir que el método de enseñanza y la actuación del profesor debía estar «supeditado a las necesidades de llevar al ánimo del

(30) NÚÑEZ LAGOS, R., Ob. cit. pag. 6.

(31) GONZÁLEZ VELASCO, C., Ob. y loc. cit.

(32) Las palabras anteriores son de Clarín en su discurso de inauguración del año académico de 1903 en la Universidad de Oviedo.

(33) VIEITEZ, M.A. Ob. cit. pág. 360.

alumno, con sistematización rigurosa y con el mínimo de vacilaciones, la densa y a veces incierta materia jurídica, ha de sacrificar al plan de exposición la inconexa objetividad; a la claridad, la minuciosa exactitud; a la probabilidad de un buen rendimiento, las atrevidas investigaciones, y a la función docente, la originalidad del profesor» (34).

XII

Las aficiones de don Jerónimo tuvieron siempre un gran paralelismo con las del gran jurista alemán Rudolf von Ihering. A ambos les gustaron las cuestiones artísticas y, sobre todo, la música (35). Ambos fueron eclécticos en la metodología y sinceros en el reconocimiento de los valores de quienes no compartían sus ideas o defendían otras diferentes. Ambos siguieron una evolución semejante de pensamiento que les llevó desde la jurisprudencia de los conceptos a la jurisprudencia de los fines, evolución que Ihering expresó en su obra *Bromas y veras en la ciencia jurídica* (36), escribiendo que «ya en mi *geist des römischen rechts* blandí la lanza contra el culto a la lógica que transforma la ciencia jurídica en una especie de matemática y señalé, dando algunos ejemplos significativos, lo insana que es esa orientación. Mi obra *El fin del derecho* tiene por única finalidad poner de relieve la concepción práctica del Derecho frente a la jurídica formal y la filosófica-apriorística».

Don Jerónimo, muy expresivo en los párrafos que dedica a esta evolución de Ihering en su artículo «Una nueva manera de enfocar los problemas hipotecarios» (37), nos dice que la conversión de Ihering «lejos de reflejar el entusiasmo y la fe del iluminado por la gracia, deja relampaguear los antiguos amores y aficiones», y en la bromas y ridiculizaciones que dedica a la jurisprudencia constructiva en su obra *En el paraíso de los conceptos*, «el lector adivina, bajo la irónica exposición, la amarga memoria del enamorado que ha visto desvanecerse sus esperanzas». La manera de escribir don Jerónimo su comentario sobre Ihering —más bien melancólica que irónica— y el examen de su propia trayectoria personal, desde el entusiasmo matemático y el desengaño jurídico hasta la resignación de la lógica de lo razonable y la jurisprudencia de finalidades, nos permite imaginar que, aunque lo refiera a Ihering, en el fondo, probablemente, estuviera pensando también un poco, en sí mismo.

(34) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Métodos Jurídicos», Ob. cit., tomo III, pág. 134.

(35) A don Jerónimo, para sorpresa de su hijo Casimiro, «hasta le gustaba Wagner», Vid. GONZÁLEZ VELASCO, C., Ob. cit., pág. 80.

(36) Versión esp. Edit. Civitas, Madrid, 1987, nota pág. 43.

(37) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., pág. 266, tomo I.

Cuando empieza don Jerónimo a superar su ideal formalista del Derecho basado en conceptos abstractos, de los que después de manera lógica y formal pudieran obtenerse las conclusiones para la vida práctica, hubiera firmado, sin ninguna reticencia, la carta que Ihering escribe en 26 de marzo de 1866 a Windscheid, refiriéndose al Tomo II de las Pandectas que aquél había escrito, en la que decía: «me resultas, en ocasiones, demasiado agudo, incurriendo en un defecto del que pocos se han librado tanto como tú antes, y que una vez me reprochaste a mí con razón: la tendencia al formalismo jurídico a costa del momento práctico y del legislativo. ¡Sigue siendo plenamente Windscheid!» (38), pues el mismo sentido tenían las palabras de don Jerónimo, al estudiar el principio de buena fe y la necesidad de ésta para el desenvolvimiento adecuado de la fe pública registral, al decir que esta necesidad de la buena fe «responde a una necesidad perentoria, porque la ruina de la legislación hipotecaria es inminente si, lejos de mantener su carácter sustantivo y moderno, toleramos sin protesta la afirmación de que el asiento más solemne del sistema es una mera formalidad (39).

XIII

Durante los años que siguieron a su ingreso en la Dirección General inició don Jerónimo una etapa de grandes actividades científicas. Intervino en la Comisión encargada de realizar los estudios de deslinde y concesiones relativos a los terrenos enclavados en La Moncloa de Madrid (1910); redactó la memoria sobre la «Prescripción y el Registro» publicada en el Anuario de aquel año (1917); participó en la redacción del Decreto denominado de unidad ferroviaria de 1917 y dictó un curso de Derecho Inmobiliario en la Academia de Legislación y Jurisprudencia sobre la hipoteca de seguridad.

En este ciclo de Conferencias de la Academia, en la primera de ellas, efectúa una primera confesión personal importante para un estudio biográfico de su persona y es que, como palabras iniciales de su exposición, resalta: «Lamento que mi mediano estado de salud no me haya consentido corresponder antes, como debiera, a la honrosa invitación» (40). No se trataba, desde luego, de ninguna enfermedad de cuidado, pero dadas las escasas referencias que hacen los juristas a sus avatares humanos, es especialmente interesante,

(38) La cita procede de E. WOLF, *Rudolf von Hiering, Otto von Gierke*. Versión española ANTONIO TRUYOL para *E. Rev. D. Priv.*, Madrid, sin fecha.

(39) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo I, pág. 403.

(40) La conferencia fué pronunciada el 10 de abril de 1920 y aparece recogida en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, pág. 82.

pues revela que tras el pensador jurídico existía un hombre como los demás, sujeto a las miserias de la enfermedad física y a las depresiones.

En el año 1920 don Jerónimo, por primera vez, formó parte del Tribunal de oposiciones a Registradores de la Propiedad. Aquel Tribunal estuvo presidido por el Ilmo. Sr. don Julio Fournier Cuadros, en su calidad de Director General de los Registros y del Notariado, y fueron vocales del mismo don Carlos de la Quintana, magistrado; don Laureano Díaz Canseco, catedrático de la Universidad Central; don Agustín María Miguel Ibarguen, abogado del Estado; don Camilo M. Apellaniz, Registrador de la Propiedad, y don Jerónimo, como letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Fue aquella oposición dura y reñida, en la que al final obtuvieron plaza juristas tan destacados como don Ramón de la Rica y Arenal, don Antonio Ríos Mosquera, don Ramón Feced Gresa y don Federico Bas y Rivas.

Don Jerónimo no se daba paréntesis para el ocio, y concluida la oposición, en 1921 dicta un curso en la Universidad de Madrid sobre «El título y el Modo», curso que más tarde sería publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; en 1922, siendo Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes don Tomás Montejo, es encargado de la cátedra de Práctica Forense y Redacción de Instrumentos Públicos, y pronuncia tres conferencias sobre el derecho de superficie en el Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Madrid, curso editado en el mismo año como libro. En 1923 redacta el programa de oposiciones entre notarios, un programa innovador que produce una importante revolución en los métodos preparatorios para este tipo de oposiciones, al dirigir su atención no sobre la repetición memorística de materias ya estudiadas, sino sobre la investigación de problemas nuevos no demasiado conocidos. Esta idea fue seguida después, como paradigma de los programas de oposiciones posteriores de manera que nunca más, para las oposiciones entre notarios, se siguió el sistema de repetir temas ya muy estudiados y conocidos, sino más bien temas de investigación jurídica en los que el opositor tenía que demostrar no su memoria, sino su sentido jurídico y su vocación investigadora y creadora del Derecho. Este sistema permitió que los vencedores de tales oposiciones fueran siempre juristas destacados y personalidades eminentes.

XIV

Todos los grandes creadores del Derecho, los inventores de las construcciones jurídicas que los demás repetimos después —muchas veces sin llegar a comprenderlas del todo—, una vez madurado su pensamiento en la reflexión y el estudio, necesitan un medio adecuado para exponerlo a la comunidad jurídica, necesitan una revista que permita ir refiriendo su pensamiento

puntual, las directrices de su manera de concebir el Derecho y el método para explicarlo y comprenderlo. Lo necesitó Savigny, que creó la *Revista de la Ciencia Histórica del Derecho*. Lo necesitó Ihering que, junto a su amigo Gerber, fundó Los *Anuarios Ihering*. Lo necesitó don Jerónimo, que fundó esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

La necesidad de crear revistas jurídicas obedece a que los libros, siendo el medio por excelencia para la exposición de nuevas ideas, por su permanencia y amplitud, presentan los inconvenientes de su poca versatilidad; de exigir largo tiempo para su preparación y edición y, a menudo también, de no llegar fácilmente al público, pues su lectura exige mucha concentración, disposición abundante de tiempo —cosa que muchos profesionales no poseen— y dedicación generosa de atención, soledad y meditación. Una revista, en cuanto carece de estos inconvenientes, es superior como medio de comunicación de los últimos avances científicos. Una revista posee la inmediatez de que carecen los libros; la agilidad que un libro no puede alcanzar por su largo proceso creador; la periodicidad imposible para aquéllos, y la brevedad y diversidad tan adecuada para acceder al público interesado, pero siempre también escaso de tiempo.

Consciente de estos hechos en el año 1925, con la colaboración del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, don Jerónimo funda la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, revista que, desde su fundación, alcanzó una gran importancia y una especial trascendencia por la altura científica de los trabajos en ella publicados y por constituir un vehículo para conseguir el perfeccionamiento del sistema hipotecario y el civil, tan escasos de medios y tan limitados en su penetración social, sobre todo el primero de ellos.

En su primer número: el de 31 de enero de 1925, firmado anónimamente como «La Redacción», aunque fácilmente atribuible a la pluma de su director: don Jerónimo, la revista expone cuál es su programa, sus objetivos y lo que propone saliendo a la luz. Así, después de señalar los males que afectaban al sistema hipotecario vigente, que, propiamente, más que males eran desconocimientos del mismo por la sociedad española, decía que la transformación que la Ley Hipotecaria de 1861 supuso para el régimen inmobiliario español no había obtenido los beneficiosos resultados que de ella podían esperarse, ni había penetrado en la población rural, y que «la culpa había sido de las mismas medidas legislativas, deficientes e inadecuadas para el desarrollo hipotecario; de la jurisprudencia, cada vez mas aferrada a los antiguos moldes; del poder ejecutivo, más preocupado de la actuación política que de los progresos jurídicos, y del abandono de los estudios inmobiliarios en Academias y Universidades» (41).

(41) LA REDACCIÓN, *RCDI* 31 enero 1925,

¿Estamos hoy, ya en el año 2000, en un momento en que puede afirmarse que tales males han sido superados? Dificilmente podría darse una contestación afirmativamente categórica. Se ha mejorado, sin duda, en la legislación, pero acaso ¿puede decirse lo mismo de la jurisprudencia cuando tantos y tantos fallos se dictan a espaldas de una legislación hipotecaria que ya existe desde el año 1861?

Junto al problema del relativo fracaso del sistema hipotecario y del análisis de sus causas y para su solución, la Revista se propone someter la legislación, la jurisprudencia y la doctrina al punzante análisis de una imparcial crítica que haga avanzar el sistema inmobiliario hacia la inscripción obligatoria, mantenga al Registrador en su puesto de Juez Territorial, promueva la reforma del Centro Directivo acercándola a la triste realidad y vuelva por los prestigios de la institución y de las personas. Y para la consecución de estos fines la Revista abría sus páginas a la doctrina, para que efectuase estudios históricos y sistemáticos; a los registradores para que discutiesen las aspiraciones y las modernas orientaciones de la institución registral, a la legislación española y extranjera, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General, y a noticias bibliográficas y miscelánea jurídica que recogiesen las novedades más dignas de atención en todas las ramas del Derecho.

El programa enunciado por don Jerónimo, ambicioso sin duda, utópico probablemente, pero que el cumplió fielmente durante toda su vida de director de la Revista, no fue tampoco abandonado después de su muerte por quienes le sucedieron en la dirección y basta ojear hoy sus números, para observar que en ella se sigue la misma pauta extraordinariamente certera impuesta por su primer director. Sigue habiendo artículos doctrinales, reseñas jurisprudenciales, miscelánea jurídica y notas bibliográficas, lo cual es síntoma de lo acertado que fue el programa inicial.

Lo que puede ponerse en duda, sin embargo, es si el efecto producido en el panorama hipotecario nacional se haya correspondido con el esfuerzo realizado por tantos y tantos y las innumerables páginas escritas por muchos.

XV

Don Jerónimo, durante toda su vida mantuvo una estrecha relación con la villa y el lugar de su nacimiento, siendo un gratuito y generoso valedor de los intereses del valle del Nalón en Madrid, la ciudad donde se decidían todos los intereses de las provincias y pueblos. No había ningún problema para cuya solución no se recurriera a don Jerónimo. Los sucesivos Alcaldes de Langreo, de un partido político o de otro —para recurrir a don Jerónimo no había banderas políticas— acudían a él en petición de ayuda y éste les prestaba su asistencia fueran las gestiones requeridas importantes o nimias.

En 1928, por ejemplo, el Alcalde de Langreo a fin de obtener que el apeadero de Tuilla del ferrocarril de Langreo a Gijón se convirtiera en estación, recurrió a don Jerónimo, y éste usando de sus amistades madrileñas intercedió por los deseos del Alcalde de su pueblo y el apeadero se convirtió en estación. En el mismo año, cuando se sustanció un importante pleito entre La Felguera y Sama de Langreo, en el que la primera pretendía separarse de la segunda y constituir un municipio propio, de nuevo se acudió a don Jerónimo para evitarlo. Don Jerónimo, ajeno a los intereses localistas, inmediatamente tomó partido por su Sama natal, pues, a su juicio, dos villas minúsculas y separadas tan sólo por el curso del río Nalón, era mejor —para ambas— permanecer unidas que separadas. El pleito —como todos— duró largos años, pero al final se impuso el sentido común y se mantuvo la unidad del municipio langreano. La intervención de don Jerónimo, en este caso limitada a un asesoramiento jurídico, fue decisiva, pues las argumentaciones que utilizó la defensa procedían todas de la mente y de la imaginación creadora de don Jerónimo.

Esta ayuda, asesoramiento y asistencia se proyectaba también a cualquier persona que fuera del valle del Nalón, aunque el asunto fuera personal y ajeno a cualquier interés municipal. Se cuenta que, en un ocasión, caminando don Jerónimo por la calle de Alcalá con una paisana suya, al pasar delante de la puerta del Hotel Palace, el conserje les saludó ceremoniosamente. Los dos lo conocían. Era un oriundo de la tierra común; un convecino a quien la necesidad había hecho emigrar a la gran urbe. Después de contestar amigablemente al saludo, don Jerónimo comentó con su acompañante: «A ese que ves ahí, Manolín, lo coloqué yo en ese puesto. Tengo cierta amistad con el director del hotel y el pobre no tenía a nadie que pudiera echarle una mano aquí, en Madrid... ¿Y mira por dónde? El amigo Manolín, hoy, sólo en propinas, gana más que yo en la Dirección General». ¡Y era verdad para oprobio de la Administración española!

Como reconocimiento a los impagables servicios por los vecinos de Langreo, en el año 1929 el Ayuntamiento le nombra hijo predilecto. El Acta en que se propone este nombramiento, firmada por el Teniente Alcalde don Manuel Suárez decía:

«A la Comisión Municipal Permanente. El que suscribe, Teniente Alcalde de este Ayuntamiento, a sus dignos compañeros de Comisión, tiene el honor de exponer: Próxima ya la fecha en que el Teniente Alcalde suscribiente dejará de formar parte de este ilustre Ayuntamiento al tener que ausentarse del concejo, no quiere empero, que llegue el momento de su renuncia, sin que, en lo que de él dependa, se salde, en lo posible, la deuda de gratitud que el Ayuntamiento de Langreo tiene contraída de tiempo ha con uno de sus más ilustres hijos: don Jerónimo González Martínez, cuyo prestigio, en importantes ramas del saber

humano, hállase difundido grandemente por todo el país y extendido también a otros. Hacer una reseña de los innúmeros merecimientos que rodean a la persona del ilustre langreano sería harto prolija, por cuanto aquéllos son de la mayor importancia, tanto en orden a la calidad como a la cantidad. Por razón tal, el Teniente Alcalde que suscribe se circunscribirá a hacer mención somera de los mismos, teniendo en cuenta que, quien más, quien menos, conoce perfectamente lo más saliente del prestigioso langreano. Alumno aventajadísimo de la gloriosa Universidad ovetense, formó parte de aquella meritísima pléyade de jóvenes que irradiaron por todo el país el caudal profundo de sus sólidos conocimientos, ganando para aquel centro docente el más firme de los prestigios. Fue, como todos sabemos, discípulo predilecto de Leopoldo Alas, el insigne Clarín, y de la extraordinaria predilección que el sabio y ya fallecido catedrático sintiera por don Jerónimo cuéntanse muchas y elocuentes anécdotas que por ahí circulan en papel impreso y que son y constituyen una expresa y terminante declaración de valía en la rama del Derecho, sin mentar otras, por muy pocas alcanzadas. Más tarde y cuando aún en las aulas de la vetusta Universidad sonaba el eco de los merecidos elogios que los sabios profesores de la misma rendían a los altísimos merecimientos de don Jerónimo, éste con un caudal de conocimientos de cultura jurídica realmente extraordinarios, lo ponía de manifiesto en reñidísimas oposiciones para ingresar, con los máximos honores de puntuación, en uno de los Cuerpos técnicos del Estado: en la Dirección General de Registros y del Notariado, Cuerpo éste tan solo asequible a quienes tengan bien despierta y fértil la inteligencia y esmeradamente cultivada. Y así, ya con campo abierto a sus actividades, fue ganando prestigio y, a fuerza de méritos cada vez más sólidos y mas extraordinarios, se erigió, por su valer, en una de las destacadas autoridades que España tiene en el Derecho Hipotecario, rama del Derecho de las más difíciles, que llegó a dominar tan completamente que sus libros sobre el importantísimo particular son obras de estudio y de consulta aceptados como tales en España y el extranjero.

Otro de los datos que demuestran los merecimientos del ilustre langreano es su designación de Profesor de la Universidad Central, en donde don Jerónimo vierte a diario el inagotable caudal de sus conocimientos, como también lo hizo, no pocas veces en el prestigioso Ateneo Científico y Literario de la Corte y asimismo lo hace, de tiempo ha, en la Academia de Jurisprudencia, en cuya dirección toma eficacísima parte. Como estos galardones que dejo consignados sucintamente, hay otros muchos que son innecesarios mencionar con la finalidad de descubrir la personalidad de don Jerónimo, que por lo destacada, casi nos es familiar. Pero aun así no es posible hablar de don Jerónimo González Martínez sin referirse a los inolvidables beneficios que, con su gran ascendencia en los Poderes Públicos, con su directa intervención tiene logrados para los intereses generales del concejo, de los cuales, como

a todos nos consta, es y ha sido siempre paladín esforzado el benemérito hijo de Langreo. Muchas comisiones municipales destacadas a Madrid con distintos motivos y todos ellos de interés para el concejo han encontrado en don Jerónimo el orientador perspicaz primero, y después la resolución favorable de las pretensiones. Sus intervenciones están muy latentes en diversos expedientes de la máxima importancia, y como ya sabe bien la Alcaldía-Presidencia, por su más directo contacto con el Sr. González Martínez, ha jugado siempre papel decisivo. Don Jerónimo González Martínez es elemento imprescindible en cuantas gestiones hayan de celebrarse en Madrid, en bien de los intereses. Y siendo por tanto, don Jerónimo González Martínez un hijo ilustre de Langreo, que ha ganado con su valía extraordinaria prestigio pocas veces igualado, tanto en España como en el extranjero, como sabio jurisconsulto; que, como tal honra constantemente el nombre de este pueblo que le sirvió de cuna; que, constantemente y con la mayor eficacia y desinterés ha prestado señaladísimos servicios a Langreo, procede que el concejo, mostrando expresamente su gratitud a su benemérito hijo, le distinga, aun contraviniendo su característica y frecuentemente invencible modestia, con un sentido homenaje, que el Teniente Alcalde que suscribe propone consista en designar a don Jerónimo González Martínez Hijo Predilecto de Langreo, y dar su ilustre nombre a una calle de la Villa de Sama, que muy bien pudiera ser la plaza situada detrás de las Casas Consistoriales, con las dos travesías que le corresponden, haciéndolo así el Ayuntamiento de Langreo se honrará a sí mismo, porque pondrá de manifiesto un elevado sentimiento de justicia y de gratitud. Consistoriales de Langreo a 27 de agosto de 1929. Manuel Suárez.

Don Manuel Suárez propuso, además, que la placa que se colocara en la calle y que llevase el nombre de don Jerónimo fuera costeada por suscripción popular, encabezándola el Ayuntamiento con quinientas pesetas.

La Comisión acordó por unanimidad la propuesta, pero, así como don Jerónimo fue investido de su carácter de Hijo Predilecto de Langreo, lo cierto es que la calle nunca llegó a ser bautizada con su nombre y hoy no existe en su Sama natal ninguna calle con su nombre, aunque sí existe un Instituto de Segunda Enseñanza y una biblioteca.

XVI

En el año 1930, don Jerónimo pronuncia en el Ateneo de Madrid una conferencia titulada «Los Métodos Jurídicos». Iniciaba esta conferencia un ciclo de ellas en torno a la metodología del Derecho. Era Presidente del Ateneo el que habría de ser, posteriormente, Presidente de la II República

Española: Manuel Azana. Azaña, además de político, fue un importante jurista y un amigo entrañable de don Jerónimo (42). Aquella conferencia y el artículo que después la recogió en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO es, especialmente, esclarecedora del pensamiento jurídico que don Jerónimo había defendido en su época juvenil, (la época en que los sueños superan las realidades) y de su continua evolución posterior (cuando las realidades van desvaneciendo los sueños); así como de su trayectoria vital y humana, desde sus orígenes langreanos hasta su definitivo traslado a Madrid.

Habitualmente iniciaba sus conferencias don Jerónimo con una manifestación de modestia personal referida a los escasos méritos que concurrían en su persona para haber sido invitado a pronunciar la conferencia en cuestión, pero en esta ocasión las protestas de modestia habituales fueron más expresivas, y a ellas añadió, por segunda vez —la primera ya la hemos relatado— una confesión relativa a su estado personal de salud y anímico.

En cuanto a sus méritos como conferenciante escribe: «Ignoro a quién habrá hecho más flaco servicio la Sección de Ciencias Morales y Políticas al traerme aquí a inaugurar este cursillo de materias algo fuera de su competencia; no sé si saldrá perdiendo más el respetable auditorio que los colaboradores que han de seguir a un portaestandarte de tan menguada prestancia, o si quedaré en el peor lugar yo» (43). La conferencia luego, y no obstante las protestas del conferenciante, fue especialmente brillante y esclarecedora del tema estudiado en ella, que resultaba además innovador dentro del panorama jurídico español.

En cuanto a su estado de salud, escribió que no estaba «ahora en condiciones de salud, ni espirituales para encargarme de la tarea de inaugurar éstas, tan gratas para todos desde otro punto de vista» (44). No daba ningún otro dato para adivinar cuáles eran sus males, pero el tono —más bien decaído y triste— que se percibe en sus palabras, la sinceridad que denotan sus melancólicas expresiones y el tono general de la exposición nos hace suponer que estaba padeciendo en aquel tiempo alguna crisis personal importante, seguramente, la afección ocular que le hizo perder la vista de uno de sus ojos: un desprendimiento de retina.

(42) Azaña mantuvo una continua relación de amistad con don Jerónimo, relación que se inició más que por afinidades políticas por circunstancias profesionales, pues ambos fueron Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Vid. sobre este punto PAU PEDRÓN, A., *Azaña, jurista*. Edit. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990.

(43) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 112.

(44) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., Ob. y loc. ult. cit.

XVII

En 1931 es nombrado Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cargo en el que estuvo hasta julio de 1936: año y mes de triste recuerdo para todos los españoles.

De su época de magistrado es la anécdota que referimos a continuación. Don Jerónimo, como ha quedado dicho, siempre profesó de asturiano y de asturianismo, pero aun siendo «*un de Sama*» nunca escribió ninguna de sus obras en bable y no hablaba tampoco, habitualmente, aquella lengua que, sin embargo, conocía perfectamente de su infancia en las calles de Sama. Don Jerónimo ni escribía ni habla el bable, porque en aquellos tiempos no existía la preocupación exagerada que existe hoy respecto a las lenguas regionales y locales diferenciadoras. Se consideraba que hablar éstas era una seña distintiva de incultura y aldeanismo; un hablar inculto que no era necesario practicar para demostrar amor al lugar de nacimiento o a la patria chica. Ahora bien el hecho de que don Jerónimo no hablara ni escribiera en bable no le llevaba a renunciar a su asturianismo, como ya ha quedado dicho. A estos efectos, se cuenta que en una ocasión, hablando con otro Magistrado del Tribunal Supremo también asturiano, don Celestino Valledor (45), este último refiriéndose a la costumbre que se tiene en Asturias de decir «*N'home, no*», por la castellana: «No, hombre, no», y «*Sí, home, sí*» por las homóloga castellana «Sí, hombre, sí», le decía, casi con reproche a don Jerónimo:

«Usted no parece asturiano, don Jerónimo. Usted nunca dice “*N'home, no*”».

Y don Jerónimo, con aire burlón, demostrando su origen astur, se limitó a decir: «*Sí, home, sí*».

La actividad en el Tribunal Supremo no agotaba todo el tiempo de don Jerónimo, y así durante aquella época publicó además un libro sobre el Derecho de opción (1932) y una conferencia sobre la jurisprudencia de intereses (1935)

XVIII

Don Jerónimo fue muy aficionado a las ciencias ocultas, y desde su llegada Madrid tenía frecuentes reuniones con *mediums* en las que efectuaban

(45) Don Celestino Valledor fue un importante Magistrado del Tribunal Supremo, estudiante, como don Jerónimo, en la Universidad de Oviedo, si bien algunos años después que él, y que ya, cuando era alumno de la misma, efectuaba agudas reflexiones sobre temas jurídicos. En los Anales de la Universidad de Oviedo del año 1903 se recoge uno de sus trabajos.

comunicaciones con los poderes ocultos. En una ocasión, en una de estas reuniones, en los primeros meses del año 1935, preguntaron a la *medium* cuál sería y de qué dependería el futuro de España. La contestación fueron dos letras dibujadas sobre el velador: F. E.

En aquel momento nadie supo encontrar una solución para el enigma. Pasado algún tiempo, sin embargo, llegaron a imaginar que la posible solución al mismo estaba en admitir que aquellas letras cabalísticas querían decir, simplemente: Falange Española. Una suposición, probablemente acertada en lo ortográfico, pero probablemente también muy poco acertada en lo político y, desde luego, en el lenguaje de hoy muy políticamente incorrecta.

En los años posteriores, consciente de la existencia de unos poderes que no podía controlar y de que las contestaciones que obtenía del más allá eran tan oscuras como la realidad misma y que en todo caso resultaban además tan insatisfactorias como la ignorancia que pretendían superar, don Jerónimo abandonó sus experiencias mediáticas y no volvió a efectuar ninguna consulta a los espíritus ni al más allá.

XIX

Don Jerónimo vivía en Madrid en la calle Marqués de Urquijo, donde había instalado un pequeño observatorio astronómico, desde el que examinaba cada noche las estrellas del alto cielo de la capital. Las mañanas las pasaba o bien en la Dirección General de los Registros y del Notariado, o bien en el Tribunal Supremo, según las distintas etapas de su vida. Las tardes, cuando otras ocupaciones no se lo impedían, se refugiaba en su biblioteca a leer los últimos libros y las últimas revistas recibidas y a escribir sus artículos y conferencias. Los veranos, cuando llegaba el mes de agosto, los pasaba en Gijón, la villa de su esposa. Eran sólo un mes sus vacaciones, pero, en el año 1936, sin que ninguno de sus hijos —ni nadie— conociera la razón, don Jerónimo, el 17 de julio, ya estaba en Gijón. Algo le hizo imaginar que aquel año y en aquellos días habrían de suceder hechos inolvidables y trágicos para la historia de España; hechos que sería mas adecuado para su familia y para él pasarlos fuera de la capital, refugiados en su tierra natal. Nadie podría decir, tal como sucedieron las cosas, que la elección hubiese sido acertada. La vida en Gijón no fue fácil en ningún momento durante la guerra. Gijón fue primero una ciudad franquista sitiada por las fuerzas de la República; después una ciudad de la República sitiada por las fuerzas franquistas. En ambos casos, una villa en la que la vida ni era fácil ni segura. Había muertes, fusilamientos, hambre. Ninguna noche se sucedía sin que se escuchara el sonido de las balas y el estallido de las bombas. Don Jerónimo y su familia, refugiados en su domicilio, apenas salían a la calle, aunque tan insegura fuera

la casa como la calle y muy escasos en medios económicos, pues, ausente de Madrid, inmediatamente se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* una resolución que le separaba de su cargo de Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, quedándose a partir de aquel día sin empleo y sin sueldo; para aplacar el hambre hubieron de comer yerros, comida que, por la gran dureza sus granos, en tiempos mejores se reservaba exclusivamente a las palomas.

La experiencia de la guerra fue muy traumática para don Jerónimo. Cesado en el Tribunal Supremo y sin recursos suficientes para mantener a su familia, aun fue sometido, en el Gijón de la República, a un juicio de depuración, aunque por causa distinta de aquella en la que había sido separado del Alto Tribunal. Las cosas no podían estar peor, pero para su fortuna, a causa de la desconexión que entonces existía entre el Gobierno de Madrid y el de Asturias, no se relacionó la segunda causa con la primera y absuelto de ésta fue dejado en libertad.

Terminada la guerra, después de algún tiempo de ostracismo, fue rehabilitado parcialmente en sus funciones y reintegrado en la Dirección General en la que de nuevo, años más tarde —en 1942— por sus importantes méritos fue nombrado Subdirector General, interviniendo, muy activamente, en la redacción del Proyecto de Ley Hipotecaria todavía hoy vigente (46).

En 1943 pronuncia su última conferencia en la Academia Matritense del Notariado, sobre el tema «La tradición de fincas en los instrumentos públicos», y en 12 de febrero de 1945, por cumplimiento de la edad reglamentaria, es jubilado, falleciendo en Gijón el 9 de noviembre de 1946.

XX

Don Jerónimo no era excesivamente religioso ni era especialmente practicante. Su religiosidad eran los recuerdos de su educación juvenil en centros religiosos, tamizados por un alejamiento ontológico y a un enfriamiento ocasionado por el krausopositivismo que tanto influyó en él. Ahora bien, este distanciamiento de las prácticas de la Iglesia ortodoxa y burocráticamente organizada no le llevó al abandono de su profunda creencia en el Ser Supre-

(46) La Comisión para el estudio y redacción definitiva del Proyecto de Reforma estuvo compuesta por don José María Porcioles y Colomer, Director General de los Registros y Notariado, como Presidente; don Jerónimo González Martínez, Subdirector del mismo centro; don Eduardo López Palop y don Angel Traval y Rodríguez de Lancín, Decanos de los Colegios Notariales de Madrid y Barcelona, respectivamente; don Cirilo Genovés Amorós, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad; don José Alonso Fernández, Registrador de la Propiedad, y don Angel Sanz Fernández, siendo sustituido el señor Traval por don Raimundo Nogueras Guzmán, Notario de Barcelona.

mo. Así, con ocasión de su última enfermedad, la que iba a concluir con su vida, su mujer, mucho más piadosa que él, deseando que concluyera su vida con un acto de reconciliación expresa con el Todopoderoso, le preguntó si deseaba confesarse. Don Jerónimo, en un estado ya de gran postración aceptó, y como la mujer insistiese en preguntarle qué sacerdote quería que le confesara, don Jerónimo, con gran esfuerzo y una pincelada de humor, comentó:

—Que venga, Joselín, que para mis pecados es suficiente.

Joselín, un antiguo condiscípulo de sus tiempos de escolar de Valdediós, no había sido ni demasiado brillante como estudiante entonces ni era demasiado ejemplar tampoco ahora como sacerdote. Pero era un sacerdote a quien don Jerónimo estimaba como condiscípulo, aun sabiendo sus limitaciones, y apreciaba como ser humano por su buen corazón. Un amigo que en aquellos años ejercía de párroco en un pueblo cercano a Gijón.

XXI

Gijón fue siempre una villa muy querida por don Jerónimo. En ella pasaba los veranos y ella estaba presente en muchos de sus artículos jurídicos. Así, por ejemplo, al estudiar la cuestión relativa a la extensión del Derecho de propiedad en sentido vertical escribió: «Hace más de veinte años la hemos visto planteada, con motivo de la construcción del ferrocarril Mieres-Gijón, cuyo trazado entraba en el puerto exterior de Gijón a unos quince metros bajo los prados, en túnel. El propietario de uno de ellos, para impedir la continuación de las obras, abrió una profunda zanja y el pleito surgió» (47).

Gijón supo agradecer esta inclinación y cariño de don Jerónimo y hoy existe en la villa una calle que lleva su nombre, cosa que, como hemos dicho, no existe en el lugar de su nacimiento.

XXII

Don Jerónimo ha sido calificado como krausista (48), o más bien como krausopositivista, por lo que parece oportuno decir algunas palabras en torno a ello, aunque antes de efectuarlo parece también conveniente precisar un tanto lo que quiere indicarse con ello. Krausismo, en sentido estricto, es la corriente filosófica que tuvo su origen en el filósofo Krause y que, en España

(47) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «La propiedad en sentido vertical», en *Principios Hipotecarios*. Asociación Registradores de la Propiedad. Madrid, 1931, pág. 367.

(48) PAU PEDRÓN, A., «Don Jerónimo, mito, paradigma, parábola». Conferencia pronunciada en Madrid, el 12 de mayo de 1992, en el Colegio Nacional de Registradores.

introdujo su discípulo Sanz del Río, corriente que con el transcurso de los años vino a significar una especie de idealismo ético, que mas que una doctrina filosófica constituía «una modalidad cultural» (49) que pretendía, en primer lugar, modernizar el país mediante la reforma del sistema educativo, y después adoptar en la vida práctica una actitud ética consistente, fundamental y principalmente, en un cumplimiento de los deberes profesionales y una renuncia continua a otros bienes que no tuvieran entidad espiritual.

El krausismo español fue un idealismo trascendental que implicó una reacción contra el aburguesamiento y la falta de ideales de la sociedad de su tiempo. Un idealismo que tuvo su máximo desarrollo desde la Revolución de 1854 hasta los primeros años de la Restauración. A partir de esa época, como señala Mindan (50) va perdiendo su unidad y su fervor dogmático. Algunos krausistas muy significados van derivando hacia el positivismo, hacia el hegelianismo y hacia el neokantismo» añadiendo: «Si se quiere saber el porqué del abandono del krausismo puro se pueden señalar varias razones: que es una filosofía endeble y no puede resistir mucho tiempo una crítica seria que por aquel tiempo se le hacía; que por los años ochenta resultaba ya anticuada, puesto que por Europa, corrían otros vientos filosóficos y porque, en cuanto se cambia de perspectiva, se pasa muy fácilmente a un panteísmo idealista, a un monismo naturalista y de un desarrollo dialéctico a una evolución materialista».

Pero si el krausismo era, efectivamente, una filosofía como doctrina se fue diluyendo con el final del siglo XX, como modalidad cultural, como actitud ante los problemas conservó su importancia y su influencia hasta entrado el siglo XX, fundamentalmente, a través de la obra de Giner los Ríos y su Institución Libre de Enseñanza, que a partir de la década de 1880 desarrolló una actividad ajena a todo espíritu de escuela filosófica para centrarse en el propósito principal de formar hombres.

Ante esta segunda manera de manifestarse el fenómeno krausista, era difícil permanecer indiferente ante él pues, su extensión en las minorías culturales del país era muy amplio. Casi con generalidad, de alguna manera, todos los españoles cultos de aquella época estuvieron implicados o relacionados con él. Don Jerónimo lo estuvo siempre, porque estuvo siempre rodeado de krausistas —de la rama de los krausistas que habían derivado hacia el krausopositivismo, por incorporar a sus primeras ideas las derivadas del positivismo— y de personas vinculadas a la Institución Libre de Enseñanza.

(49) LÓPEZ MORILLAS, J., *El krausismo español*. Edit. Fondo de Cultura Económica, 2.^a edic. Madrid, 1980.

(50) MINDAN MANERO, M., «La Filosofía española entre los años 1881 y 1889», en *el Libro Centenario del Código Civil*. Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Pinoso (Alicante) 1989, tomo I, pág. 450.

Krausistas fueron sus primeros y principales profesores universitarios en Oviedo, los integrantes del llamado «grupo de Oviedo»: Adolfo A. Buylla, Aniceto Sela, Leopoldo Alas «Clarín», Adolfo Posada, etc. Krausistas fueron sus lecturas (51). Krausistas fueron muchos de sus compañeros en la Dirección General de los Registros: García Labiano, que había concurrido con Giner de los Ríos a la creación de la Institución Libre de Enseñanza; don Gumersindo de Azcárate, Presidente del Ateneo de Madrid, Director General de Registros, Rector de la Institución Libre de Enseñanza, etc.

¿Quiere esto decir que don Jerónimo perteneciera también al grupo krausista o krausopositivista? Es difícil determinarlo. En ninguna de las fuentes que pueden consultarse y en la que figuran los nombres de los krausistas o de las personas vinculadas de una manera u otra a la Institución Libre de Enseñanza se encuentra —al menos yo no lo he encontrado— el nombre de don Jerónimo, lo cual si bien no es prueba irrefutable de su no vinculación al krausismo, sí parece indicar que, aunque estuviera siempre rodeado de krausistas, mantuvo la independencia de su pensamiento y un relativo distanciamiento de ellos.

Ahora bien, si de su consideración como escuela filosófica, se pasa a considerar el krausismo como una doctrina cultural, cuyos fines fueron la modernización del país y en la que destacan como sus valores predominantes el estudio, el trabajo, la sencillez, la modestia y la ética en el desempeño de la propia función, sin duda, don Jerónimo pertenecía al grupo krausista, pues como estudioso su labor de creación y modernización del derecho hipotecario español, de una manera callada y modesta, era una manifestación clara de krausismo.

Núñez Lagos, con su antipatía hacia lo germánico, señaló que «la actitud de los hipotecaristas semejaba a la de los krausistas. Ambos tenían la misma salsa tudesca y una jerga insoportable para los oídos españoles. Y tenían, además, el mismo atraso, sus ideas estaban abandonadas en Alemania cuando hacían furor en España» (52). En este caso Núñez Lagos se equivocaba tanto respecto a los krausistas como en relación con los hipotecaristas. Ciertamente era difícil mantenerse neutral en las dos cuestiones, pero respecto a los primeros hay que reconocer que su mérito estuvo en la renovación ética del país, y en cuanto a los segundos el que sus estudios sirvieron para crear los modernos fundamentos de la ciencia hipotecaria.

(51) En su conferencia sobre los métodos jurídicos cita como uno de sus autores leídos a Krausse. Vid. *Estudios Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 113.

(52) NÚÑEZ LAGOS, R., Ob. cit. pág. 10.

XXIII

Otro de los calificativos que ha sido aplicado a don Jerónimo fue el de germanista, afirmación ésta que no admite demasiada controversia. Don Jerónimo, efectivamente, fue un germanista convencido y confeso. Las causas de esta inclinación tan poco hispánica tienen, sin embargo, una fácil explicación. En el Derecho hipotecario el único sistema con aspiraciones científicas lo constituía el alemán. Sus principios eran modelo para los principios incorporados por el sistema español. Sus autores eran los autores estudiados y copiados por los estudiosos españoles. Sus leyes eran las leyes imitadas por las españolas. Pero además, cuando don Jerónimo llega a su madurez jurídica, cuando a sus cuarenta años aprende alemán, se vivía en España (y casi pudiera decirse que en toda Europa), como insinúa Núñez Lagos (53), una auténtica «alucinación teutónica».

Pérez Pujol, el krausista valenciano, en sus estudios históricos destacaba siempre la importancia del derecho visigótico en la construcción del Derecho español y el Derecho visigodo, como todo el mundo sabe, era Derecho germánico. Hinojosa, en sus investigaciones, se dejaba llevar también por la misma tendencia y sus clases universitarias eran una escuela de germanismo. De Diego, desde su cátedra del Centro de Estudios Históricos, aconsejaba a los estudiantes y a los investigadores en la dirección germanista. Fruto de estas presiones medioambientales fue que Leopoldo Alas Argüelles, el hijo de Clarín, el antiguo profesor de don Jerónimo, escribiera *La Publicidad y los bienes muebles*, obra impregnada de influencia alemana; que de Buen, en su Derecho Civil Común, siguiera los pasos de la dogmática germánica; y que Ramos, en sus estudios jurídicos, también se dejara llevar por idéntica inspiración.

El elemento germanista estaba en el ambiente, porque la cultura germánica lo estaba también. En la filosofía primero había sido el krausismo, luego los distintos sistemas que le sustituyeron: positivismo, neohegelianismo, okhamtismo, etc. Ortega, la máxima figura de la filosofía española, se inclinaba claramente por los sistemas germanos y podía decirse que toda la cultura procedía de Alemania, si bien a través de meras traducciones, generalmente, de origen francés. Y si esto sucedía en la filosofía, en el Derecho civil y en la historia del Derecho, y tanto en cuanto a la ciencia misma, como en cuanto a los sistemas metodológicos utilizados..., ¿qué podría suceder en el Derecho hipotecario?

En el Derecho hipotecario no había otro sistema a imitar que el sistema germánico. Se quisiera o no; se pretendiera o no, el único sistema científico que obtenía una protección adecuada para el tráfico jurídico era el sistema

(53) NÚÑEZ LAGOS, R., Ob. cit.

germánico de publicidad. Muy expresiva, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, nos dice en este punto que «la historia enseñaba que en el continuo devaneo entre los principios jurídicos romanos y germánicos, lo germánico significaba publicidad, mientras que lo romano, clandestinidad. Por tanto, optando por el sistema de publicidad como más perfecto y adecuado a la finalidad que se quería, el paradigma a seguir, el ejemplo a imitar, no podía ser otro que el sistema germánico, que era aquel donde más se habían desarrollado los principios deseados de publicidad y seguridad jurídica».

Siguiendo esta misma idea, germanistas habían sido todos nuestros primeros hipotecaristas. Germanista había sido Luzuriaga, que defendió el carácter constitutivo de la inscripción, y que consiguió que su idea llegara a plasmarse en el Proyecto de Código Civil de 1851. Germanista, en su opción por la publicidad, habían sido también Gómez de la Serna, Bienvenido Oliver, Galindo y Escosura, etc. Don Jerónimo no podía negar la fuerza de estas ideas renovadoras de nuestro sistema inmobiliario y fue, sin duda, un germanista más, pero su germanismo no debe ser considerado como un vicio, sino más bien como una virtud, pues para construir un Derecho hipotecario científico, que siguiera las huellas innovadoras de la Ley de 1861, era necesario ser germanista. El Derecho alemán y los tratadistas alemanes eran los únicos que estaban haciendo ciencia hipotecaria, y ciencia hipotecaria de gran altura y profundidad.

En el estudio de los principios hipotecarios y en las reflexiones hechas en torno a ellos (54), don Jerónimo manifiesta claramente su inspiración germánica, pero esta inspiración nunca fue excesiva, sino mas bien moderada y matizada, por su formación romana y humanista. Núñez Lagos (55) nos recuerda, a estos efectos, el consejo que le daba don Jerónimo: «Tenga usted cuidado no germanice aún más nuestros estudios hipotecarios. Quizá yo me pase de la raya. No se debe seguir por ahí. Hoy ya estoy de vuelta».

En su último artículo, inedito al tiempo de su muerte, *Impresiones sobre la futura codificación del derecho privado* (56), don Jerónimo escribe: «colocado nuestro Derecho Hipotecario entre el sistema alemán, el suizo y el italiano... no debe retroceder hacia el último modelo por grandes que sean las discusiones sobre la repercusión causal del título sobre el asiento, ni cabe que en un tiempo de crítica tan apasionada sobre la técnica extremada del primero abandonemos el eclecticismo de nuestro régimen para traducir conceptos y mecanismos que apenas entienden los profesionales».

(54) Y no sólo cuando estudia los principios hipotecarios, sino también cuando estudia la hipoteca de seguridad, pues en su conferencia nos dice expresamente (*Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo II, pág. 83) «El programa de mis lecciones que se inspirarán en el Derecho germánico...»

(55) NÚÑEZ LAGOS, R., Ob. cit. pág. 12

(56) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Impresiones sobre la futura codificación...», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo III, pág. 85.

XXIV

El estilo literario de don Jerónimo no es sencillo, aunque sí directo. Es, a menudo, farragoso y a veces austero, pero siempre comprensible cualquiera que sea la materia que toque en sus escritos. Es denso y apretado, pero no descuidado y si exige detenimiento en su lectura, no lo exige por su dificultad de redacción, sino por la mucha información y los muchos datos que acumula en su exposición. No era brillante ciertamente, pero, de vez en cuando, se descubren en sus textos figuras retóricas muy enraizadas con los principios de siglo en los que escribía; de vez en cuando se encuentran figuras muy impactantes que crean sorpresa y fijan la atención; y de vez en cuando también, comparaciones rotundas y esotéricas en los estudios jurídicos habituales. Veamos algunos ejemplos de unas y otras:

En su conferencia sobre el Derecho de superficie nos dice: «Para el estudiante español el derecho real de superficie es una supervivencia medieval, a la que conceden los juristas una docena de líneas y el Código Civil una mención, que casi es un epitafio, en el artículo 1.611» (57).

En su artículo sobre «El título y el modo» escribe: «El nombre del citado autor, muy poco conocido en nuestra patria, apenas sí puede ponerse al lado del que durante los dos primeros tercios del pasado siglo ha resonado constantemente en nuestras cátedras de Derecho Romano, y a quien se debe la póstuma divulgación del dogma que ya se descomponía en los sepulcros doctrinales» (58).

En su disertación «Prohibiciones de disponer» señala, «La simple necesidad de practicar cientos de inscripciones para obtener el resultado positivo, el aborto hipotecario del “Libro de incapacitados”» (59).

Y, en fin, en su conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia: «Una nueva manera de enfocar los problemas hipotecarios», muy rica en expresiones metafóricas, hace, entre otras muchas, las siguientes afirmaciones:

«Véase, como en vez de la realidad palpitante y a veces sangrienta, en vez de la vida variadísima y emocionante, colocamos sobre la platina del microscopio los elementos estilizados de una anatomía espiritual, las frías concepciones de una técnica rigurosamente lógica» (60).

(57) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El derecho de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo II, pág. 221.

(58) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «La teoría del título y el modo», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo I, pág. 305.

(59) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Prohibiciones de disponer», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo I, pág. 490.

(60) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Nueva manera de enfocar los problemas hipotecarios», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, cit., tomo I, pág. 264.

«Admitido que la Ley tiene lagunas, su culto desaparece, la fortaleza inexpugnable de los Códigos se agrieta y la jurisprudencia, que en los dos primeros tercios del siglo XIX no pasaba de la categoría de esclava (*ancilla legis*), se coloca en la primera línea» (61).

«La jurisprudencia baja con precipitación los peldaños del altar elevado a la Ley: ya no es esta un texto evangélico que haya de ser interpretado con máxima reverencia, después de haber pasado la noche en oración, como el glosador de la leyenda; ni siquiera un mandato del Poder soberano que debemos obedecer con lealtad, pero no servilmente; ni un imperativo condicionado por la vida social, sino que, como el mismo Geny enseña, no puede ser tenida más que por una información muy limitada del Derecho» (62).

«Porque las leyes nacen ahora en Parlamentos caldeados por las pasiones más ciegas, con la cooperación de los más complejos e inconfesables intereses y como resultado de compensaciones, promesas y anticipos» (63).

«Si se presta oído a los políticos, los intereses danzan en la actualidad una infernal zarabanda» (64),

«¿No voy a hacer política! Para mí las legislaciones de los pueblos son organismos que se ponen encima de la mesa de operaciones..., pero me quedo absorto al tomar nota de las diferencias entre los intereses que se trata de proteger» (65).

XXV

Los recuerdos son mas duraderos que las lágrimas, pues en su interior llevan una veladura de melancolía que los hace volver una y otra vez a la memoria. ¡Pero qué difícil es, a veces, el recuerdo si se quiere con él revivir, a voluntad el pasado! El recuerdo es caprichoso y se extingue y vuelve inesperadamente y depende de pequeños datos, de pequeños apoyos de los que nadie es dueño. El recuerdo de ciertas personas, además de caprichoso, es frágil como la luz de las estrellas que tiembla y se rompe en la noche, porque ciertas personas están perseguidas por un sino de olvido, como si una extraña maldición se confabulara para borrar toda huella de su memoria.

En la vida de don Jerónimo hay toda una serie de casualidades que parecen pretender que no pueda reconstruirse, al menos fácilmente, su biografía. Su expediente universitario desapareció totalmente en el incendio que la Re-

(61) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., Ob. y loc. ult. cit., pág. 267

(62) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., Ob. y loc. ult. cit., pág. 268.

(63) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., Ob. y loc. ult. cit., pág. 283.

(64) Ob. y loc. ult. cit.

(65) Ob. y loc. ult. cit.

volución del 34 produjo en la Universidad de Oviedo. Su tesis doctoral, leída en la Universidad de Madrid, inexplicablemente, ha desaparecido también. En los archivos sólo consta la fecha en que fue leída y el tema a que estaba destinada. Su expediente administrativo, que debiera conservarse en el Archivo de la Administración Pública de Alcalá de Henares, se ha perdido también. De todo su quehacer público, solo la parte que hace referencia a la depuración política que experimentó a consecuencia de la Guerra Civil, se conserva. El silencio y la oscuridad se proyectan sobre su vida. No hay resoluciones que pueda decirse, con absoluta certeza, que fueron redactadas por él. Tampoco sentencias de la época en que fue Presidente de la Sala del Tribunal Supremo, pues si bien como Presidente no necesitaba ser ponente de ninguna, don José María Castán, vocal de aquella Sala, recuerda que muchas veces don Jerónimo sustituía al ponente (66). Todo se confabula para que no pueda saber casi nada de su peripecia vital.

Decía Romero Vietez (67) que, hacía unos años, Sebastián Moro Ledesma y él paseando juntos, y solos, recordaban a don Jerónimo y entonces, en un momento, Sebastián Moro le dijo lamentándose, «la gente joven ya no recuerda a don Jerónimo». Naturalmente le contestó él: «No le han conocido». Evidentemente, los juristas de hoy no le hemos conocido, pero no por eso dejamos de recordarle, leerle y evocarle y por ello me ha parecido oportuno redactar estas líneas en su memoria, cuando se cumplen ciento veinticinco años desde su nacimiento, y setenta y cinco de que se creara esta REVISTA CRITICA DEL DERECHO INMOBILIARIO. Un mínimo homenaje a quien se hubiera merecido uno más eminente. Un homenaje a una persona que dedicó buena parte de su vida al estudio del Derecho, a su exposición y a la comprensión de la justicia y que compaginó de manera magistral teoría y práctica, abstracción objetivada e interés inmediato, pues como el mismo escribió: «La justicia es un valor que no se puede medir con el metro del interés, un criterio de ponderación que no se puede asimilar a una simple balanza de conveniencias, un ideal que no se alcanza tan solo con reflexiones de orden práctico» (68).

PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA
Registrador de la Propiedad

(66) CASTÁN, J. M., «La personalidad, la metodología y la obra de don Jerónimo González», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I, pág. X y s., cit.

(67) ROMERO VIEITEZ, M.A., «Don Jerónimo González, su influencia en el Derecho Privado Español». Conferencia pronunciada en la Universidad de Oviedo el día 10 de febrero de 1975, Publicada en la *Revista de Derecho Notarial*, LXXXVII, enero-marzo 1975, pág. 335.

(68) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., Ob. y lo. ult., cit., pág. 284.

La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación (*)

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. MEDIDAS DE PROTECCION DEL CONSUMIDOR ADOPTADAS EN EL DERECHO ESPAÑOL EN LA CONTRATACION EN MASA.—II. LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION. NUEVOS MEDIOS DE TUTELA: ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL.—III. ACCIONES COLECTIVAS DE CESACION, RETRACTACION Y DECLARATIVA DE CONDICIONES GENERALES.—IV. LEGITIMACION ACTIVA EXTRAORDINARIA: LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.—V. EFICACIA DE LAS ACCIONES PREVISTAS: a) EFECTOS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS; b) EL EFECTO INDEMNIZATORIO DE LA ACCIÓN DE CESA-CIÓN COMO UN POSIBLE ACERCAMIENTO A LA LLAMADA «CLASS ACTION»; c) INSU-FICIENCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA TUTELA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR: c.1. *Procedimiento*; c.2. *Competencia territorial*. d) MEDIDAS DE POTENCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: d.1. *Litisconsorcio activo cuasi-necesario*; d.2. *Plazo de prescripción de las acciones*; d.3. *Recurso de casación y efectos erga omnes de la sentencia*; d.4. *La publicidad de las sentencias*; d.5. *Some-timiento voluntario a dictamen de conciliación*.—VI. ACCIONES DE CESA-CION EN EL AMBITO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—VII. RECAPITU-LACION.—BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Ha sido una constante intención de la Unión europea la tutela de los consumidores y usuarios. Así, desde 1984, fecha en la que se aprueba la

(*) Esta investigación ha sido desarrollada gracias al Proyecto de Investigación de Presupuesto Simplificado, núm. PS95-002, «Protección al consumidor y acceso a la vivienda», concedido por Resolución de 13 de noviembre de 1996 por el Ministerio de Educación y Cultura, Secretaría General de Investigación Científica y Técnica (DGI-CYT).

primera de las diez Directivas (1) sobre consumo hasta 1998, la Comunidad ha pretendido armonizar las disposiciones legales y reglamentarias de sus Estados miembros en esta materia.

Aunque su preocupación se plasma por primera vez en 1975, el día 14 de abril, fecha en la que se concierta un Programa preliminar de la Comunidad Europea por una política de protección y de información de consumidores (2), el cual se vería completado en el año 1981 con el denominado Segundo Programa de la Comunidad Europea para una política de protección y de información a los consumidores (3), los cuales, fueron posteriormente continuados por diferentes pronunciamientos del Consejo de ministros de la Co-

(1) Las Directivas son las que siguen:

1. Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DO L 250 de 19 de septiembre de 1984).

2. Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales (DO L 372 de 31 de diciembre de 1985).

3. Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DO L 42 de 12 de febrero de 1987). Su última modificación es la Directiva 97/7 CEE.

4. Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298 de 17 de octubre de 1989). Su última modificación es la Directiva 97/36 CEE (DO L 202 de 30 de julio de 1997).

5. Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados (DO L 158 de 23 de junio de 1990).

6. Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano (DO L 113 de 30 de abril de 1992).

7. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95 de 21 de abril de 1993).

8. Directiva 93/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DO L 280 de 29 de octubre de 1994).

9. Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4 de junio de 1997).

10. Directiva 98/27/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166/51, de 11 de junio de 1998).

(2) Aprobado por Resolución del Consejo (DOCE núm. C 92/1, de 25 de abril de 1975).

(3) Aprobado por Resolución del Consejo (DOCE núm. C 133, de 3 de junio de 1981).

munidad: así en 1986 son dos las resoluciones a tener en cuenta: la que crea el documento denominado «Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores» (4), y la denominada «sobre integración de la política de consumo en las demás políticas comunes» (5).

En 1987 el Acta Unica Europea (art. 100. apdo. 3.º), y tras ella, el Plan Trienal (1990-1993), presentado por la Comisión europea en 1990 (6), «sobre objetivos de la Comunidad para la política de protección y fomento de los intereses de los consumidores», anteceden la constitucionalización (7) de la protección de los consumidores el 7 de febrero de 1992, fecha del Tratado de la Unión Europea de Maastricht (8) (Holanda), donde se establecen como medidas inmediatas a alcanzar «las relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior» (art. 100.A.1). Así, en el Tratado de la Unión Europea ya se incluye el Título XI denominado «Protección de los consumidores», en el que se declara que la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores» (art. 129.A.1) (9).

De toda esta preocupación comunitaria en el ámbito del consumo, las Directivas señaladas no son sino su plasmación práctica. Más de la mitad de ellas (10) inciden en el ámbito de la contratación. Pero será en 1993, con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando se aborde el problema de la adhesión obligada del consumidor en dicha parcela (11).

(4) Resolución de 23 de julio de 1986 (DOCE C/157, de 5 de julio de 1986).

(5) Resolución de 15 de diciembre de 1986 (DOCE 87/C3/01).

(6) COM (90) final, Bruselas, 3 de marzo de 1990. Además, la preocupación comunitaria por la protección del consumidor no descende; reciente es la Comunicación de la Comisión acerca del último Plan de Acción sobre Política de los Consumidores 1999-2001 [COM (1998) 696 final, de 1 de diciembre de 1998], en el que se prevé un cálculo del coste total de la acción 112.500 euros.

(7) CORRIENTE CÓRDOBA, *La protección de los consumidores en la Comunidad europea: de los tratados fundacionales a la Unión Europea (Maastricht)*, Estudios sobre Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 21.

(8) España lo ratifica el 13 de enero de 1994.

(9) MOLINA DEL POZO y ARTUZAR ANDECHAGA, *Tratado de la Unión Europea. Texto refundido y anotado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Tratado de Amsterdam*, Comares, Granada, 1998, pág. 12.

(10) De las diez Directivas referenciadas, seis de ellas abordan la temática de la protección del consumidor en materia de contratación.

(11) El origen de esta Directiva —cuenta CORRIENTE CÓRDOBA, *La protección de los consumidores en la Comunidad Europea: de los tratados fundacionales a la Unión europea (Maastricht)*, Estudios sobre Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 28—, se encuentra en la propuesta de Karel van Miert, vocal de la Comisión Europea, acogida por la misma en la Propuesta de Directiva de 18 de julio de 1990 [COM (90) 322 y DOCE 90/C 243/02, de 28 de septiembre de 1990].

La contratación en masa (12) tiene sus ventajas de cara tanto del consumidor como del empresario (13), pero también sus indudables inconvenientes (14), a veces calificados, de tono jurídico (15); parecía pues obligado adoptar una vía de freno a la trayectoria despótica del empresario, sobre todo monopolístico, en el tráfico económico (16).

En la mayoría de las Directivas señaladas, la Comunidad no impone la forma de llevar a cabo la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios: si administrativa, si judicial.

Nuestro país, en la labor de trasposición de las Directivas sobre consumo, sigue su línea de preferir la tutela judicial, esencialmente; si bien, en la misma, y por los cambios operados doctrinalmente, ha ido evolucionando, dejando que se tutelen no sólo los intereses individuales y plurales de los consumidores sino los colectivos, e inclusive los difusos.

Al examen de esta temática, entre otras, se procederá con el análisis de la recién aprobada Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación (17), fruto de trasponer la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (18).

(12) En cuanto al origen de la terminología para describir este tipo de contratación y sus diferentes denominaciones, consúltese ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de adhesión», en *ADC*, Tom. II, Fas. I, enero-marzo 1949, pág. 55.

(13) La Exposición de Motivos de la Directiva sobre cláusulas abusivas, respecto del empresario, dirá que esta norma es conveniente porque ayuda a los vendedores y prestadores de servicios dentro y fuera del país y estimula la competencia.

(14) Vid. ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de Adhesión», en *ADC*, 1949, págs. 54 y sigs.

(15) DE CASTRO Y BRAVO, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *ADC*, 1975, pág. 301, escribe que «han sido consideraciones jurídicas, de justicia, las que hacen que las condiciones generales sean vistas con creciente indignación y con inquietud en la práctica». En las páginas 299 y siguientes contrapone las ventajas y peligros de la utilización de las CGC.

PETER ÜLMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en *ADC*, 1987, pág. 767, relata que una de las críticas que se hacía al control de las CGC era que la prohibición de elevar los precios, v.gr., podía dar lugar a que éstos se elevaran irremisiblemente para precisamente no caer en la prohibición dicha; sin embargo, el autor comenta que no sólo no sucedió lo que se auguraba sino que, contrariamente, ha tenido un efecto estabilizador de los mismos en Alemania.

(16) Dirá DE ANGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 68, que «el empresario ejercita una especie de "Diktat" respecto del consumidor, una especie de poder normativo como si fuese un legislador que impone cláusulas que no se pueden discutir o derogar».

(17) *BOE* núm. 89, de 14 de abril de 1998.

(18) Nuestro legislador parece posponer cambiando la materia al denominar la Ley «sobre condiciones generales de la contratación», pero ello no es un cambio conceptual, ya que la Directiva comunitaria, a pesar de denominarse «sobre cláusulas abusivas...», se

I. MEDIDAS DE PROTECCION DEL CONSUMIDOR ADOPTADAS EN EL DERECHO ESPAÑOL EN LA CONTRATACION EN MASA

No es la primera vez que el legislador español estatal (19) se enfrenta con la temática de la protección del consumidor en el ámbito de la contratación en general (20); ni siquiera en el de la contratación en masa en particular.

Desde 1984, la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGCU) (21), contempla la materia de la contratación adhesiva con el carácter que su nombre le caracteriza; y aún antes que ella, la Ley 50/80, de 8 de octubre, del Contrato de seguro, se enfrenta al tema de las condiciones generales de la contratación (en adelante CGC), en ese particular ámbito de contratación (22).

está refiriendo siempre a las condiciones generales de la contratación; téngase en cuenta que la posibilidad de existencia de cláusula abusiva que no fuera condición general de contratación se abandona en el *iter* de nacimiento de la norma comunitaria. Pues, en la Propuesta modificada de Directiva del Consejo 92/C73/05, en el artículo 4.1, se previó también como cláusula abusiva aquella que «haya sido o no objeto de negociación por separado... implique una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor, o haya sido impuesta al consumidor en virtud del poder económico del profesional o a causa de su propia debilidad económica o intelectual».

(19) CLAVERÍA GOSALVEZ, «El control de las condiciones generales de los contratos», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, págs. 127 y 128, advierte que, bien por el número 6.º o por el número 8.º del artículo 149.1 CE, la materia relativa a las condiciones generales es competencia exclusiva del poder legislativo del Estado, no pudiendo legislar sobre ellas las CCAA; acierta en ambos números, puesto que la propia LCGC en su Disposición Final 1.ª (Título Competencial) basa la competencia exclusiva del Estado en ellos. Con buen criterio dirá el autor señalado (*ob. cit.*, pág. 132), que el legislador andaluz no reguló el tema de las CGC en su Ley 5/85, de 8 de julio, de Consumidores y Usuarios, por reputarse, actualmente, no competente para ello.

(20) La Ley 50/65, de 17 de julio, sobre la regulación de la venta a plazos de bienes muebles (*BOE* de 21 de julio de 1965), es claramente una norma protectora del consumidor en materia de contratación de bienes muebles corporales no consumibles; su artículo 14 establece un norma clara *pro consumatore*: «La competencia judicial para el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados en esta ley corresponderá a los Juzgados y Tribunales del domicilio del comprador, siendo nulo cualquier otro pacto». Hoy se reitera con la misma expresión en el artículo 12 de la nueva Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

(21) La norma legal fue la encargada de desarrollar el artículo 51 CE, el cual obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos.

(22) El artículo 3 dice: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro, si la hubiere, y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Al estilo marcado por la entonces legislación francesa (23), esto es, conjuntamente con otras materias, en la LGCU se sientan las bases sobre la que descansa la materia de la contratación adhesiva, comenzando por definir cuándo estamos ante una condición general de contratación (24) (art. 10.2) y cuándo una cláusula deviene abusiva (art. 10.1.c) (25).

Quizá por haberse previsto en nuestro ordenamiento la temática relativa a las CGC, nuestro legislador retrasó cuatro años aproximadamente la trasposición de la norma comunitaria referida (26). La propia Exposición de Motivos de la Ley 26/84, dice estar inspirada en las directrices y principios vigentes en la Comunidad Europea. No resultaba pues tan urgente el cumplimiento de la Directiva comunitaria.

Nuestra LGCU de 1984 representa, en cualquier caso, el prototipo típico y tópico español de ir con diez años de retraso respecto de Europa en la mayoría de los aspectos (máxime en los años setenta); pues en materia de contratación en masa pueden contarse más de una decena de años desde que

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración pública en los términos previstos por la ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

(23) La Ley francesa número 23, de 10 de enero de 1978, *Sur a protection el l'information des consommateurs de produits et des services*, es una norma que acomete la tarea de tutelar conjuntamente los tres problemas básicos que —según SÁNCHEZ ANDRÉS, «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, pág. 397—, están necesitados de atención especial en favor del consumidor: la publicidad engañosa y prácticas comerciales agresivas, la salud y seguridad frente a daños derivados de los productos y servicios puestos en el mercado y el control de las CG.

Esta normativa, no obstante, ha sido modificada parcialmente por la Ley número 95-96, de 1 de febrero de 1995, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos.

(24) «A los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate». Es un concepto más restrictivo que el contenido en la Directiva 93/13, pues como puso de relieve la STS de 20 de noviembre de 1996 (RJA 8371), FD 3.º, párr. 3.º, precisa en él un requisito subjetivo; esto es, que el consumidor o usuario afectado por la cláusula no haya podido evitar la aplicación de la condición general para obtener el bien o servicio. En la Directiva, sin embargo, basta que el consumidor no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula.

(25) Entiende por tales la Ley «las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios». La cláusula abusiva atenta, por tanto, contra el principio de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (ex. art. 10 LGCU).

(26) El plazo de trasposición terminó el 31 de diciembre de 1994 (ex. art. 10, Directiva 93/13).

se promulgó en 1971 la primera Ley europea sobre CGC en Suecia. Tenía razón SÁNCHEZ ANDRÉS (27) cuando en 1980 afirmaba constatando la publicación año a año de normas europeas sobre CGC hasta la última de 1979 en que entra en vigor la Ley austriaca, que «tampoco es impropio ni excesivo concluir que los últimos diez años pueden designarse legítimamente como la década de la legislación sobre CG». Aunque también tendríamos razón en afirmar que tras la Directiva europea 93/13 sobre cláusulas abusivas, ha crecido el interés por la temática de las CGC tanto a nivel legislativo como doctrinal, de tal forma que también los años ochenta y noventa pudieran considerarse décadas de la legislación sobre condiciones generales.

Pero, ¿qué medios preveía y prevé la Ley 26/84 para dispensar la defensa o tutela de los consumidores que demanda el artículo 51 CE, en el ámbito de la contratación en masa?

De forma general, la Ley 26/84 establece un capítulo III relativo a la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios (arts. 7.º al 12). Y en él se arbitran las reglas que sancionan con nulidad las condiciones generales que falten al principio de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (art. 10.4), así como a los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción y la entrega de documento justificativo de la operación comercial realizada, exigidos para su validez; ofrece, asimismo, una lista de doce tipos de cláusulas que pueden considerarse atentatorias del principio de buena fe que ha de presidir la contratación (art. 10.1.º). Finalmente, señala un control administrativo de las cláusulas que, con carácter general, utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio (art. 10.3).

En el Capítulo VI, la LGCU regula el derecho de representación, consulta y participación de las Asociaciones y Confederaciones de Consumidores y Usuarios, ya se constituyan conforme a la Ley de Asociaciones o a la Ley General de Cooperativas, ya lo hagan en relación con productos o servicios determinados o con carácter general. A ellas les encomienda: la defensa de los intereses de la propia Asociación, de sus asociados y la de los intereses generales de los consumidores y usuarios (art. 20).

Particularmente, aunque dentro del Capítulo III, prevé la posibilidad de que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios participen activamente en los procedimientos administrativos tendentes a perseguir y sancionar como fraude la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, bien sea iniciando directamente una acción de cesación,

(27) «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, pág. 436.

bien sumándose a la ya iniciada administrativamente (art. 8.º 3) (28); amén de que hayan de ser consultadas (29) y oídas (30) en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios (arts. 10.3 y 22), aunque las funciones de control y vigilancia de las condiciones, cláusulas y estipulaciones que con carácter general utilicen las empresas públicas o sus concesionarias, descansen en las propias Administraciones.

En definitiva, en el marco de la Ley General, la participación de cualquiera de estas Asociaciones en la defensa y tutela de consumidores y usuarios frente a los empresarios públicos o privados en materia de condiciones generales de contratación, no es ni limitada (31) ni «italiana» (32), si bien no se particulariza sino a la acción de cesación o inhibitoria (33) en los procedimientos administrativos para la persecución del fraude en materia de oferta,

(28) Fue nuestra norma vanguardista, comentará FONT GALÁN, «Tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, págs. 96 y 97, en tanto que situada del lado del consumidor, pues deja actuar a las Asociaciones de Consumidores la acción de cesación, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que se contempla esta acción, primero para evitar la competencia desleal y, por tanto, para favorecer al empresario, teniéndose que implantar luego en el campo del consumidor.

(29) Será preceptiva la audiencia de estas Asociaciones en determinadas materias contempladas en los apartados a), b), c) y f) del apartado 2 del artículo 22 LGCU.

(30) También habrán de serlo las Asociaciones empresariales, según el artículo 22.3.

(31) Véase lo que se dirá en cuanto a la posibilidad de proteger intereses no sólo colectivos sino difusos en el siguiente epígrafe.

(32) Es una expresión tomada de CLAVERÍA GOSALVEZ, «El control de las condiciones generales de los contratos», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 128, cuando califica la protección que brinda al consumidor el artículo 8.3.º de la Ley 50/80, de 8 de octubre, del Contrato de seguro de «italiana». Con la misma se quiere indicar que funciona dicho precepto como el Código Civil italiano de 1942 en esta materia (arts. 1.341 y 1.342); esto es, limita la protección de los consumidores a la mera información acerca de las cláusulas abusivas o lesivas, pero no pasa a disponer la ineficacia de algunas aún aceptadas por el adherente tras su oportuna información por el predisponente. Aunque el control realizado por el Codice sea más modesto puesto que sea externo y no vaya al contenido, sin embargo es obligado reconocerle con SÁNCHEZ ANDRÉS, «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, pág. 393, que «fue el primer código europeo que se enfrentó con la temática de poner cortapisas a posibles cláusulas vejatorias contenidas en contratos *standards*... pidiendo que las mismas resulten aprobadas específicamente por escrito».

(33) Esta acción —dirá FONT GALÁN, «Tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, pág. 95, es fruto de los constantes requerimientos de la Doctrina española que desde los años sesenta venía reclamando en el campo de la competencia y de la defensa del consumidor. Requerimientos que también encontraron eco en el TS (SSTS de 4 de junio de 1962 y 2 de febrero de 1974).

promoción, y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, y a exigir su participación en aquellas disposiciones tendentes a regular las relaciones entre consumidores y usuarios.

Ubicado en el Capítulo VIII de la LGCU, intitulado «Garantías y responsabilidades», se prevé un sistema arbitral cuyo fin es atender las quejas que en el ámbito del consumo se formulen (excepción hecha de los supuestos de intoxicación, lesión, muerte, y delito); en él estarán presentes las organizaciones de consumidores y usuarios y las administraciones públicas competentes (art. 31).

Conclusivamente, dejando a un lado el llamado doctrinalmente control en el consentimiento y en el contenido de las CGC (34), en la LGCU se puede hablar de los siguientes tipos de controles: administrativo, pues será la administración la que vigile las CGC empleadas por las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos que funcionen en régimen de monopolio (art. 10.3), amén de que persiga el fraude de la publicidad engañosa en el que, como hemos visto, pueden también participar las Asociaciones de consumidores y usuarios a través de la acción de cesación; judicial, ya que además de la acción de cesación se prevé la posibilidad de que las condiciones generales de contratación sean declaradas nulas en un procedimiento *ad hoc* (35); y arbitral, siguiendo las pautas establecidas en el artículo 31 de su cuerpo (36).

Era de esperar que el desarrollo reglamentario particularizara las acciones de tutela y defensa que podían llevar a cabo tanto el consumidor como las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (37). Sin embargo, la concreta

(34) SÁNCHEZ ANDRÉS, «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, págs. 400-407, analiza la forma en que en el Derecho Comparado se realiza el control del contenido del contrato, resumiendo los sistemas de control extrajudicial; de ellos destacamos el sistema de control de contenido que de forma directa realiza Francia con la Ley núm. 23, de 10 de enero de 1978, *Sur a protection el l'information des consommateurs de produits et des services*, y el de Suecia con su Ley 112/1971, *om förbund not oskåkiga avtalsvillkor*, o relativa a la prohibición de cláusulas impropias o excesivas. Vid. EDUARDO POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos civitas, 1990, pág. 85.

(35) La nulidad en principio sólo se refiere a la cláusula y no al contrato; estamos ante una nulidad parcial que como solución de origen alemán acoge nuestro legislador para preservar el contrato y así evitar que el predisponente lo deje sin efecto, alegando que él sólo quiso contratar con la inclusión de dicha cláusula.

(36) La Unión de Consumidores Gallega, *A protección dos consumidores e usuarios*, Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, Dirección Xeral de Política Lingüística, 1997, pág. 11, considera, no obstante, que con la LGCU sólo puede hablarse de control arbitral.

(37) No obstante, la LGCU se ha ido desarrollando reglamentariamente en determinadas materias y en distintos momentos; v.gr., en el ámbito del arbitraje, el cual se desarrolla por Real Decreto 636/93, de 21 de mayo; o en materia de los derechos de

participación de dichos entes sociales en materia de consumo quedó en agua de borrajas cuando se incumple el mandato legislativo de desarrollar la LGCU con su correspondiente Reglamento por la Administración del Estado (art. 39), como así preceptuaba la Disposición Final 4.^a de la Ley. También se había de esperar sentados (a fin de no cansarse), para ver reflejado cualquier instrumento específico de respaldo a los controles judicial y administrativo previstos (38) parecido al artículo 3.^o LCS.

La pregunta que viene a continuación es obvia: ¿era suficiente la tutela prevista por la LGCU? (39)

Quizá, como norma de carácter general no tuviera que contener más que lo que actualmente regula y en los términos que lo hace (40). De hecho, después de la misma, aunque, claro está, por influjo de la Comunidad Europea, se han ido atendiendo diferentes sectores en los que la necesidad de defensa concreta del consumidor era patente: en la publicidad, en la concesión de créditos al consumidor, o en la contratación de viajes combinados, por poner algunos ejemplos. Y en alguno de ellos, la LGCU ha ido completándose con la regulación de medidas de protección más concretas que las ordinarias de las que siempre disponía el consumidor.

La opinión acerca de esta tutela general dispensada por nuestra LGCU y, en general, por nuestro ordenamiento jurídico es, para la mayoría de la Doctrina, o claramente insuficiente u obsoleta. Efectivamente, el consumidor, para la defensa de los derechos proclamados en la LGCU, dispone de una tutela judicial necesitada de renovación en cuanto a los procedimientos a seguir. Esa misma Doctrina coincide en afirmar la desproporción económica entre el daño que en el tráfico sufre el consumidor y los gastos derivados del

representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios (Cap. VII de la LGCU), desarrollado por el Real Decreto 825/90.

(38) EDUARDO POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos Civitas, 1990, págs. 118 y 119, declara que uno de los mayores defectos de la Ley en materia de condiciones generales es no haber establecido un mecanismo de superación de los efectos *ultra partes* de las sentencias recaídas, como v.gr. se estableció en materia de seguros por el tan traído y llevado artículo 3 de la LCS.

(39) Aunque se exprese en pasado, la LGCU está vigente, ya que no resulta derogada por la LCGC. La propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, segunda redacción (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, enero de 1988), sí contenía una Disposición Derogatoria de la Ley 26/84 en materia de condiciones generales. Hoy, la Disposición Derogatoria única de la Ley 7/98, sólo deja sin efecto el apartado 2.^o de la Disposición Adicional segunda de la Ley 36/88, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

(40) EDUARDO POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos civitas, 1990, pág. 91, comenta que ya cuando se discute el contenido de la LGCU, la Comisión General de Codificación en 1980 ya tenía redactado un Anteproyecto de Ley de CGC, por lo que en el Ministerio de Justicia no se tenía intención de incrementar la LGCU con regulación específica sobre la materia.

procedimiento (41), de su inadecuada información, educación y, su consiguiente desconocimiento de los derechos que le asisten. Y yo añadiría, la excesiva prolongación en el tiempo para resolver los pleitos (que, recordemos es la tónica general), dificulta sobremanera esta temática.

Todas estas circunstancias hacen que el consumidor se presente normalmente en el tráfico como un gran «pasota», pues «deja pasar, transije, se resigna», no despertando su conciencia dormida sino en muy escasas ocasiones (42).

Consideraciones como las vertidas y algunas más se ponen de relieve en la Unión Europea (43), dando lugar a que la Comisión, desarrollando el Plan Trienal (1990-1993), financiara varios proyectos experimentales sobre el acceso a la justicia de los consumidores, entre los que destacan los relativos a procedimientos simplificados en materia de reclamaciones de pequeña cuantía implantados en Escocia, Bélgica e Italia, con escaso éxito (44). Es probable que el nuevo Plan de Acción sobre Política de los Consumidores 1999-2001, presentado por la Comisión europea el 1 de diciembre de 1998, provoque la adopción de nuevas medidas de fomento de acceso a una justicia sin demoras (45).

(41) Vid. Considerando 3.º de la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 (DOCE L 115/31, de 17 de abril de 1998).

(42) DE ANGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Derecho de Consumo, Ibero, S.A., Bilbao, 1994, págs. 62 y 63.

(43) Vid. Programas Preliminar y Segundo de la CE adoptados por Resoluciones de 14 de abril de 1975 y 19 de mayo de 1981, respectivamente. Esta última resolución del Consejo se pronuncia en dos momentos sobre las CGC: cuando dice en general que «los compradores de bienes o de servicios deben quedar protegidos contra determinadas prácticas abusivas de venta, en particular contra los contratos tipo establecidos por el vendedor...» (párr. 28), y cuando particularizando afirma que «en el sector de las cláusulas contractuales abusivas, la Comisión ya ha emprendido trabajos con los expertos gubernamentales con vistas a la acción de una acción comunitaria» (párr. 30).

(44) Vid. ACOSTA ESTEVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, nota a pie de página núm. 13, págs. 123 a 125. La problemática de estos proyectos experimentales, dirá el autor, es la escasez de medios, por lo que confía más en las soluciones que a nivel particular adopten los Estados miembros de la Comunidad. Nota común a estos proyectos será que estos procedimientos se utilizan tanto para el ámbito del consumo como para otros ámbitos en los que se ventilan cuestiones de pequeña cuantía. Y si bien en Escocia llevaron a la modificación de la legislación procesal nacional en 1985, disponiendo un procedimiento en materia de reclamaciones de pequeña cuantía, en Bélgica no tuvieron reflejo alguno.

(45) De hecho, ya lo está haciendo. Vid. COM (98) 198 final. Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, y la Recomendación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE; DOCE L 115/31, de 17 de abril de 1998).

Aunque en otro ámbito de protección, principalmente el de la Pequeña y Mediana Empresa, la Unión Europea considera un obstáculo para el éxito del mercado interior, la

A veces, las soluciones adoptadas ante el problema del acceso a la tutela de los consumidores y usuarios en otros países pasan por la creación de órganos públicos especializados, fuera de la organización judicial, encargados de resolver las controversias en materia de consumo (46).

España, con la LGCU de 1984 (art. 31 LGCU), implanta un sistema arbitral que se lleva a cabo en las Juntas Arbitrales de Consumo Municipales (art. 3.2) (47), provinciales o autonómicas; sistema que, a partir de 1993 fue modificado parcialmente por el Real Decreto 636/93, de 21 de mayo, estableciéndose por primera vez la Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, la cual, adscrita al Instituto Nacional de Consumo, sólo conoce de las solicitudes presentadas por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios cuyo ámbito territorial exceda de una Comunidad Autónoma. Desempeñan funciones de mediación y arbitraje respecto de las controversias derivadas de quejas y reclamaciones de consumidores y usuarios (art. 4.c).

No hay que olvidar que en los años setenta (48), en nuestro país proliferaron instancias arbitrales sectoriales que continuaron creciendo con el apoyo normativo de determinadas CCAA (49). A nivel estatal merece destacarse la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, la cual, como su mismo nombre indica y previo sometimiento de las partes al arbitraje, pues es voluntario (50), no sólo realiza funciones de mediación sino que también puede actuar como árbitro, dando solución a los conflictos que se presenten (51).

morosidad en las transacciones comerciales; y en este campo, y a través de la Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales (DOCU C 168/13, de 3 de junio de 1998), indica que «los Estados miembros establecerán procedimientos simplificados que se aplicarán a las deudas hasta un umbral no inferior a 20.000 ecus. Dichos procedimientos permitirán aplicar unos métodos simples y de bajo coste para proceder judicialmente al cobro de las deudas» (art. 6).

(46) Vid. últimamente, por todos ACOSTA ESTEVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, notas a pie de pág. 15 y 16, en págs. 128 y 129.

(47) Integradas en los Ayuntamientos, en sus Oficinas Municipales de Información al Consumidor. Estas son el germen de las llamadas Juntas Arbitrales. A partir del año 1986 comienza la experiencia española en estas Juntas.

(48) V. gr. Decreto 1291/75, Cámaras de Comercio e Industria; Real Decreto 1649/77, Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana; Ley IMAC de 1979.

(49) La Comisión Consultiva prevista en el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario (art. 31), creado por Ley 12/84, de 28 de diciembre; este órgano fue desarrollado por los Decretos 37/85, 41/88 y 222/89, en el que modifica su nombre por el de Consejo Consultivo de Consumo; el Defensor del Consumidor y Usuario del País Vasco previsto en el Estatuto Vasco del consumidor (art. 26), creado por Ley 10/81, de 18 de noviembre, o el Consejo Andaluz de Consumo que crea la Ley 5/85, de 8 de julio de 1985 (art. 40).

(50) Según la LPI habrá de realizarse dicho sometimiento por escrito (art. 153).

(51) ILLESCAS ORTIZ, «Los nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 232, cree que deben distinguirse las funciones de mediación y

El fin del sistema arbitral es atender con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas formuladas por los consumidores; y aunque se propugne por parte de la Doctrina como el mejor cauce para sustituir la tutela judicial en vigor (52), sin embargo, adolece, desde nuestra óptica, de un problema insalvable que lo hace menos eficaz: es necesario para que un consumidor pueda llegar a un arbitraje en materia de consumo que el empresario previa o simultáneamente a la formulación de la queja haya dado su conformidad a dicha vía de solución (art. 6.1); esto es, es necesario que el reclamado hubiese realizado la llamada oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, pues sólo en este caso el convenio arbitral queda formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta.

En definitiva, la necesaria voluntariedad (53) de las partes para someterse al sistema arbitral hace inseguro este sistema; amén de que es una vía que aún aceptada por las partes no está exenta de pegos importantes: así, los plazos previstos tanto para dar audiencia a las partes (tres meses), como para dictar el laudo arbitral desde la constitución del Colegio arbitral correspondiente (cuatro meses) siguen siendo excesivamente largos para dar una solución al

de arbitraje, sobre todo después de la Ley de Arbitraje de 1988. Por ello critica la denominación dada por la Ley de Ordenación de Seguro Privado al órgano que habrá de resolver los conflictos; esto es, la Comisión de Conciliación prevista en su artículo 34, porque el *nomen* —dirá—, «se acerca mucho más a la búsqueda en común de una solución concertada y unánimemente convenida a un conflicto».

(52) Vid. CORDÓN MORENO, *Código de Arbitraje*, Aranzadi, 1988, quien en su exhaustiva revisión del sistema arbitral español insiste en que es una muy buena alternativa a la vía judicial para la solución de los conflictos habidos en el ámbito del Derecho privado; y que las características de dicho sistema para el autor son, principalmente, la rapidez y eficacia, compensables siempre a pesar de que el sistema producirá casi siempre unos mayores gastos que en la vía judicial. Vid. en el mismo sentido ACOSTA ESTEVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 145. Sin embargo, DE ANGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 77, alberga ciertas dudas acerca de la efectividad de este sistema.

(53) ILLESCAS ORTIZ, «Los nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 236, parece acertar cuando dice que «la regla de un arbitraje forzoso con laudo ejecutivo y firme resultaría de dudosa compatibilidad con el principio y derecho constitucional de tutela efectiva de las personas por parte de los jueces y tribunales (art. 24.2 CE)...»; de hecho, la Comisión europea en su última Recomendación, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios paliables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, sigue premiando el «principio de libertad» (VI), estableciendo que «la decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente».

consumidor (arts. 12.1 y 14.1, respectivamente) (54). A pesar de esta tacha que se reconoce, en la Federación de Usuarios-Consumidores Independientes (55), se considera que el arbitraje de consumo llevado a cabo en la Junta Arbitral de Consumo de Madrid, es un sistema ágil, eficaz y no costoso para los consumidores. Con todo, las estadísticas recogidas por DÍAZ-ALABART (56) del INC en 1993 arrojan un saldo positivo del arbitraje, pues desde 1986 hasta finales de 1992 se tramitaron 12.592 solicitudes, y el tiempo empleado para dictar los laudos oscila entre uno y tres meses.

Conclusivamente, a la pregunta de la que partimos, relativa a la suficiencia o no de la tutela dispensada por la LGCU al consumidor en la contratación en masa, habrá de contestarse diciendo que la solución legislativa prevista es la misma que la dispensada para todo tipo de problemas que surjan al consumidor o usuario en el tráfico. No se contemplan, por tanto, medidas especiales para la protección del consumidor en el área de la contratación adhesiva, lo que hace que podamos unirnos a los partidarios de tildar la tutela de insuficiente o necesitada de tratamiento individualizado.

II. LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION. NUEVOS MEDIOS DE TUTELA: ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Ya se dijo que el control de las CGC se inicia en España en 1980, con la Ley del Contrato de Seguro y se continúa con la LGCU de 1984. En ambas disposiciones, aunque de forma tardía en comparación con otros países (57), se intenta establecer, o un control legal y administrativo, o además de ello un control judicial de las CGC, respectivamente. En cualquier caso, se trata de

(54) DÍAZ-ALABART, *El arbitraje de consumo* (RD 636/1993, de 3 de mayo), Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 196, apunta que es un hecho que retrasa el sistema arbitral la notificación del laudo a sus interesados; función que llevará a cabo el Secretario del Colegio Arbitral, teniéndose que mandar por correo, ya que los servicios privados son caros.

(55) Don GUSTAVO SAMAYOA ESTRADA, Jefe del Gabinete Jurídico de la FUCI, se pronunciaba en estos términos en la Mesa Redonda «Los consumidores y la Ley de Condiciones Generales de Contratación».

(56) Nota a pie de pág. 2 y de pág. 171.

(57) Basta con recordar con VÁZQUEZ GARCÍA, «El consumidor y los bancos: tensiones y relaciones contractuales», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 195, las siguientes leyes: Ley israelí sobre contratos *standard* de 1961, la Ley sueca sobre prohibición de cláusulas excesivas de 30 de abril de 1971, o la Ley alemana, sobre regulación de las condiciones generales de la contratación de 1977, Ley mexicana de 1975, Ley finlandesa de 1978, y Ley austríaca de 1979.

un deficiente control como hemos visto, para tutelar los intereses de los consumidores.

Con la llegada de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (58) se incrementan los medios de tutela del consumidor en el área de la contratación en masa. Hay que advertir, no obstante, que se trata de una tutela que no se restringe al destinatario final del producto, sino que se amplía, a diferencia de la LGCU, a los denominados por la Ley «adherentes», concepto más amplio que englobaría no sólo a los consumidores sino a las pequeñas y medianas empresas (59).

El aumento de dichos mecanismos de protección se lleva a cabo por diversas vías:

En la tutela judicial, porque se reconocen, además de las acciones individuales de nulidad y de no incorporación de las cláusulas generales que, o son abusivas o no fueron informadas al adherente como legalmente se dispone, nuevas acciones que podrán interponer, siempre de forma colectiva determinados entes sociales.

En la tutela administrativa, porque se arbitra, por primera vez, la creación (60) de un Registro de Condiciones Generales que prestará asistencia al

(58) Es fruto del Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados, núm. 121/000079 (BOE de 5 de septiembre de 1997).

(59) Así lo expresó la Excm. señora Ministra de Justicia, doña Margarita Mariscal de Gante en la Primera Jornada sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación, organizadas por el Área de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Madrid, el día 26 de mayo de 1998. Y así estuvo de acuerdo en el mismo seminario el Ilmo. señor don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, Decano del Ilustre Colegio Oficial Notarial de Madrid, quien comenzó su ponencia sobre «La protección notarial de los consumidores» haciendo hincapié en la distinción entre los conceptos de consumidor y usuario, y en que en algunas Directivas comunitarias sobre consumo, la protección que se otorga en dicho ámbito a veces ni siquiera tiene como medida al propio consumidor sino que, abstracción hecha del mismo, se atiende al objeto de consumo (v.gr. Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales, o Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano).

(60) Dice la Exposición de Motivos de la LCGC, que la creación del Registro responde a lo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE. Pero ello no significa que la Directiva obligase a la creación del mismo; tan sólo hay que entender que por virtud del precepto mencionado, el Registro o cualquier otro medio administrativo, además del judicial, pudiera haberse implantado para conseguir el cese del uso de las cláusulas abusivas.

La Directiva 93/13, en el precepto mencionado (núms. 1, 2 y 3), expresa que los Estados miembros han de adoptar los medios adecuados para hacer «cesar» el uso de cláusulas abusivas; y las medidas de control de las condiciones abusivas pertinentes, las cuales podrán ser utilizadas por personas y organismos que tengan, según la legislación nacional, un interés legítimo en la protección de los consumidores; y, asimismo, que estos medios pueden dirigirse contra Asociaciones de empresarios o profesionales que «utilicen o recomienden la utilización de cláusulas similares o generales».

ejercicio de las acciones previstas y, coordinará y unificará la actuación judicial al inscribirse las sentencias recaídas en dichas acciones (61).

Se trata de un Registro cuya organización y funcionamiento vendrá establecida reglamentariamente. Y parecía ser intención del Gobierno (62) actual que estuviera en marcha para el mes de septiembre de 1998, adoptando para ello la organización del Registro de las ventas de bienes muebles a plazos (63). El propósito se ha cumplido con más de un año de retraso, pues el pasado día 23 de febrero de 2000 (64) entró en vigor el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo único), que pasa a ser la Sección 6.^a del Registro de Bienes Muebles que se crea también (Disposición Adicional única).

Según define el Reglamento de CGC, «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un Registro de trascendencia jurídica en el tráfico privado, dependiente del Estado, que tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia, en los términos previstos por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y este Reglamento».

La Directiva 93/13 no impuso a los Estados miembros un medio de control de condiciones generales específico, aunque no por falta de ganas en el Parlamento Europeo; este órgano intentó instituir un *ombudsman* comunitario encargado de vigilar la aplicación de la norma comunitaria y de resolver por vía amistosa los litigios que, relacionados con cláusulas abusivas, se dieran entre partes domiciliadas en varios Estados miembros (art. 4 bis de Propuesta del Parlamento en su enmienda núm. 49) (65). Además, la función de mediación pareció la primera medida de solución a las controversias nacidas de

(61) Vid. Preámbulo III *in fine*, LCGC.

(62) Por lo menos es el propósito revelado por el Director General de los Registros y del Notariado, el Ilmo. señor don Luis M.^a Cabello de los Cobos, en la ponencia que abrió las Primeras Jornadas Municipales en Madrid, sobre la materia el 26 de mayo del año en curso. El título de la misma fue: «Condiciones Generales de la Contratación».

(63) La Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, ha sido modificada recientemente por la Ley 28/1998, de 13 de julio; y en la misma se prevé la creación de un Registro denominado de Venta a Plazos de Bienes Muebles que llevarán los Registradores de la Propiedad y Mercantiles con sujeción a la normativa que en su día dicte el Ministerio de Justicia (art. 15 y Disp. Ad. 3.^a).

(64) La Disposición Final cuarta establece que el Real Decreto y el Reglamento por él aprobado entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el *BOE*, y salió publicado el día 23 de diciembre de 1999 (*BOE*, núm. 306).

(65) Vid. Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, COM (90) 322-SYN 285 (DOCE núm. C 326/108, de 16 de diciembre de 1991).

cláusulas abusivas, ya que hasta la Propuesta modificada del Consejo no se introduce el artículo 8 en el que se autorizan acciones jurisdiccionales que, finalmente, se aprueban en la Directiva 93/13 en su artículo 7, casi en los mismos términos (66).

El legislador español, de entre las alternativas mencionadas, administrativa y judicial, sigue su *iter* de dar preponderancia a esta última (67). La Exposición de Motivos de la Ley considera que el control de las CGC recae en los órganos jurisdiccionales (68), siendo el sistema registral previsto tan sólo un apoyo al efectivo control judicial por el que se opta (69).

Por lo dicho, las vías señaladas no son compartimentos estancos; al contrario, la ligazón de ambas proviene de que determinadas acciones presupondrán en la mayoría de los casos, como luego veremos, la inscripción de la condición general declarada nula tras haberse ganado por el consumidor una acción de nulidad de la condición general de la contratación. A la vez, piénsese que se evitarán multitud de pleitos al conocerse públicamente tanto las cláusulas que han pasado a engrosar la lista de condiciones generales como la de condiciones consideradas nulas.

En consecuencia, aunque se centre el estudio en la tutela judicial, y dentro de ella en las acciones colectivas, no se puede dejar al margen ni el control administrativo creado por la LCGC, ni tampoco las llamadas acciones individuales previstas en la LCGC, aunque sea muy abreviadamente, puesto que los entes sociales a los que se legitima para interponer determinadas acciones colectivas tendrán que esperar, normalmente (70), a que se haya entablado de forma particular una acción de nulidad para, a su vez, instar las acciones de cesación o retractación, correspondientes.

Estas acciones individuales son: la acción de nulidad de cláusulas abusivas y la acción de no incorporación al contrato de las cláusulas afectadas.

(66) Decimos en los mismos términos porque desaparece en la Directiva el número 4 del artículo 8 mencionado.

(67) La LGP optó por la tutela judicial, abandonando la vía administrativa implantada por el viejo Estatuto de la Publicidad, con su Jurado Central de Publicidad. LEMA DEvesa, «La protección del consumidor en la Ley general de Publicidad», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 114.

(68) Dirá CABANILLAS SÁNCHEZ, «Los contratos y la protección del consumidor», en *ADC*, Tomo XXXVI, Fascículo III, octubre-diciembre, 1983, pág. 1197, que es difícilmente aceptable el control administrativo llevado a cabo por otros países, puesto que (y cita al profesor DE CASTRO), el criterio de la administración estará normalmente determinado por consideraciones económicas y políticas. Además este autor es partidario de incrementar la importancia del Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 CE.

(69) Vid. Preámbulo IV, párr. 3.º, LCGC.

(70) Excepción hecha de lo que luego se dirá respecto de la acción de cesación en el epígrafe III de este escrito.

Se califican de acciones individuales ya que, en principio, únicamente podrán ejercerse por los consumidores de forma particularizada (71).

En el caso de la acción de nulidad, la individualidad característica sólo es predicable a partir del Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1997, ya que en la propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, segunda redacción (72), se decía (art. 28) que la ineficacia de una CGC o de una parte de la misma podía ser instada por las agrupaciones de empresarios, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras Agrarias, Asociaciones de Consumidores y Usuarios que cumplan con los requisitos que reglamentariamente se establezcan y, otras agrupaciones de intereses o profesionales que justifiquen debidamente su interés en el proceso (73).

Actualmente, no cabe duda de que junto con la acción de no incorporación, se trata de una acción individual; así lo expresa la Exposición de Motivos de la LCGC:

«El Capítulo II sanciona con nulidad las cláusulas generales no ajustadas a la Ley, determina la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan los requisitos exigidos en el capítulo anterior para que puedan entenderse incorporadas al contrato. Esta nulidad, al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, *sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV y que tienen un breve plazo de prescripción*».

La consecuencia de ser individual supone que dicha acción no va a ser posible entablarla por ningún ente social como tal; lo que provocará en alguna ocasión, como tendremos ocasión de ver en el epígrafe relativo a la eficacia

(71) Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 491, cuando indica que un ente social no puede instar una acción individual de anulación o de resolución de contratos celebrados por los consumidores y usuarios de forma colectiva, en nota a pie de página, núm. 9, cita en su apoyo a MARÍN LÓPEZ. Desde nuestro punto de vista, con la LCGC esta afirmación ha de modificarse, pues como luego se expondrá, un ente social podrá no sólo interponer una acción colectiva que lleve implícita una acción de nulidad, sino que por ello mismo podrá interponer de forma colectiva la acción de nulidad.

(72) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, enero de 1988.

(73) En este importante punto el Consejo General del Poder Judicial calla asombrosamente, después de que advirtiera del caso contrario (que el sujeto particular no pudiera entablar una acción colectiva podría dar lugar a recurso de amparo vía artículo 24 CE). La posible explicación puede estar en la lógica; véase penúltimo párrafo de este epígrafe.

de las acciones colectivas (74), que un particular entable una acción individual de nulidad para que colectivamente se pueda instar la acción de cesación o retractación correspondiente al haberse perdido el plazo de prescripción legalmente previsto para estas acciones en el artículo 19.2.º Podría —entendido— no obstante, entablarse la acción de nulidad por el ente social siempre que actuara como representante de algún concreto miembro.

Además, en principio, y dentro del plazo de prescripción de dos años, la demanda por los entes sociales de cesar o de retractarse en la utilización o recomendación de una cláusula que inscrita en el Registro como condición general no esté calificada de nula, implicará su previa declaración de invalidez.

La declarativa de nulidad y de no incorporación son dos acciones diferentes porque los motivos en los que pueden basar sus pretensiones son distintos (declarar la nulidad o tener por no incorporadas las cláusulas bien por contravenir la normativa imperativa contenida en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, bien por falta o deficiencia de información acerca de la misma, respectivamente; ex arts. 7 y 8 LCGC), aunque el *iter* por el que discurrirán las mismas [reglas generales reguladoras de la nulidad contractual contenidas en el Código Civil (75) y normas procesales (76)] y, los efectos de ambas puedan coincidir (nulidad parcial o total, pero siempre absoluta, ex art. 10 LCGC).

III. ACCIONES COLECTIVAS DE CESACION, RETRACTACION Y DECLARATIVA DE CONDICIONES GENERALES

La tutela encomendada a los órganos jurisdiccionales en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación determina las diferentes clases de acciones que pueden interponer, entre otros entes, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, para llevar y propiciar el control efectivo de las Condiciones Generales de Contratación.

Con el nombre «Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales» se abre el Capítulo IV de los siete en que se estructura (77) la Ley sobre condiciones generales de la contratación.

Dichas acciones son de tres tipos: la acción declarativa para que, como su nombre indica, a través de ella se proceda a declarar una cláusula contractual

(74) IV, c).

(75) Artículos 1.303, 1.305 y 1.306 del Código Civil.

(76) El artículo 249 de la nueva LEC remite al juicio ordinario las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.

(77) Además, se compone de dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales.

como condición general en el mercado y sea conocida por el mismo a través de la oportuna inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación previsto. La acción de cesación, dirigida a impedir la utilización de una CGC, y la acción de retractación, cuyo fin es desmentir la adecuada utilización y validez de una CGC, ya sea recomendada por un predisponente o por una Organización cualquiera (arts. 12 y 20).

No resultan extrañas a nuestro Derecho las acciones contempladas en la LCGC (78). Dejando a un lado la acción de cesación prevista en la LGCU (cuyo objeto es cesar la publicidad engañosa y que se brindaba a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en los procedimientos administrativos), hay normativa posterior a la LGCU en la que pudieron fácilmente fijarse nuestros legisladores para conformar esta tipología de acciones. Sin calificarlas de «colectivas» existen cuatro disposiciones legislativas que contemplan estas acciones.

Así, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, por empezar por la más cercana a nuestra LCGC, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las Asociaciones de Empresarios gozan de legitimación activa para entablar, entre otros, los siguientes tipos de acciones (79): la declarativa de deslealtad del acto, si la perturbación subsiste; la de cesación del acto o de su prohibición, si todavía no se ha puesto en práctica; y la de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (art. 19) (80).

Por su parte, la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, contempla en su artículo 36 la posibilidad de que el titular de una marca registrada pueda ejercitar la acción de cesación de los actos que violen su derecho de marca, así como la adopción de medidas que eviten la continuación de dicha violación, y, particularmente, la retirada del tráfico económico de los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca.

(78) Vid. FONT GALÁN, «Tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, págs. 96 y 97. A la Ley alemana de CGC de 1976, se la encuentra merecedora de los más elevados elogios por parte de su Doctrina. PETER ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en *ADC*, 1987, pág. 768, lo hará mencionando su calidad técnico-jurídica, precisamente por la tan acertada división en tres partes: disposiciones generales, control de contenido y normas procesales; ello no significa que la Ley esté dividida en tres capítulos; se estructura en cinco.

(79) El procedimiento por el que discurrirán estas acciones será el juicio ordinario, según la nueva redacción dada al artículo 22 de la Ley 3/1991 (Disposición Final cuarta LEC).

(80) El Preámbulo de la Ley, en su apdo. 3 califica de «novedad» la legitimación activa colectiva atribuida a las asociaciones profesionales y de consumidores.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad dedica el título IV a las acciones de cesación y rectificación de la publicidad ilícita. Acciones que resultan compatibles con el ejercicio de acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios (art. 32).

Finalmente, tanto la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 como el actual Texto Refundido 1/1996, de 12 de abril (81), contemplan la acción de cesación de la actividad ilícita del infractor de la norma, aunque tanto para que fuera ejercida por personas naturales como jurídicas, pues se dice en el artículo 138: «El titular de los derechos reconocidos en esta Ley... podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor...». Como persona jurídica que puede llevar a cabo la tutela, además de la gestión de los intereses de sus usuarios en este ámbito, están las llamadas «entidades de gestión», de las que dirá el artículo 150 LPI que «una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de los propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales» (82).

En la determinación de las acciones que recoge la LCGC, el legislador también pudo haberse fijado en ciertas Directivas de la Comunidad Europea que contemplan la posibilidad de entablar acciones de cesación en diversas materias. Además de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, que lógicamente da lugar a la Ley 34/1988, señalada más arriba, la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano y, la Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la

(81) El Real Decreto-Legislativo mencionado ha sido modificado últimamente por la reforma llevada a cabo por la Ley 5/98, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (BOE núm. 57, de 7 de marzo). Consúltase LEMA DEVESA, «La protección del consumidor en la Ley General de Publicidad», en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, INC, Madrid, 1990, págs. 114-115, para diferencia las acciones de cesación y rectificación contempladas en la LGP.

(82) La nueva LEC redacta de nuevo este párrafo del artículo 150 LPI y a la vez señala en un segundo párrafo que «Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente» (vid. Disposición Final 2.^a-4).

protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, contienen disposiciones específicas sobre la acción de cesación.

Antes que la Comunidad Europea recogiera específicamente entre sus Directivas sobre consumo esta tipología de acciones colectivas, Europa ya las conocía. Así, primeramente Alemania, en 1976 y, tras ella, Austria en 1979 (83), incluyen en sus respectivas normativas dedicadas a las CGC, las llamadas acciones de cesación o inhibitoria, respectivamente; aunque a su vez dichas acciones denominadas «abstractas» (84) ya había sido objeto de tratamiento en el ámbito de la competencia desleal (85). En ambas normas, la legitimación activa la tienen determinados órganos económicos, profesionales y de protección de los consumidores.

IV. LEGITIMACION ACTIVA EXTRAORDINARIA

¿Quiénes tienen la legitimación activa para la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa, previstas en la LCGC?

Siguiendo al artículo 16 LCGC tienen legitimación activa las siguientes entidades:

- «1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (86).
3. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos.
4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas (87) y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de consumidores.

(83) Esta Ley reenvía a la Ley austriaca de Represión de la Competencia Desleal, anterior a la misma en la regulación de la acción inhibitoria.

(84) PETER ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en *ADC*, 1987, pág. 778.

(85) La Ley Alemana de Prácticas Restrictivas de la Competencia es de 1968.

(86) Decreto 1291/75, modificado por otro de 27 de marzo de 1987.

(87) Sólo cinco CCAA han legislado sobre el consumo a pesar de que todas fueron asumiendo entre los años 1979 a 1983 competencias exclusivas en esta materia. El primero fue el País Vasco, quien en 1981 dicta el llamado Estatuto del Consumidor para el País Vasco (Ley 10/1981, de 18 de noviembre), el cual sufrió dos modificaciones importantes: una, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 71/82, de 30 de noviembre (BOPV de 2 de marzo de 1983), y otra, por el Decreto Legislativo 2/86, de 9 de septiembre (BOPV de 29 de octubre de 1986).

En 1985 se publican el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, creado por Ley 12/84, de 28 de diciembre de 1984 (*BOE* de 11 de junio de 1985), y el Estatuto de los

5. Los colegios profesionales legalmente constituidos (88).
6. El Ministerio Fiscal (89)».

Del precepto transcrito se deduce que las acciones que regula la LCGC presentan una virtualidad doble: por un lado, sirven para incrementar no sólo los medios de defensa del consumidor en la peligrosa área de la contratación en masa, sino el número de personas jurídicas que pueden defender los intereses de los consumidores en dicho ámbito (cambio cuantitativo) (90), igualándose con ello a las parcelas que anteriormente hemos destacado de otros textos legales; por otro, propician la oportunidad de que a determinados entes sociales se les reconozca legitimación activa extraordinaria para llevar a cabo la defensa de intereses difusos de los consumidores y no sólo de los colectivos en el ámbito de la contratación (cambio cualitativo).

Para indicar este segundo cambio, en la LCGC se tilda a las acciones, no sin razón, de «acciones colectivas». Estamos ante el reconocimiento de una legitimación extraordinaria, en el sentido de que los intereses que se defienden bajo ella no son ni individuales ni plurales (91) sino colectivos; lo que supone romper con la regla de que sólo el titular del derecho subjetivo puede disponer de él, y, por tanto, actuar su defensa. En el interés colectivo un grupo determinado de personas se agolpan bajo un ente social con un mínimo

Consumidores y Usuarios de Andalucía, creado por Ley 5/85, de 8 de julio (BOE de 20 de julio de 1985).

La Comunidad Autónoma Valenciana establecerá su Estatuto en 1987, por Ley 2/87, de 9 de abril (BOE de 29 de abril de 1987); y tres años más tarde, lo hará Cataluña con su Ley 1/90, de 8 de enero, sobre la disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE de 16 de enero de 1990).

(88) Se regulan los Colegios Profesionales por el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, posteriormente modificado por la Ley 7/97, de Medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales.

(89) Cuando el fiscal actúa como parte en un proceso, MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 72, dice que cabe hablar de una «publicización de una parcela del derecho material».

(90) Se siguió en este punto al Consejo del Poder Judicial que informando el Anteproyecto de LCGC, indicó que deberían tener también la legitimación activa el INC y órganos análogos de las CCAA y Corporaciones Locales al ser Administraciones Públicas. Sin embargo, se hace caso omiso en cuanto al apunte de que no deberían excluirse de esta legitimación a los propios interesados, ya que podría ser objeto de interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional con base en el artículo 24 CE, «al no reconocérsele el derecho de acceso a los Tribunales, no ya a los titulares de un interés legítimo, sino a los titulares de un derecho subjetivo» (Pleno, segundo trimestre 1977, pág. 73).

(91) Se consideran intereses plurales —según MONTERO AROCA— *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 62, la suma de los intereses individuales, los cuales se encuadran en la legitimación ordinaria articulándose a través de la institución de la «acumulación».

de organización que ostentará así la representación de las mismas. Por lo que la regla jurídica que se dice truncada se vuelve a restablecer cuando se argumenta doctrinalmente que el ente que defiende el interés ajeno lo puede hacer porque le representa gracias a la existencia dentro de él de una organización que ordena esta representación y liga jurídicamente a sus miembros (92).

Ahora bien, la pretensión de tutela del interés ajeno llevada a cabo por ciertos entes sociales ya había calado en nuestro Derecho, no presentándose el precepto novedoso por ese motivo. No hay más que recordar la LGCU, artículo 20, en el que se recoge por primera vez de forma clara la posibilidad de que las asociaciones de consumidores y usuarios defiendan intereses de toda clase de los consumidores (93), es decir, tanto intereses colectivos como difusos (94); o la LOPJ, la cual introduce en el artículo 7.3.º la posibilidad incluso de defensa de simples grupos de afectados, y grupos que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción (95).

Por consiguiente, a nivel legislativo parece reconocerse sin limitación ninguna la legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y la de Empresarios, entre otros entes sociales y, por tanto, la aceptación de la doctrina de la protección de los intereses tanto colectivos como difusos.

Incluso, a nivel jurisprudencial, si sólo tuviéramos en cuenta las sentencias recaídas en procesos contencioso-administrativos, podríamos seguir manteniendo el mismo aserto, aunque el reconocimiento de la legitimación extraordinaria de los entes sociales se haya realizado con ocasión de procedimientos instados para propiciar la anulación de actos y disposiciones de carácter general de la Administración que afectan o inciden directamente bien en los consumidores, bien en sus asociaciones. En dichos procesos la Sala 3.ª del Tribunal Supremo se muestra partidaria de facilitar la legitima-

(92) Vid. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 65.

(93) Parece que el origen de la norma —según BONET NAVARRO, «Especialidades procesales en materia de consumo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, pág. 174—, se halla en la Resolución 543/73 de la Asamblea del Consejo de Europa que establece el derecho de representación de los consumidores que tiene la vertiente de ser defendidos en juicios por asociaciones creadas al efecto.

(94) Vid. BARRACHINA JUAN, «Las Asociaciones de Consumidores en el proceso contencioso-administrativo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, pág. 157.

(95) Dice el precepto: «3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

ción extraordinaria, incluso a pesar de que existan obstáculos formales que pudiesen dar al traste con la protección que en principio el artículo 28.1.a) LRJAE, viene a dispensar cuando dispone que «estarán legitimados para demandar la declaración de ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración: a) Los que tuvieren un interés directo en ello...» (96).

Así pues, en el ámbito de la jurisprudencia administrativa he encontrado cinco sentencias; cuatro de ellas se refieren a impugnaciones de reglamentos realizadas por Asociaciones de Consumidores y Usuarios (97), siendo la que resta una impugnación de una asociación de empresarios.

Concretamente, las SSTs de 1 de julio de 1985, de 11 de diciembre de 1991, de 5 de mayo de 1992 y de 10 de mayo de 1992, dan por hecha la legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores y de Empresarios; y en ellas, el TS por una parte, la facilita, a pesar de que no se acredite esa legitimación a través del acuerdo de la Asamblea General de la asociación como correspondería y sólo se aporte un Poder general para pleitos del representante de la misma (caso de la primera resolución), o aun cuando se acredite, no se acompañe el acuerdo del ente social en el momento de entablar el presente recurso (caso de la última) (98). Por otra, la reitera con todo su alcance; es el caso de las otras dos sentencias: la STS de 1991, es clara cuando expresa con ocasión de la impugnación del Real Decreto 825/90, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores, y más concretamente, de los artículos 16 y 18, atinentes a las funciones y competencias de aquellas asociaciones, cooperativas, etc., representadas en el Consejo de Consumidores y

(96) Expresión que siguiendo a BARRACHINA JUAN, «Las Asociaciones de Consumidores en el proceso contencioso-administrativo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, pág. 161, si bien no debe confundirse con el interés legítimo que proclama el artículo 20.1 LGCU, sin embargo, en nada impide considerar que las AACUU puedan entenderse incluidas. El Tribunal Supremo dirá que siempre ha sido partidario de una interpretación favorable al reconocimiento del interés directo en las pretensiones dirigidas a alcanzar la anulación del acto o disposición combatida..., accediendo al conocimiento de las reales objeciones de fondo, y evitando, de este modo, situaciones que dificulten el acceso de los interesados a la impugnación y revisión jurisdiccional, orientación que llega a alcanzar una mayor potenciación, aún si cabe, en el supuesto de defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por parte de las Asociaciones correspondientes. El autor trae su apoyo en SSTs de 3 de febrero de 1988 y 23 de marzo de 1988.

(97) La STS de 14 de octubre de 1987, pronunciada con ocasión de la impugnación por parte de una asociación de consumidores de un Reglamento Técnico Sanitario, no la comentamos, pues es anterior a la LGCU.

(98) En este caso se trató de una Asociación de empresarios que impugnaba el Real Decreto 271/88, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de actividades propias de las Agencias de Viajes.

Usuarios, que la legitimación de las Asociaciones de Consumidores estén o no representadas en el mencionado Consejo, no es limitada conforme a la Constitución y a la LGCU; lo expresa en estos términos:

«CUARTO.—1... 2.º párr. “Partiendo de la base de que toda Asociación de Consumidores y Usuarios debe constituirse con arreglo a la Ley (art. 20 de la Ley 26/84), y estar inscrita en los Libros Registro que señala el artículo 20.3 de la Ley citada y el artículo 2 del Real Decreto número 825/1990; tanto la Ley 26/84 (art. 20.1) como el artículo 16 del Real Decreto impugnado, reconocen que las Asociaciones legalmente constituidas e inscritas en los Libros Registros correspondientes, pueden representar a sus asociados y ejercitar las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la Asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios dentro del propio ámbito territorial de la Asociación, puesto que el artículo 16 del Real Decreto 825/1990 se está refiriendo a todos los derechos e intereses reconocidos en el artículo 2 de la Ley 26/1984. El artículo 16 ha de ser interpretado, no en función del artículo 18 del Reglamento, sino en relación a la Constitución y a las Leyes. Y dicho artículo no choca con el ordenamiento jurídico. No hay discrepancia alguna entre el Reglamento y la Ley, ni limitación alguna para las asociaciones dichas».

La STS de 1992 recalca que el único límite a la legitimación de las asociaciones será el que venga impuesto en sus Estatutos, lo que luego reconocerá la LCGC. Así lo expresa:

FD. 2.º: «...Concurriendo como finalidad primordial de la entidad recurrente la promoción y defensa de los intereses individuales y colectivos de consumidores y usuarios, según el artículo 9 de sus Estatutos, que es la misma que el artículo 20 de la Ley 26/1984, de 19 de julio... atribuye a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones 191/1964, de 24 de diciembre..., no parece dudoso que incluidos en el catálogo de actividades, los servicios relacionados con el ramo de seguros, deba reconocerse a la accionante, la legitimación necesaria para impugnar una disposición general que afecta al Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de vehículos de motor, elevando los límites de indemnización.

Podría denegarse a la “U. de C. de E.”, si así se considerase procedente, la pretensión de nulidad del Real Decreto 1546/1988, de 23 de diciembre..., pero en ningún caso la oportunidad de intentarlo, ejercitando las acciones pertinentes, so pena de infringir el derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española)... objeto de abundantes aportaciones jurisprudenciales, todas ellas en la línea de entender robustecido a tenor de aquel precepto, el principio *pro actione*».

También el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse acerca de los intereses colectivos antes que la LGCU; así en la STC 71/82, de 30 de noviembre (*BOE* de 29 de diciembre de 1982), cuando resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Gobierno socialista a la Ley 10/81 del Parlamento Vasco sobre el «Estatuto del Consumidor», sólo respecto de determinados artículos de la misma; concretamente de nuestra materia, se impugna y se declara inconstitucional su artículo 32, relativo tanto a la legitimación colectiva como a la legitimación que denomina sustitutoria del ejercicio de una acción individual de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, si así optare por dicho ejercicio el consumidor usuario, extendiéndolas más allá del área de lo jurisdiccional, esto es, generalizando dichas legitimaciones al área de defensa del consumidor, cuando la misma está reservada al legislador estatal; razón por la cual deviene inconstitucional el precepto (FD 20).

A colación con la argumentación realizada por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del precepto mencionado, llega a afirmar en nuestro tema que:

«La legitimación colectiva tiene algún reconocimiento en nuestro sistema jurisdiccional, pudiendo recordarse, como ejemplo de mayor importancia, el del artículo 32 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, fórmula que, entendida en su verdadera significación, sin rigorismos recortadores de su potencialidad, puede servir a los objetivos que están presentes en el precepto cuestionado, cuando la defensa de los intereses colectivos pueda hacerse valer por los cauces del proceso contencioso-administrativo.»

Hasta aquí todo estaría del lado del mayor acogimiento jurisprudencial de la doctrina de la protección de los intereses colectivos y/o difusos, si no fuera porque en el campo de la contratación en masa, dicho reconocimiento estaba muy limitado, como a continuación se explica.

Ahora ilustran este escrito tan sólo dos resoluciones (STS de 20 de noviembre de 1996 y 31 de enero de 1998) (99) de la Sala Primera del Alto Tribunal, las cuales tienen en común: son anteriores a la LCGC, pero posteriores a la LGCU y a la Directiva, evidentemente no traspuesta; se producen con ocasión de la impugnación de ciertas cláusulas bancarias estimadas lesivas a los intereses económicos de los consumidores y usuarios por parte de la Unión de Consumidores de España.

En las dos SSTs, la legitimación extraordinaria proclamada por la Ley 26/1984, quedará mermada o limitada en tanto en cuanto las Asociaciones han

(99) Ptes.: Señor Gullón Ballesteros y señor González Poveda, respectivamente.

de acreditar el llamado «requisito subjetivo» que se desprende de la propia definición que de cláusula que puede ser declarada abusiva, ofrece la LGCU en su artículo 10.2, y que no es sino que el consumidor o usuario no haya podido evitar la aplicación de la cláusula, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate; extremo éste que, constituyendo una «prueba diabólica» para la Asociación recurrente, por resultar prácticamente imposible que cualquier ente social pueda demostrar que el consumidor o usuario no ha podido sustraerse a las CGC, se mantiene por el TS por considerarlo parte del concepto que de CGC maneja la Ley 26/1984 y, por tanto un requisito legal, aunque afirme que dicha prueba no debe de exigirse con toda su rigidez dada la naturaleza de la contratación de masa.

De nada le sirvió a la asociación recurrente alegar la aplicación de la Directiva 93/13 con su definición de cláusula abusiva o condición general que no puede ser tenida en cuenta por haber sido impuesta al consumidor o usuario sin que éste haya podido influir en su contenido, pues aún pasado el tiempo para trasponer la norma comunitaria, se entiende que no se puede aplicar directamente y, por ello, saltar el obstáculo o barrera que a la legitimación extraordinaria se presenta en este campo (100).

Merece la pena que se reproduzca el siguiente FD 3.º de la STS de 1996, pues es el que cita en el mismo FD la STS de 1998 para basar la falta de legitimación de la asociación de consumidores recurrente:

«El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692.4 LEC, acusa infracción de las normas jurídicas siguientes: artículo 24 CE, que establece el derecho a obtener la tutela efectiva; artículo 7.3.º LOPI, que legitima a las corporaciones, asociaciones y grupos para defensa de intereses colectivos; y el artículo 20.1, Ley 26/1984, que reconoce a las asociaciones (rectius de consumidores) y usuarios la facultad y derecho al ejercicio de las correspondientes acciones de defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios...

(100) Esta postura jurisprudencial contrasta con aquellas sentencias que, siendo de la misma época, reconocen la aplicación inmediata de las directivas aún no traspuestas. V.gr., la sentencia de 8 de noviembre de 1996, es inclusive doce días anterior a la citada en el texto y considera de obligado cumplimiento las Directivas de los jueces de los Estados miembros mientras se lleva a cabo la adaptación legislativa en el correspondiente país. Dirá el último párrafo de la sentencia mencionada: «Es obligado el cumplimiento de las directivas comunitarias por los jueces de los Estados miembros mientras se lleva a cabo la adaptación legislativa en el correspondiente país. El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria a la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

...Respecto de la Unión de Consumidores de España también procede la misma desestimación (del recurso —se entiende—), ya que nuestro ordenamiento, hasta que no se adapte la Directiva 93/13, exige para que pueda hablarse de condición general sujeta al artículo 10.1, Ley 26/1984, que reúna los del apartado 2 del mismo precepto, y según la sentencia recurrida no se ha cumplido el requisito subjetivo. De ahí que la legitimación para interponer una acción declarativa de nulidad de condiciones generales la tenga la Asociación de Consumidores y Usuarios cuando la condición lo sea según el precitado artículo 10.2, Ley 26/1984, y que precisamente, por aquel requisito subjetivo, esa legitimación habilite de hecho en la actualidad para obrar en sustitución procesal de un concreto consumidor o usuario afectado, pues es cuando puede demostrar que éste no ha podido evitar la aplicación de la condición general para obtener el bien o servicio. En ningún precepto legal en concreto (por supuesto no en los que se citan como infringidos en el motivo) se excusa a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios de la acreditación de este requisito subjetivo, otorgándoles una legitimación total y absoluta para ejercitar puras acciones declarativas de nulidad de cláusulas hipotéticamente abusivas. No basta con ser legalmente una Asociación de Consumidores y Usuarios.»

La novedad o cambio cualitativo que presenta el artículo 16 LCGC hay que buscarlo en un ente social determinado: las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Son únicamente estas Asociaciones las que podrán defender no sólo los intereses colectivos de sus asociados sino también los intereses de los consumidores en general, aunque ello pueda ahora tan sólo depender de lo reglamentado en sus propios Estatutos, pues desaparecido el requisito subjetivo de la LGCU y acercándose nuestro legislador al concepto más laxo de cláusula abusiva de la Directiva 93/13 en el artículo 10.bis (101), ya no se podrá limitar jurisprudencialmente la legitimación extraordinaria.

Además, estas Asociaciones serán las que utilicen con mayor frecuencia las acciones de cesación y retractación por más que la Exposición de Motivos de la LCGC exprese que la legitimación activa en las acciones colectivas descritas, la tienen otros entes sociales distintos de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, ya que la norma pretende abarcar un mayor campo de actuación. Qué cambio tan enorme se ha operado en la legislación y en la doctrina jurídica, pues de considerar que estas agrupaciones de consumidores

(101) En términos más vagos si cabe que la Directiva, este precepto reza: «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional de la presente Ley».

constituían un remedio contra el abuso en el tráfico más bien «imposible» (102) a entender, con la presente Ley, que su función es primordial, hay un abismo.

Centremos nuestra atención sobre las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. De ellas se predica en el precepto transcrito (art. 16.3), dos extremos para poder entenderlas con legitimación activa: 1) estar legalmente constituidas y, 2) tener estatutariamente encomendada la defensa de los consumidores y usuarios.

La primera exigencia no es más que un recordatorio de que la personalidad jurídica de las asociaciones, sean del tipo que sean, sólo comienza en el instante en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas; esto es, hasta que no se hayan regulado por los estatutos correspondientes (ex. arts. 35 y 37 del Código Civil) (103); éstos —recuérdese— son fruto del principio de autonomía de la voluntad.

El segundo requisito que, por cierto, se adiciona en el último momento del *iter* parlamentario de aprobación de la LCGC (104), es el que hace, a nuestro entender, muy singular la posición de este tipo de entidad ya que, a diferencia de los demás entes sociales que se nombran en el artículo 16 LCGC, si una asociación de consumidores prevé en sus estatutos la posibilidad de defender los intereses económicos de los consumidores y usuarios en general, y no sólo los de sus asociados o miembros, podrá hacerlo sin traba procesal alguna. Esto es, sin necesidad de mediar representación que sostenga el concepto de legitimación extraordinaria, la Ley reconoce legitimadas a las asociaciones en cuyos estatutos se recoja la posibilidad de defender no sólo intereses colectivos, sino difusos (105); lo que supone un avance importante en esta materia de contratación.

(102) ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de adhesión», en *ADC*, Tom. II, Fas. I, enero-marzo 1949, pág. 63.

(103) Por supuesto que las Asociaciones podrán estar sometidas a la antigua Ley de Asociaciones de 1964 o la Ley de Cooperativas, pues el artículo 20 de la LGCU así lo prevé. Pero también podrán constituirse de acuerdo con lo establecido por las CCAA en sus respectivas leyes; este apunte tuvo que ser revelado por el TC en su sentencia 15/89, de 26 de enero, ya que se intentaba interpretar muy estrictamente el artículo 8.º LGCU.

(104) En el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso de los Diputados, el entonces artículo 15 sólo mencionaba el requisito de que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios estuvieran legalmente constituidas para estar legitimadas activamente.

(105) Este tipo de interés se caracteriza por dos notas esencialmente: 1) que no hay grupo social definido al no existir vínculo jurídico entre las personas, sino una relación fáctica en el sentido de que las personas se unen al verse afectadas por determinadas contingencias; y 2) como consecuencia de lo anterior, no puede haber una persona jurídica que ostente la defensa por representación de dicho grupo humano. Vid. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 65.

Claro está que la posibilidad se limita a tres clases de acciones con características peculiares, como ahora veremos; pero, al menos, se plasma legislativamente y de forma concreta, que un ente social organizado pueda tutelar los intereses de un grupo indefinido de personas que, tras la sentencia correspondiente, podrán verse beneficiadas. Esto es, ya en la LGCU se preveía la posibilidad de que las asociaciones de consumidores pudieran asumir la defensa de intereses difusos; sin embargo, la precisión de en qué tipo de acciones sólo llega con la LCGC. Recuérdese además cómo se recortaba esta legitimación extraordinaria por el concepto de condición general que contenía la LGCU (art. 10.2).

Ahora, la recientemente aprobada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (106), corrobora la legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en su artículo 11, pues prevé por primera vez la condición de parte procesal legítima de dichos entes, tanto en intereses colectivos como en difusos; así se expresa:

«Legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de los intereses colectivos corresponde a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas».

Como puede deducirse, aunque la LEC detalla con mejor acierto que su Proyecto (107) la legitimación extraordinaria, pues distingue acertadamente

(106) BOE número 7, sábado, 8 de enero de 2000.

(107) El proyecto sólo decía: «2. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y otras entidades legalmente constituidas para la defensa de los derechos e intereses de aquéllos, estarán legitimadas para defender dichos derechos e intereses conforme a las leyes que regulan su protección» (art. 9).

los intereses colectivos y los intereses difusos, sin embargo, en lo referente a la legitimación activa de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, iguala en el sentido de que para todo tipo de intereses «generales», dichos entes podrán pretender su tutela.

Por consiguiente, la división de los intereses generales en colectivos y en difusos es, no sólo para definirlos sino para distinguir que, mientras que en los colectivos, dada la posibilidad de determinación, la tutela puede provenir hasta de los propios grupos de afectados, en los difusos, exclusivamente corresponderá a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Por lo que está también confirmando lo ya establecido por LOPJ, pues recuérdese que en su artículo 7.3, la defensa de los intereses que denomina «colectivos» podía llevarse a cabo tanto por «grupos de afectados» como por los que «estén legalmente habilitados para su defensa y promoción»; en definitiva, la LEC habilita la defensa de los intereses difusos sólo a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Los intereses colectivos se caracterizan por el hecho de que sus titulares están determinados o son, al menos, determinables. Determinación que implica una seguridad indudable en el proceso, y que lleva a dar tratamiento diferente respecto de los intereses difusos en que dicha determinación brilla por su ausencia; v.gr., la llamada al proceso que prevé el artículo 15 LEC, que para la tutela de intereses colectivos sólo exige la previa comunicación de la demanda a todos los interesados, pudiendo éstos concurrir incluso, en cualquier momento del procedimiento (núm. 2), y para los difusos, se prevé por su mayor complejidad, la suspensión del procedimiento por el tiempo que el órgano jurisdiccional crea conveniente (no rebasando el límite de dos meses).

Volviendo al hilo discursivo, la posición de estas asociaciones en la legitimación para la defensa de intereses difusos, se puede decir que es única; a los demás entes sociales que se señalan, excepción hecha de los que tienen naturaleza pública (108), o bien no se les reconoce literalmente la posibilidad de tutela de intereses difusos, o no se pronuncia sobre este extremo.

En el primer caso están las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, ya que la LCGC expresa claramente que los estatutos sólo podrán pronunciarse acerca de la defensa de los intereses de *sus miembros*. Si así lo realizan podrán tutelarlos, y, por tanto, sólo estarán legitimadas para la defensa de los llamados intereses colectivos.

(108) Cámara de Comercio, Industria y Navegación, el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de consumidores y el Ministerio Fiscal. En estos entes, el fin o interés público que cumplen, impiden aplicar la doctrina de los intereses colectivos o difusos.

Al segundo, pertenecen los colegios profesionales; son corporaciones disciplinarias, encargadas del auto-control profesional de la clase (109), y gestadas con la bandera de la colegiación obligatoria de sus profesionales.

De ellos podría argüirse que la Ley no impide, como en el caso visto de las asociaciones de empresarios, la tutela de los intereses difusos. Y se podría interpretar que estos entes podrán o no actuar en el tráfico en defensa de los intereses de la clase a quien representan con carácter general (difusos), o de sus miembros específicos (colectivos), dependiendo del tipo de modelo corporativo por el que hayan optado: si de estructura única (nacional), o múltiple (con un ámbito territorial propio de actuación). Pues al igual que la incorporación a un colegio territorial habilita para el ejercicio profesional en dicho territorio, habrá que entender que la defensa o tutela de los intereses en dicho ente queda limitada a los intereses de sus miembros.

Sin embargo, dicho argumento sólo sería atendible bajo la vigencia de la Ley 2/74, de 13 de febrero, pero no con la actual Ley 7/97, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de Suelo y Colegios Profesionales, pues al haber sustituido el anterior artículo 3.2, instituye como regla general (110), la llamada «colegiación única», la cual da lugar a que el profesional colegiado en un colegio determinado territorialmente, pueda ejercer su profesión en todo el territorio del Estado. Consecuencia de lo cual, lo actuado por un colegio territorial podría abarcar la defensa de cualquier profesional. Si esto es así, huelga el planteamiento de la tutela de intereses colectivos solo o también difusos, pues todos podrían ser difusos atendiendo a las funciones asumidas estatutariamente por los propios colegios.

Con mayor motivo, en los colegios profesionales de estructura única no haría falta hablar de la defensa de intereses difusos ya que, siendo un requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al colegio correspondiente (111), la actuación del colegio único siempre beneficiará a todos los de la clase; de este modo, nunca se daría la eventualidad de que un número incierto de personas profesionales no colegiadas pudieran verse tuteladas por la acción que pudiera entablar cualquier colegio al que por profesión esté obligadas a pertenecer, porque sin colegiación, no serían consideradas profesionales del ramo.

(109) CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 62. Últimamente, en el Diccionario Trivium, Derecho-Economía, Trivium, Madrid, 1998, pág. 130, en la Voz Colegio Profesional, se puede leer: «Corporación de derecho público para la ordenación, representación y defensa de los intereses profesionales de los colegiados».

(110) Establece su excepción en el párrafo 2.º del mismo precepto.

(111) Artículo 3.2, Ley 7/97 de Colegios Profesionales.

La verdad es que el legislador podía haberse pronunciado sobre este extremo cuando agrega, junto con el Ministerio Público, a la lista de legitimados activamente, a los colegios profesionales, en el mismo instante en que se aclara, respecto de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, la posibilidad de tutela de intereses difusos. De esta forma no habría quien pudiera argumentar que si el legislador hubiera tenido intención de brindar la misma posibilidad a los colegios profesionales múltiples o territoriales, así lo hubiera hecho constar.

En cualquier caso, cuando entre en vigor la LEC, el artículo 16 LCGC habrá engordado con un segundo párrafo que añade la Disposición Final sexta, número 4, posibilitando que cualquiera de las entidades que menciona puedan personarse en los procedimientos promovidos por cualesquiera de ellas para defender los intereses que ellas representan (112).

Examinemos ahora la clase de acciones que dejan instar a los entes sociales: son acciones cuyo fin consiste, o en solicitar una obligación de no hacer (conseguir la interrupción en la utilización de una CGC abusiva o evitar su recomendación de utilización), o de hacer (perseguir la retractación de la recomendación de una CGC), o en conseguir una declaración de condición general; por lo tanto, son acciones de petición de condenas de no hacer o declarativas puras, a juicio de nuestra Doctrina.

Ello significa que, en materia de condiciones generales de contratación, el legislador deja que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios puedan tutelar intereses difusos, pero siempre que las acciones que ejerzan sea de este tipo; no cabría, por consiguiente, la legitimación de las mismas en acciones pecuniarias o indemnizatorias, excepción hecha de lo que se dirá respecto de los efectos de la acción de cesación que analizaremos en el epígrafe V. Por lo que en principio, tiene razón MONTERO AROCA (113) cuando señala que la concesión de legitimación extraordinaria para la tutela de los intereses difusos tiene en España dos límites: 1) No pretensiones de indemnización y, 2) Que se insten sólo por Asociaciones de Consumidores y Usuarios en cuanto que personas jurídicas dotadas de un mínimo de organización.

V. EFICACIA DE LAS ACCIONES PREVISTAS

El título del epígrafe da pie a hablar no sólo de los efectos que la LCGC prevé para cada una de las acciones que regula, sino también obliga a con-

(112) Dice así: «Estas entidades podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan».

(113) *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 69.

siderar la valoración en positivo o negativo de las acciones de cara a la protección del consumidor.

Antes que nada hay que advertir que estas acciones serán eficaces si el Registro de CGC también resulta serlo. Ya mencionamos anteriormente que las acciones de cesación y de retractación pueden necesitar para su ejercicio la inscripción de una condición general como nula, lo que supone, a su vez, que previamente se ha ganado una demanda de nulidad entablada contra un predisponente por resultar abusiva o contraria a la normativa legal imperante (114).

Pero es que de casi nada servirían las mismas si las sentencias obtenidas por entablar dichas acciones no se vieran reflejadas en el Registro (115).

a) EFECTOS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

En tanto la nueva LEC no entre en vigor (116), la eficacia de las acciones colectivas hay que buscarla tanto en el artículo 20 (que quedaría derogado por su Disposición Derogatoria única, núm. 2. 15.º) (117), como en el artículo 12 LCGC (que quedaría modificado, como ahora se verá, por su Disposición Final sexta), pues este último precepto describe el objeto de cada una de las acciones y, concretamente, en la acción declarativa resultará confuso, como luego se expondrá.

Mientras los efectos de las acciones de cesación y de retractación podrían calificarse de análogos, los de la acción de declaración de condición general de la contratación son particulares; se expresa en el artículo 20.3 que la sentencia dictada con ocasión de dicha acción, llevará no sólo a la declaración que su propio *nomen* indica sino a la inscripción de la misma en el Registro de Condiciones Generales.

La declaración a que se refiere el precepto señalado es sólo sobre que determinada cláusula es una condición general. Y nada más; esto es, la sentencia no se va a pronunciar también sobre la validez o invalidez de la cláusula.

(114) El haber ganado una acción de no incorporación supone que la cláusula es nula en el contrato en que se incluyera pero no por abusiva, sino porque no se cumplió la forma prevista para entender atendido el requisito de su incorporación; esto es, porque no se informó de la misma de la manera en que debió realizarse por mor del artículo 7 LCGC; lo que significa que si se hubiere rellenado dicha forma y así se hubiere aceptado por el adherente, la cláusula sería válida.

(115) De ello se dará cuenta en el subepígrafe c) 4) de este escrito.

(116) Su Disposición Final vigésima primera establece que entrará en vigor al año de su publicación en el *BOE*.

(117) En el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, la derogación es a través de la Disposición Derogatoria 2.ª 18.º

sula. Por ello este tipo de acción normalmente se verá acumulada a las acciones de cesación o de retractación al objeto de conseguir, además de sus efectos propios que ahora veremos, un pronunciamiento acerca de la nulidad o no de la misma.

Por lo dicho, hay que pensar que la acción interesará, ante todo, a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios; en primer lugar, porque con dicha declaración la cláusula quedará sometida, al igual que el contrato donde se halle, al régimen de la LCGC; y en él podrá solicitarse su eliminación por los cauces procedimentales colectivos previstos; y, en segundo lugar, porque es el único medio del que disponen estas entidades para evitar la forzosa autorización del predisponente en la inscripción voluntaria de la cláusula como condición general (art. 11.8 LCGC).

Al predisponente, se le veta la vía de la acción declarativa, pero es lógico, habida cuenta de que como autor de la cláusula ya pudo conseguir la inscripción de la misma como condición general de forma voluntaria por la vía del artículo 11.2 LCGC.

El efecto declarativo de condición general de la acción que se examina dará lugar a que la sentencia disponga también la inscripción de la cláusula, ya calificada como condición general, en el Registro (art. 20.3 LCGC). Y en este punto surge la contradicción con el artículo 12.4 LCGC, pues siguiendo su literalidad (por cierto, nunca modificada en el *iter* parlamentario de la norma), este precepto expresa que la acción declarativa dará lugar «a instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme al artículo 11.2, inciso final, de la presente Ley». Esto es, cuando el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del departamento ministerial correspondiente imponga la inscripción obligatoria en específicos sectores de la contratación.

La incoherencia planteada por la remisión al apartado final del artículo 11.2 LCGC obliga a inclinarse por entender que ha sido un fallo del legislador que, aunque ostentoso, en nada palidece la conclusión acerca de que no sólo la sentencia que declare la cláusula como condición general (118) sino también la cláusula calificada de condición general tendrá un reflejo inmediato en el Registro de CGC (art. 20.3 LCGC).

No obstante, frente a la lógica y conveniencia de lo sostenido, el legislador resuelve la falta de engranaje señalada en la nueva LEC, derogando el artículo 20 LCGC y corroborando, aunque con mejor redacción, el apartado 4.º del artículo 12 de la LCGC (Disposición Final sexta, punto 3). Dice así:

(118) El juez está obligado, como veremos, a propiciar la inscripción de la sentencia estimatoria de cualesquiera acciones colectivas, ex artículo 22 LCGC.

«4. La acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda, conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la presente Ley».

Como a través de la acción declarativa de condición general el Juez no va a tener que pronunciarse acerca de la validez de la cláusula, la inscripción en sí misma no tendrá más valor que el señalado; esto es, dar publicidad a la cláusula que desde el pronunciamiento judicial firme se insertará junto con el contrato al que pertenece al régimen de la Ley. Por lo que normalmente se acumularán las acciones declarativas con las otras acciones colectivas; lo cual expresa el artículo 14.2 LCGC, que posteriormente es derogado por la Disposición Derogatoria única, número 2, 15.º LEC.

Sólo cuando la cláusula se inscriba con el carácter de nula, la inscripción alcanzará otro valor y de cara a los órganos jurisdiccionales, pues quedarán vinculados cuando dicha inscripción refleje la doctrina legal a la que por efecto de la Ley quedarán sometidos (ex. art. 20.4) (119). Piénsese que el Registro que se instaura en esta Ley es un «Registro de depósito» (120), en él no van a presidir los principios hipotecarios de legalidad y exactitud registral, de forma que lo publicado en él no se considerará «verdad oficial», al menos de cara al consumidor. Es, sin embargo, un Registro considerado de carácter «eminentemente jurídico que deriva de los efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas...» (vid. párr. 3.º Exposición de Motivos del Real Decreto 1828/1999).

Ya dijimos que las acciones de cesación y retractación conllevarán análogos efectos; ambas provocan que el predisponente (121) deje de servirse de

(119) El Reglamento del Registro de CGC, en su artículo 17.2 vuelve a remarcar el efecto *erga omnes* y prejudicial de la sentencia (vid. párr. 4.º, Exposición de Motivos del Real Decreto 1828/99; esto es el efecto vinculante de las sentencias firmes obtenidas en acciones colectivas para los órganos jurisdiccionales previsto en el artículo 20.4 LCGC).

Lo dicho se mantiene siempre que no entre en vigor la LEC, pues según su Disposición Derogatoria única, núm. 2, 15.º, el artículo 20 LCGC queda derogado. No es, sin embargo, una novedad, porque desde el Proyecto ya se tendió a derogar este precepto (vid. Disposición Derogatoria 2.18.º).

(120) Es una expresión del Ilmo. señor don Antonio Pau Pedrón, «La protección extrajudicial de los consumidores», ponencia realizada en las Primeras Jornadas sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Madrid, 26 de mayo de 1998.

(121) Hay que tener en cuenta que en el caso de la acción de retractación, la recomendación de una cláusula nula puede realizarse tanto por un predisponente como por otra persona.

una CGC declarada nula (en el caso de la acción de cesación se le impondrá que deje de utilizarla; en el de la acción de retractación se le obligará a cesar en su recomendación de forma pública), y que enmiende su actitud, obligándole a su abstención en cualquiera de dichas actividades, de cara al futuro (art. 12 LCGC).

Evidentemente que si la cláusula que se quiere retirar del uso o de la recomendación en el mercado está ya inscrita en el Registro de Condiciones Generales con el carácter de nula, las acciones de cesación y retractación sólo llevarán a la paralización de las actividades que sobre dicha cláusula pueden realizarse en perjuicio del consumidor.

Contrariamente, si la cláusula no está ya calificada de nula en el Registro, dichas acciones supondrán una declaración previa acerca de la invalidez de la misma. Esto es, tanto la acción de cesación como la de retractación llevan implícitamente una declaración de nulidad y, por tanto, presuponen una acción de nulidad. Por eso decía más arriba que no era necesario que la LCGC se pronunciara acerca de la posibilidad de que los entes sociales legitimados para entablar una de estas acciones colectivas pudiera interponer como tal ente una acción de declaración de nulidad; insisto, si inscrita la cláusula como nula, porque ya no va a ser útil la acción y, si es una cláusula cuya nulidad aún no se hubiere discutido, porque las propias acciones colectivas llevan aparejadas las correspondientes declaraciones de nulidad.

Las argumentaciones que sostienen esta declaración son las siguientes:

- a) La LCGC expresa de forma indirecta lo que se acaba de decir. Así, en el artículo 12.2, respecto de la acción de cesación, dirá «que se reputen nulas»; y en el apartado 4, referente a la acción de retractación, empleará igualmente una frase bastante laxa: «con ocasión de cláusulas nulas». Ante estas expresiones, la pregunta que surge es por quién y dónde se ha de reputar la cláusula nula. Cabrían dos contestaciones: por el Juez en un procedimiento anterior al entablado, o por el Juez en el mismo procedimiento en el que se insta alguna de las dos acciones colectivas.
- b) Por si alguna duda pudiera aún sostenerse acerca de la nulidad que implican tanto la acción de retractación como la acción de cesación, la LEC prevé en su Disposición Final sexta, número 1, la reforma del apartado primero del artículo 12 de la LCGC en estos términos:

«2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz».

Y respecto de la acción de retractación en la misma Disposición Final sexta, número 2, reforma el apartado segundo del artículo 12, así:

«3. La acción de retractación tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro».

Además, si no entrara en vigor la LEC, coadyuvarían a argumentarlo estos otros preceptos:

- el artículo 20.1 *in fine* LCGC, cuando dice que la sentencia que declare la cesación en la utilización de la cláusula «aclarará la eficacia del contrato» (122), está poniendo de manifiesto que, al implicar la acción de cesación un pronunciamiento sobre la nulidad de la condición general, era también necesario, al igual que en la acción de nulidad, que el órgano jurisdiccional se pronunciara sobre la validez o no del contrato, ya que la misma se verá condicionada a que la cláusula declarada nula le arrastre o no (art. 9.2).
- El artículo 20.4 LCGC, relativo a la eficacia *erga omnes* de las sentencias que, conformando doctrina legal, vinculan a los órganos judiciales, serán las que provengan de acciones colectivas en que se insten la nulidad de las cláusulas.
- Finalmente, el artículo 14.2 LCGC, cuando habla de la posibilidad de acumular acciones colectivas entre sí, se está refiriendo fundamentalmente a las acciones de retractación y de cesación con la acción declarativa, pues siendo un hecho lo dicho de que tal tipo de acción sólo da lugar a declarar una cláusula como condición general, será lo normal acumularla a una acción en que además de detener la utilización o la recomendación de una cláusula, lleve aparejada la declaración de nulidad de la misma.

Sobre la necesidad previa de pronunciarse acerca de la nulidad de la CGC en estas acciones, el Consejo General del Poder Judicial se planteó en el informe emitido al Anteproyecto de LCGC, si dicha declaración de nulidad puede darse en cualquier procedimiento o era necesario un procedimiento *ad hoc* (123). No lo soluciona el texto normativo vigente, pero entiendo que en el propio procedimiento habría que ventilar la cuestión previa de la que se viene hablando.

(122) Este fue un nuevo apunte fruto del paso de la norma por el Senado.

(123) Pleno, segundo trimestre, 1997, pág. 72.

Hasta aquí las alegaciones en favor de que las acciones colectivas de retractación y cesación producen análogos efectos y que pueden implicar una declaración de nulidad de la cláusula controvertida.

Lo que no se ha especificado es qué declaración de nulidad implican, cuando ello fuere pertinente, las acciones de cesación y de retractación. Y en este punto ha de considerarse que la declaración de nulidad sólo podrá referirse a las cláusulas que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier norma imperativa o prohibitiva, particularmente las cláusulas que sean abusivas. Por tanto, no la de aquellas cláusulas que puedan resultar nulas por no haber sido incorporadas, ya que acreditar que la cláusula no se incorporó (elemento muchas veces subjetivo), será un hecho más difícil para el ente social legitimado colectivamente.

b) EL EFECTO INDEMNIZATORIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN COMO UN POSIBLE ACERCAMIENTO A LA LLAMADA «CLASS ACTION»

Habiendo señalado los efectos comunes a las acciones de cesación y retractación, voy a llamar ahora la atención respecto de la acción de cesación.

De ella se predica: por una parte, que a través de la misma se puede condenar al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo (art. 20.1 LCGC) (124); para el Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, el Ilmo. señor don LUIS M.^a CABELLOS DE LOS COBOS Y MANCHA (125), es el efecto más importante de toda la Ley porque llevará a la agilización de los procesos judiciales, sobre todo, porque viene garantizada por la previsión de la multa contemplada en el artículo 24 LCGC para el caso de persistir en la utilización de las CGC, objeto de la acción de cesación. Le denomina efecto horizontal.

De otra, que «declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados» (art. 12 LCGC).

En la Ley de Enjuiciamiento Civil se vuelven a reiterar estos dos efectos con el siguiente tenor (Disposición Final sexta, núm. 1, párrafo 2.^o):

(124) Igualmente se prevé en el artículo 12.2 LCGC reformado por la LEC, Disposición Final sexta, núm. 1. Vid. también otro posible efecto de declaración de nulidad de la acción de cesación en subepígrafe c) 3) del presente epígrafe.

(125) Ponencia intitulada *Condiciones Generales de la Contratación*, en la Primera Jornada sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación, organizadas por el Área de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Madrid el día 26 de mayo de 1998.

«A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones».

Esta referencia a la oportunidad de que el actor de la acción de cesación pueda pedir además de la devolución de las cantidades cobradas (126), una indemnización por los daños y perjuicios causados (se entiende con la utilización de cláusulas nulas), hace que se haya de cuestionar si el límite apuntado de la naturaleza o clase de acción (recordemos, que se trate de acciones meramente declarativas o de condena de hacer o no hacer), a la legitimación extraordinaria para la protección de los intereses difusos, se quiebra en la acción de cesación o no.

Desde mi punto de vista, es claro que el precepto transcrito habla de forma genérica de «actor», por lo que habrá que interpretar que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios cuya acción de cesación de utilización de CGC prospere podrán, en nombre de la generalidad de los consumidores y usuarios, solicitar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios causados al consumidor en dicho uso.

En consecuencia, se está legitimando a estas entidades para actuar intereses difusos en acciones pecuniarias o indemnizatorias. Lo cual nos recuerda a un tipo de acción general conocido en el mundo del Derecho anglosajón que viene a servir para que un daño causado a todo un grupo de personas pueda ser reclamado por una de ellas en nombre de todos los interesados de la misma manera en el asunto: la denominada *class action* (127). De tal forma que la sentencia en este tipo de acción se tendrá que pronunciar imprescindiblemente sobre todos los afectados si los conoce (128), y si son de imposible

(126) El efecto es lógico, habida cuenta de que la acción colectiva implica un pronunciamiento previo acerca de la nulidad de la cláusula controvertida y, por ende, tendrá, en su caso, que pronunciarse respecto de su principal efecto: la restitución de lo dado retroactivamente (ex. art. 1.303 del Código Civil).

(127) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 489, indica que si bien el origen de estas acciones es Norteamérica, son también conocidas en Inglaterra con el nombre de «representative action», constituyendo una medida disuasoria para los empresarios y comerciales prepotentes e incumplidores.

(128) DE ANGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, págs. 78-80, relata como ejemplo histórico de esta clase de acción reconocida en los países del Common law, el caso del cliente de la General Motors que, sufriendo un perjuicio en su automóvil, reclama por él y por los 67.000 adquirentes del mismo modelo de coche. El supuesto finaliza en transacción por la que la empresa se compromete a pagar a cada uno de los afectados una cantidad de 200 dólares en concepto de indemnización.

determinación (129), con una medida que alcance a la clase de interesados, aunque no coincidan exactamente con los que sufrieron la lesión (130).

Decía RODRÍGUEZ LÓPEZ que en nuestro Derecho el hecho de haberse ampliado la legitimación de las asociaciones y organismos públicos, podía constituir una variante de las llamadas *class action*; pero que realmente no existía una protección de los derechos concretos de cada consumidor, por lo que nuestras medidas de protección del consumidor no son tan eficaces pero sí más prudentes y jurídicamente más equilibradas (131).

Recuérdese lo dicho respecto de la legitimación extraordinaria prevista en la LEC para las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y, concretamente, la especificación de que para los intereses difusos (puesto que no se conocen con exactitud los afectados o perjudicados), el legislador limita la posibilidad de ejercer su tutela a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios representativas y no también a los posibles grupos de afectados. Aquí, en España, se permite pues la posibilidad de tutela de intereses difusos pero siempre con la mediación de una asociación legalmente habilitada; por lo que en definitiva, se controla por seguridad jurídica dicha posibilidad, alejándose de las *class action* en las que cualquier afectado puede entablar una demanda que beneficie al perjudicado de su misma clase o categoría.

En definitiva, tras la declaración del artículo 12 LCGC, respecto de la acción de cesación, creo que el acercamiento a las acciones de clase se ha producido; sólo que el legislador limita la posibilidad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios, no a cualquier afectado por los mismos, sino a la Asociación de Consumidores y Usuarios que acredite haber asumido la defensa de los intereses generales en sus estatutos (132).

(129) BARRACHINA JUAN, «Las Asociaciones de Consumidores en el proceso contencioso-administrativo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, pág. 159, nota a pie de página núm. 7, considera que «en la actualidad y dada la profusión de medios de comunicación y publicidad, los intereses difusos pueden convertirse en concretos en corto espacio de tiempo».

(130) Ese fue el caso al que tuvo que enfrentarse un Tribunal de Los Angeles cuando tuvo que pronunciarse acerca de una solicitud presentada por una persona particular que había sufrido la subida de tarifas acordadas por el gremio de taxistas en dicha ciudad. Como no podía determinarse el número de afectados, el órgano jurisdiccional soluciona el asunto considerando mejor imponer una medida general consistente en que durante un lapsus de tiempo dicho gremio tendría que aplicar una rebaja en el servicio de taxis que prestara para contrarrestar el perjuicio causado a los clientes. Y ello se acuerda, aunque verdaderamente no se tuviera conocimiento del número exacto de personas que fueron afectadas por la subida de la tarifa, y aunque en algún caso (nos imaginamos que los mínimos o muy hipotéticos) tuvieran que pagar justos por pecadores.

(131) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 489.

(132) Además, creo con DE ANGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Dere-

La puesta en práctica de las solicitudes de indemnización la articula la LCGC, nos imaginamos por economía procesal, a través del «trámite» de ejecución de sentencias, verdadero procedimiento pese a su nombre. Y este hecho nos sitúa ante la necesidad de seguir el correspondiente incidente, cuya resolución será susceptible de recurso de apelación en ambos efectos (art. 949 LEC) y, a su vez y en su caso, ulterior recurso de casación (art. 1.687.2.º LEC).

En cualquier caso, el legislador parece que se decidió en el último momento por la posibilidad comentada de permitir solicitar indemnizaciones por daños y perjuicios a través de determinados colectivos, pues dicha opción aparece en el trámite final de aprobación de la LCGC.

c) INSUFICIENCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA TUTELA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR

La Doctrina hace tiempo que muestra no sólo su preocupación por la tutela efectiva del consumidor (133) sino las deficiencias de los procedimientos contemplados en nuestras leyes procesales civiles para llevarla a cabo (134). Aún con todo, siguen habiendo posturas disonantes, como la esgrimida últimamente por FAIRÉN GUILLÉN (135).

cho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 82, que la entrada por la que se podría adoptar en nuestro Derecho la acción de clase es el artículo 7 de la LOPJ, el cual, si bien podía servir para justificar determinadas demandas encaminadas a una simple declaración (v.gr. nulidad de una cláusula, ilegitimidad de una determinada modalidad comercial, etc.), vemos en él una base para dar cauce a demandas de condenas.

(133) Vid. BONET NAVARRO, «Especialidades procesales en materia de consumo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, págs. 168 y 169, apunta que España establece preceptos procesales tímidos de protección del consumidor; resalta el de la Ley de 27 de julio de 1968, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas y ventas, posibilitada en su artículo 3 que el consumidor utilice el juicio ejecutivo de la LEC para reclamar al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el comprador tuviere derecho conforme a la Ley.

(134) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)*. Civitas, Madrid, 1999, pág. 44.

En general la preocupación es extensible a todas las ramas del Derecho. Así, del Ordenamiento mercantil clásico, FONT GALÁN, «La protección de los consumidores en el Derecho Privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores», en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, págs. 35 y sigs., considera que «está desconectado en buena medida del proceso económico fabril y empresarial y, desde luego, absolutamente tecnológico, insensible a los fenómenos de masificación industrial, social y jurídica, y descomprometido con el consumo». Y, en general, señala que a partir de la década de los años setenta se generaliza la opinión de que el ordenamiento jurídico no es adecuado para proteger eficazmente al consumidor.

(135) *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, pág. 45. Dirá: «se culpa a la justicia española de ser “excesivamente

Se dice de nuestras leyes procesales que se pensaron para la defensa individual (136) y que a pesar de ello, tampoco están dando sus mejores frutos. A veces, se consideran demasiado garantistas de los derechos de las partes en el proceso, y ello complica y retrasa la justicia que se solicita. Para algunos no se trata tanto de ofrecer procedimientos eficaces como de acciones que sí lo sean (137).

Una vez más nuestro legislador vuelve a utilizar la normativa procesal existente en nuestro ordenamiento jurídico para conformar los procedimientos por los que discurrirán las acciones colectivas que contempla, no aportando normas procesales especiales, como sí lo hizo en otros ámbitos (138). Concretamente, optará por el procedimiento ordinario de menor cuantía (art. 14 LCGC), siendo el Juez competente el de Primera Instancia del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio (art. 15 LCGC).

c.1. *Procedimiento*

Respecto del procedimiento, es cierto que el juicio de menor cuantía es el procedimiento *standard* en nuestro ordenamiento desde la reforma urgente de la LEC operada por Ley 34/1984, de 6 de agosto; pero también lo es que, junto con el procedimiento de mayor cuantía, suele durar largo y tendido (139). Ya se dijo que al consumidor, al menos de forma individual, le

formalista". Las viejas leyes procesales quizá lo eran; las modernas españolas son de tan mediocre inspiración y factura, que ya no se sabe lo que es "forma" y lo que está justificado o no». Más adelante (pág. 46), dirá: «De excesos formalistas se ha pasado abruptamente —...— a la idea de un proceso sin casi formalidades, volviendo a la tristemente famosa construcción».

(136) ACOSTA ESTEVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 145.

(137) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 481.

(138) V.gr. en materia de Propiedad Intelectual, contempló en el Libro III de la Ley 1/96, de 12 de abril de 1996, la tutela judicial, ya que su título I se intitula «Acciones y procedimientos». Se prevé, efectivamente, una acción de cese del infractor y otra para exigir indemnización de daños materiales y morales causados (art. 138, 1.ª párr.). Pero de ellas no se establece el tipo de procedimiento por el que deberán discurrir, por lo que tendrá que aplicarse la LEC para determinarlo según la cuantía.

Asimismo se regulan las medidas cautelares necesarias que se podrán adoptar con carácter urgente en caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que la misma se va a producir (art. 138, 2.º párr LPI). Para su adopción, sí se regula un procedimiento específico a seguir (art. 142 LPI).

La Ley General de Publicidad 34/1988, instituye igualmente el procedimiento de menor cuantía (art. 29).

(139) Parece el más adecuado por la mayor brevedad de sus plazos; sobre todo si se le compara con el prototipo de procedimiento anterior a la reforma de la LEC de 1984,

interesa que la Justicia sea rápida y gratuita. Con este procedimiento no se podrán, normalmente, alcanzar.

Por una parte, es un hecho que el juicio de menor cuantía, por su configuración y por las vicisitudes de nuestros juzgados, suele durar entre doce y catorce meses aproximadamente (140) cuando su tiempo de duración normal habría de ser de tres meses; también lo es que el legislador comunitario, visto el retraso en la administración de justicia en el ámbito del consumo, propiciara varios intentos de justicia rápida en determinados países, como ya se comentó (141).

Siendo estos datos de sobra conocidos, hace que se entienda menos la opción del legislador por el juicio de menor cuantía, nunca dudada en todo el proceso de configuración de la norma (142); si no fuera atendiendo a la explicación facilitada por el Ilmo. señor CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA (143), quien ante la interpelación en su ponencia acerca de si el legislador no encontró otro procedimiento más ágil en nuestro Ordenamiento, contestó diciendo que, estando pendiente la modificación de la LEC, el legislador, en el momento de redacción de la norma relativa al procedimiento por el que iban a discurrir las acciones colectivas, prefirió esperar al cambio que inevitablemente habrá de sufrir el juicio de menor cuantía transformándose en un proceso más sumario.

Efectivamente, la que será, cuando entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, regula el llamado juicio ordinario; esto es, una clase de proceso declarativo ordinario (art. 248) por el que habrán de plantearse, entre otras, las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación (art. 249.1.5.º). De él habrá que esperar a que sea en verdad un procedimiento más ágil y sumario que el actual de menor cuantía.

o juicio de mayor cuantía. Vid. su comparación en GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal civil*, Vol. I, *Parte General. El proceso declarativo ordinario*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, apéndice, págs. 521 a 526.

(140) Así se pone de manifiesto en el Libro Blanco de la Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 158. Las cifras dadas por el Consejo parecen ser casi idénticas a las arrojadas en cuanto a la duración de los procesos en general por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Cataluña. Además son cifras, las manejadas, que no incluyen el tiempo de ejecución de la sentencia obtenida.

(141) Lo último en la Unión Europea es la Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo por la que establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales (98/C 168/09) COM (1998) 126 final, 98/0099 (COD), ya que el artículo 6 dice que «Los Estados miembros establecerán procedimientos simplificados que se aplicarán a las deudas hasta un umbral no inferior a 20.000 ecus. Dichos procedimientos permitirán aplicar unos métodos simples y de bajo coste para proceder judicialmente al cobro de las deudas».

(142) Vid. artículo 13.1 del Proyecto de Ley.

(143) Ponencia intitulada *Condiciones Generales de la Contratación*, en la Primera Jornada sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación, organizadas por el Área de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Madrid el día 26 de mayo de 1998.

De otra, como apuntaba el representante de la Organización de Consumidores y Usuarios, don ANTONINO JOYA VERDE, hubiera sido preferible encaminar la defensa de los consumidores a través del juicio verbal (que, por cierto, se sigue manteniendo en la LEC), para residenciar, entre otras, las demandas cuya cuantía no exceda de quinientas mil pesetas (art. 250), ya que el juicio de menor cuantía, del mismo modo que el referido «ordinario» (arts. 23 y 31 LEC actual), necesita siempre postulación, lo cual supone un coste importante para las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (144). El juicio verbal en la nueva LEC no necesitará ni abogado ni procurador cuando su cuantía no exceda de ciento cincuenta mil pesetas.

Desde mi punto de vista, al quedar vigente la LGCU tras la publicación de la LCGC, podría aplicarse a este tipo de acciones colectivas su artículo 20.1.º y entender que determinadas Asociaciones de Consumidores y Usuarios (145) podrán litigar en forma gratuita, puesto que parece configurarse en la LGCU como una protección prioritaria, la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios que guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado (art. 2.º2). Claro está que, fuera de este supuesto, imperará el criterio de vencimiento para la determinación del pago de las costas y otros gastos originados en los procedimientos que se entablen; v.gr., los derivados de la publicación de las sentencias estimatorias firmes, bien en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y/o en el periódico de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia que, acordada por decisión judicial, serán de cargo del demandado y condenado, el cual tendrá un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia para asumir el cargo (art. 21 LCGC) (146). No se imponen, sin embargo, los gastos de inscripción de las sentencias estimatorias en el Registro de Condiciones de la Contratación, que, por cierto, a diferencia del supuesto de la publicación de la sentencia antes vista, ya no es algo a decidir por el órgano jurisdiccional sino de obligado cumplimiento por el mismo.

No obstante lo dicho, se habrá de recordar con la STS de 20 de noviembre de 1996 —que desestima la alegación de la Asociación de Consumidores de España de no sufragar las costas de la parte contraria en base a la falta de

(144) Para RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 481, hubiera sido deseable que se siguiera el procedimiento laboral regulado en la Ley de Procedimiento Laboral.

(145) Se entiende que únicamente las que se constituyan con arreglo a la Ley de Asociaciones, porque las que lo hagan por la Ley de Cooperativas se contemplan en número distinto dentro del artículo 20 citado.

(146) La imputación de estos gastos fue decidido en el último momento en el Senado, porque el Proyecto de LCGC no mencionaba este extremo.

temeridad al litigar basada en el artículo 20 Ley 26/84—, que aunque la UCE tenga el beneficio de justicia gratuita, ello no la exime de que le sea aplicado el artículo 523 LEC, ni el régimen general de los artículos 47 y 48 LEC, vigentes al momento de iniciarse el litigio, a criterio del Tribunal, si es vencida en juicio (FD 5.º) (147).

c.2. Competencia territorial

En lo relativo a la competencia territorial, si bien el legislador, al señalar al Juez de Primera Instancia del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el Juez de su domicilio (art. 15 LCGC), parece haber sido no sólo coherente con la filosofía que impera la previsión de las acciones colectivas sino con el extremo apuntado de la imputación del cargo de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y/o en el periódico de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia.

Sin embargo, tal determinación de la competencia territorial contrasta con la experiencia jurisprudencial y legal vivida en España en los últimos años (148) y, concretamente:

- Con alguna cláusula que desfavorece al consumidor y que ya había sido puesta en entredicho ante nuestra jurisprudencia con anterioridad a la LCGC; nos referimos a la cláusula número 27, recogida en la lista de cláusulas abusivas de la LCGC (Disposición Adicional 1.ª) en el nuevo artículo 10.bis que crea para su incorporación a la LGCU, «de sumisión expresa al Juez o Tribunal distintos del que corresponda al

(147) La nueva Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE núm. 11, del 2 de enero de 1996), que entró en vigor a los seis meses de su publicación, reconoce el derecho de asistencia gratuita a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en paridad con la Cruz Roja Española y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin necesidad de acreditar (ahí la novedad legislativa), insuficiencia de recursos para litigar, extremo que sí exige a los únicos entes sociales que menciona el artículo 2 de la Ley como posibles beneficiarios de la asistencia gratuita (v.gr., las Asociaciones declaradas de utilidad pública por la Ley 191/64, de 24 de diciembre, de Asociaciones, y las Fundaciones inscritas en el registro administrativo correspondiente). Vid. en la posible corrección del tema, HERRERO PERZAGUA, «El beneficio de justicia gratuita y las Asociaciones de Consumidores», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, págs. 206 y 207.

(148) Pero no sólo actualmente. Ya en la Ley 50/65, de 17 de julio, sobre la regulación de la venta a plazos de bienes muebles, se establecía que la competencia territorial correspondía a los Juzgados y Tribunales del domicilio del comprador, «siendo nulo cualquier otro pacto» (art. 14), lo que viene a corroborarse por la LEC, artículo 52.2.

domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación, o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble...» (149). Como se ha puesto de manifiesto (150), este tipo de cláusulas de sumisión a los Jueces y Tribunales del domicilio del empresario predisponente se generalizó en el ámbito de los contratos de seguros, lo que dificultaba el acceso de los asegurados a los órganos jurisdiccionales, y ello dio lugar a la aparición del artículo 24 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado que estableció como juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, considerando nulo cualquier pacto contrario.

- Con la proscripción a partir del año 1992 en que se publica una reforma parcial de la LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de la sumisión expresa a fuero en los juicios verbales y ejecutivos, aunque se haya entendido que más que para conseguir la protección del consumidor, la prohibición se encaminaba a evitar a acumulación de pleitos en determinadas jurisdicciones (151). Y,
- con la propia idea originaria del legislador de CGC, quien en el Anteproyecto expresó que el pacto de sumisión expreso es nulo a menos que sea el Juez o Tribunal del domicilio del contratante-consumidor (art. 22).

Por lo dicho estimo que debería haberse hecho caso de la recomendación del Consejo del Poder Judicial cuando apuntó en su día que la competencia territorial debería haberse atribuido, a elección del demandante, el del domicilio del consumidor, el del lugar de celebración del contrato o el del lugar del establecimiento del demandado (152).

En la LEC se deroga el artículo 9.3 sobre competencia territorial (Disposición Derogatoria única 2. 15.^o), dejando pues la cuestión sometida a las

(149) Vid. últimamente, BLANCO PÉREZ-RUBIO, «La nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de adhesión», en *Jurisprudencia Práctica*, núm. 140, Tecnos, Madrid, 1998, autora que, analizando cuidadosamente la jurisprudencia del TS, tanto antes como después de la Directiva 93/13, observa un cambio de jurisprudencia del Alto Tribunal cuando llega a afirmar que las cláusulas de sumisión expresa son abusivas; ante tal infracción y cuando aún la Directiva no había sido traspuesta por España, el Tribunal o la aplicará directamente, dando lugar al llamado efecto horizontal, o lo hará por el llamado efecto horizontal indirecto, dando lugar a la responsabilidad del Estado por incumplimiento del plazo de trasposición de la Directiva.

(150) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, págs. 485 y 486.

(151) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 486.

(152) Véase Informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo del Poder Judicial, Pleno, segundo Trimestre, 1997, pág. 73.

reglas de competencia territorial especialmente previstas en los artículos 50 y siguientes; pero desgraciadamente, la solución dada por la LEC es dual: para las acciones individuales (declarativa de no incorporación al contrato y declarativa de nulidad de las CGC), será competente el tribunal del domicilio del demandante; mientras que para las acciones colectivas la competencia será la del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio, salvo que fuere un domicilio extranjero, en cuyo caso, el competente sería el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión (art. 52.14).

Por tanto, no establece una competencia territorial especial en este ámbito, como sí en otros, v.gr., seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales, contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública, en cuyos supuestos el Tribunal competente será el del domicilio del asegurado, comprador, prestatario, o del domicilio de quien hubiera aceptado la oferta, respectivamente (ex art. 50.2).

d) MEDIDAS DE POTENCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

No cabe duda de que la Ley acierta en cuanto a la forma de dar publicidad a la contratación en masa, pues la publicidad se extiende no sólo a las cláusulas que sean declaradas condiciones generales de la contratación y a aquéllas que devengan nulas, sino también a las sentencias dictadas y ganadas en las acciones individuales y colectivas.

Es la primera norma europea que prevé la posibilidad de inscripción de cláusulas contractuales (153). Y el Registro se revela como la medida de apoyo al control judicial imprescindible para, como ya expresé, evitar la multiplicidad de pleitos tanto individuales como colectivos que pudieran derivarse del uso en el tráfico de cláusulas generales de contratación (vid. Exp. Motivos, Real Decreto 1828/1999, párr. 4.º).

Además de esta base, y para mitigar la falta de formulación de normas procesales específicas, la LCGC prevé las siguientes medidas específicas:

d.1. *Litisconsorcio activo cuasi-necesario*

El artículo 18 LCGC, en sus dos primeros números, declara la oportunidad de que las entidades legitimadas colectivamente puedan personarse en

(153) En Alemania y en Portugal sólo se publican las sentencias.

procesos promovidos por otra cualquiera de ellas «para la defensa de los intereses que representan».

A pesar de que tras la vigencia de la LEC el artículo quede derogado (vid. Disposición Derogatoria única, núm. 2, 15.^o), lo cierto es que el artículo 16 LCGC queda engordado con un segundo párrafo que añade la Disposición Final sexta, número 4, que expresa la misma idea en idénticos términos.

Se ha procedido a destacar la expresión de la Ley con el entrecomillado para dejar claro que la representación de la que habla el precepto no limita, ni la defensa de los intereses colectivos, ni la de los difusos cuando fuere necesario (154).

De esta manera se está propiciando el litisconsorcio activo cuasi-necesario; esto es, la posibilidad de intervención de otra persona como parte actora en un proceso en marcha, pudiendo desde entonces utilizar los medios de defensa o recursos que existen en el mismo de forma independiente al actor (155).

En la LEC se prevé específicamente la intervención de consumidores o usuarios a nivel individual en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos (art. 13.1.2.^o), y también su posible llamada a los procesos promovidos por asociaciones o entidades para la protección de sus intereses colectivos y difusos (art. 15), pero no de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios; de ellas sólo se predica su condición de parte procesal legítima para la protección de intereses colectivos de consumidores y usuarios (art. 11).

Así pues, considerando que el artículo 18 de la LCGC no quedará derogado a la entrada en vigor de la LEC, pues se reproduce en el segundo párrafo del artículo 16 LEC, para poder entender que quedan autorizadas dichas entidades para su intervención en las demandas promovidas por otras asociaciones habría de residenciarse esa oportunidad en el artículo 13, número 1, entendiéndose que cualquier asociación de consumidores tendrá que ser considerada, en principio, con interés directo y legítimo en el resultado del pleito si en sus estatutos queda reflejado el mismo.

(154) Piénsese que en el caso de que se instara una acción colectiva por ente social sólo para la defensa de sus asociados, por virtud de este precepto, una asociación de consumidores y usuarios podría intervenir en la misma pero en representación general de cualquier consumidor y no sólo de sus asociados.

(155) MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 80 y sigs., describe así el litisconsorcio cuasinecesario: un proceso ya iniciado, que quien intervenga no sea a su vez ni actor ni demandado y que se admita su intervención por el órgano jurisdiccional en base a la acreditación, bien de su cotitularidad en el derecho que se discute, bien que la imputación de la obligación también debió formularse contra él.

d.2. *Plazo de prescripción de las acciones*

Salvo la acción declarativa y la acción de nulidad (156) que, por lógica, son imprescriptibles (art. 19.3.º LCGC), las demás acciones colectivas están sometidas a un plazo de prescripción de dos años a contar desde el instante en que se practicó la inscripción de las CGC cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar (art. 19.1.º LCGC y artículo 17.1, Real Decreto 1828/1999).

Es un plazo corto y gravoso, a juicio del Consejo General del Poder Judicial (157), pero quizá acorde con las necesidades del tráfico socio-económico (158), con nuestro Derecho (159) y con el Derecho europeo (160).

Sin embargo, se palía y aumenta cuando se otorga la posibilidad de que a través de una acción de nulidad o de no incorporación individualmente instadas, pueda restablecerse el plazo de prescripción perdido. Esto es, el caso que está pensando el artículo 19.2.º LCGC es el siguiente: el ente social legitimado colectivamente se despista respecto de determinada CGC inscrita en el Registro y, pierde el plazo de prescripción para hacerla cesar. Sería inatacable si no fuera porque tras una acción de nulidad ejercitada individualmente se reabriera la oportunidad con un plazo más breve (un año, a contar desde la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación).

Con todo, tiene razón el Consejo General del Poder Judicial cuando afirmó respecto de este punto que «no puede sostenerse que merece protección por la simple inscripción el que usa condiciones abusivas», pues entre otros motivos, el Registro que se instaura es un Registro «de depósito», lo que significa que los principios hipotecarios no juegan en el mismo. En consecuencia, hubiera sido más conveniente seguir su consejo y declarar la imprescriptibilidad de las acciones (161).

(156) Se trata de una nulidad parcial, pero absoluta, y sometida a las reglas generales de la nulidad absoluta, cuya característica principal es su imprescriptibilidad.

(157) Lo comparaba, en su informe al Anteproyecto, con los fijados por el Código Civil. Pleno, segundo trimestre, 1997, pág. 74.

(158) La Exposición de Motivos de la LCGC (IV, último párrafo) considera suficiente, a efectos de seguridad jurídica, el plazo de dos años de prescripción contemplado.

(159) Los mismos dos años se contemplan en las acciones de cesación previstas en la LGP, LCD y LPI.

(160) La Ley alemana de Condiciones Generales de la Contratación establece el mismo plazo de prescripción de la acción de cesación en estos términos:

«Las pretensiones previstas en el apartado I prescriben a los dos años contados a partir del momento en que quien tiene derecho a ejercerlas conoció la aplicación o recomendación de las condiciones generales de negocio ineficaces y sin consideración a dicho conocimiento, a los cuatro años de la correspondiente aplicación o recomendación (párrafo 13.IV).

(161) Pleno, segundo trimestre, 1997, pág. 75.

d.3. *Recurso de casación y efectos erga omnes de la sentencia recaída*

Ya ponía de manifiesto la Doctrina (162) que la vía jurisprudencial adolece de inevitables e importantes limitaciones, al no permitir una fiscalización preventiva de los contratos de adhesión y, al no poseer fuerza normativa general la jurisprudencia, pues la sentencia, formalmente hablando, sólo es eficaz respecto del caso concreto que suscita el fallo, y no afecta a los demás, aunque sean análogos e incluso idénticos.

Conforme con la consideración de que las acciones pueden entenderse de cuantía inestimada siguiendo la LEC, el artículo 18.3 LCGC dice que podrán recurrirse en casación ante el Tribunal Supremo. Nada se dice, sin embargo, de las acciones de nulidad o de no incorporación; por lo que habrá que entender que llegarán a casación únicamente si su cuantía sobrepasa los seis millones de pesetas [1.687.1.º c) LEC] (163).

Es singular el efecto de la sentencia vertida en el artículo 20.4 LCGC. Reza así el precepto:

«La sentencia dictada en recurso de casación conforme al artículo 18 de esta Ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente».

El precepto del que procede el transcrito era el artículo 19.4 del Proyecto de CGC. Y en él el legislador plasmó lo que se denomina «cosa juzgada material» (164) (o la extensión del efecto previsto para una sentencia a otro juicio ulterior), claro está, aunque la configurase con ciertas peculiaridades, pues en él podía no concurrir la perfecta identidad subjetiva exigida por el artículo 1.252.1.º del Código Civil (165).

(162) ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de adhesión», en *ADC*, Tom. II, Fas. I, enero-marzo 1949, pág. 64.

(163) El Proyecto de LEC fija en su artículo 480 la cuantía del asunto en quince millones de pesetas. La LEC, recientemente aprobada, eleva la cuantía a veinticinco millones de pesetas (art. 477).

(164) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal civil*, Vol. I, *Parte General. El proceso declarativo ordinario*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, pág. 427, define la cosa juzgada formal como «la preclusión de los medios de impugnación».

(165) La extensión de la sentencia a otros procedimientos en los que haya una controversia sobre una CGC, como en cualquier materia, es siempre posible; claro está, cuando se puedan verificar los requisitos en los que se fundamenta la cosa juzgada material que no son otros sino los que expresa el artículo 1.252 del Código Civil de esta forma: «es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron». Especifica el propio precepto que «hay

La norma sugiere el comentario de que ya la simple expresión particular de que en el supuesto de contratación en masa jugara la cosa juzgada material resultaba ser un hecho novedoso, porque sólo de forma general esta institución ha sido contemplada en nuestro Derecho; así en el artículo 1.252 del Código Civil o en los artículos 161, 544, 1.479 y 1.617 LEC.

Sin embargo, en la fase final de aprobación de la norma, nuestro legislador prefirió apartarse de la institución que hemos comentado y exigir no la firmeza de la sentencia sino la constitución de doctrina legal para entender que los jueces estarán vinculados por la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo en la contratación adhesiva; de donde se deriva que habrán de apreciar la cosa juzgada material de oficio.

Pese a todo albergo ciertas dudas para aplaudir la decisión del legislador plasmada en el apartado 4 del artículo 20; éstas:

1. Que esta vinculación de los órganos jurisdiccionales al Tribunal Supremo podría afectar de lleno al principio de independencia judicial proclamado por la Constitución (art. 117.1). No es loable que el Legislativo someta en ningún caso al Poder Judicial (166). Y no estimo que el interés del consumidor deba de protegerse por dicha vía. Quizá si se restituyera la confianza en el Poder Judicial, tan denostada desde la época de Napoleón, disfrutaríamos de una Justicia más rápida y eficaz para el consumidor.

2. La peligrosidad derivada de que se está otorgando al Tribunal Supremo un acusado carácter de fuente del Derecho; por una parte, porque su doctrina legal vinculará a los otros órdenes jurisdiccionales (carácter de normatividad), y, porque el cambio de doctrina legal llevará, al igual que los cambios legislativos, a seguirla igualmente.

3. La falta de eficacia proviene de que si el propósito de la norma es evitar la multiplicidad de litigios en el tráfico, podría haber utilizado otros medios, como el que resultó en su día novedoso y no fue, sin embargo, seguido posteriormente en el ámbito de la contratación de seguros; nos referimos al último párrafo del artículo 8 de la Ley del Contrato de Seguro que dice:

«Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas».

(166) Vid. FAIRÉN GUILLÉN, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, págs. 41 y 146.

Precisamente, el artículo 32 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación empleó una fórmula bastante parecida al transcrito precepto, obligando no sólo al demandado a eliminar de sus contratos las cláusulas declaradas ineficaces sino también a todos aquellos empresarios quienes, dedicados a la misma actividad emplearen cláusulas iguales a las declaradas ineficaces.

Cierto que de este precepto se realizaron grandes críticas por la Doctrina; v.gr., que podía resultar una norma que alterara el sistema de fuentes de nuestro Derecho, que era inconstitucional que se extendieran los efectos de una sentencia a quien no había podido ser oído en el juicio que dio origen a la declaración de nulidad, o que constituía un límite a los efectos de la cosa juzgada. No obstante, comparto con POLO (167) que la sentencia judicial es un simple mecanismo de puesta en marcha del aparato de vigilancia y control administrativo; por tanto, «la obligada modificación de las cláusulas idénticas no constituye un efecto directo de la sentencia sino una consecuencia del cumplimiento de una orden de la Administración cuyo presupuesto lo constituye precisamente la declaración judicial y su fundamento el mandato legal».

4. Puestos a elegir, prefiero la redacción dada al precepto en el Proyecto de Ley (art. 19.4), ya que, como bien apuntó el Ilmo. señor CABELLO DE LOS COBOS, la picaresca de los predisponentes de no recurrir al TS podría no dar lugar a la exigida doctrina legal, y así evitar la aplicación del artículo 20.4.

5. Además, vemos cierta confusión en la redacción del precepto que podría criticarse de oscuro y ambiguo; confusión que podría dar lugar a realizar la siguiente interpretación:

Que en la acción declarativa caben pronunciamientos relativos a la nulidad de las cláusulas cuando esta clase de acción no está pensada para ello; antes al contrario, el fin de la misma es la declaración de una cláusula como condición general; y ya se dejó apuntado que para entrar en la calificación acerca de su validez o no, necesitaría que se acompañara de una acción de cesación; esto es, que se acumulara una acción de cesación.

En conclusión, no siendo común a las acciones colectivas la posibilidad de pronunciarse sobre la nulidad de las CGC controvertidas, no se entiende que el artículo 20.4 LCGC proclame sin excluir a la acción declarativa, que los órganos jurisdiccionales quedarán vinculados por aquellas sentencias dictadas por el TS en acciones colectivas en los eventuales posteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas; porque dando por supuesto que las cláusulas controvertidas en el segundo proceso han de ser idénticas a

(167) *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, pág. 88.

las que hubieran sido objeto de la referida doctrina legal, si puede verse identidad es por una de estas dos causas: o bien que las cláusulas en las acciones colectivas pueden ser declaradas nulas, o que sin declararlas nulas, la estimación del *petitum* lleve implícita la declaración previa de nulidad. E insisto, así como parece lógico en las acciones de cesación y retractación, en la declarativa de condición general, creo no ser posible. Y,

6. Que en la Disposición Final sexta 2.15.º de la LEC se deroga el artículo 20 en su totalidad. Parece pues que el legislador ha pensado después los «pros y contras» de este apartado, decidiéndose por su derogación. Por lo que habrá de entenderse también derogado tácitamente el artículo 17.2 del Real Decreto 1828/1999, que dice: «Las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas deberán inscribirse, conforme al artículo 22 de la Ley, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y vincularán a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su artículo 20, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente».

En definitiva, muy atrevido, peligroso y sustituible por otros medios parece el configurado por el artículo 20.4 LCGC. Pero debo estar exagerando porque, sin mayor pena ni gloria, la Exposición de Motivos de la LCGC pasa del comentario de este extremo diciendo: «Y la eficacia de las sentencias, que podrán ser no sólo invocadas en otros procedimientos sino que directamente vincularán al Juez en otros procedimientos dirigidos a obtener la nulidad contractual de cláusulas idénticas utilizadas por el mismo predisponente». Y la Exposición de Motivos del Real Decreto 1828/1999, lo reitera en su párrafo 4.º

d.4. *La publicidad de las sentencias* (168)

Para conseguir el efecto de la sentencia descrito en el artículo 20.4 LCGC, la Ley arbitra, además del Registro de Condiciones Generales en el que se establece su posibilidad no sólo de inscripción sino de anotación (art. 11.4 y 3 LCGC y arts. 1 y 2 del Real Decreto 1828/1999) de aquella sentencia en que se acuerde la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general, dos medios de publicidad: el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» (BORME) y un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiere dictado la sentencia (art. 21 LCGC).

El fin de la norma es conseguir la máxima difusión de que ciertas cláusulas generales no se utilicen o recomienden su utilización por considerarse

(168) En el Anteproyecto de Ley de CGC, el artículo 29 preveía la publicación no sólo de la sentencia sino de la admisión a trámite de la demanda.

nulas; y lo hace en dos planos: a nivel general a través del BORME; y a nivel local, vía periodística; qué mejor que se realice la información en el lugar en el que se producen los actos de utilización y recomendación de dichas cláusulas nulas.

En cualquier caso, a diferencia del primer medio de conocimiento de las sentencias (el Registro de las Condiciones Generales), en el que al Juez no se le da la oportunidad de decidir sobre la publicación o no de sus resoluciones estimatorias de acciones individuales y colectivas (art. 22 LCGC), en estos casos, una vez más, descansa sobre el órgano jurisdiccional la posibilidad de dar conocimiento de las sentencias, con la única limitación de que las mismas han de ser firmes y, no además, estimatorias. Por cierto, habrá de hacerlo en la propia sentencia que resuelva la pretensión de condena que fuere y no antes. Por lo que se ha de interpretar que si en dicho momento no se hizo, no se podrá acordar, por seguridad jurídica, en el procedimiento de ejecución de la sentencia.

En el Reglamento del Registro de CGC se prevé con el fin apuntado, que el Registro Central realice una publicación anual de aquellas sentencias judiciales inscritas como consecuencia del ejercicio de acciones individuales o colectivas, clasificadas por sectores y predisponentes, que podrá obtenerse gratuitamente por cualquier interesado, obligando su remisión al Consejo de Consumidores y Usuarios, al Instituto Nacional de Consumo y a los órganos responsables del consumo en cada Comunidad Autónoma (art. 21).

Por supuesto que la publicación de dichas sentencias correrá a cargo del condenado, disponiendo éste de un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia para satisfacerlo. Habrá que esperar a otro desarrollo reglamentario para aclarar la consecuencia que la falta del cumplimiento de este extremo pudiera ocasionar, ya que en el Capítulo VII de la LCGC que prevé el Régimen sancionador no se contempla sino la sanción correspondiente al supuesto de la falta de inscripción de las condiciones generales en el Registro cuando ésta sea obligatoria (art. 24 LCGC), o el caso de que se incumplan los efectos sustantivos de las sentencias originadas por acciones colectivas de cesación o retractación. Y el Reglamento de CGC no se pronuncia sobre el particular.

La novedad de la publicación de la sentencia ha producido distintas reacciones en los diferentes tipos asociativos de consumidores:

Muestras de satisfacción presenta la Unión de Consumidores de España (169), quien ha expresado que la norma contenida en el artículo 21 LCGC

(169) En su representación hablaba doña Carmen Cabrero Acosta en las Primeras Jornadas sobre Condiciones Generales de Contratación celebradas en Madrid el día 26 de mayo de 1998.

será altamente positiva, pues gracias a ella, los jueces tendrán el basamento jurídico para conceder lo que en la práctica de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios era habitual pedir: la publicación de la sentencia. No obstante, también se apunta por este sector social, que lo criticable es que quede a la discrecionalidad del juez la publicación de las sentencias; a lo que hay que apuntalar que sólo queda a la reflexión judicial la publicación de sentencias que no hayan sido estimadas, pues, en claros términos imperativos se expresa el artículo 22 LCGC en este punto.

La Federación de Consumidores-Usuarios Independientes (170) (FUCI), ha expresado no ser suficiente dicha publicidad, calificando al BORME y a cualquier periódico de gran tirada de un capital de medios de información de muy difícil acceso. Por lo que se espera que se prevean reglamentariamente otros mecanismos más directos.

d.5. *Sometimiento voluntario a dictamen de conciliación*

Se pretende agilizar el control judicial *a posteriori* a través del denominado por la Ley «dictamen de conciliación», constituyéndose como un paso previo, aunque voluntario, a la interposición de las acciones colectivas.

Intenta ser un mecanismo disuasorio de la acción judicial. Como lo son también los sistemas de arbitraje y mediación; inclusive el inmerso en el propio juicio de menor cuantía que, evidentemente, no se caracteriza por ser declarativo plenario rápido, pero que desde la reforma de la LEC operada por la Ley de 6 de agosto de 1984, de reforma urgente, se constituye como el proceso ordinario base o «protomodelo» español, con *vis* atractiva sobre formas confusas en el ámbito civil (171).

Sin embargo, en la práctica son escasos los éxitos de estos mecanismos por diversas causas.

Respecto del trámite de conciliación previa previsto en el procedimiento de menor cuantía ante el propio órgano jurisdiccional, la causa es el propio órgano; existen bastantes reticencias por parte de los jueces de Primera Instancia a orientar a las partes a llegar a un acuerdo, para que esta tarea de acercamiento de posiciones no se pueda tachar de «prejuizar» los hechos. Trasladándose la misma labor de mediación al Registrador de las Condiciones Generales puede que se consiga el efecto deseado. Claro está, que dicha tarea

(170) Así lo dijo su representante don Gustavo Samayoa Estrada.

(171) FAIRÉN GUILLÉN, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, pág. 111. Vid. también artículo 26 LGP: el acto de conciliación que se prevé para hacer cesar la publicidad ilícita sin pasar por la organización judicial.

está limitada a la cuestión de la adecuación de las cláusulas controvertidas a la LCGC. Por lo tanto, el Registrador sólo ha de dar su parecer a esta adecuación; y lo hará a través de la emisión de un dictamen que, al no ser vinculante, las partes podrán no seguir y meterse, finalmente, en pleito. Claro está que las partes pueden expresamente hacerlo vinculante en la solicitud del mismo, o que incluso se pueda convertir en vinculante cuando el Registrador aprecie que la cláusula está dentro de las contenidas en la Disposición Adicional primera de la LGCU (art. 22.2 Reglamento de CGC).

Cierto que el dictamen emitido por el Registrador, se entiende, será imparcial; máxime cuando la LCGC expresa que en el dictamen el Registrador puede llegar a proponer una redacción alternativa de las cláusulas controvertidas. Por ello, y por buscarle alguna utilidad al dictamen que —aunque no se diga, muy probablemente las partes costearán por mitad—, la parte a cuyo favor se pronuncie el mismo, podrá aportarlo en el trámite procedimental correspondiente como prueba escrita. El valor que a la misma se le haya de dar por el órgano jurisdiccional será otro tema distinto, pero no menos importante; lo previsible es que tenga un cierto valor de peso, por lo que las partes preferirán no acudir al sistema de conciliación previsto; y así, el mecanismo pensado para la disuasión del camino judicial se iría poco a poco quedando en el abandono.

Por lo dicho, hubiera sido mejor que el legislador no hubiera abandonado su primitiva idea de obligar a pasar por este peldaño de conciliación antes de la interposición de la acción colectiva correspondiente (172); sin embargo, en aras de no producir un retraso importante en esta materia, afortunadamente, la LCGC transforma el verbo utilizado por el Proyecto de Ley («deberán») por «podrán».

VI. ACCIONES DE CESACION EN EL AMBITO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

De nada serviría lo dicho hasta aquí respecto de los diferentes medios de control en general adoptados por los Estados miembros de la Comunidad Europea, en opinión de la misma, si después de todo, dichas prácticas ilícitas producen sus efectos en un Estado miembro distinto de aquél de origen de las mismas.

(172) Salvadas las distancias, la LGP, en su artículo 26 fuerza tanto a los consumidores y usuarios como a las asociaciones que quieren hacer cesar una publicidad ilícita, a solicitar por escrito su cese previamente al anunciante, para que quede constancia fehaciente de su fecha, recepción y contenido, pues el requirente ha de justificar haber realizado la solicitud de cesación para ejercitar las acciones ante los órganos jurisdiccionales.

Llevada esta opinión al campo de la contratación en masa y a las condiciones generales de la contratación, tendríamos que decir, igualmente, que de nada habrían valido los esfuerzos de creación jurídica vertidos en la LCGC para paliar las prácticas de utilización y recomendación de CGC ilícitas, si se deja de controlar el caso siguiente: un empresario fuerte en el tráfico incluirá entre su clausulado una condición por la que ambas partes someten expresamente su acuerdo al Derecho de un país en el que el contenido del contrato sea enteramente válido; o bien establezca que se firmen sus acuerdos en un país donde la cláusula general que quiere imponer al consumidor no es en principio considerada abusiva o nula; en ambos supuestos habría logrado evitar la aplicación de las medidas de protección previstas en su país de origen contra dichos acuerdos, ya que por aplicación del número 5 del artículo 10 del Código Civil habría de aplicar la norma reguladora de la contratación en masa del país extranjero.

Unfair Contracts Terms Act, inglesa de 1977, en su sección 27, párr. 2.º, contempla este caso, prohibiendo la posibilidad de someter el contrato al Derecho extranjero sin causa justificada. Y antes, la Ley alemana sobre CGC (párrafo 7) prohibía eludir la Ley diciendo que «esta Ley será aplicable también a los supuestos en que se intente eludir sus preceptos mediante otras formulaciones». Y en su párrafo 10, dedicado a la llamada por la doctrina (173) lista de cláusulas «sospechosas» (esto es: las que sin ser *a priori* ineficaces por invalidez lo son posteriormente cuando así lo sean apreciadas por el Juez), se hace referencia con el número 8 a que es especialmente ineficaz «el acuerdo de sometimiento al Derecho extranjero... en los supuestos en que no exista para ello interés de reconocido valor». Es un problema de fraude de ley difícil de perseguir, por lo que aún previsto con carácter general (vid. Código Civil español, art. 6), es necesario adoptar otras medidas.

De ahí que la Comunidad Europea considere imprescindible la puesta en común y la coordinación de los esfuerzos de todos los Estados ante la eventualidad de que determinadas prácticas ilícitas nacidas en un Estado en el que son perseguidas, puedan producir efectos en otro en el que no lo son, y conseguir, por tanto, imponerse en contra del consumidor.

Para evitar ese resquicio de ineficacia de las normas nacionales en materia de protección de los intereses de los consumidores ante las infracciones intra-comunitarias que, evidentemente, pueden producirse en el ámbito de la contratación en masa (174), la UE ha elegido la acción de cesación o inhibitoria en

(173) SÁNCHEZ ANDRÉS, «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, pág. 414.

(174) Vid. que la Directiva 98/27 hace referencia expresa a la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en la lista aneja a la norma.

el seno del Derecho Comunitario desde el procedimiento previsto en el artículo 189.B Tratado. Se aprueba un mes más tarde que nuestra LCGC, la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (175), que entró en vigor el 30 de junio de 1998.

La UE ha elegido, fundamentalmente, el control judicial llevado a través de la acción de cesación para contrarrestar las infracciones intracomunitarias (art. 1). Lo cual es lógico si de lo que se trata es de idear una fórmula en la que se intente brindar protección a los llamados intereses colectivos.

Constituyen pues el ámbito de aplicación de la norma, en principio, sólo los intereses colectivos: ni los individuales ni los plurales. Aunque sí podrían protegerse los intereses difusos; puesto que la norma, en su artículo 7, aclara que la misma no impedirá el mantenimiento o la adopción de los Estados miembros de disposiciones que tengan por objeto garantizar, a escala nacional, una facultad de actuación más amplia a las entidades habilitadas y a cualquier persona afectada. En este sentido, ha de esperarse del legislador español cierta coherencia con la legitimación extraordinaria otorgada a las Asociaciones de consumidores y usuarios en la LCGC y en el Proyecto de LEC y, considerar que también estos entes sociales tendrán derecho a defender no sólo intereses colectivos sino difusos.

Así se expresa la Directiva en sus Consideraciones iniciales: «Considerando que los mecanismos que existen actualmente para garantizar el cumplimiento de dichas Directivas (176) no siempre permiten poner fin, a su debido tiempo, a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores» Cond. (2).

El articulado de la Directiva no define lo que se entiende por intereses colectivos, teniéndonos que remitir una vez más a sus Consideraciones; en ellas brinda una definición de los mismos de forma negativa:

«que por intereses colectivos se entiende los intereses que no son una acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción» Cond. (2).

(175) DOCU L 166/51, de 11 de junio de 1998. El origen de la Directiva es la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores (96/C107/03). Pero a partir del Dictamen del Parlamento Europeo emitido sobre la propuesta de Directiva de 14 de noviembre de 1996 [C4-0127/96-96/025(COD)], quedará fijado el mismo tipo de acciones pero denominándolas «acciones de cesación». Finalmente, la Posición Común (CE) núm. 48/97 es aprobada por el Consejo el 30 de octubre de 1997, con vistas a la adopción de la Directiva señalada.

(176) Se está refiriendo a las que figuran en la lista aneja al documento que establecen normas de protección de los intereses de los consumidores. Vid. nota a pie de página núm. 1 de este escrito.

Sin embargo, sí que parte de un concepto de «infracción», como «cualquier acto contrario a las Directivas que figuran en el anexo, tal y como estén incorporadas al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, que atente contra los intereses colectivos a que se refiere el apartado 1» (art. 1.2).

¿Quién atiende la acción de cesación prevista?

Parece que este tipo de acción podrá interponerse tanto ante órganos jurisdiccionales como administrativos. El artículo 2.1 habla de que los Estados miembros «designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas».

Lo que no aclara la norma en su articulado, aunque sí en sus consideraciones (177), es qué autoridades: las del lugar en que se realiza el acto ilícito o las del país del que es nacional el infractor, Estado del que normalmente también lo será el perjudicado. Es de suponer que las del país en el que la práctica constituye un acto ilícito a cesar.

Siguiendo con el ejemplo de partida; producida una infracción en Holanda (país caracterizado por su espíritu liberal en diversos aspectos), España podría, a través de sus entidades habilitadas, instar la acción de cesación de la utilización de las cláusulas contenidas en el contrato que fueron ya consideradas por la normativa española como abusivas, ante las autoridades españolas, las designadas por nuestro Estado, las cuales, aplicando nuestra LCGC, prohibirían el uso de dichas cláusulas.

¿Quién habrá de instar el control judicial?

La Directiva lo dejará a la elección de los Estados miembros, porque considera que los mismos pueden hacerlo por dos vías: previendo la formación de órganos públicos independientes que, por estar específicamente encargados de la protección de los intereses colectivos de los consumidores, puedan ejercitar en su nombre la acción de cesación prevista; o autorizando el ejercicio de la acción de cesación a determinadas organizaciones cuyo objeto sea igualmente la tutela de los intereses colectivos de los consumidores (art. 3).

Y los Estados miembros, una vez elegido el camino, que podrá ser también mixto, tendrán que poner en conocimiento de la CE los órganos designados para interponer la acción colectiva, a los efectos de que, imperando el principio de reconocimiento mutuo entre los Estados, se acepten en todos ellos (art. 3.1).

¿Para qué sirve la acción de cesación?

(177) Dirá en la Consideración núm. 11: «Considerando que a los efectos de las infracciones intracomunitarias, debería aplicarse a tales organismos y/u organizaciones el principio de reconocimiento mutuo; que los Estados miembros deberían comunicar a la Comisión, a instancia de sus entidades nacionales, la denominación y finalidad de sus entidades nacionales habilitadas *para ejercer una acción en su propio país* con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva».

El artículo 2 de la Directiva expresa que serán tres los pronunciamientos que podrán obtenerse por el órgano jurisdiccional mediante la interposición de la acción de cesación por las entidades habilitadas:

1. Ordenar cesar, valga la redundancia, de realizar actos que puedan ser constitutivos de infracción. En este caso, es curioso que la norma comunitaria lo exprese haciendo hincapié en dos extremos: que la orden se emita con la diligencia debida y, que se haga, en su caso, mediante procedimiento de urgencia.

Respecto a la diligencia o no de la orden, tiene su razón de ser, puesto que habrá que extremar el cuidado en la ejecución de la sentencia recaída, ya que podrá tener sus inevitables incidencias en el país en que se produjo y nadie discutió la licitud de la infracción. Dense cuenta que para ello servirá el principio de reconocimiento mutuo del que se habla en la norma.

Tampoco es casualidad que se apunte como posibilidad seguir un procedimiento abreviado o más rápido por el que habrán de transcurrir las acciones de cesación que se entablen. Es claro que la CE, habiendo analizado las legislaciones actuales de los Estados miembros, concediera oportuno indicar que se arbitren procedimientos rápidos para dilucidar la defensa de los intereses colectivos.

Esto *in mente*, si España traspusiera esta futura Directiva y previera un procedimiento sumario a seguir al entablar las acciones de cesación por infracción intracomunitaria, por coherencia interna de su ordenamiento, debería proceder a modificar la LCGC en lo relativo a la necesidad de seguir el juicio de menor cuantía en las acciones colectivas vistas (178).

2. Que se adopten las medidas que se estimen oportunas para dar publicidad e información de la sentencia que se obtenga de la acción de cesación, con el fin de paliar los efectos duraderos que la infracción haya ocasionado en el tráfico. A título de ejemplo, la norma comunitaria indica dos posibles medidas: publicar total o parcialmente la sentencia, o una declaración rectificativa.

La primera medida ya fue adoptada por la LCGC con la creación *ex novo* del llamado Registro de las Condiciones Generales y, con la oportunidad de que a juicio del órgano jurisdiccional, se publicare en el «Boletín del Registro Mercantil» y/o también en un periódico del territorio en que se ventiló judicialmente la materia debatida; la segunda, no se prevé en la LCGC, pero sí en la Ley General de Publicidad.

3. Condenar, en su caso, al pago de una cláusula penal que se impondrá a la parte demandada cuando pierda, para el caso de incumplimiento de la resolución judicial, consistente en el pago de una cantidad fija por cada día

(178) Sobre la oportunidad del juicio de menor cuantía y su posible sustitución por el nuevo previsto en el Proyecto de LEC, vid. epígrafe V.c) de este estudio.

de retraso o cualquier otra cantidad prevista en la legislación nacional. El abono de la misma ha de realizarse al Tesoro Público o al beneficiario designado por la legislación nacional.

La norma comunitaria nos parece singular en este apartado por las siguientes razones:

- Porque la cláusula penal prevista viene impuesta *ope legis*, cuando la institución es prototipo de las relaciones jurídico-privadas.
- Porque opera sólo en perjuicio del demandado, nunca del demandante; por lo que no sigue el criterio de vencimiento para imponerla. Habrá que pensar que es un beneficio más concedido al consumidor.
- Porque no aclara los criterios que se habrán de seguir para adjudicar la cuantía de la pena impuesta al beneficiario o al Tesoro Público del Estado que dirime el conflicto.

Sólo estos tres pronunciamientos pueden conseguirse al finalizar la acción de cesación vista. No caben otras peticiones ni añadir otros pronunciamientos como peticiones de condena, los cuales, como se vio, sí estaban permitidos en la LCGC.

Además del control judicial, la Directiva considera importante que los propios Estados miembros puedan evitar cuanto más juicios mejor a través de lo que denomina «consulta previa» a cargo de la parte que se proponga interponer una acción de cesación. Recomienda para ello que los Estados miembros la establezcan con carácter obligatorio; esto es, que sin haber solicitado la consulta previa, no se pueda ejercitar la acción de cesación. Salvo que la consulta no se atiende en el plazo de dos semanas a contar desde la recepción de su petición. El no atenderse significa que la consulta no haya dado lugar a la cesación de la infracción. Consciente de la posible dilatación en el tiempo de la consulta previa, propone a los Estados que sería aconsejable establecer un plazo de caducidad de quince días a contar desde la recepción de la solicitud de consulta; pasado el cual se podrá instar la acción de cesación (art. 5).

También autoriza a los Estados miembros que la consulta se haga, bien directamente con la parte demandada, bien en presencia de un organismo público independiente específicamente encargado de la protección de los intereses colectivos, si es que existiera este tipo de entidad en los Estados miembros, no pudiendo elegir la entidad legitimada para interponer la acción sino el propio Estado, si ha de estar o no presente en dicha consulta el organismo. A mi modo de ver resultaría interesante y más adecuado en España llevar la regulación de la consulta previa a las llamadas Juntas Arbitrales de Consumo, porque cumplen la condición de ser entidades encargadas de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

El control interno, tanto de la consulta como de la acción de cesación, no se verá mermado por el hecho de que sea la Comisión de la Unión Europea la competente para emitir informe sobre la efectividad de las medidas previstas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (art. 6). Pero para ello, los Estados estarán obligados a remitir a dicho órgano, tanto la lista de los organismos administrativos y/o entidades habilitadas para instar las acciones de cesación (179) (art. 3), o para realizar la consulta conjunta (art. 5.1), como las normas por las que habrán de regularse las llamadas consultas previas (art. 5.2) (180).

Es también obligación de la Comisión dar publicidad en el Diario Oficial a las entidades habilitadas mencionadas.

Conclusivamente, me gustaría, en verdad, que dentro de diez años, cuando retomemos el tema de la valoración de la LCGC en nuestro tráfico, pudiéramos no ser calificados de «optimistas» por hacer de la norma un balance positivo; al decir, como así lo hizo de su Ley alemana en 1985, SCHLOSSER de la acción de cesación, que las acciones colectivas tratadas «han conseguido borrar del mercado la totalidad de las cláusulas generalmente ilegales» (181).

VII. RECAPITULACION

1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN: LA TUTELA JUDICIAL DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES EN LA LCGC

Las Condiciones Generales de la Contratación y la protección del consumidor es una temática que si bien no es nueva, vuelve a renacer su interés científico y técnico con la aprobación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación el pasado día 13 de abril de 1998.

Ha sido intención en esta investigación poner de manifiesto los medios de los que dispone el consumidor para ejercitar sus derechos; para hacerlos valer cuando sean lesionados en el tráfico. Pero más aún, se va reconduciendo a lo largo de la misma, a los que tiene frente a una de las posibles instancias que existen en nuestro Derecho: la judicial. De ahí que el presente trabajo se mueva, principalmente, en este específico medio de control de las Condiciones Generales de la Contratación.

(179) Es curioso como no en el articulado de la norma pero sí entre sus Consideraciones se pueda leer algo de tanta importancia como: «se presumirá que una entidad habilitada tiene capacidad jurídica si su denominación figura en dicha lista» (Cdo. 12).

(180) Esta normativa sobre consultas previas serán publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

(181) PETER ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectivas y perspectivas», en *ADC*, 1988, pág. 746.

Y lo primero que se plantea es la cuestión siguiente: ¿cómo quiere actuar el consumidor en la defensa de sus derechos?; ¿solo?, ¿junto a otros posibles afectados en el tráfico jurídico?, o ¿a través de las determinadas entidades que van a proteger y representar sus intereses económicos?

Si éstas son las posibles formas de actuación del consumidor en la tutela jurisdiccional a la que tiene derecho, la principal misión del presente trabajo consiste en averiguar si son efectivamente ofertadas por nuestro ordenamiento jurídico.

Adelantándoles el final de esta historia, les diré que, actualmente, se puede afirmar que las posibilidades de actuación que el consumidor tiene ante los órganos jurisdiccionales, máxime después de la aprobación de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación son casi absolutas.

2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ADOPTADAS POR EL DERECHO ESPAÑOL ANTES DE LA LEY 7/98

El origen de la recién aprobada Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, es la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, norma que nace de la preocupación general de la Comunidad Europea por la protección del consumidor, y concretamente, del Plan Trienal 1990-1993, presentado por la Comisión en 1990, «sobre objetivos de la comunidad para la política de protección y fomento de los intereses de los consumidores» [COM (90) final, Bruselas, de 3 de marzo de 1990]; si bien, la materia relativa a la contratación en masa ya había sido objeto de atención y tratamiento con anterioridad en la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que se comienza por analizar la reseñada normativa.

La LGCU es la encargada de desarrollar el artículo 51 CE, precepto que obliga a los Poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos. Y por dicho motivo comenzaba por avanzar, en la temática aquí reseñada, dos conceptos fundamentales:

- el de «condiciones generales de contratación», entendiéndose por tales «las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas, previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate» (art. 10.2); y,

- el de «cláusulas abusivas» considerando que lo son «las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios» (art. 10.1.c); además, estas últimas derivan del requisito de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones que junto a los restantes requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción y la entrega de documento justificativo de la operación comercial realizada exige el artículo 10 de la Ley.

En consonancia con su carácter general, la Ley 26/84 regula el derecho de representación, consulta y participación de las Asociaciones y Confederaciones de Consumidores y Usuarios, ya se constituyan conforme a la Ley de Asociaciones o a la Ley General de Cooperativas, ya lo hagan en relación con productos o servicios determinados o con carácter general, en su capítulo VI. A estas personalidades les encomienda la defensa no sólo general de los intereses de la propia Asociación sino la particular de los intereses del consumidor (ex art. 20). Por lo que estaba ya presente en el espíritu de la norma la defensa no sólo de los intereses individuales del consumidor sino de los colectivos y/o difusos.

Particularmente y en aras de materializar la defensa de este tipo de intereses, ya previó la posibilidad de que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios participen activamente en los procedimientos administrativos tendientes a perseguir y sancionar como fraude la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, a través de la interposición directa de una acción de cesación o sumándose a la ya iniciada por la Administración (art. 8.3).

Asimismo, pese a que el control y vigilancia de las condiciones, cláusulas y estipulaciones que con carácter general utilicen las empresas públicas o sus concesionarias descansen en las propias Administraciones, estas asociaciones (también las de empresarios) debían no sólo ser consultadas, pues era preceptiva la audiencia de las mismas en determinadas materias contempladas en los apartados *a)*, *b)*, *c)* y *f)* del apartado 2 del artículo 22, sino oídas en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios (arts. 10.3 y 22).

En definitiva, la participación de cualesquiera Asociaciones en la defensa y tutela de consumidores y usuarios frente a los empresarios públicos o privados en materia de condiciones generales de contratación, en principio no se preveía limitada, pues hasta los intereses difusos podían ser protegidos; si bien la LGCU sólo regula la acción de cesación reseñada en los procedimientos para la persecución del fraude en materia de consumo, y su posibilidad de

exigir su participación en aquellas disposiciones tendentes a regular las relaciones entre consumidores y usuarios.

Como con posterioridad no se produce el tan deseado desarrollo reglamentario preconizado por la Disposición Final 4.^a de la Ley, no se llegan a particularizar las acciones de tutela y defensa que podían llevar a cabo estas Asociaciones de Consumidores y Usuarios y de empresarios en algún ámbito.

En consecuencia, con la LGCU el consumidor podía, actuar sólo, hacer que actuaran por él sus derechos a través de la Asociación de la que era socio; o finalmente, que actuaran por él, sin su permiso, puesto que las Asociaciones de Consumidores gozaban de una legitimación extraordinaria para ello reconocida en la Ley.

Pero, fuera cual fuera su opción en el intento de la tutela de sus derechos, ¿de qué acciones judiciales disponía? De todas las existentes en nuestro Derecho para conseguir poner freno a las condiciones generales que mermaran sus derechos, y de ninguna en particular, pues piénsese que la acción de cesación se reduce a limitar la publicidad engañosa o ilícita a través del correspondiente procedimiento administrativo.

Por consiguiente, como queda apuntado, a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, quitando su concreta participación en la acción que hemos comentado, no se les ofrece ninguna acción concreta. La verdad es que decir al consumidor «puede usted actuar como quiera, con o sin acompañante, por representación...» y no decir nada, era lo mismo.

Además, aunque hubiera previsto más tipos de acciones judiciales, la oportunidad de que las asociaciones de consumidores llevaran la defensa de los intereses colectivos y/o difusos de los consumidores no estaba nada clara; en las contadas ocasiones en que la jurisprudencia ha tenido que resolver demandas planteadas por Asociaciones de Consumidores y Usuarios para la defensa de los intereses de los consumidores en materia de contratación en masa, ha limitado la legitimación extensa o extraordinaria prevista en el artículo 20 LGCU, al exigir un requisito diabólico por lo subjetivo, cual es, demostrar que el consumidor o usuario no pudo evitar la aplicación de la condición general discutida en el procedimiento.

Conclusivamente, son básicamente dos las causas que merman la posibilidad de defensa de los intereses económicos de los consumidores con la vigencia en exclusiva de la LGCU: 1) la inconcreción de las acciones que podía ejercer el consumidor o sus asociaciones junto con el eterno problema de los procedimientos clásicos de reclamación en los que la duración del pleito nunca compensa la reclamación discreta de los daños sufridos en el tráfico y, 2) la interpretación jurisprudencial que de la LGCU se estaba haciendo en relación con la legitimación extraordinaria de estas últimas.

La consecuencia de ello será no sólo la escasez de pleitos entablados por los consumidores, sino el mayor abrazo o la mayor aceptación de la vía

arbitral prevista en el artículo 31 LGCU para la solución de sus conflictos, claro está, pese a sus innegables limitaciones, siendo la principal el voluntarismo de las partes para acogerse a dicho sistema dirimente.

Se pasan a solucionar, pues, los dos problemas detectados que disminuyen la posibilidad de tutela de los intereses de los consumidores en el ámbito de la contratación en masa.

3. SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA: LA CONCRECIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EN DOS TIPOS DE ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

Ahora, con la LCGC, el consumidor verá concretadas sus vías jurisdiccionales para ejercitar la tutela de sus derechos. De forma individual, porque podrá ejercitar dos tipos de acciones: la de nulidad y la declarativa de no incorporación. Y acompañado, a través de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios correspondientes, porque se prevén tres tipos de acciones colectivas: la acción de cesación, la acción de retractación y, la acción declarativa de CGC.

El consumidor y usuario, pese a las dudas que en el *iter* parlamentario de la LCGC mostró el legislador, puede entender hoy que las acciones que él únicamente puede instar ante los órganos jurisdiccionales son sólo dos: la acción de nulidad y la acción declarativa de no incorporación.

Responde la primera de las acciones mencionada a la necesidad de eliminar del contrato en que se halle aquella CGC que, en perjuicio del adherente, contradiga lo dispuesto en la LCGC o en otra ley cualquiera siempre que sea imperativa o prohibitiva; y, en particular, así podrá ser calificada de abusiva la CGC que pueda identificarse con alguna de las que conforman la denominada lista negra de cláusulas abusivas que viene a establecer, en sustitución a la ya habida en la LGCU, el artículo 10.bis creado para la Ley señalada por la Disposición Adicional primera de la LCGC.

La segunda acción permitirá, igualmente, tener por no puesta aquella CGC de la que no se haya respetado su escrupulosa información por el predisponente y su aceptación por el adherente, en los términos previstos en el artículo 5 LCGC.

Por lo tanto, el consumidor, de forma particular podrá instar al órgano jurisdiccional la nulidad o la no incorporación de las CGC que considere lesivas a sus derechos, a través de estos dos tipos de acciones, las cuales, por el tipo de invalidez a la que pueden llevar (la nulidad absoluta total o parcial del contrato en ambos casos, dependiendo de si la nulidad afecta a un elemento esencial del contrato o no en los términos del art. 1.261 del Código Civil), no estarán sujetas a plazo de prescripción alguno (art. 9.1 LCGC).

De acciones «colectivas» se tilda por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al Capítulo VII (uno de los siete en que se estructura), referente a las acciones de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales.

Dichas acciones son:

- La acción declarativa para que, como su nombre indica, a través de ella se proceda a declarar a una cláusula contractual como condición general en el mercado y sea conocida por el mismo a través de la oportuna inscripción en el previsto Registro de Condiciones Generales de Contratación (art. 15 LCGC). Constituye esta acción otro de los modos de llegar a la inscripción de CGC en el Registro, y será la vía que, normalmente utilizarán las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para obligar a los empresarios predisponentes a pasar por el filtro judicial sus CGC. La otra forma es seguir los pasos de la inscripción voluntaria de cualquier CGC, previstos en el artículo 15 LCGC, según el cual las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, entre otros, necesitan la autorización del predisponente si quieren promover la inscripción de una CGC.
- La acción de cesación, dirigida a impedir la utilización de una CGC, y a eliminar la ya utilizada si fueran consideradas nulas. Y,
- la acción de retractación, cuyo fin es desmentir la adecuada utilización y validez de un CGC, ya sea recomendada por un predisponente o por una organización cualquiera.

No resultan extrañas a nuestro Derecho las acciones contempladas en la LCGC. Sin calificarlas de «colectivas», la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas; la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 como el actual Texto Refundido 1/1996, de 12 de abril, regulaban este tipo de acciones.

También en el ámbito europeo se contemplaban determinadas acciones colectivas, v.gr. en la Directiva 84/450/CE, la cual dará lugar a la Ley 34/1988, arriba señalada. Y antes que en estos ámbitos y en los años sesenta y setenta, Alemania y Austria en sus normas sobre Prácticas restrictivas de la Competencia y sobre CGC ya las habían incorporado a sus ordenamientos.

4. SOLUCIÓN AL SEGUNDO PROBLEMA: LA LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Las acciones colectivas dibujadas por la LCGC sólo van a poderse entablar por numerosos entes sociales y órganos públicos:

- a) Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
- b) Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, reguladas por el Decreto 1291/75, modificado por otro de 27 de marzo de 1987.
- c) Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos.
- d) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de consumidores. Sólo seis CCAA han legislado sobre el consumo tras asumir las competencias exclusivas en esta materia.
- e) Los colegios profesionales legalmente constituidos. Se regulan los Colegios Profesionales por el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, posteriormente modificado por la Ley 7/97, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales. Y,
- f) El Ministerio Público.

Por mucha numeración de entes a los que se les otorga la oportunidad de demandar en favor de otras personas, serán las Asociaciones de Consumidores y Usuarios las que más lleguen a utilizar estas acciones colectivas.

En el caso de la reseña hecha a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, es clara la legitimación para la defensa de los intereses, no sólo colectivos sino difusos, pues dependerá de si en los estatutos de la misma se encomienda la defensa de los consumidores en general para entenderlo. Por consiguiente, se ha asumido hasta el extremo la doctrina de los intereses difusos.

Suponen éstos el reconocimiento de legitimación sin previa acreditación de la titularidad que se ostenta, como asimismo se reconoce a otros supuestos como la sustitución procesal, la acción pública o la intervención del Ministerio Público en determinados procedimientos. Lo que supone una excepción a la legitimación ordinaria que se basa en el principio de que nadie, que no sea titular de un derecho, puede disponer de él, ni por tanto deducirlo en un proceso; por esta razón, los supuestos reseñados se englobarían dentro de la llamada legitimación extraordinaria.

A *contrario sensu*, en principio, nadie puede ejercer en nombre propio un derecho ajeno, salvo las excepciones mencionadas. La pregunta es obvia: ¿Por qué se puede hablar de excepciones? Porque además del interés individual se reconocen la existencia de «intereses colectivos», que no «plurales», o que sólo suponen la acumulación de acciones, y, por tanto, no son más que la suma de intereses individuales que se van a solventar en un único procedimiento atendiendo al Principio de Economía Procesal. Esta oportunidad de

defensa de los intereses colectivos y de los difusos se brinda por la nueva LEC sólo a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Las Asociaciones de Empresarios sólo podrán defender los intereses colectivos, ya que la dicción del artículo 16 LCGC es clara, no dando lugar a alguna interpretación más amplia: «que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros». Sólo los asociados serán los que, representados por la Asociación de Empresarios correspondiente, podrán verse defendidos a través de estas acciones.

En definitiva, dejando a un lado los entes públicos que menciona el artículo 16 LCGC, únicamente las Asociaciones de Consumidores y Usuarios podrán no sólo defender los intereses de sus asociados sino también los de los consumidores en general. Y lo harán a través de las tres clases de acciones que se han mencionado y adjetivado de colectivas.

Con la LCGC se materializa la legitimación extraordinaria anteriormente prevista en la LGCU (art. 20); y, por tanto, en el campo de la contratación en masa, el consumidor ve especificada la tutela de sus derechos cuando actúa una Asociación de Consumidores y Usuarios. Y, cómo no, podrán también actuar individualmente las acciones de nulidad y declarativa de no incorporación.

Llegados a este punto sólo queda por afirmar que la jurisprudencia no podría limitar la legitimación extraordinaria reconocida por la LCGC a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios exigiendo la acreditación de que el consumidor por el que actuaban no había podido evitar la aplicación de la cláusula que se impugnaba por abusiva para obtener el bien o servicio, ya que se ofrece por la norma una nueva noción de CGC, más acorde con la Directiva sobre cláusulas abusivas en la que desaparece el denominado requisito subjetivo.

5. EL EFECTO INDEMNIZATORIO DE LA ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN COMO UNA POSIBLE APROXIMACIÓN A LAS DENOMINADAS «ACCIONES DE CLASE»

Las acciones colectivas sirven para pedir una condena de nulidad de una CGC, si es que ya no estuvieran calificadas las cláusulas, así cuando se solicite la eliminación de las mismas o su no recomendación, o una declaración de que se estará ante una CGC. En cualquiera de los casos, son acciones que van a dar lugar a peticiones que podríamos denominar de «declarativas puras o de condena de hacer o no hacer»; por tanto, en principio no son pecuniarias.

Sin embargo, la excepción se dará con la acción de cesación. De ella se dice que sirve tanto para impedir la utilización de una CGC en el tráfico que se reputa nula con la correspondiente devolución de las cantidades cobradas

en su caso, como para que, declarada judicialmente la cesación, el actor pueda solicitar del demandado la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados (art. 12.2 LCGC).

De ello se deduce que no sólo se amplía la legitimación activa de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios a la defensa de los intereses difusos, sino que además podrán defenderlos en peticiones de indemnizaciones de daños y perjuicios o pecuniarias; lo que supone un acercamiento al sistema anglosajón de las denominadas *class action* o acciones de clase, que permiten este tipo de condenas, incluso a los particulares que acreditando su perjuicio digan actuar en nombre de todos los afectados. Pero, eso sí, sólo un acercamiento, porque siguiendo la nueva LEC, la legitimación para reclamar por intereses difusos no la tendrá cualquier grupo de afectados, ni siquiera un particular afectado, sino tan sólo las Asociaciones de Consumidores y Usuarios representativas.

Se materializa por consiguiente lo que el artículo 7.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial venía anunciando: que los simples grupos de afectados podrían reclamar aún sin estar organizados bajo la denominación de cualquier ente social, los intereses colectivos. Y que sólo los legalmente habilitados podrían ejercer la tutela de los intereses difusos.

6. CUESTIONES PROCESALES

6.1) *Procedimientos clásicos y obsoletos por los que dirimir una acción colectiva*

Las acciones colectivas se han de sustanciar por el juicio de menor cuantía, según reza el artículo 14 LCGC. Procedimiento tipo previsto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil desde la reforma urgente operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Pese a lo cual, en el tráfico jurisdiccional está, por muchos problemas de sobra conocidos, claramente obsoleto para resolver los problemas del consumo con la celeridad que la sociedad demanda. Cuando entre en vigor la nueva LEC, será sustituido por el denominado «juicio ordinario» al que se constriñen las demandas relativas a CGC. Se depende, por tanto, del éxito del mismo.

6.2) *Competencia territorial no proteccionista del consumidor en las acciones colectivas*

Corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento (art. 14.1 LCGC). Siendo competente el Juez de Primera Instancia del lugar donde el demanda-

do tenga su establecimiento, y a falta de éste, de su domicilio (art. 15 LCGC). Propuesta legislativa que contrasta, entre otras razones, vivamente con la propia expresión de su cláusula abusiva de sumisión expresa a determinado fuero (cláusula núm. 27, art. 10.bis de la Disposición Adicional primera LCGC). Y que parece enmendarse en la recientemente aprobada LEC, por lo que a las acciones individuales se refiere.

6.3) *Las sentencias*

Las sentencias que recaigan en estas acciones se caracterizan por las siguientes notas:

- Extienden sus efectos *erga omnes* (art. 20.4 LCGC) pues vincularán a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas. Pero para ello será necesario que se den los siguientes requisitos: *a)* que constituyan doctrina legal; *b)* que las cláusulas cuya nulidad se inste sean idénticas a las que ya fueron declaradas nulas en el procedimiento anterior; y, *c)* que se trate del mismo predisponente.

El precepto plantea muchos problemas de adaptación técnica a nuestro ordenamiento jurídico, que parece haber advertido el legislador posteriormente, por lo que la LEC lo deroga.

- Las sentencias estimatorias deberán ser publicadas en el Registro de Condiciones Generales (art. 22 LCGC). Instrumento de apoyo eficaz a todo el conjunto de acciones que brinda la Ley. Podrán, no obstante, también difundirse inclusive las sentencias no estimatorias a través del Boletín del Registro Mercantil y del periódico de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiere dictado la sentencia (art. 21 LCGC), si a juicio del órgano jurisdiccional fuere conveniente (art. 22 LCGC).

6.4) *Prescripción de las acciones*

El plazo de prescripción de las acciones de cesación y retractación es de dos años desde la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales. Plazo que podrá resucitarse, si después de ganada una acción de nulidad individual (se entiende, desde que sea firme la sentencia), la entidad legitimada correspondiente interpone la acción colectiva que necesite, en el plazo de un año (art. 19 LCGC). Plazo que, a mi juicio, es acorde con el tráfico económico, nuestro Derecho y con el Derecho europeo.

Como las acciones de nulidad y declarativa de no incorporación, la acción declarativa de CGC es imprescriptible (art. 19 LCGC).

7. LA UTILIDAD DEL DENOMINADO «DICTAMEN DE CONCILIACIÓN»

Ideado por la LCGC para constituirse en mecanismo disuasorio de la acción judicial, sin embargo, sólo servirá como prueba escrita a aportar en el trámite procedimental oportuno con cierto valor, puesto que ha de ser emitido por el Registrador, por aquella parte en el futuro proceso a la que favorezca. Y ello porque el legislador se queda a medias y, al igual que pasa con el arbitraje de consumo, deja a las partes libertad para utilizar o no este mecanismo antes de interponer o no la acción colectiva correspondiente. Por ello hubiera sido aconsejable que se hubiera establecido como obligatorio.

8. ACCIONES DE CESACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Todos los aciertos y logros que con la LCGC se pueden llegar a alcanzar, quedarían en papel mojado, si después las prácticas ilícitas censuradas por la normativa se producen en otro Estado miembro distinto sin pudor ninguno. Se refiere por ello el trabajo en su último aspecto a las denominadas infracciones infracomunitarias.

A la solución de este resquicio de ineficacia de las normas nacionales no sólo en la referida temática del control de las cláusulas abusivas y de las CGC, sino, en general a cualesquiera materia que se proponga la tutela de los consumidores, viene la recién aprobada Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, llevando escasamente en vigor en el ámbito europeo, al igual que nuestra LCGC, un año.

La acción de cesación prevista por la norma es también calificada de colectiva, y de ella se concluye en el trabajo, básicamente, lo que sigue:

- a) No sólo se tutelarán los intereses colectivos, pues así los denomina la norma comunitaria, sino también los difusos, porque el artículo 7 determina que los Estados miembros podrán dar el alcance de protección que estimen por conveniente. Por lo que es de esperar que el legislador español sea coherente con la legitimación extraordinaria brindada en la LCGC.
- b) Deja igualmente la norma libertad a los Estados para que señalen los que podrán interponer la acción de cesación, siendo de esperar que en España se deje, por lo menos, a determinadas Asociaciones de Con-

sumidores y Usuarios, la posibilidad de actuación de la correspondiente acción de cesación.

- c) El procedimiento por el que ha de discurrir la acción de cesación y que parece querer imponer la norma comunitaria a los Estados miembros es de urgencia, por lo que cuando del Estado español trasponga la Directiva habrá de modificar la LCGC en cuanto a lo señalado respecto del juicio de menor cuantía; y, por tanto, imponer el mismo abreviado ideado para sendos ámbitos.

CONCLUSION FINAL

El consumidor y usuario, tras la aprobación de la Ley 7/98, debe reconocer al legislador español el haber ideado y establecido nuevas fórmulas de control judicial de las CGC en el tráfico; ya que la tutela de sus derechos relativos al ámbito de la contratación en masa se especificará en las acciones judiciales que podrá llevar a cabo:

- De forma individual podrá ejercer tanto la acción de nulidad como la declarativa de no incorporación de una CGC. Normalmente estas acciones llevarán a la nulidad parcial del contrato, y, por consiguiente a la sola eliminación de la CGC, conservándose el contrato que suscribió.
- De forma colectiva verá como el legislador dispensa a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios la posibilidad de entablar acciones que faciliten su *status* de consumidor o usuario, pues al impedir que se utilicen o recomienden determinadas CGC estarán preservando y previniendo los derechos de los consumidores en el tráfico. A la vez, a través de la acción declarativa de CGC conseguirán que el empresario predisponente pueda pasar por el filtro de la Ley las cláusulas que redacte para su incorporación a una multitud de contratos. Y,
- De forma difusa, porque las Asociaciones de Consumidores y Usuarios podrán ejercer la defensa de los intereses difusos de los consumidores. E, inclusive, podrán hacerlo con peticiones de indemnización de daños y perjuicios, lo que supone un gran acercamiento a las acciones de clase propias del Derecho anglosajón, y una concreción de la declaración contenida en el artículo 7.3.º LOPJ.

Y es claro que en la tutela judicial por la que opta el legislador de los intereses económicos de los consumidores, desempeñan un papel primordial las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, entes de los que ya no podrá decirse que no constituirán un remedio efectivo frente al abuso del más fuerte en el tráfico.

BIBLIOGRAFIA

General:

- DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1975.
- «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes». Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en *ADC*, 1961, y Civitas, Madrid, 1975.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *ADC*, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado* (dos esbozos). Civitas, Madrid.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969.
- GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1958.
- GORDILLO: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», en *ADC*, 1975.
- HART, DIETER: «Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato», en BARCELLONA, HART, MUCKENBERGER: *La formación del jurista*, Madrid, Cuadernos Civitas, 3.^a edición, 1988.
- LÓPEZ FRÍAS: «Clases de nulidad parcial del contrato en el Derecho español», en *ADC*, 1990.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «La teoría general del negocio jurídico: su oportunidad e importancia», en *ADC*, 1986.
- ROYO MARTÍNEZ: «Contratos de adhesión», en *ADC*, 1949.
- SALEILLES: *La declaration de volonté*, París, 1901.

Específica:

- ALFARO AGUILA-REAL: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- BERCOVITZ, R.: «La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *AC*, 1987-1.
- «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BERLIOZ: *Le contrat d'adhésion*, París, 1973.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», en *ADC*, 1983.
- CLAVERÍA GOSALVEZ, H.: «El control de las condiciones generales de los contratos», en *La Ley*, 1989-2.
- *Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo Derecho del contrato*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, EDERSA, 1988.
- «La predisposición del contenido contractual», en *RDP*, 1979.
- COCA PAYERAS y otros: *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.

- DÍAZ-ALABART, S.: *Tribunales arbitrales de consumo*, Estudios sobre Derecho de Consumo. Bilbao, 1991.
- DUQUE Y RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación*, Valladolid, 1987.
- «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Comentarios a la Ley General sobre Consumidores y Usuarios*, Estudios sobre Consumo, núm. 3, diciembre 1984.
- FELIU REY, M.: *Legislación básica sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1998.
- GARCÍA AMIGO, M.: «Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual», en *AC*, 1986, vol. 1.
- «Ley alemana occidental sobre condiciones generales», en *RDP*, 1978.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Venturas y desventuras del artículo 10 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *AC*, 1991, vol. 2.
- GIOVANNI B. FERRI: «Condizioni Generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico», en *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.
- JORDANO BAREA, J. B.: *La interpretación de los contratos*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, EDESA, 1988.
- LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *La Ley*, enero 1998.
- DI MAJO GIAQUINTO, A.: «Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo», en *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.
- POLO, E.: *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1990.
- REICH, NORBERT: «La experiencia práctica de la Ley alemana sobre condiciones generales de los contratos», en *Estudios sobre consumo*, núm. 6, diciembre 1985.
- *Mercado y Derecho*, Barcelona, 1985.
- RODOTA, E.: «Condizioni generali di contratto, buona fe e poteri del giudice», en *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo», en *RD Mercantil*, 1980.
- ÜLMER, PETER: «Diez años de la Ley alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en *ADC*, 1988.
- VARIOS AUTORES: *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Università di Catania (atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto de diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969), Milano, 1970.

M.^a TERESA BENDITO CAÑIZARES

Reflexiones acerca del principio de legalidad

A José María Olmos Clavijo, Notario, y al Registrador Angel Gómez Vírseda, excelentes compañeros y mejores amigos, con mi agradecimiento.

SUMARIO: INTRODUCCION.—EVOLUCION HISTORICA. REFERENCIA SU-
CINTA AL DERECHO COMPARADO.—EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:
VERTIENTES.—TITULACION PUBLICA: DOCUMENTOS NOTARIALES, JUDICIALES
Y ADMINISTRATIVOS.—LA FUNCION CALIFICADORA DEL REGISTRADOR:
CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES.—AMBITO EN DOCUMENTACION
NOTARIAL, JUDICIAL O ADMINISTRATIVA.—MEDIOS Y PLAZO.—SUS
LIMITES.—EFECTOS O RESULTADOS.—CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCION

La Teoría General del Derecho tiene como uno de sus principales cometidos el desarrollar, en base a las regulaciones concretas de los peculiares sectores jurídicos positivos, los llamados por HENKEL «conceptos jurídicos generales». Todos estos conceptos o principios generales deben ser entendidos como los elementos sustentadores e informadores del Derecho positivo. Son la quintaesencia del ordenamiento y orientadores de la labor del intérprete.

Con razón dice JOSÉ MARÍA CHICO que aunque con anterioridad a don JERÓNIMO GONZÁLEZ se utilizara en el Derecho Inmobiliario la palabra *principio* (antes de la Ley Hipotecaria por LUZURIAGA y después por OLIVER), es cierto que tanto «el concepto como su formación y desenvolvimiento», se deben a la portentosa aportación científica de don Jerónimo, para quien los principios hipotecarios son «aquellas orientaciones generales o direcciones fundamentales que informan la disciplina estudiada y sirven para resolver los problemas concretos».

Sigue afirmando CHICO que, en general, la doctrina está muy de acuerdo en el valor histórico, científico y práctico de la técnica de los principios hipotecarios. Y cita a NÚÑEZ LAGOS, CRISTÓBAL MONTES y ROCA. «El valor histórico lo demostró NÚÑEZ LAGOS a través del estudio comparativo de los sistemas para encuadrar al español; el científico... idea que mantiene CRISTÓBAL MONTES al considerarlos imprescindibles para la elaboración del Derecho inmobiliario como ciencia, facilitando su comprensión, exposición y difusión... El valor práctico lo representa ROCA SASTRE, al estimar que los principios sirven de guía al juzgador, economizan preceptos y facilitan la comprensión de la materia».

Estos son los criterios que podríamos llamar clásicos o tradicionales en torno a la definición de los llamados principios hipotecarios. Frente a ellos no han faltado ni faltarán críticas adversas. Así SANZ niega no solamente su valor teórico, sino práctico. Teórico, porque según este autor no obedecen a un criterio rigurosamente científico ni sirven para una exposición metódica del Derecho hipotecario. Práctico, porque lo más que puede afirmarse de ellos es su valor puramente interpretativo.

En un reciente trabajo decíamos que nos parece mucho más valiosa la posición muy de actualidad de otros autores como TIRSO CARRETERO o GIL MARQUÉS, que tratan de superar la pura técnica de los principios hipotecarios y ensamblarlos con la realidad jurídico-social. El primero, en su ponencia presentada en el Congreso de Buenos Aires, opina que si los principios no fueran más que deducciones lógicas del texto de la Ley Hipotecaria, el ordenamiento hipotecario se iría poco a poco desconectando de los problemas reales. Para mantener el valor vinculante de la Ley es preferible reconocer sus limitaciones y su subordinación a los principios generales del Derecho. Hay que retornar a la idea «del Derecho como previo a la ley».

El segundo, también en Buenos Aires, consideraba en su ponencia que ha llegado el momento de volver la vista a los aspectos sociológicos y reales del problema. Se alza contra el dogmatismo. Nos ha llevado a una hipertrofia de los principios, que impiden las renovaciones necesarias para estar al día en la finalidad de la institución del Registro de la Propiedad. De ahí que defienda la existencia de un solo principio: el que se refiere a la «organización del tráfico jurídico».

Y añadíamos que lo destacable, desde luego, en esta última teoría es que en el mundo del Derecho no se puede descartar su historicismo. El Derecho nace para el hombre, para la sociedad. Y como Derecho positivo, acompaña a una determinada «comunidad jurídica». Pero ésta, como todo grupo humano, tiene una existencia histórica: nace, se desarrolla, declina y muere. La función, pues, de los principios será como el esqueleto en el cuerpo humano, «conformarse» a su evolución; conformarse a las relaciones sociales dentro de la comunidad jurídica.

Así, y por poner un ejemplo, como dice ZUMALACÁRREGUI, «las bases en que se apoya todo el edificio legislativo registral son, a juicio de la Exposición de Motivos de 1861, la publicidad y la especialidad, y, de modo reflejo, e íntimamente ligado con el sistema de especialidad, el sistema de folio real... Conviene no olvidar al respecto, que la obsesión del legislador de 1861 eran las hipotecas (de ahí el nombre, entonces acertadísimo, hoy en día indudablemente desfasado, de nuestra Ley rectora), y que se trataba de eliminar, al precio que fuera, la clandestinidad y la generalidad de las mismas, por entender, con sobrada razón, que tan indeseables cualidades eran de todo punto incompatibles con la seguridad y fluidez del tráfico de bienes. Y siendo la hipoteca el *leit-motiv* de la Ley, justo es que se eligiera, ya de entrada, el sistema de folio real, convirtiendo así la finca, que no la persona, en el verdadero eje de todo el sistema».

Como vemos, en conclusión, no iluminan lo mismo los principios de la sociedad de 1861 que los actuales. Pero no nos guíe solamente el historicismo, solamente la oportunidad. El Derecho, y por ende, nuestro Derecho inmobiliario, ha de guiarse también por las ideas de seguridad y justicia. Ahí hemos de enmarcar nuestros principios hipotecarios. Y, con toda modestia, podemos definirlos como las bases fundamentales del ordenamiento jurídico inmobiliario, que deben presidir la conducta del Legislador al legislar sobre la materia, y la del Registrador al ejercer su función calificadora.

Uno de los principios hipotecarios esenciales es el principio de legalidad, que en la actualidad se diversifica en la exigencia de una «titulación auténtica» (art. 3 LH), y la «calificación» (art. 18 LH) por parte del Registrador. Veamos algo de su historia.

EVOLUCION HISTORICA

La primera manifestación histórica del principio de legalidad y en consecuencia de la función calificadora, es recogida por el Anteproyecto de los títulos de las hipotecas y del Registro público, redactado por LUZURIAGA y aprobado por la Comisión General de Codificación el 6 de mayo de 1848, en concreto en su artículo 60; decía así: «El tenedor del Registro se abstendrá bajo su responsabilidad de inscribir ningún título o acto si no consta la capacidad legal de la persona que lo haya otorgado, o si ha dejado de observarse en él alguna de las formalidades que las leyes requieran, según la cualidad de las personas y la naturaleza de los actos. La obligación impuesta al tenedor del Registro en este artículo se limita al examen de las formas de solemnidad del título y al de las cualidades extrínsecas de las personas, como la mayor edad, soltería respecto a las mujeres, o la necesaria autorización en su caso y otras semejantes. «Complementarios del mismo eran los artículos 61, 62, 127 y 129.

Este Anteproyecto pasa al Proyecto de Código Civil de 12 de junio de 1851, donde nos encontramos con dos preceptos interesantes al respecto, el artículo 1.883 y el 1884. El 1883: «El tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados, y concluido el examen, inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieren arreglados a la ley». Y el 1884: «Si el tenedor del Registro advierte en el título algún defecto que sea subsanable, suspenderá la inscripción, y asentando la suspensión y sus motivos en el Libro de Presentación, dará copia de este asiento al requirente que lo pida, devolviéndole el título, sin perjuicio de practicar lo dispuesto en el artículo 1.869. Si entendiéndose que debe rehusar definitivamente la inscripción, lo anotará en el Libro de Presentación, y entregará copia de este asiento al requirente que lo pida, devolviéndole el título para que pueda usar de su derecho».

Al fracasar el Proyecto de Código Civil de 1851, que dedicaba al Derecho inmobiliario dos Títulos: el XIX, «Hipotecas», y el XX, «Registro de la Propiedad», se cae en la cuenta de que la codificación en España requería tiempo, como dice FRANCISCO CERVERA. En cambio, quizá por imperativos económicos (seguimos al mismo autor: «La década de 1851-1861», *Revista Crítica*, 1961), «la reforma hipotecaria se consideraba, casi por unanimidad, urgentísima e inaplazable; y en vista de ello se acudió al sistema... de llevar a una Ley materia hipotecaria provisionalmente, esto es, hasta que pudiera integrarse en el futuro Código Civil». En resumen, la frase atribuida a BRAVO MURILLO: «Hagamos el Código Civil por partes». Surge así el 8 de febrero de 1861, la Ley Hipotecaria.

En la misma, el principio de legalidad era aludido en su Exposición de Motivos, y luego se refería al mismo esencialmente en dos artículos, el 18 y el 19. Artículo 18: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras (como vemos, acotaba la materia), en cuya virtud se solicite la inscripción, y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras». Artículo 19: «Cuando el Registrador notare falta en las formas extrínsecas de las escrituras, o de capacidad en los otorgantes, la manifestará a los que pretendan la inscripción; y si no la subsanaren a satisfacción suya, les devolverá las escrituras para que recurran, si quieren, a los tribunales, sin perjuicio de hacer la anotación preventiva que ordena el artículo 42 en su número 8». Completaban la materia el artículo 65, que ya distinguía entre faltas subsanables y no subsanables, y el artículo 66 en relación a los efectos de las no subsanables.

Merece la pena pararse un momento en el artículo 65: «Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida. Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aque-

lla nulidad». Frente a autores como inicialmente GÓMEZ DE LA SERNA, entendemos con GÓMEZ GÁLLIGO que si interpretamos y conciliamos este artículo (desarrollado por el art. 57 del Reglamento de 1861) con el 18, antes citado, y la propia Exposición de Motivos de la Ley, el Registrador estaba facultado para calificar también las formas intrínsecas de toda clase de documentos. En todo caso, la cuestión quedó zanjada —calificación en sentido amplio: fondo y forma— por la Orden de 24 de noviembre de 1874 y Real Orden de 24 de febrero de 1876, y en este sentido fue entendido por la generalidad de la doctrina: GALINDO y ESCOSURA, MORELL y TERRY, GAYOSO, ARAGONÉS..., etc...

Pasando por alto la Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 y su Reglamento de 29 de octubre de 1870, la reforma de 1909, Ley de 21 de abril de 1909, texto redactado por Real Decreto de 16 de diciembre del mismo año, dejó el artículo 18 de la siguiente forma: «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 las obligaciones* de las escrituras públicas, por lo que resulte de las mismas, a los efectos del artículo 65 de esta Ley».

Y el régimen legal actual, tras la reforma de 1944-1946, se contiene en el artículo 18: «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».

En análogo sentido, el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil, bajo la rúbrica de «Legalidad», dice: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro». En punto a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, su artículo 72 establece: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad, en los documentos presentados: *a)* la legalidad de las formas extrínsecas; *b)* la capacidad y la facultad de disposición de los otorgantes, así como la competencia del Juez, Tribunal o funcionario autorizantes; *c)* la legalidad del contenido de los documentos. El Registrador se limitará, en este punto, a examinar si el referido contenido infringe o no, de una manera clara, directa y concreta, alguna disposición legal de carácter imperativo. El Registrador hará constar la disposición legal y el número del artículo o párrafo de la misma infringido, en la forma antes dicha». Finalmente, en la materia de Venta a plazos, la calificación es regulada en los artículos 15 y siguientes de la Ordenanza de 1999. El Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, crea el Registro de bienes muebles, donde se integran estos dos últimos.

DERECHO COMPARADO

1. EL SISTEMA FRANCÉS

Es el típico sistema de la «transcripción». Se regula en la Ley de transcripciones de 1855, el Código Civil de 1904, Decreto-ley de 4 de enero de 1955 (desarrollado por el de 14 de octubre del mismo año) y las ordenanzas de 7 de enero de 1959 y 5 de septiembre de 1960.

El principio de legalidad en su vertiente de titulación auténtica, aparece en el artículo 4 del Decreto citado de enero de 1955, al determinar que todo acto sujeto a publicidad registral debe ser extendido en forma auténtica. Sin embargo, el otro aspecto, la calificación, se ciñe a los posibles defectos de carácter formal de los documentos presentados, nunca se extiende a la validez o nulidad del acto. El Registrador («Conservateur») puede denegar la práctica del asiento, bien en el momento de la presentación («refus de dépôt») o ulteriormente («rejet de formalité»). Como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el primer momento el Registrador devuelve los documentos sin extender la presentación en el libro registro; en el segundo, se extiende el asiento de presentación y en las mismas fichas del fichero inmobiliario en que habría de practicarse la formalidad registral, se hará constar el que se suspende la formalidad registral con la fecha y número de clasificación del documento presentado. Al calificar bajo su responsabilidad, puede recurrirse ante el Presidente del Tribunal Civil en cuya jurisdicción estén los inmuebles.

Añadiremos una excepción: la de las regiones de Alsacia y Lorena. La Ley de 1 de junio de 1924, trató de compatibilizar, dada la peculiaridad de estas regiones, el sistema francés con principios del sistema alemán o germano, y en este sentido el principio de legalidad actúa con mayor amplitud, dado que los funcionarios judiciales, a cuyo cargo están los libros del Registro, califican no solamente la forma sino además el fondo, la validez o nulidad de los documentos presentados.

Dentro de la órbita de este sistema francés se encuentran Bélgica, Italia, Portugal (aunque en este sistema, aparte de la titulación auténtica, el «conservador» según el Código de Registro predial de 28 de marzo de 1967, con sus modificaciones hasta la operada por Decreto-ley de 2 de septiembre de 1985, puede calificar acerca de la identidad del predio, legitimidad de los interesados, forma de los títulos y validez de los actos que se contengan en los mismos) o Grecia.

2. EL SISTEMA ALEMÁN

Es el prototipo de los llamados sistemas germanos (Suiza, Austria). Su regulación se contiene en el Código Civil, y en la Ordenanza Hipotecaria de

5 de agosto de 1935. Como disposiciones posteriores importantes podemos citar: el Decreto de 26 de julio de 1940, sobre reconstrucción de los Registros; el Decreto sobre simplificación de la práctica registral, de 5 de octubre de 1942; la Orden del Ministerio Federal de Justicia, de 1 de agosto de 1951, sobre propiedad horizontal (ya de la postguerra); la Orden de 26 de junio de 1961, en materia de hojas móviles; la Ley sobre medidas en materia de Registro, de 20 de diciembre de 1963, y la Ley de modificación de los Registros de bienes e inmobiliario, de 22 de junio de 1977. Con palabras de MANZANO SOLANO, sus normas hacen del tercero, amparado por la fe pública, «el paradigma de la posición inatacable de un titular registral».

En el orden del principio de legalidad, la calificación comprende los llamados presupuestos de la inscripción que han de acreditarse en documento público (representación, cualidad de heredero, defunción...) y se extiende también al consentimiento formal, pero no al negocio obligacional ni al acuerdo real, con excepciones como transmisión del dominio y actos relativos al derecho de superficie. Por otra parte es recurrible dicha calificación en queja, ante el Tribunal Territorial, y en su caso ulteriormente ante el Tribunal Territorial Superior.

3. EL SISTEMA AUSTRALIANO

Es el conocido como sistema del Acta Torrens en vigor desde el 1 de julio de 1858. Para su estudio detenido remitimos a autores como GALLARDO MARTÍNEZ, «La movilización de la propiedad y el Acta Torrens» (Barcelona, 1893) o CASADO PALLARÉS, «El Registro de la Propiedad en Australia actualmente, cien años de sistema Torrens» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1959). En cuanto a la materia que nos interesa, destacamos: *a*) no se exige la titulación auténtica; y *b*) la calificación comprende la forma de los documentos, el fondo, el contenido del Registro y las características físicas de las fincas, y contra la misma cabe recurso judicial.

La protección del Registro es absoluta y de ahí que la calificación sea tan amplia. Se ha extendido a otros países como Nueva Zelanda y, como señala ROCA, con variantes a Inglaterra y a determinados Estados de Norteamérica (California, Colorado, Illinois), etc...

Bástenos con esta sucinta visión del Derecho comparado en relación con el principio de legalidad. Remitir en cuanto a otros países anglosajones a autores como ANTONIO MORO (*Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*, Madrid, 1986). Idem a CHICO en cuanto a los países hispanoamericanos. No obstante, sí queremos terminar esta visión con estas palabras de MANZANO SOLANO: «La importancia del movimiento internacionalista del Derecho Registral, a partir del Congreso de Buenos Aires de 1972, se ha puesto de relieve en numerosos aspectos, de los que pueden destacarse: 1. El

progresivo acercamiento de los sistemas registrales nacionales. 2. La formulación de unos principios comunes de ordenamiento (es lo que TIRSO CARRETERO llamó el "patrimonio común de principios teóricos y técnicos"). 3. La consagración del propio nombre de la disciplina, pues los Congresos son de "Derecho Registral"».

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: SUS VERTIENTES

La inscripción es un fenómeno que se desarrolla en el tiempo; este «iter» registral podríamos afirmar que está integrado por una serie de etapas o fases que, principalmente, son: la rogación o petición de inscripción (en sentido amplio de asiento); la exigencia de una titulación auténtica (art. 3 LH); la calificación del Registrador (art. 18 de la misma Ley), y la verificación del asiento.

Por regla general, el «iter» o procedimiento registral no suele ponerse en movimiento sino en virtud de una previa solicitud o petición. De ahí que a partir de don Jerónimo y su formulación de los principios hipotecarios la mayoría de la doctrina e incluso la jurisprudencia (resoluciones, v.gr., de 30 de abril de 1936, 22 de julio de 1940 ó 10 de marzo de 1989, entre otras) convenga en afirmar la existencia de un principio de rogación en nuestro sistema, que implica el carácter —por regla general— dispositivo de la inscripción (art. 6 LH y sus complementarios).

Pero iniciado el procedimiento registral, la primera dimensión que aparece del principio de legalidad es la exigencia de la titulación auténtica. En este orden de consideraciones es muy ilustrativa la Resolución de 17 de febrero de 1955, al considerar la titulación auténtica como una de las dimensiones del principio de legalidad. Y así el artículo 3, antes citado, de la Ley dispone: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior (títulos en sentido material)..., deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los Reglamentos».

Como dice SANZ, la importancia de este precepto se manifiesta, de un lado, en que establece de modo claro la separación entre dos aspectos del título: título en sentido material, regulado por el artículo 2 LH, y título en sentido formal a que se refiere el artículo 3, y en que ha recogido el viejo principio consistente en admitir a registración solamente los documentos públicos o auténticos, si bien con ciertas excepciones en favor de la titulación privada, que, en los casos expresamente señalados por la legislación, podrán irrumpir en los libros del Registro.

Lo que sucede es que al intentar determinar las variantes de los títulos formales ha confundido términos. Habla de escritura pública, cuando debiera

decir documento notarial; habla de ejecutoria, en lugar de documento judicial; y, finalmente, bajo la rúbrica de documento auténtico aglutina los demás documentos notariales y judiciales y los administrativos. Mejor hubiera sido que hubiera formulado lisa y llanamente la declaración de que al Registro de la Propiedad sólo puede tener acceso la titulación pública o, con otras palabras más técnicas, que la documentación apta para la registrabilidad es la notarial, judicial o administrativa.

En este sentido, la nueva LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, publicada en el *BOE* del día 8 y que entrará en vigor al año de su publicación, tal y como previene su Disposición Final vigésimo primera, tratando de hacer una enumeración más exhaustiva, dice en su artículo 317: «Clases de documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

- 1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales.
- 2.º Los autorizados por Notario con arreglo a derecho.
- 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.
- 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.
- 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.
- 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones Públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades».

TITULACION PUBLICA O AUTENTICA: REQUISITOS GENERALES

Como anota ABASCAL MONEDERO, podemos considerar como requisitos generales de los títulos públicos, los siguientes:

- Que sean autorizados por funcionario o autoridad competente. Esta competencia implica, a su vez, que su nombramiento sea legal; que se halle en el ejercicio de sus funciones, y que obre dentro de su esfera de actuación.
- Que estén otorgados con las formalidades que prescriben las Leyes, y a efectos de inscripción, con las solemnidades y circunstancias requeridas por la legislación hipotecaria (art. 21 LH o 173 RN).
- Los títulos públicos han de llegar al Registro por medio de su copia, testimonio, certificación o traslado expedido por quien se halle facul-

tado para darlos, y siempre con arreglo a las formas y solemnidades prescritas por las leyes.

- Que cumplan los pertinentes requisitos de orden fiscal (ver artículos como el 254 LH, el 33 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, y el 54 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- Que, cuando proceda vengan convenientemente legalizados o apostillados.

DOCUMENTOS NOTARIALES

Como dice R. ADRADOS, aunque las modernas técnicas audiovisuales proporcionan una representación más perfecta de las cosas y de los hechos materiales, los documentos escritos son mucho más adecuados a las declaraciones humanas de ciencia y de voluntad, que son las que interesan al Derecho. Y de éstos destaca, por su especial eficacia, el instrumento público, que es el nombre tradicional de los documentos autorizados por un Notario. En un sentido amplio, los define el artículo 144 RN, al decir que: «El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas, y en general todo documento que autorice el Notario, bien sea en original, en copia o testimonio. «No obstante el sector mayoritario de la doctrina, representado por GONZÁLEZ PALOMINO, restringe el concepto de instrumento público sólo a los que desde su origen están destinados a formar parte del Protocolo.

El documento notarial que ordinariamente llega al Registro es *la escritura pública*. Lógico, pues como dicen NÚÑEZ LAGOS o GIMÉNEZ ARNAU, la escritura contiene un negocio jurídico, una declaración de voluntad... en tanto que el acta sólo contiene hechos patentes, evidentes o, a lo sumo, declaraciones de verdad por parte de los interesados. Eso sí, excepcionalmente, *las actas* notariales pueden servir de título formal inscribible. V.gr.: el acta notarial acreditativa de no haberse terminado las obras objeto de refacción, para evitar la caducidad del artículo 92 LH; el acta notarial del artículo 130.5 LH, al objeto de modificar el domicilio para notificaciones en el procedimiento judicial sumario, en análogo sentido el artículo 683.2 nueva LEC; o el acta a que se refiere el artículo 59 del RH para dar cauce al pacto comisorio, o en general las actas notariales acreditativas del cumplimiento o incumplimiento de condiciones suspensivas o resolutorias.

Finalmente reseñemos que entre los sistemas, bien de utilizar para el tráfico jurídico (en este caso inmobiliario): bien el documento original —propio del Notariado anglosajón— o la copia —propio del Notariado latino—, nuestro ordenamiento sigue este segundo, y así el artículo 221 del RN: «se considerarán escrituras públicas, además de la escritura matriz, *las copias* de esta

misma expedidas con las formalidades de derecho». Y en punto a los *testimonios*, como acertadamente señala también ABASCAL, son documentos notariales que carecen de matriz y tienen por objeto la afirmación de un hecho producido, o un juicio técnico-jurídico o no técnico del Notario, y que se autoriza en los supuestos legalmente permitidos. En consecuencia, no son título formal inscribible.

Por lo que se refiere al *telefax y título*, el Real Decreto 2537, de 29 de diciembre de 1994, y sin entrar en su crítica, previene, artículo 249.2 del RN: «El Notario, por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado, remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o por cualquier otro medio, al Registro de la Propiedad competente, comunicación, suscrita y sellada, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación...». Habrán de hacerse constar los siguientes datos por lo menos:

- a) La fecha de la escritura matriz y su número de protocolo.
- b) La identidad de los otorgantes y el concepto en que intervienen.
- c) El derecho a que se refiera el título que se pretende inscribir.
- d) La reseña identificadora del inmueble, haciendo constar su naturaleza y el término municipal de su situación, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare, si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número, si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y salvo los supuestos de inmatriculación, los datos registrales.

«El Notario —termina diciendo— hará constar en la escritura matriz, o en la copia, si ya estuviese expedida ésta, la confirmación de la recepción y su decisión de practicar o no el asiento de presentación, que el Registrador deberá enviar el mismo día o en el siguiente día hábil».

DOCUMENTOS JUDICIALES

La nueva LEC se ocupa de «Las clases, forma y contenido de las resoluciones y del modo de dictarlas, publicarlas y archivarlas» en sus artículos 206 y siguientes. Artículo 206: Clases de resoluciones judiciales:

«1. Las resoluciones de los tribunales civiles se denominarán providencias, autos y sentencias.

2. En los procesos de declaración, cuando la Ley no exprese la clase de Resolución que haya de emplearse, se observarán las siguientes reglas:

1.^a Se dictará *providencia* cuando la Resolución no se limite a la aplicación de normas de impulso procesal, sino que se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, bien por establecerlo la ley, bien

por derivarse de ella cargas o por afectar a derechos procesales de las partes, siempre que en tales casos no se exija expresamente la forma de auto.

2.^a Se dictarán *autos* cuando se decidan recursos contra providencias, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención y acumulación de acciones, sobre presupuestos procesales, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones y convenios, *anotaciones e inscripciones registrales*, medidas cautelares, nulidad o validez de las actuaciones y cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial.

También revestirán la forma de auto las resoluciones que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria.

3.^a Se dictará *sentencia* para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes.

3. En los procesos de ejecución se seguirán, en lo que resulten aplicables, las reglas establecidas en los apartados anteriores».

El artículo 207 se refiere a las resoluciones definitivas y firmes, y a la cosa juzgada formal. Dice:

«1. Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas.

2. Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno, bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado.

3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas.

4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una Resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella».

Y el artículo 208 trata de las formalidades extrínsecas, de la forma de las resoluciones. Previene:

«1. Las providencias se limitarán a expresar lo que por ellas se mande e incluirán, además, una sucinta motivación cuando así lo disponga la ley o el tribunal lo estime conveniente.

2. Los autos y las sentencias serán siempre motivados y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo.

3. Todas las Resoluciones incluirán la mención del lugar y fecha en que se adopten y la indicación del tribunal que las dicte, con expresión del Juez o Magistrados que lo integren y su firma e indicación del nombre del ponente, cuando el tribunal sea colegiado.

En el caso de providencias dictadas por Salas de Justicia, bastará con la firma del ponente.

4. Al notificarse la Resolución a las partes se indicará si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir».

Por regla general, los autos y las sentencias no requieren mandamiento para acceder a los asientos del Registro, como desde antiguo tiene declarado la jurisprudencia de la DGRN. Así, v.gr., en antigua Resolución de 22 de noviembre de 1893, dice: «Considerando que el primero de los reparos opuestos por el Registrador en su nota no está ajustado a derecho, pues siendo título inscribible el auto de adjudicación, lo que a los fines del Registro importa es que revista ese auto forma auténtica, lo cual se logra librando *testimonio* del mismo el actuuario, quien, por ministerio de la Ley, ejerce la fe pública en lo judicial...»

Y hablando de testimonios, también en los procedimientos de ejecución, siguiendo la tónica de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de 30 de abril de 1992, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil señala: Artículo 674:

«1. Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

El testimonio expresará, en su caso, que el rematante ha obtenido crédito para atender al pago del precio del remate y, en su caso, el depósito previo, indicando los importes financiados y la entidad que haya concedido el préstamo, a los efectos previstos en el artículo 134 (reformado por la propia LEC, añadimos nosotros) de la Ley Hipotecaria.

2. A instancia del adquirente, se expedirá en su caso, *mandamiento* de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación.

Asimismo, se *mandará* la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.

También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación». En análogo sentido, el artículo 133 reformado de la LH por la propia nueva LEC. Y por lo que hace referencia al *mandamiento y las anotaciones de embargo* en este caso, véase el artículo 629 de la LEC, tan mentada en su nueva regulación. Por último, el artículo 223 de la LEC, lo citamos a propósito de *las diligencias de ordenación*:

«1. Corresponde a los Secretarios Judiciales dictar las diligencias de ordenación, a través de las cuales se dará a los autos el curso que la ley establezca.

2. Las diligencias de ordenación se limitarán a la expresión de lo que se disponga con el nombre del Secretario Judicial que las dicte, la fecha y la firma de aquél». En relación a esta cuestión la DGRN, en Resolución de 5 de octubre de 1993, declaró que la Ley Orgánica del Poder Judicial a la vez que establece que la Administración de Justicia se ejerce por los Jueces y Magistrados, atribuye a los Secretarios la actividad de documentación, comunicación y ordenación e impulso procedimental, y a estas nuevas normas deben quedar supeditadas las reglas que sobre mandamientos judiciales establecen el artículo 257 LH y demás disposiciones concordantes. En el caso debatido, la Resolución en que se acuerda la prórroga de un embargo *ha sido adoptada por el Juez o Tribunal*, por lo que ahora en la expedición del mandamiento por el Secretario, sólo se trata de su ejecución, y para ello basta con el adecuado traslado por documento en el que el mismo Secretario asevere su autenticidad, aunque falte la firma del Juez.

Acerca de *los Documentos administrativos*, son tan numerosos los que pueden llegar al Registro de la Propiedad, que entrar en su ejemplificación haría interminable este trabajo.

Al concepto de titulación auténtica o formal, acompaña el de título en sentido formal. Lo brinda el artículo 33 RH: «se entenderá por título para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite». Como vemos:

- No equivale a «documento», es decir, que un documento no tiene por qué ser un título, ya que éste puede estar constituido por una pluralidad de aquéllos (testamento y documento particional en las adquisiciones por herencia o legado).
- Tal documento o documentos han de ser «públicos» conforme al artículo 1.216 del Código Civil.

- Han de ser lo que la doctrina llama «básicos», o sea, aquéllos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción, lo cual excluye a los documentos complementarios.
- Han de ser «fehacientes», bien por sí solos, con otros complementarios, o bien mediante las formalidades oportunas. ROCA critica esta exigencia porque si se trata de documentos públicos hacen fe por sí solos, por ello si se necesitan complementarios, solamente será para hacerlos inscribibles.
- Y, como añade NÚÑEZ LAGOS, han de contener un acto o contrato apto para transmitir el dominio o constituir el derecho real de que se trate, y han de ser «válidos».

Como vemos, la legislación hipotecaria establece la titulación auténtica para que el título, en sentido material, pueda registrarse. No obstante, hay *supuestos de admisión de documentos privados*. El artículo 420.1 del RH establece: «Los Registradores no extenderán asiento de presentación de los documentos privados, salvo los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral».

ROCA o CHICO ponen ejemplos en materia de inscripciones (así las inscripciones a favor de heredero único mediante solicitud privada, art. 14 LH), anotaciones (de derecho hereditario, art. 46 LH o de acreedor refaccionario, art. 59 de la misma Ley), y cancelaciones (v.gr., de anotaciones preventivas a tenor del art. 208 RH).

También pueden llegar al Registro, *títulos otorgados en país extranjero o en idioma no oficial*. Trata del tema el artículo 4 de la LH y los artículos 35 y siguientes del Reglamento Hipotecario, que podemos sistematizar del modo siguiente:

1. *Documentos otorgados en el extranjero por funcionario extranjero de carácter extrajudicial*. El citado artículo 4 LH exige que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes. Lo completa el artículo 36 RH, que dice: «Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España».

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesaria para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente».

En resumen, resulta necesaria la *legalización* del documento, bien por los cónsules y diplomáticos españoles que tienen facultad de «legalizar las firmas que le sean conocidas y declarar la autenticidad de los documentos emanados de autoridad y particulares», que darán fe en todo el territorio español sin necesidad de ulterior legalización (art. 17, Anexo III, RN, modificado por Ley de 1 de marzo de 1985); bien por el sistema de la apostilla para los países signatarios del Convenio I de La Haya de 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 2 de octubre de 1978.

2. *Documentos otorgados en el extranjero (extrajudiciales) por funcionarios españoles.* Los cónsules (en determinados supuestos también los jefes de misiones diplomáticas, secretarios de embajada, vicecónsules o agentes consulares ordinarios), tienen autoridad para dar fe conforme a las Leyes, de los demás actos extrajudiciales. Estos documentos deben reunir los requisitos establecidos por la ley española, no siendo preciso ya que estén legalizados por el Ministerio de Asuntos Exteriores de España tras la citada Ley de 1 de marzo de 1985. Mencionemos, igualmente, que en la Comunidad Europea, para los documentos autorizados por diplomáticos o funcionarios de carrera consular, por el Convenio de 7 de junio de 1968, ratificado el 1 de junio de 1982, se suprime la legalización.

3. *Resoluciones judiciales.* El artículo 38 del RH dice: «Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales, dados en el extranjero, serán inscribibles cuando hayan sido reconocidos por Tribunal o Autoridad competente con arreglo a las Leyes y Convenios internacionales». En nuestro ordenamiento, la ejecución corresponde acordarla al Tribunal Supremo. Pero téngase a la vista la Disposición Final vigésima de la nueva LEC, que establece que en plazo de seis meses a contar desde la fecha de su entrada en vigor (8 de enero de 2001), el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

4. *Documentos pontificios.* Según el artículo 35 RH tienen la consideración de documentos auténticos, sin necesidad de estar legalizados, cuando se expidan con el fin de acreditar el cumplimiento de requisitos exigidos por el Derecho canónico para el otorgamiento de actos y contratos en que esté interesada la Iglesia, debiendo estar traducidos y testimoniados por los Ordinarios Diocesanos.

Por último y en lo que atañe a *los documentos en idioma no oficial*, se ocupa de la cuestión el artículo 37, que hay que entenderlo enmarcado en otros artículos de nuestro ordenamiento, como en concreto el artículo 142 de la nueva LEC que establece:

«1. En todas las actuaciones judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales usarán el castellano, lengua oficial del Estado.

2. Los Jueces, Magistrados, Secretarios Judiciales, Fiscales y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales, podrán usar también la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, si ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella que pudiese producir indefensión.

3. Las partes, sus procuradores y abogados, así como los testigos y peritos, podrán utilizar la lengua que sea también oficial en la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas.

4. Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia, pero se procederá de oficio a su traducción cuando deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente. También se procederá a su traducción cuando así lo dispongan las leyes o a instancia de parte que alegue indefensión. «Su último párrafo y el artículo 143 se refiere a la intervención de intérpretes, y termina el artículo 144 de la nueva LEC diciendo: «1. A todo documento redactado en idioma *que no sea castellano* o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se *acompañará la traducción* del mismo».

Pero el principio de legalidad donde alcanza su auténtica grandeza es con LA FUNCION CALIFICADORA DEL REGISTRADOR.

CONCEPTO

Calificar, *prima facie*, es apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa. Con acierto, desde una óptica registral define ROCA SASTRE la calificación como «el examen, censura o comprobación que hace el Registrador de la legalidad de los títulos presentados, antes de proceder a su registración, accediendo a ello si fuera procedente y denegando o suspendiendo la inscripción cuando no estén arreglados a derecho».

Largamente se ha discutido acerca de *la naturaleza jurídica* de la función calificadora. A grandes rasgos, las distintas opiniones doctrinales las podemos agrupar del modo siguiente:

1. Es una función de carácter «judicial» o jurisdiccional, semejante a la jurisdicción contenciosa, puesto que se determina si con arreglo al Derecho objetivo ha podido surgir o no el acto real que la inscripción o asiento luego publica (don JERÓNIMO GONZÁLEZ, GALLARDO RUEDA, LA RICA o ROMANÍ).

2. Es una función «administrativa», procede del Registrador, que es un funcionario público, el Registro de la Propiedad es un servicio público, y su finalidad última es pública, servir a la publicidad inmobiliaria (GONZÁLEZ PÉREZ).

Estas dos posiciones son rechazadas por la mayoría de la doctrina e incluso por nuestra DGRN en su jurisprudencia más reciente. La Resolución de 26 de junio de 1986, afirma:... «la función registral no es judicial ni administrativa. Versa sobre cuestiones civiles y está fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que no quiere decir que esté fuera del control jurisdiccional, puesto que las decisiones registrales dejan siempre a salvo la vía judicial ordinaria...»

3. La mayoría de los autores consideran la calificación como un acto de «jurisdicción voluntaria», por no existir una contienda *inter partes* y por las semejanzas con las resoluciones judiciales recaídas en este tipo de jurisdicción (don JERÓNIMO, sin perjuicio de su tesis del «juez territorial que desempeña un noble oficio», NÚÑEZ LAGOS, ROCA SASTRE o SANZ).

4. Finalmente, iniciada por autores como LACRUZ y seguida por otros (CHICO ORTIZ), se dice que la función registral es «autónoma, *sui géneris*». «La doctrina —indica CHICO— se ha empeñado en buscar semejanzas y analogías, siguiendo el método dogmático de inversión de la escuela histórica, y ha tenido que desembocar en la busca de una construcción nueva que supone «una actuación especial», registral o hipotecaria con caracteres típicos... dentro del principio de la seguridad jurídica a que se refiere la Constitución Española (9,3), el principio de la seguridad del Derecho: propio de los Tribunales ordinarios; y el de la seguridad del tráfico, propio de la publicidad emanada de los asientos del Registro». Modestamente creemos que se está en la dirección correcta. Y añade el citado autor como *caracteres* de esta función calificadora: el ser creativa, unipersonal, sujeta a responsabilidad personal, inexcusable e independiente y, por otro lado, indelegable.

AMBITO

DOCUMENTOS NOTARIALES

La calificación aquí, por parte del Registrador, es amplísima, y en este punto la doctrina interpretando el artículo 18 LH y su desarrollo reglamentario (art. 98) presenta una rara unanimidad. Los manuales de Derecho inmobiliario la extienden:

- a) *A la validez de los actos dispositivos.* La calificación recaerá en la aptitud del título y, como dice CHICO, en el aspecto real del derecho

que a través del mismo se trata de construir. Y al tratar este punto se plantea la relación entre la tarea calificadora de los Registradores y si ésta puede extenderse a la nulidad de determinadas cláusulas a que se refiere el artículo 10.4 de la Ley de 19 de julio de 1984, de defensa de consumidores y usuarios. La DGRN cambió su criterio a partir de Resolución de 16 de febrero de 1990, al manifestar que no es posible con los simples datos que se utilizan o pueden utilizarse en la calificación registral el estimar «la abusividad» de esas cláusulas. A este menester, el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, que aludíamos más arriba, y por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y que además crea el Registro de Bienes Muebles (Disposición Adicional única del mismo), indica: «La Ley de Condiciones Generales de la Contratación ha articulado un sistema voluntario de depósito previo de los modelos contractuales en los que se utilicen condiciones generales y de inscripción obligatoria de las sentencias relativas a éstas, como vía para que, a través de la publicidad de los mismos, puedan conocerse y ejercitarse las acciones colectivas por las asociaciones de consumidores y usuarios y demás personas legitimadas legalmente. Con ello se evita que necesariamente tenga que actuarse de forma individual para *combatir judicialmente* —una por una— las cláusulas no incorporadas o nulas (entre ellas las abusivas) contenidas en cada contrato».

De otra parte y conforme al artículo 104 RH, si del título se deduce que se ha cometido algún delito, además de suspender o denegar la inscripción según proceda, el Registrador dará parte a la autoridad judicial, remitiendo el documento respectivo, y hará constar esta circunstancia al margen del asiento de presentación. La DGRN entiende que debe procurarse no remitir los documentos originales y que no puede excusarse el Registrador de su deber de formular la calificación (Resolución de 14 de julio 1988).

- b) *Capacidad de los otorgantes.* Abarca la capacidad jurídica y de obrar, la existencia de incapacidades y prohibiciones, licencias, autorizaciones, etc..., etc...
- c) *Formas extrínsecas de los documentos.* De acuerdo con el artículo 98 RH, hay rara unanimidad también por la doctrina en entender que la calificación de los «requisitos formales» comprende:
 - La competencia, en este caso, del Notario autorizante.
 - El cumplimiento de los requisitos esenciales de forma.
 - La expresión en los títulos de todas las circunstancias necesarias para la inscripción.

- La autenticidad de los documentos y de los requisitos que se exijan a tal fin (legalización, por ejemplo).
- El cumplimiento de las obligaciones fiscales. La Resolución de 15 de diciembre de 1997, señala que la nota extendida por la Oficina Liquidadora competente al pie del documento, es el medio especialmente adecuado para posibilitar la inscripción registral, pero no es el único medio previsto en la Ley, por lo que no pueden excluirse la utilización de otros medios probatorios como, v.gr., la carta de pago debidamente cumplimentada... que contenga las especificaciones necesarias para apreciar su correspondencia con el acto o negocio inscribible, carta «que puede tener, incluso, la consideración de documento público».

d) *Los obstáculos del Registro.* Es obvio. Por exigencia del principio de tracto sucesivo, el Registrador, atenderá y comprobará la identidad de la finca o derecho real y el transferente y titular de la finca son o no la misma persona, etc...

DOCUMENTOS JUDICIALES

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 2 y la propia Constitución en su artículo 117, previenen claramente que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes. Y añade el artículo 118 de la Constitución, que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

De ahí que, en principio, parezca algo contradictorio el que una Resolución judicial firme pueda ser objeto de examen o censura que incluso pueda dificultar su ejecutoriedad. Cuesta admitir, por tanto, la calificación de los documentos judiciales. Así, decía don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que podría pensarse que la calificación del Registrador, suspendiendo o denegando el asiento ordenado judicialmente, es rayano en la desobediencia por no prestar la debida cooperación a la administración de justicia.

Pero, de otro lado, como matiza CORRAL DUEÑAS (*La calificación registral en el procedimiento del art. 131 LH*), si queremos un buen Registro de la Propiedad no puede dejarse la marcha adecuada de la oficina registral a funcionarios que resuelven sobre cuestiones distintas y sin exacto conocimiento de los datos registrales. Por eso, como dice ROCA, el Juez y el Registrador son autónomos. En nuestra regulación el principio de legalidad, no sólo es com-

patible con el respeto a las decisiones judiciales y al supremo valor de la justicia, sino que ambos forman parte de una común realización. Y en este sentido CHICO ORTIZ cuando afirma que queda claro el propósito de dicha armonía y debe aceptarse la doble proyección del principio de seguridad jurídica a través de la justicia, como valor superior, con el sistema de la seguridad del tráfico jurídico, ambos inmersos en nuestro propio ordenamiento constitucional. Por eso, por el respeto a las decisiones judiciales, la calificación del Registrador respecto a los documentos judiciales no es tan amplia como en otros documentos, tiene unas mayores limitaciones; el fondo de las resoluciones judiciales no puede ser calificado, la calificación o depuración registral sólo alcanzará a las formalidades extrínsecas o externas.

Este «tamiz» de la calificación registral, una vez esbozada su justificación y límites, se encuentra como desarrollo del artículo 18 LH, en el artículo 100 de su Reglamento: la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la Autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, y a los obstáculos que surjan del Registro.

Este artículo y en general la calificación de los documentos judiciales ha sido objeto de numerosas resoluciones de la Dirección General que han ido perfilando la materia. Citemos algunas:

- En cuanto a la calificación de la competencia, la Resolución v.gr., de 17 de julio de 1989, declaró que el Registrador tiene el deber y el derecho de calificar la competencia del Juzgado o Tribunal, pero limitada a aquellos aspectos apreciables de oficio por el órgano jurisdiccional como la falta de jurisdicción o la de competencia objetiva o funcional, pero no la falta de competencia territorial, defecto éste que solamente puede ser invocado por las partes, por basarse en motivos de orden privado.
- Respecto de la congruencia, la Resolución de 30 de julio de 1993, establece que no es incongruente la sentencia que ordena la cancelación de una hipoteca en un expediente de liberación de cargas porque, según el Registrador, la finalidad del expediente sea la cancelación de derechos prescritos con arreglo a la legislación civil, según la fecha que conste en el Registro y la sentencia no aprecie prescripción ni ordene la cancelación por este motivo, pues si la sentencia se ha ordenado en este expediente y el Juez se funda en el artículo 209 LH, no ha sobrepasado sus posibilidades procedimentales..., y respecto a la cuestión planteada de que la acción hipotecaria prescribe a los veinte años y dicho plazo no ha transcurrido, el decidir si también a efectos del artículo 209 LH la hipoteca, en cuanto a derecho accesorio, pres-

cribe cuando prescribe, según la fecha que conste en el Registro, el derecho principal garantizado... es una cuestión de fondo que, según el artículo 100 del RH, no puede calificar el Registrador.

- Respecto de las formalidades, veáanse las muy numerosas en materia de exhortos y su supresión. Por ejemplo, la de 31 de octubre de 1985.
- Y con referencia a los obstáculos del Registro, la DGRN lo tiene establecido de un modo contundente. Así, recientemente, en Resolución de 26 de mayo de 1997, determinó que el Registrador tiene la facultad y el deber de decidir, tratándose de documentos judiciales, si existen para el asiento ordenado obstáculos que surjan del Registro, lo que le obliga a rechazar dicho asiento si con él se vulneran las exigencias del sistema registral español (trascendencia real inmobiliaria, determinación, número cerrado de las anotaciones preventivas, número cerrado de las afecciones reales). Se trataba de la solicitud de una anotación de demanda de las previstas en el artículo 42.1 LH, a propósito de un contrato de mandato retribuido.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

Decíamos no hace mucho, que tanto en la Ley Hipotecaria como en su Reglamento o en las Leyes especiales, se regulan múltiples casos de inscripción o anotación de documentos administrativos (certificaciones administrativas de dominio como procedimiento de inmatriculación, deslindes administrativos muy en particular de montes o de costas, mandamientos como consecuencia de procedimientos de apremio fiscal, certificaciones en materia urbanística...) y que su enumeración haría interminable este estudio. Ocupándonos solamente de su calificación, el artículo 99 RH dispone: «La calificación registral de los documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la Resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro».

En esta materia es principio general establecido por la DGRN, que en los documentos administrativos gozan los Registradores de una mayor *amplitud* y libertad en la calificación; «se hallan facultados para calificar en los apremios administrativos con mayor amplitud que en los judiciales los trámites esenciales del procedimiento, supuestas las distintas condiciones de idoneidad e imparcialidad de los funcionarios y la complejidad de la tramitación» (Resolución de 5 de marzo de 1953). En análogo sentido la de 27 de diciembre de 1978, como muestras de este criterio. Por lo demás:

- Acerca de *la competencia*, sí es susceptible de calificación la incompetencia del órgano del que procede el acto administrativo, como pone de relieve la Resolución de 16 de marzo de 1988.
- De la *congruencia* tratan Resoluciones como la de 8 de enero de 1999, al decir que toda inscripción, tanto si se practicó por documento no administrativo o administrativo, puede ser modificada por un documento de esta última clase, siempre que sea competente la autoridad interviniente y se cumplan las garantías legales en favor de la persona afectada... Por otra parte, en esta clase de documentos (los 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 emana. (Todo ello a propósito de modificación de un proyecto de compensación firme en vía administrativa e inscrito, que pretendía modificarse mediante la creación de una servidumbre sobre una de las fincas resultantes, sin el consentimiento del interesado o la oportuna Resolución judicial.)
- *Formalidades extrínsecas*. Si bien la calificación no puede alcanzar o extenderse a los criterios de «fondo» del acto administrativo, así la Resolución de 16 de octubre de 1992, v.gr., al decir que el Registrador no puede calificar el acto administrativo por el que una Corporación Local designa un recaudador de contribuciones, ya que «ello supone una valoración de fondo del acuerdo adoptado y la verificación de un juicio sobre la actuación administrativa que es competencia de los órganos jurisdiccionales en vía de impugnación», sí alcanza a las formalidades extrínsecas; siguiendo con este muestreo de la jurisprudencia de la Dirección, la Resolución de 15 de marzo de 1975, entre otras, se ocupó de este extremo.
- *Trámites esenciales del procedimiento* y relación de éste con el titular registral. La Resolución de 26 de abril de 1988, confirmó la denegación de la inscripción de la enajenación de bienes de las corporaciones locales verificada sin el trámite de subasta pública, por no tratarse de un supuesto exceptuado de ese requisito (comentada por CORRAL en la REVISTA CRÍTICA de ese mismo año, núm. 588).
- *Obstáculos del Registro*, o sea, aquéllos que puedan aparecer por contradicción generalmente con los asientos registrales.

MEDIOS

Al contrario que la extensión de la calificación —que acabamos de examinar someramente—, los medios de que dispone el Registrador son limitados. Conforme al artículo 18 LH (y también su art. 65.4 o el 99 del RH), el

Registrador para calificar habrá de tener en cuenta los documentos presentados y el contenido del Registro. Estos son los medios que puede utilizar, y las resoluciones de la Dirección son clarísimas a estos efectos: rechaza la calificación por conjeturas (Resolución de 7 de junio de 1972), por la notoriedad del hecho (Resolución de 11 de octubre de 1985), o por su conocimiento extrarregistral (Resolución de 17 de febrero de 1986). En definitiva, que al «ejercer su función no puede tomar en consideración aquellas situaciones de que hubiere tenido conocimiento extrarregistralmente».

En relación con el contenido del Registro, los asientos que puede contemplar para fundar su calificación son todos aquéllos que guarden relación con el título presentado, incluso el asiento de presentación vigente, como se deduce del artículo 65, párrafo 4.º LH y de distintas resoluciones (vid., v.gr., la de 31 de marzo de 1950 u 11 de diciembre de 1991), y ello «con la finalidad de lograr el mayor acierto posible en la calificación y evitar que obtengan la protección del Registro actos o contratos que podrían resultar ineficaces».

PLAZO

Como dice CHICO, aparte de esa calificación «anticipada» que el Registrador realiza ante consultas previas (y que por supuesto es distinta de la posibilidad de emitir informes sobre la situación jurídica y registral de las fincas o derechos inscritos, art. 355 RH), y la «simultánea» de la presentación, indicando la documentación complementaria a presentar (vid., v.gr., las Resoluciones de 23 de marzo de 1926 ó 29 de septiembre de 1978, en cuanto a la posibilidad de pedir documentación complementaria), al plazo para calificar se refiere el artículo 97 del Reglamento Hipotecario.

Del mismo, como dice el mismo autor, se deduce: un plazo de quince días, si no hubiere defectos; de treinta, si existe justa causa, y en todo caso, de sesenta en que dura el asiento de presentación. Pero hay que tener en cuenta que el precepto ha sido modificado recientemente por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto a su párrafo 2.º, que queda así: «Si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviere defectos subsanables o existiera pendiente de despacho un título presentado con anterioridad, los plazos de calificación e inscripción se contarán desde la devolución del título, desde su aportación una vez subsanado, o desde el despacho del título previo, respectivamente. En tales casos, si los documentos se aportaran o el despacho del título previo se produjera dentro de los quince últimos días de vigencia del asiento de presentación, se entenderán prorrogados dichos plazos y el asiento por un período igual al que falte para completar los quince días. Dicha prórroga implicará la de los asientos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores. El plazo de despacho de los títulos retirados por

defectos subsanables quedará prorrogado nuevamente por un período igual hasta completar los quince días, en el caso de que la subsanación hubiera sido aportada dentro del plazo de la prórroga anterior y fuera suficiente a juicio del Registrador para permitir su inscripción».

Decir que los días se entienden «hábles» a tenor del artículo 109 del RH, y que hay que relacionar este artículo con el 429 del propio RH: si el Registrador, habiendo comunicado al presentante la existencia de defectos y si los títulos no son retirados, deberá extender a los treinta días de vigencia del asiento de presentación, al pie del título, *la nota* con la calificación desfavorable: de suspensión o denegación. No obstante, la Resolución de 2 de octubre de 1998, establece que si bien la nota de calificación debe constar, en principio, al pie del propio documento calificado, no hay obstáculo en reputar como tal la que aparece consignada en un documento aparte expedido por el Registrador, en el que se identifique debidamente el título a que se refiere y los defectos observados, exigencias éstas que no concurren cuando se pretende sea considerada como nota de calificación la consignada en un simple papel escrito a máquina y grapado a una escritura pública; ni el título a que se refiere, ni su autoría quedan así justificados, y en consecuencia no puede admitirse el recurso gubernativo. Y esta nota, según también el Centro Directivo, ha de ser clara y precisa, conteniendo los recursos pertinentes que pueden interponerse. En caso de recurso, el plazo para practicar la inscripción se contará a partir de la notificación de la Resolución y, finalmente, si transcurren los indicados plazos sin efectuar la inscripción se podrá acudir en queja a la autoridad judicial, sin perjuicio de la responsabilidad del Registrador.

LIMITES

Muy brevemente, como preceptúa el artículo 101 del RH, la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá *limitada* a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada. Por eso «no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento». La calificación no comporta el que un derecho exista o no. Esa declaración es competencia de Jueces y Tribunales; lo que implica es sencillamente, valorar si un derecho debe o no ser publicado en los libros del Registro de la Propiedad con la seguridad jurídica consiguiente, dado que desde entonces estará dicho derecho bajo la salvaguarda de los Tribunales, y ello hasta que el contenido del Registro sea judicialmente declarado inexacto.

Otro de los límites proviene de la característica de independencia que la calificación ostenta. Para que esa independencia no pueda ponerse en entre-

dicho, el artículo 102 reformado por el aludido Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, determina la incompatibilidad en la calificación registral. Dice: «Los Registradores no podrán calificar por sí los documentos de cualquier clase que se les presenten cuando ellos, sus cónyuges o parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o sus representados o clientes, por razón del asunto a que tales documentos se refieran, tengan algún interés en los mismos. A estos efectos se considerará como interesados a los Notarios autorizantes.

Los citados documentos se calificarán y despacharán por el Registrador de la Propiedad que corresponda con arreglo al cuadro de sustituciones, a quien oficiará al efecto el Registrador incompatible. Se exceptúa el caso previsto en el artículo 485 (división personal) y cuando existan en el mismo término municipal dos o más Registros de la Propiedad, en cuyo caso lo verificará un Registrador (cualquiera de ellos ya) no incompatible». Su párrafo 3.º se refiere a los honorarios y no interesa al caso.

Y, finalmente, límite será igualmente su colisión con otros órganos. En concreto, por ejemplo, el artículo 107 del mismo RH que ordena la abstención de calificar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 254 LH, una vez que medie nota de la Oficina liquidadora, cuanto se relacione con la liquidación o nota indicada, «sin perjuicio de poner en conocimiento» del órgano fiscal competente (habrá que estar a las competencias transferidas a las CCAA) los errores o deficiencias que adviertan, si lo estiman procedente.

Como contrapartida a estos límites y como garantía de su independencia en la función calificadora puede el Registrador provocar el recurso de queja a que se refiere el RH (art. 136). Vid. al respecto, BCNR, número 223.

EFFECTOS

El resultado de la calificación del Registrador, *si la misma es positiva* será la práctica del asiento solicitado, y este fenómeno comporta la idea de «publicidad». La relación jurídico-inmobiliaria se divulga en frase de FERRARA, para la tutela de derechos y seguridad del tráfico jurídico. Y en idea similar LACRUZ nos dice que se trata no tanto de que las situaciones jurídicas lleguen a conocimiento de todos, sino de que todos tengan un medio oficial de conocerlas. Este «medio oficial» creado y organizado por el Estado para la divulgación y protección del tráfico jurídico inmobiliario, es el Registro de la Propiedad. Magistralmente GARCÍA GARCÍA destaca como notas distintivas de la publicidad jurídica registral las siguientes:

1. Se trata de una exteriorización, y aunque la forma también lo sea, debe diferenciarse de la misma; la forma es anterior en el tiempo a la publi-

cidad y la efectúan las mismas partes del negocio jurídico; en cambio, la publicidad exterioriza el acto en unos libros y asientos.

2. La exteriorización de la publicidad registral es continuada, constando las titularidades en los libros y asientos hasta que se produce su cancelación.

3. Es una exteriorización organizada mediante una institución jurídica cual es el Registro de la Propiedad.

4. Esa exteriorización lo es de situaciones relativas a la propiedad y derechos reales sobre inmuebles.

5. El fin de esa exteriorización es el producir cognoscibilidad general.

6. Por último, esa exteriorización se caracteriza por producir efectos jurídicos sustantivos, lo que diferencia al Registro de la Propiedad de los Registros administrativos. Remitimos en este punto a LEYVA LEYVA: «Planteamiento general de los Registros públicos y su división en administrativos y jurídicos», *RCDI*, marzo-abril 1989.

Como vemos, el destinatario de esa *publicidad* para la seguridad del tráfico inmobiliario es la persona, y ello porque todo sujeto de derecho debe poder saber. La seguridad jurídica exige «certidumbre» y a esa certidumbre sirve el Registro. Y, de otro lado, esta publicidad tiene dos aspectos primordiales y complementarios que señala la doctrina:

- *El material o sustantivo*, que «positivamente» contiene una doble presunción *iuris tantum*, los derechos existen y pertenecen a su titular en la forma que determina el asiento respectivo, mientras judicialmente no se demuestre lo contrario (principio de legitimación), y *iuris et de iure*, la apariencia que el Registro crea contiene una posición inatacable («será mantenido en su adquisición») en beneficio del tercer adquirente de buena fe (principio de fe pública registral); y «negativamente» siguiendo el artículo 606 del Código Civil o el 32 LH, se dice que lo que no está inscrito no está en el mundo: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».
- *Y el formal*, o sea, la posibilidad de conocimiento de los derechos inscritos. Ya la excepcional Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, decía que la publicidad formal consiste «en franquear la puerta a quien tenga *interés legítimo* en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes». Igual criterio sigue el artículo 221 de la LH: «los Registros serán públicos para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos».

Este tipo de publicidad se hace efectiva en nuestro ordenamiento hipotecario:

- a) Por manifestación del Registro (arts. 222 LH y 332 y sigs. de su Reglamento). Téngase aquí en cuenta la modificación operada por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998.
- b) Por certificación del Registro, certificaciones a que se refieren los artículos 223 y siguientes de la LH y 335 y siguientes de su Reglamento. Algunos de estos preceptos reglamentarios contienen figuras novedosas (también tras reforma), como las certificaciones con información continuada (art. 354 RH) o el informe jurídico del artículo 355 del propio Reglamento.

La informática ha hecho también su aparición en este mundo de la publicidad formal. El Real Decreto de 30 de marzo de 1990, por el que se modificó el RH en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia (art. 398.c), dice: «1. El Índice General Informatizado de las fincas y derechos inscritos en todo el territorio nacional y de sus titulares será llevado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Los Registradores remitirán periódicamente los datos necesarios para la confección del citado índice. 2. Los Registradores, a fin de facilitar la publicidad formal, por consulta del índice general informatizado, suministrarán noticia de la existencia de titularidades registrales en cualquier Registro a favor de personas físicas o jurídicas determinadas, siempre que exista interés en el peticionario». A este Índice General Informatizado, habrá que añadir el Índice Informatizado de cada Registrador. La Resolución de la DGRN de 31 de agosto de 1987, autorizó ya la llevanza en cada Registro de un índice informatizado de fincas y personas, determinándose un plazo de diez años para la recuperación de los datos anteriores a la implantación del referido índice (que reglamenta el Real Decreto de 1990, mentado). Ese plazo fue prorrogado por la Instrucción de 29 de octubre de 1996. Y en este campo de la informática y la publicidad formal reseñar el Real Decreto-ley de 17 de septiembre de 1999, sobre firma electrónica (el 14 de diciembre pasado, se celebró una Jornada dedicada a su estudio y su aplicación en el ámbito de los Registros de la Propiedad y Mercantiles), o el sistema de información mercantil por Internet. También la oficina informativa (notas y certificaciones) abierta en Bruselas para ciudadanos y entidades de la Comunidad Europea.

Pues bien, a esta publicidad formal también se extiende *la calificación* del Registrador; le compete *la apreciación del interés* (publicidad relativa). La DGRN, en distintas resoluciones, así verbigratia, la de 5 de febrero de 1987, ha tratado de dictar pautas para auxiliar este juicio del Registrador, que habrá de bascular siempre entre el derecho a la información registral y el derecho a la privacidad e intimidad, protegido este último por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (modificada el 29 de mayo de 1985), y en este concreto punto, por la Ley Orgánica 5/92 de Regulación del Tratamiento Automatiza-

do de los Datos de Carácter Personal. Su juicio ha de ser, pues, exquisito, cauto y ponderado, pudiendo llegar en casos extremos a negar la publicidad, cuando razonablemente estime que con la misma pueda violarse el derecho al honor o a la intimidad personal. De todas formas hacemos remisión para un estudio más extenso de esta cuestión a interesantes trabajos como, por ejemplo, los de PRADA ALVAREZ-BUILLA («La publicidad registral y el derecho a la intimidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, núm. 610) o CABELLO DE LOS COBOS («El tratamiento profesional de la publicidad formal», en *Libro-Homenaje a Juan Rey Portolés*). Finalmente, ante la negativa del Registrador, aparte las responsabilidades que procedan, cabe el recurso de queja pertinente.

Si la calificación del Registrador fuere *negativa*: suspensión o denegación de la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, cabe la conformidad con la misma y la retirada de los documentos, la subsanación (en la hipótesis de que sea posible por ser el defecto subsanable), o los correspondientes recursos: el gubernativo —art. 112 y sigs. Reglamento Hipotecario, y téngase en cuenta, una vez más, la reforma operada por Real Decreto de 4 de septiembre de 1998— o el judicial, artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de opiniones contrapuestas, creemos que debe mantenerse la autonomía de la función calificadora del Registrador. Ciertamente se ha dicho que siendo la documentación pública por regla general, la que llega al Registro de la Propiedad, la calificación se extiende sobre algo ya calificado por otro funcionario, sea Notario, Juez, o funcionario de la Administración competente, según que el documento, a su vez, sea notarial, judicial o administrativo, por lo que en definitiva, existirá una «doble calificación» innecesaria. Pero la contracrítica surge al punto: La Ley quizá buscó esa doble intervención de funcionarios en aras de asegurar «plenamente» la legalidad de lo que va a ser inscrito y va a estar dotado de la protección registral, en aras de ese bien, que es la seguridad jurídica privada.

Como indica CHICO, la Ley reconoce a la documentación pública una serie de garantías en torno a la validez y eficacia del acto que en las mismas se recoge, pero para asegurarse de que el acto que ha de estar protegido registralmente reúne todos los requisitos precisos, «exige la intervención última de un funcionario en el que deposita su plena “confianza” para que decida si el acto que pretende la protección que la institución registral le brinda, puede ser merecedor de la misma... Esta actividad del Registrador, supone, aparte de una distinción legal, un poder y un deber, pues si el poder honra y eleva, también exige».

La discusión no es nueva pero ha adquirido máxima actualidad a partir del Real Decreto-ley 6/1999 (Libre competencia) y sobre todo con la aprobación de la Ley de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social de 29 de diciembre de 1999 (*BOE* del día 30), que en su Disposición Adicional vigésimocuarta determina el régimen de integración de Notarios y Corredores de comercio colegiados en un Cuerpo único de Notarios, que dependerá del Ministerio de Justicia. Disposición que entrará en vigor el 1 de octubre del año 2000.

Desde entonces, la polémica se ha avivado. Algunos Registradores se han decantado por una integración rápida en esa futura Ley de Seguridad Preventiva; otros, por una integración gradual y transitoria en un Cuerpo único, pero con dos funciones diferenciadas y complementarias (notarial y registral); otros, finalmente, por la defensa y potenciación de la institución del Registro. El legislador será quien tenga la última palabra. Pero, que considere, como escribe PAU, en la Información registral de enero de 2000, lo siguiente: «No es cierto que los Registros europeos funcionen por arte de magia. Al frente de todos ellos hay profesionales que controlan la legalidad. Es verdad que, según la protección que dispense el Registro, la calificación es distinta. O más bien al contrario: cuando es más riguroso el control de legalidad, la eficacia del Registro puede ser mayor. En España, cualquier limitación que se tratase de imponer al control de legalidad llevaría consigo una disminución de la eficacia práctica. Habría que modificar la ley para reducir la protección que el Registro dispensa a los derechos inscritos. Y si no se produjera esa modificación normativa, la disfunción se trasladaría al terreno práctico. Se multiplicarían las indemnizaciones y se pasaría a un sistema de seguridad económica. Y se daría al traste con la seguridad jurídica, que es más útil y menos costosa que la seguridad económica».

Quizá sea «el desiderátum» una calificación remozada adaptada a tiempos y circunstancias como las actuales: profesionales independientes con sólida formación jurídica, y auxiliados por personal cualificado y medios técnicos adecuados. Es de destacar el esfuerzo de los Registradores de la Propiedad con su Colegio al frente, en la modernización de la institución en todos los sentidos, desde la preparación técnico-jurídica hasta la informatización como instrumento de la misma. Y en ese reto nos encontramos: preparados para servir mejor a la seguridad jurídica, abiertos a los nuevos tiempos del milenio, y con la fundada esperanza de que el legislador siga depositando su confianza en nosotros, tal y como tradicionalmente ha hecho desde un ya lejano 8 de febrero del año 1861.

BIBLIOGRAFIA

- ABASCAL MONEDERO, PABLO JOSÉ, «El principio de titulación auténtica: su alcance e importancia dentro del sistema registral», en *Libro Homenaje en memoria de J. Lanzas y de L. Selva*. Tomo II. Centro de Estudios Registrales, 1998.
- CHICO ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Marcial Pons, 1977-1978.
- *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, 1994.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.
- GIMÉNEZ ARNAU, ENRIQUE, *Derecho Notarial*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, *Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, 1989.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO, *Estudios*, Madrid, 1948.
- HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1968.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957.
- «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», en *RCDI*, 1979.
- MANZANO SOLANO, ANTONIO, Las instituciones registrales en los países occidentales, en *Estudios de Derecho Privado*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL, «Perfiles de la fe pública», en *ADC*, 1950.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «El sistema registral francés», en *RCDI*, 1963.
- ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA, *Derecho Hipotecario*. Edición 1979.
- SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1945-1953.
- SENA FERNÁNDEZ, FRANCISCO, *Diccionario de jurisprudencia registral*, Centro de Estudios Registrales, 1999.
- ZUMALACÁRREGUI, TOMÁS, *Inexactitud registral y concordancia entre Registro de la Propiedad y realidad jurídica*. Ponencia al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Hipotecarios, 1983.

ANTONIO M. OLIVA RODRÍGUEZ
Registrador de la Propiedad
Notario excedente

Inscripción de los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. ADQUISICION REALIZADA POR EL MARIDO Y LA MUJER PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: A) ADQUISICIONES A TÍTULO ONEROSO: 1. *Adquisición realizada por ambos cónyuges para la comunidad: Requisitos.* 2. *Bienes gananciales por atribución de los cónyuges:* a) Manifestación expresa: i) Requisitos; ii) Cuestiones en torno al pacto de atribución de ganancialidad; b) Manifestación presunta: Requisitos. B) ADQUISICIONES A TÍTULO GRATUITO: REQUISITOS. C) FORMA DE INSCRIPCIÓN DE LAS ADQUISICIONES CONJUNTAS A TÍTULO ONEROSO Y A TÍTULO GRATUITO.—II. ADQUISICION REALIZADA POR UN CONYUGE PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: A) REQUISITOS. B) FORMA DE INSCRIPCIÓN.—III. ADQUISICION REALIZADA POR UN CONYUGE SIN MANIFESTAR SU CARACTER: A) AMBITO DE APLICACIÓN. SUPUESTOS ANÁLOGOS. B) REQUISITOS. C) MEDIOS PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD: 1. *La justificación del carácter privativo del precio o contraprestación:* a) Extremos sometidos a prueba: i) Estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia; ii) Criterio de la Dirección General; b) Forma de inscripción. 2. *La confesión de privatividad: Forma de inscripción.* 3. *Justificación y confesión de privatividad parciales.* 4. *Justificación y confesión de privatividad realizadas con posterioridad a la inscripción.* 5. *La modificación del régimen económico-matrimonial.* 6. *Otros medios.* D) LA RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: 1. *Supuesto general.* 2. *Rectificación a petición del cónyuge no titular.* E) PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES EN LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DE ALTERACIÓN DEL CARÁCTER DEL BIEN.—IV. INSCRIPCION EN EL CASO DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE APORTACION: A) DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. DIFERENCIAS CON EL PACTO DE ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA EXPRESA DE GANANCIALIDAD. B) SU ADMISIBILIDAD EN EL ÁMBITO LEGAL Y DOCTRINAL. C) SU ADMISIBILIDAD EN LA DOCTRINA DE LA DGRN: 1. *Aportación a una comunidad no personalizada (Resolución de 10 de marzo de 1989).* 2. *Accesión y aportación (Resolución de 14 de abril de 1989).* 3. *Desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio privativo de un cónyuge (Resolución de 25 de septiembre de 1990).* 4. *Donación de finca ganancial y reserva de usufructo (Resolución de 21 de enero de 1991).* 5. *Aportación y fraude de acreedores (Resolución de 7 de octubre de 1992).* 6. *Agrupación de fincas privativa y ganancial con posterior declaración de obra nueva: La insuficiencia de la sola declaración de voluntad para cambiar la naturaleza de los bienes (Resolución de 26 de octubre*

de 1992). 7. *El negocio de aportación como negocio típico: Desvirtuación de la tipicidad mediante la expresión de la causa* (Resolución de 11 de junio de 1993). 8. *La consolidación de la expresión de la causa como requisito imprescindible* (Resolución de 28 de mayo de 1996). 9. *La aportación a través de capitulaciones matrimoniales* (Resolución de 21 de diciembre de 1998). 10. *La causa en sentido objetivo: Ha de responder a alguna de las admitidas en los negocios conocidos en derecho* (Resolución de 15 de marzo de 1999). 11. *De nuevo sobre la tipicidad de la causa* (Auto del TSJ de Andalucía, de 19 de febrero de 1997). 12. *Requisitos de forma del negocio a través del cual se realiza la aportación. Negocios de aportación impropios* (Resoluciones de 16 de enero y 26 de mayo de 1999). D) A MODO DE RECAPITULACIÓN. E) FÓRMULA PARA SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—CONCLUSIONES.—EPILOGO.—BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Es sabido que el matrimonio despliega sus efectos en dos planos perfectamente diferenciados: el personal y el patrimonial. Centrándonos en el segundo, en el aspecto patrimonial o económico, se ha acuñado una denominación, *régimen económico matrimonial*, para designar la institución o conjunto de reglas que regulan las relaciones de los cónyuges en lo que atañe a los bienes, entre sí o con relación a terceros (titularidad de los patrimonios, administración, disposición y responsabilidad).

Recordemos que la organización económica de la sociedad conyugal en España, por lo que respecta a los territorios de Derecho Común, gravita en torno al sistema de libertad de estipulación consagrado en el artículo 1.315 del Código Civil (1); en defecto de capitulaciones matrimoniales o, cuando éstas sean ineficaces, existe un sistema legal supletorio de primer grado: la sociedad legal de gananciales, *ex* artículo 1.316 del Código Civil, en virtud del cual *se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla* (art. 1.344 del Código Civil).

Finalmente, existe un sistema legal supletorio de segundo grado: la separación de bienes (regulada en los arts. 1.435-1.444 del Código Civil) y un régimen anómalo en nuestro sistema por carecer de precedentes y no haber sido recibido en la práctica, conocido con el nombre de régimen de participación (arts. 1.411-1.434 del Código Civil).

Con independencia de ello, se establecen unas normas de régimen económico matrimonial primario aplicables a cualquier régimen económico en los artículos 1.317-1.324 del Código Civil.

(1) *El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.*

De los preceptos antes transcritos resulta que la sociedad de gananciales, único régimen que estudiaremos en este trabajo, se rige:

1.º Por lo dispuesto por los cónyuges en pactos capitulares ya que, según el artículo 1.325 del Código Civil, en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes no sólo estipular o sustituir el régimen económico de su matrimonio, sino también modificarlo en algún punto. De ahí que puedan coexistir, en el sistema económico de gananciales, las normas legales y las estipulaciones matrimoniales que pueden insertar los cónyuges, dado el régimen de libertad existente establecido en el artículo 1.315 del Código Civil, para desviarse en algún punto de la normativa legal, siempre que al hacerlo se respeten las limitaciones establecidas en el Código Civil, como termina prescribiendo el artículo últimamente citado, y que precisamente se desarrolla, en lo que a capitulaciones matrimoniales se refiere, a través del artículo 1.328 del Código Civil (2).

2.º Por la normativa legal contenida en el Código Civil y comprensiva de los artículos 1.344-1.410 de dicho texto legal.

Además de ocuparnos exclusivamente de la sociedad de gananciales, también se encuentra delimitado este trabajo en cuanto que sólo estudiaremos, con respecto a ella, el reflejo de las adquisiciones de bienes inmuebles que, con el carácter de gananciales o presuntivamente gananciales, sean objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, durante la vigencia de la sociedad y en las situaciones normales del matrimonio, orillando todo lo relativo a su régimen de disposición y administración que sólo aparece tangencialmente contemplado, en la medida en que es una consecuencia del régimen de adquisición.

Existen sin embargo dos hipótesis de inscripción de bienes privativos que, pese a su carácter, han sido objeto de obligada inclusión, ya que constituyen sendas vías para destruir la condición presuntivamente ganancial de un bien. Se está aludiendo a aquellos bienes privativos que por haberse justificado el carácter privativo del precio o contraprestación o por haberse confesado su naturaleza privativa se inscriben como tales. Sin perjuicio, claro está, de que los cónyuges puedan utilizar también estos medios no para convertir en pri-

(2) El artículo sanciona la nulidad de *cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*.

Lo que este artículo añade a los límites genéricos de la autonomía contractual contenidos en el artículo 1.255 del Código y a la doctrina de la causa ilícita del artículo 1.275.2 del mismo cuerpo legal, es el principio de la igualdad que corresponde a cada cónyuge, en armonía con lo dispuesto en los artículos 14 y 32 de la Constitución Española y 66 del Código Civil (CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Comentario al artículo 1.328 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 605-607, esp. pág. 606).

vativo lo que era presuntivamente ganancial, sino para que por primera vez se refleje en el Registro el bien con carácter privativo, siendo ambas posibilidades analizadas en el presente trabajo.

Prescindiremos también de analizar las cuestiones que se puedan suscitar a raíz de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, el embargo de sus bienes, cuya anotación preventiva se regula a través del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, así como del régimen del domicilio conyugal contemplado, desde el punto de vista hipotecario, en el artículo 91 del Reglamento, y cuya atribución del uso, en los procesos de nulidad, separación o divorcio, plantea no pocos problemas.

Se excluye, asimismo, cualquier referencia a las particularidades relativas a regímenes forales, de separación y participación, recogidos en el artículo 90 del Reglamento Hipotecario y regímenes extranjeros, regulados en el artículo 92 del mismo Texto legal.

Todos estos preceptos, junto con los que regulan el régimen de los bienes gananciales, tanto en lo relativo a la inscripción de los actos de adquisición como a los actos de administración y disposición, artículos 93-96 del Reglamento Hipotecario, fueron objeto de una nueva redacción, en virtud del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982.

El objeto de la reforma se basó, según la E. de M. del citado Real Decreto, en la idea de la adaptación rigurosa a los principios esenciales del Derecho Civil modificado por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 y la necesaria adaptación y unificación de la práctica registral.

Con posterioridad a esta reforma, el Gobierno, accediendo al requerimiento de incompetencia formulado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, modificaría por Real Decreto de 10 de octubre de 1984, ciertos aspectos contenidos en los artículos 91 y 144 del Reglamento Hipotecario, relativos a la inscripción de actos de disposición y embargo, efectuados sobre la vivienda habitual de la familia.

Finalmente, este último precepto reglamentario también se ha visto afectado por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, para adaptarlo a la reiterada orientación de la jurisprudencia registral que, en materia de anotación de embargo de bienes gananciales, suprime la exigencia de la demanda conjunta bastando con dirigirla al cónyuge deudor, sea o no quien adquirió los bienes, y notificar al otro.

Acotado así nuestro estudio, se hace preciso partir de este postulado: todo régimen económico matrimonial en general y el de la sociedad de gananciales en particular en cuanto regula, como expusimos, no sólo las relaciones de los cónyuges entre sí, sino también con respecto a terceros, desarrollando cada uno, según sus particularidades, un especial sistema de poderes de disposición y administración sobre los bienes y un régimen de obligaciones y responsabilidades, requiere que sea público.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta publicidad se articula a través del protocolo notarial, del Registro Civil, Registro Mercantil y Registro de la Propiedad, no teniendo propiamente España un Registro de regímenes económico-matrimoniales (3).

De este hecho se deriva el que la existencia del régimen económico de la sociedad de gananciales aparezca indirectamente a través de los bienes que están inscritos en el Registro de la Propiedad como gananciales o con el carácter de privativos, según lo establecido en los artículos 93, 94, 95 y 96 del Reglamento Hipotecario.

Por tanto, procede ahora analizar cuáles son las modalidades legales que pueden revestir las titularidades sobre bienes gananciales en el Registro de la Propiedad, ya que tampoco se va a estudiar el régimen capitular.

Aunque la materia, tras la reforma, no aparece presidida por una sistemática lógica (4), con el objeto de dar una mayor claridad a nuestra exposición, distinguiremos los siguientes supuestos: los bienes que durante la vigencia de la sociedad de gananciales no hayan sido adquiridos con el carácter de privativos, pueden haberlo sido para la sociedad de gananciales o sin realizar ninguna manifestación; asimismo, la adquisición pueden haberla llevado a cabo ambos cónyuges, o sólo el adquirente, y terminaremos con el estudio del negocio jurídico de aportación.

Sin embargo, antes de pasar al estudio individualizado de las diferentes hipótesis que se acaban de enunciar, conviene apuntar una breve reflexión que el estudio de esta materia nos ha suscitado.

El artífice de la E. de M. de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, se preguntaba si podía ser tachada con justicia dicha Ley de reglamentaria.

Pero en la actualidad la pregunta ha de ser formulada en sentido inverso: ¿adolece el Reglamento Hipotecario vigente de *legalismo*?

La misma E. de M. acabada de mencionar, ponía de manifiesto que *no siempre es fácil fijar hasta dónde debe llegar la ley y dónde debe comenzar*

(3) AVILA ALVAREZ, PEDRO, «Régimen económico-matrimonial y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1987, núm. 578, págs. 27-45, esp. pág. 28; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., y cols., *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 211 y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS/GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 170.

Vid. también para este tema: LASARTE ALVAREZ, CARLOS, «La publicidad del régimen económico del matrimonio», en *RDP*, 1984, págs. 362-373.

(4) DE LA CÁMARA comienza su estudio denunciando un error de base, ya que todo este tema, al tratar problemas que inciden la mayoría de las veces en el aspecto sustantivo, debería estar recogido en la Ley Hipotecaria y no en el Reglamento que la desarrolla (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986, T. 39, págs. 339-353, esp. pág. 341).

el reglamento, porque no lo es señalar con exactitud matemática los límites respectivos de los poderes legislativo y ejecutivo.

Por lo que respecta a la cuestión que nos ocupa, la inscripción de las adquisiciones de los bienes que integran la sociedad de gananciales, al regular condiciones esenciales de la propiedad, puede constituir materia de reserva de ley, en cuyo caso el Reglamento Hipotecario se habría extralimitado en su función reglamentaria.

Esta *invasión peligrosa*, ya anatematizada por la E. de M. de la primitiva Ley Hipotecaria, parece, sin embargo, que constituye un mal endémico en el ámbito que nos movemos, pues como ya se puso de relieve con motivo de la redacción del Reglamento Notarial, la Ley habría quedado superada por el Reglamento, estando irremisiblemente abocada a convertirse en letra nimial.

Indudablemente, la Ley Hipotecaria actual resulta también en muchos aspectos obsoleta porque los efectos de la inscripción y otras cuestiones que tienen su natural marco de regulación en la Ley, han sido contempladas por el Reglamento Hipotecario.

Y parece que esta propensión se perpetúa a través de las sucesivas reformas reglamentarias. Así, en la últimamente operada, se ha introducido en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario la creación de un nuevo derecho real que claramente tendría que haber sido ubicado en la Ley Hipotecaria y no en el Reglamento que la desarrolla.

I. ADQUISICION REALIZADA POR EL MARIDO Y LA MUJER PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Dentro de los supuestos normativos que se contemplan en el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, se distinguen dos grandes bloques, según que la adquisición haya sido realizada a título oneroso o lucrativo:

A) ADQUISICIONES A TÍTULO ONEROSO

El primer inciso del artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario establece: *Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas.*

En el régimen de estas adquisiciones hay que distinguir, por tanto, según si las mismas se han realizado conjuntamente por ambos cónyuges a costa del caudal común, o si la naturaleza ganancial del bien deriva de la atribución expresa o presunta de los esposos.

1. *Adquisición realizada por ambos cónyuges para la comunidad:*
Requisitos

La adquisición conjunta o la primera requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1.º Que los bienes hayan sido adquiridos a título oneroso (5) durante el matrimonio (6), estando vigente el régimen de gananciales.
- 2.º Que la adquisición se realice a costa del caudal común (7).
- 3.º Que la adquisición haya sido realizada por ambos cónyuges para la comunidad.

El Reglamento Hipotecario actual, a diferencia de la legislación civil, y separándose también en este punto del régimen hipotecario anterior (8), exige que el acto adquisitivo sea realizado por ambos esposos y para la comunidad conyugal.

La exigencia de que concurren ambos esposos en el acto adquisitivo acentúa el carácter ganancial de la adquisición (9) y es un extremo que no se

(5) *El requisito de la onerosidad sincroniza jurídicamente con la norma del artículo 1.346.2 del Código Civil que otorga privacidad a las adquisiciones a título gratuito aunque fuesen postnupciales* (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Régimen económico del matrimonio*, Edersa, Madrid, 1982, págs. 231-232).

(6) TORRALBA SORIANO, comentando el artículo 1.347,3 del Código Civil, que es la base sustantiva del precepto reglamentario, dice que aunque este requisito no se recoge expresamente en la actualidad, a diferencia de lo que acontecía con el derogado artículo 1.401.1 del Código Civil con el que aquél se corresponde, hemos de entender que se sigue exigiendo a tenor de lo que establece el artículo 1.345 del Código Civil: *La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones* (TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.347 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1603-1613, esp. pág.1606).

(7) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS puntualiza que, por analogía con lo dispuesto en el artículo 1.346.3 del Código Civil, también tienen el carácter de bienes gananciales aquellos que se adquieran en sustitución de bienes gananciales, y pone como ejemplo el resarcimiento de daños inferidos a bienes gananciales (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Comentario al artículo 1.347 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 644-648, esp. pág. 647).

(8) El artículo 95.1 del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, dada en la reforma de 1959, preceptuaba: *La inscripción de los bienes gananciales se practicará con sujeción a las reglas siguientes: 1.º Cuando se adquieran por los dos cónyuges o por uno de ellos sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirán a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.*

(9) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario», en *AAMN*, 1985, T. XXVI, págs. 335-355, esp. pág. 338.

discute. Sin embargo, el requisito de que se exprese que la adquisición es para la comunidad conyugal es criticado por autores como DE LA CÁMARA (10) y AVILA ALVAREZ (11), para los que habría de inscribirse en la forma establecida en el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, a pesar de que en la escritura que se otorgue no se haga constar aquella mención.

En realidad, bajo esta modalidad de inscripción se pretenden cubrir los casos en que la adquisición ha sido calificada con carácter ganancial, empleando los cónyuges, para este fin, expresiones muy variadas desde que *adquieren para su matrimonio* hasta la más exacta de *adquisición para la comunidad*.

En cualquier caso, han de manifestar, en una u otra forma, su voluntad de que adquieren para la comunidad.

En definitiva, esta hipótesis reglamentaria, sustantivamente recogida en el artículo 1.347.3 del Código Civil, responde al llamado principio de subrogación real (12), ya que el carácter ganancial del bien adquirido se debe a que también tiene carácter ganancial el precio o contraprestación.

Sin embargo, el mecanismo de la subrogación real, por lo que respecta a esta modalidad concreta de inscripción, se aplica de una manera más genuina en la legislación sustantiva, para la cual es totalmente indiferente el modo en que la adquisición se realiza en relación a la persona que otorga el acto (13), siendo lo esencial, para que el bien obtenga la condición de

(10) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 344.

(11) AVILA ALVAREZ, PEDRO, «Inscripción de bienes ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», en *RCDI*, 1983, núm. 555, págs. 273-312, esp. pág. 290.

(12) Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., «Subrogación real», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6387-6388, y en su concreta aplicación a la sociedad de gananciales: MARÍN PADILLA, M.^a LUISA, «Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia», en *RCDI*, 1978, núm. 527, págs. 717-773, para el régimen legal anterior, y RAMS ALBESA, JOAQUÍN, «La subrogación real en la sociedad de gananciales», en *RDN*, 1984, núm. 125-126, págs. 296-351, para la legislación vigente.

Por su parte, la *RDGRN* de 2 de febrero de 1983 (*BCNR*, 1983, núm. 187, pág. 86) centra en sus justos límites a la subrogación real al establecer en su Considerando 4.º que dicho principio *evita exista un perjuicio para la sociedad de gananciales al ocupar la contraprestación recibida —dinero— el lugar del bien transmitido* (en el recurso se debatía la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la transmisión hecha en escritura pública por el marido a la mujer *de la participación que como ganancial le pertenece en la finca vendida*, acreditándose por la compradora y corroborándose por su consorte, la naturaleza privativa de la contraprestación).

(13) MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS, *El nuevo Derecho de Familia*, T. II [el autor], Madrid, 1981, pág. 185; DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.347 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadejo, T. XVIII, Vol. 2, EDESA, Madrid, 1999, págs. 144-196, esp. pág. 166; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Comentario al artículo 1.347 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 647, y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Régimen económico...*, cit., pág. 232, entre otros.

ganancial, que se demuestre dicho carácter con respecto al precio o contraprestación con que la adquisición se realiza, que en la legislación registral, en la que dicho principio aparece un tanto más diluido al exigirse además que la adquisición la lleven a cabo conjuntamente ambos cónyuges para la comunidad.

Lo que no se precisa, tanto en uno como en otro orden legislativo, es que se pruebe el carácter ganancial de donde se extraen los fondos para realizar la adquisición, ya que por el juego del artículo 1.361 del Código Civil, no obstante ésta tendría dicho carácter (14).

Matizando también las diferencias que singularizan la normación registral respecto de la civil, GIMÉNEZ DUART (15) expone: *Los artículos 93 y 94 del Reglamento Hipotecario reparan únicamente en la manifestación del adquirente sobre el destino del bien, cuando el Código Civil concede mucha más importancia a la procedencia de los fondos que a la declaración del comprador, salvo que dicha declaración expresa o tácita (art. 1.355) proceda de ambos cónyuges.*

Y con esta salvedad pasamos a la segunda hipótesis que, con respecto a las adquisiciones a título oneroso, contempla el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario.

2. Bienes gananciales por atribución de los cónyuges

Dispone el artículo 93,1 del Reglamento Hipotecario: *Se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos (...)*

(14) DE LA CÁMARA ALVAREZ hace notar, en el ámbito registral, el escollo que supondría en la práctica exigir estrictamente este requisito, ya que en la mayoría de las escrituras no se constata expresamente el carácter ganancial del precio o contraprestación. No obstante, lo salva acudiendo a la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 344).

Y en este sentido se manifiesta también un amplio sector doctrinal para el que el bien así adquirido (sin demostrar el carácter ganancial del precio) tiene la cualidad de ganancial mientras no se pruebe la condición privativa de la contraprestación, al entrar en juego la genérica presunción de ganancialidad que establece el artículo 1.361 del Código Civil. Así, por citar algunos: LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., y cols, *Elementos de Derecho Civil...*, cit., pág. 249; BLANQUER UBEROS, ROBERTO, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales, alcance, modalidades y excepciones», en AAMN, 1982, T. XXV, págs. 43-142, esp. págs. 84-85; CANO TELLO, CELESTINO A., *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 62, y CASTRO LUCINI, FRANCISCO, *Temas de Derecho de Familia*, AGISA, Madrid, 1989, págs. 147-148.

(15) GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», en AAMN, 1986, T. XXVIII, págs. 233-364, esp. pág. 292.

atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas.

La posibilidad de atribuir al bien la condición de ganancial, hecho que constituye una novedad tras la reforma del Código Civil, por Ley de 13 de mayo de 1981, tal y como aparece recogida en el artículo 1.355 del Código Civil, precepto sustantivo del que el reglamentario toma su base supone, como explica LACRUZ (16), la no necesidad de que la adquisición se haga a costa del caudal común, siempre que exista la voluntad concorde de ambos esposos, favorable a otorgar al bien adquirido aquella condición.

La voluntad puede aparecer manifestada en forma expresa, constatada a través del común acuerdo de los cónyuges, o presunta, cuando la adquisición se realiza en forma conjunta y sin atribución de cuotas, exigiendo una y otra modalidad distintos requisitos que pasamos a examinar.

a) Manifestación expresa

Esta variedad, que tiene su base sustantiva en el artículo 1.355,1 del Código Civil (17), se fundamenta a su vez, según la mayoría de la doctrina (18), en

(16) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit. pág. 339.

(17) *Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.*

(18) MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., «Casos dudosos de bienes gananciales y privativos», en *AAMN*, 1985, T. XXVI, págs. 359-404, esp. pág. 400; CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código Civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, T. V, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, págs. 83-154, esp. pág. 149; TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit. págs. 1629-1636, esp. pág. 1630, y Cano Tello, para el cual tal posibilidad se cimenta no sólo en el artículo 1.323 del Código Civil, sino también en la viabilidad, por parte de los cónyuges, de modificar las capitulaciones matrimoniales (CANO TELLO, CELESTINO A., *La nueva regulación...*, cit., pág. 71) entre otros.

A nivel jurisprudencial, las RRDGRN de 10 de marzo (*BCNR*, 1989, núm. 256, pág. 876) y 14 de abril de 1989 (*BCNR*, 1989, núm. 256, pág. 1111) también consideran al artículo 1.355 del Código Civil, como una aplicación particular del artículo 1.323 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, apartándose de esta línea doctrinal y jurisprudencial, Gavidia Sánchez, después de poner de relieve las notas que marcan las diferencias entre uno y otro artículo, concluye diciendo que *la atribución voluntaria de ganancialidad no tiene lugar a través de un contrato entre cónyuges, ni su admisión es consecuencia de la contratación entre estos* (GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 83-85). Y en esta misma dirección, Rivera Pont aclara que *si bien ambos tipos de preceptos (el art. 1.323 y 1.355 del Código Civil) responden en su origen a la plasmación legislativa de un mismo principio constitucional —libertad e*

el artículo 1.323 del Código Civil (19), e implica, como puntualiza DE LOS MOZOS (20), una ruptura con el criterio tradicional sostenido en materia de ganancialidad al *sustituir la determinación legal por el libre ejercicio de la libertad de pacto, como expresión del mayor consensualismo que inspira todo el sistema después de la reforma* (21).

i) Requisitos

Los requisitos que se exigen para que entre en juego la atribución voluntaria expresa de ganancialidad son los siguientes:

1.º Que la adquisición haya sido realizada a título oneroso durante el

igualdad entre cónyuges— (...) el hecho de que los cónyuges puedan entre sí contratar, no puede significar el que por sus solas manifestaciones puedan variar la naturaleza común o exclusiva de un determinado bien, en cuanto que en esta segunda cuestión, entran en juego problemas de protección de terceros, de seguridad de tráfico jurídico, del carácter imperativo de las normas que determinan el carácter privativo o ganancial de los bienes y, en fin, problemas de índole fiscal (RIVERA PONT, M.ª CONSUELO, «La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», en *RCDI*, 1983, núm. 559, págs. 1413-1434, esp. pág. 1416).

(19) *El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.*

(20) DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.347 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit. T. XVIII, Vol. 2, pág. 169.

En este mismo sentido, otros autores ponen de relieve que la posibilidad que se le concede a los cónyuges, a través del artículo 1.355 del Código Civil, implica una notable excepción a la subrogación real, recogida, por lo que a los bienes gananciales se refiere, en el artículo 1.347.3 del Código Civil (GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 83; GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *RCDI*, 1982, núm. 548, págs. 117-144, esp. pág. 122), y Peña Bernaldo de Quirós para el que el artículo 1.355 no sólo exceptúa el mecanismo de la subrogación real, sino que también es una posible vía para excluir aquellos preceptos según los cuales un bien adquirido a título oneroso sería privativo incluso aunque se pagase con bienes gananciales y cita, entre otros, los artículos 1.352, 1.354 y 1.359 del Código Civil (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit. págs. 667-669, esp. pág. 667).

(21) En el mismo sentido, la STS de 9 de julio de 1998 (RJ 325) determina que *los cónyuges tienen reconocida una amplia libertad para contratar e incluso modificar los bienes que les pertenecen (arts. 1.323 y 1.355 del Código Civil) bastando el mutuo acuerdo y conformidad, para provocar que un concreto bien que en todo o en parte pudiera ser privativo, se desplace al patrimonio común (Fundamento de Derecho 3.º).*

Por su parte, en su Fundamento de Derecho 2.º, la STS de 8 de marzo de 1996 (RJ 158) puntualiza que *siendo notorio que el artículo 1.355 en su actual versión (...) significa una profunda innovación, algo ex novo en la disciplina de la SG, no puede aplicarse retroactivamente a virtud de lo prevenido en el artículo 2.3 del Código Civil.*

matrimonio (22) y existiendo entre los cónyuges el régimen de gananciales (23).

2.º Que la adquisición haya sido realizada a costa del caudal común o del privativo, o en parte con dinero propio y en parte con dinero común (24).

Cuando la adquisición se produce, en todo o en parte, a costa del patrimonio privativo de los cónyuges, normalmente tendrá lugar el correspondiente derecho de reembolso o reintegro previsto en el artículo 1.358 del Código Civil (25).

(22) Aunque el precepto reglamentario, a diferencia del civil no mencione expresamente el requisito de la onerosidad, está bien claro que las tres hipótesis que se recogen en este primer inciso del artículo 93,1 se refieren a adquisiciones a título oneroso, ya que de las adquisiciones a título lucrativo se ocupa la misma norma pero en su inciso segundo.

Según Rivera Pont, esto significa que lo determinante para atribuir a un bien donado o dejado en testamento el carácter ganancial o privativo es la voluntad del donante o testador, y no la concorde voluntad de los cónyuges (RIVERA PONT, M.^a CONSUELO, *La atribución de ganancialidad...*, cit., pág. 1428).

En cuanto al factor temporal, en el Fundamento de Derecho 2.º del Auto del TSJ de Andalucía de 23 de marzo de 1999, se dice expresamente: *Para que las partes pudieran atribuir la condición de ganancial a la vivienda es preciso que ésta se hubiera adquirido durante el matrimonio y no antes del mismo...*

(23) Igualmente este requisito, que tampoco se exige directamente en el ámbito hipotecario, parece que no ofrece dudas en cuanto a su admisibilidad, dado el momento en que comienza a regir entre los cónyuges la sociedad de gananciales, ex artículo 1.345 del Código Civil (vid., la cita 6 de este trabajo).

Como una consecuencia negativa de este presupuesto, Rivera Pont afirma que quedaría fuera del ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad que a los esposos les reconoce el artículo que estamos examinando, la regla contenida en el artículo 1.357.1, precisamente porque se refiere a los bienes que uno de los cónyuges compra a plazos pero antes de comenzar la sociedad, a los que les atribuye carácter privativo, aún cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial (RIVERA PONT, M.^a CONSUELO, *La atribución de ganancialidad...*, cit., pág. 1428).

(24) Aunque Vázquez Iruzubieta sostiene que la procedencia del precio o contraprestación ha de ser privativa, pues si la adquisición se hiciera con dinero ganancial, no habría duda sobre el carácter del bien así adquirido (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Régimen económico...*, cit., pág. 237), la mayoría de los autores opinan que los fondos también pueden ser gananciales para los casos en que el bien, cuya calificación sería presuntivamente ganancial, adquiere merced a la atribución de los cónyuges, definitivamente el carácter de ganancial (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en la obra de ROCA- SASTRE, RAMÓN M.^o/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, T. VI, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 175-230, esp., pág. 208; GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 103, y De la Cámara Álvarez que considera también aplicable el posible juego de la autonomía de la voluntad contenido en el artículo 1.355,1 a aquellos casos en que la adquisición se realice en parte con dinero privativo, desplazando de este modo el régimen del artículo 1.354 del Código Civil (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 369).

(25) *Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio,*

3.º Es indiferente que la adquisición se lleve a cabo por ambos cónyuges o por uno solo (26).

4.º Que exista un común acuerdo entre los cónyuges, atribuyendo al bien la condición de ganancial (27).

ii) Cuestiones en torno al pacto de atribución de ganancialidad

Son múltiples los problemas que suscita el pacto atributivo y en general, el artículo 1.355.1 del Código Civil, por lo que sólo nos referiremos a aquellas cuestiones que sean de índole registral.

mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación (art. 1.358 del Código Civil).

En efecto, Lacruz, al que siguen en este punto la mayoría de los autores, opina que puesto que la donación no se presume, lo usual será, para estos casos, que el cónyuge que haya aportado dinero o bienes de su caudal privativo para realizar la adquisición, tenga a su favor el derecho de reembolso que consagra el precepto últimamente citado (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., pág. 287). De este modo se consigue el efecto de favorecer el patrimonio ganancial a costa del privativo, pero manteniendo el equilibrio contable entre ambos y evitando que ninguno se enriquezca a costa del otro (GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 89).

En el caso de que se produzca una renuncia al derecho de reembolso por parte del cónyuge acreedor, Torralba Soriano opina que existiría una donación que habría de someterse a sus reglas específicas (TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1634).

Sin embargo creemos que, una vez nacido el derecho de crédito en favor de uno de los cónyuges, al no ser un derecho personalísimo, éste goza de facultades dispositivas sobre el mismo pudiendo cederlo, transmitirlo, remitirlo, etc., sin perjuicio, no obstante, de la posición de los acreedores ex artículo 1.402 del Código Civil. Y precisamente si el cónyuge acreedor renuncia a su derecho estaríamos, en principio, ante una condonación de la deuda que puede tener distintas causas. De modo que, como matiza Díez-Picazo, las reglas de la donación sólo serían aplicables *al negocio de remisión de deuda fundado en un ánimo liberal y en una «causa donandi»* (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 1996, págs. 562-563). Aunque nada obsta, puesto que se admite que el derecho de reembolso se haga efectivo durante la vigencia de la sociedad de gananciales, a que opere, en su caso, una compensación. Pero hay que tener en cuenta que si la renuncia se hace en documento público, tributariamente se configura como una donación ex artículo 1.2.B, del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

(26) Lo que ocurrirá en la mayoría de los casos es que en esta fase de la adquisición concurre uno solo de los cónyuges, el titular del bien o numerario, a costa del cual se opera aquélla, aunque, en el pacto de atribución de ganancialidad, han de proceder ambos cónyuges de consuno (en este sentido, la mayoría de los autores, vid. por todos, GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 108, el cual, además de apoyarse en el razonamiento anterior, extrae dicha conclusión contraponiendo este párrafo primero, del art. 1.355 del Código Civil, al segundo que contempla las adquisiciones conjuntas).

(27) La SAP de Murcia de 5 de julio de 1996 (RGD, 1997, núm. 636, pág. 11731) estableció que prevalece el acuerdo sobre la procedencia real del precio o contraprestación empleado en la adquisición del bien, ex artículos 1.355 y 1.361 del Código Civil.

En primer lugar, surge el tema de cuál ha de ser el momento para llevar a cabo el referido pacto.

La doctrina (28) se encuentra en este punto dividida, pues aunque se reconoce que tanto el precepto sustantivo, artículo 1.355 del Código Civil, como el reglamentario, artículo 93.1, parten de la base de que la atribución se hace al adquirir los bienes, sin embargo hay autores (29) que admiten la posibilidad de un pacto *a posteriori* fundamentándolo, básicamente, en la amplia libertad de acción que a los cónyuges les concede en la actualidad el artículo 1.323 del Código Civil.

En cualquier caso, si admitimos dicho pacto han de ser protegidos los derechos de terceros que mediante esta vía pueden resultar lesionados en sus legítimas expectativas, aunque con los reintegros o reembolsos quedarán en la mayoría de los casos salvaguardados.

También se plantean los autores la posibilidad de un pacto de privatividad, un pacto que, operando en sentido inverso, atribuya a un bien que debería ser ganancial, o que ya lo es, según el momento temporal en que se produjese la atribución, la condición de privativo.

La doctrina (30), como en tantas otras cuestiones, se encuentra dividida: en contra de su admisión, se aduce básicamente que el artículo 1.355 constituye una excepción a la subrogación real y por ello ha de ser objeto de interpretación restrictiva. De ahí que la voluntad de las partes no pueda extender sus efectos a otros distintos de los que en él se contienen.

(28) TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1633.

(29) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 668; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS/GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil...*, cit., pág. 184, y Lacruz quien, después de decir que en este caso se presume que surge el derecho de reembolso en favor del cónyuge aportante, explica que precisamente éste es el punto que marcaría la diferencia entre una venta, cuyo precio ha de ser cierto, y la aportación posterior que no requiere que el valor del bien quede prefijado en el momento de ingresar en el acervo común y concluye cifrando en esta posibilidad la virtualidad propia del artículo 1.355,1 del Código Civil, pues al permitirse que los cónyuges celebren entre sí toda clase de contratos, podrían en consecuencia engrosar el patrimonio común a costa de un objeto privativo, sin necesidad de que existiera un precepto *ad hoc* que les faculte igualmente para ello (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., pág. 287).

(30) La doctrina presenta dos facciones: aquéllos que se muestran partidarios de su admisibilidad (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 668, DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 430, y DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XVIII, Vol. 2, págs. 239-246, esp. págs. 243-244) y aquéllos que la rechazan (GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 127; GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, *Los bienes privativos y gananciales...*, cit., pág. 122, y RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *La subrogación real...*, cit., págs. 342 y sigs.).

A favor se argumenta que con el artículo 1.355 del Código Civil se logra un resultado parecido al que se deriva del artículo 1.323 del Código Civil, aunque mediante un procedimiento más simplificado cual es el mero acuerdo de los cónyuges.

Y teniendo en cuenta que el artículo 1.323 del Código Civil también se aplica para los desplazamientos patrimoniales inversos, esto es, del patrimonio ganancial al privativo, carecería de sentido privar al artículo 1.355 del Código Civil de dicha transmisión de signo contrario.

Por su parte, la jurisprudencia ha admitido el pacto de atribución de privatividad en algunas de sus decisiones: SSTS de 19 de diciembre de 1997 (*RJ* 9110) y 18 de mayo de 1992 (*Colección Legislativa*, núm. 492, págs. 702-707) y RRDGRN de 2 de febrero de 1983 (*BCNR*, 1983, núm. 187, pág. 86) y 25 de septiembre de 1990 (*BCNR*, 1990, núm. 272, pág. 2716).

La admisión de tal pacto implicaría, por un lado, la ampliación del ámbito tradicionalmente atribuido a la autonomía de la voluntad de los cónyuges por el artículo 1.323 del Código Civil y, por otro, la restricción del principio del *favor iuris* en provecho de la masa ganancial; aunque siempre seguiría existiendo, a favor de ésta última, la posibilidad de atribución presunta de ganancialidad, *ex* artículo 1.355.2 del Código Civil, supuesto no admitido para la atribución de privatividad que siempre tiene que ser expresa.

Igualmente aquí, y con mayor razón aún, hay que atender a los legítimos derechos de los acreedores sociales, en cuyo caso el derecho de reembolso jugaría en sentido inverso a la hipótesis anterior, sin perjuicio, claro está, del amplio abanico de recursos, que el ordenamiento jurídico despliega para ellos, cuando sus intereses han sido defraudados: acción rescisoria, acción de simulación, etc.

b) Manifestación presunta: Requisitos

La manifestación presunta de atribuir al bien la condición de ganancial, establecida en el artículo 1.355.2 del Código Civil (31), aparece también recogida en el artículo 93,1 del Reglamento Hipotecario y constituye un refuerzo a la presunción de ganancialidad (32) consagrada en el artículo 1.361 del

Tanto para este tema como para el anterior, vid. también lo que se dice en este mismo trabajo acerca de los negocios de atribución patrimonial.

(31) *Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.*

(32) Martínez Sanchiz explica que el artículo en cuestión *refuerza considerablemente la ganancialidad, al sumar a la prueba en contrario de la ganancialidad, la de la ausencia de la atribución* (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., pág. 402).

Código Civil (33), justificándose dicha modalidad por la eliminación, tras la reforma llevada a cabo en el Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981, de la prohibición de las donaciones entre cónyuges ya que, con anterioridad a la reforma, los bienes adquiridos en forma conjunta y sin atribución de cuotas, sólo se consideraban gananciales si no se demostraba la procedencia privativa del dinero, mientras que en la actualidad, aunque tal adquisición se lleve a cabo con fondos privativos, se presume la voluntad favorable al carácter ganancial de la adquisición, sin perjuicio de los oportunos reembolsos en su caso (34).

Esta variante de inscripción de bienes gananciales tiene su apoyo sustantivo en el artículo 1.355.2 del Código Civil aunque, como observa LACRUZ, en él exista una precisión que no aparece recogida reglamentariamente, ya que al regular el precepto civil una presunción, existiría la posibilidad de que se dé la prueba en contrario y los cónyuges deseen que el bien inmueble adquirido en forma conjunta y sin atribución de cuotas sea privativo proindiviso. Sin embargo, concluye el autor, al ser ésta una posibilidad meramente teórica y no darse en la realidad debido a la intervención notarial, no aparece contemplada en el Reglamento Hipotecario (35).

Los presupuestos que se exigen para que tal inscripción se produzca son los siguientes:

1.º Que la adquisición se haga conjuntamente por ambos cónyuges a título oneroso.

A diferencia del supuesto anteriormente examinado en el que cabía la posibilidad de que fuese un solo cónyuge el que concurriera a la adquisición, para que se produzca esta modalidad es necesario que acudan conjuntamente ambos cónyuges, como expresamente lo especifican tanto el artículo 1.355.2 del Código Civil, como el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario (36).

La adquisición tiene que revestir, además, carácter oneroso, ya que de la atribución sin correspondiente se ocupa el artículo 1.353 del Código Civil que

En iguales o parecidos términos se pronuncian también otros autores, como BLANQUER UBEROS, ROBERTO, *La idea de comunidad...*, cit., pág. 87, y MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS, *El nuevo Derecho...*, cit., pág. 191.

(33) Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer.

(34) TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1636; GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, *Los bienes privativos y gananciales...*, cit., pág. 135, y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., y cols., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., pág. 288.

(35) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 339.

(36) En el mismo sentido: TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1636; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 667, y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 339.

tiene su reflejo registral en el último inciso del artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, como veremos.

2.º Que la adquisición se realice a costa del caudal común o del privativo o en parte con dinero ganancial y en parte con fondos privativos (37).

Resulta innecesario explicar que también aquí entraría en juego, en su caso, el oportuno derecho de reembolso.

3.º Que se haga la adquisición sin atribución de cuotas.

Este ha sido el requisito más debatido con respecto a esta variedad de inscripción y precisamente es el que interesa precisar con mayor certeza puesto que del mismo, y de la adquisición conjunta por parte de ambos cónyuges, deduce la ley que existe una presunción de voluntad de los esposos favorable a otorgar al bien, así adquirido, carácter ganancial.

En concreto, la doctrina en este tema polemiza en torno a si la frase *por mitad o por partes iguales* implica o no atribución de cuota en analogía con lo dispuesto en el artículo 983.2 del Código Civil que, para este caso, no excluye el derecho de acrecer (38).

4.º Que los cónyuges no le atribuyan expresamente carácter privativo (39) al bien adquirido, con las condiciones señaladas en los párrafos anteriores.

(37) Para Giménez Duart, y a fin de evitar una posible reiteración con el artículo 1.347,3 del Código Civil, el artículo 1.355,2 del mismo texto legal se considera referido únicamente a aquellos casos en los que la adquisición no fue a costa del caudal común (GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, *Los bienes privativos y gananciales...*, cit., pág. 135). Pero en sentido contrario, Martínez Sanchiz opina que si se ponen en relación los dos párrafos del precepto últimamente citado, la conclusión debe ser otra, ya que en el primero se reitera su aplicabilidad cualquiera que fuere la procedencia del precio o contraprestación, por tanto, el párrafo segundo procederá cualquiera que sea la condición del dinero utilizado (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., pág. 402).

(38) Así, para De los Mozos, en la compra por mitad, no existiría atribución de cuotas sino expresión de cómo se soporta el precio y, por ello, no obstante aquella expresión, seguiría rigiendo la presunción obteniendo el bien adquirido con ella la calificación de ganancial (DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XVIII, Vol. 2, pág. 246).

Sin embargo, De la Cámara excluyendo a esta variedad adquisitiva la aplicación analógica del artículo 983,2 del Código Civil —en el art. 1.355 no se trata de un problema de acrecimiento ni tampoco de interpretación de la voluntad del testador sino de los cónyuges— opta por una solución negativa que llevaría a atribuir al bien así adquirido carácter privativo, registrándose como tal en proindiviso a favor de uno y otro cónyuge (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 372).

Finalmente, Martínez Sanchiz sostiene que, en este caso, el bien sería presuntivamente ganancial, ya que aunque quede eliminada la atribución presunta del artículo 1.355,2, no obstante se aplicaría la presunción de ganancialidad ex artículo 1.361, ambos del Código Civil (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., pág. 403).

En este problema se incidirá también en el siguiente apartado al analizar los requisitos del artículo 1.353 del Código Civil.

(39) En efecto, puede darse el caso de que, a pesar de que la adquisición se realice con los requisitos mencionados, los cónyuges expresen su voluntad favorable a la condi-

De no producirse dicha expresión se presume, como sabemos, el acuerdo de los cónyuges favorable al carácter ganancial de tales bienes, en cuyo caso no cabe preguntarse acerca del momento en que puede tener lugar porque se produce precisamente por la forma de adquisición conyugal: conjunta y sin atribución de cuotas, lo que cierra el paso a un posible acuerdo posterior (40).

Por el contrario, si en la escritura constase la voluntad de los cónyuges, atribuyéndole al bien expresamente la condición de ganancial, no estaríamos ya ante una presunción sino que la hipótesis encajaría en el artículo 1.355.1 del Código Civil.

B) ADQUISICIONES A TÍTULO GRATUITO: REQUISITOS

El artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, a diferencia de lo que hace con los tres tipos de adquisiciones anteriores, reglamenta las derivadas de un título lucrativo reproduciendo literalmente el correlativo precepto sustantivo, concretamente el artículo 1.353, y ello se debe sin duda, como aclara LACRUZ (41), a que el legislador ha tratado de evitar remisiones.

En efecto, el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario reza del siguiente modo: *En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.*

Ambos preceptos, el civil y el reglamentario, constituyen una excepción a la regla general contenida en el artículo 1.346.2 del Código Civil, que

ción de privativa del bien, en cuya hipótesis la inscripción se practicará con tal carácter y a favor de uno o de ambos cónyuges en la proporción que se establezca, operando en su caso los derechos de reembolso en sentido inverso. De la Cámara Alvarez, abundando en este tema, explica que esta forma de adquisición, en algún caso concreto, puede haber sido debida a razones especiales, sin que en la intención de los cónyuges estuviera el deseo de que el bien ingresara en el acervo común, y pone como ejemplo, la posibilidad de que simplemente se haya pretendido disimular el carácter privativo del bien objeto de la adquisición (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 371).

En el mismo sentido, la STS de 29 de septiembre de 1997 (RJ 6825) establece: *La presunción que el último párrafo del precepto establece, al reputar gananciales los bienes que se adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas, es de naturaleza iuris tantum y por ello puede enervarse mediante prueba acreditativa de la voluntad contraria de los cónyuges otorgantes...*

(40) SOLCHAGA LOITEGUI, JOSÉ J., «Negocios jurídicos entre cónyuges. Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores», dirigido por San Román Moreno, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 122-156, esp. pág. 138.

(41) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 339.

considera privativos los bienes que cada uno de los cónyuges adquiera por título gratuito después de que empiece a regir entre ellos la sociedad de gananciales, apartándose también de lo establecido en el régimen legislativo anteriormente vigente que, con base en el Derecho Histórico, consideraba asimismo privativas este tipo de adquisiciones (42).

Pero para que esto suceda así, para que opere el *favor iuris* en provecho de la masa ganancial, es preciso que se cumplan todos y cada uno de los requisitos que el precepto señala.

Dichos requisitos son los siguientes:

1.º Que el título de adquisición de los bienes sea la donación o el testamento.

La adquisición puede producirse tanto *inter vivos* como *mortis causa*, pudiendo presentarse la duda en cuanto a la interpretación de la palabra *dejados* que emplean ambos textos legales, aunque en este punto la opinión doctrinal (43) se muestra unánime al admitir tanto la institución de heredero como la de legatario. PRETEL SERRANO (44), incluso admite que los bienes pudieran ser dejados a través de una sucesión contractual.

(42) En el derecho derogado, el artículo 1.398 del Código Civil en concordancia con el 1.396,2, que atribuye carácter privativo a los bienes que los cónyuges adquirieran durante el matrimonio a título lucrativo, estableció igualmente la privatividad de los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges constante matrimonio, correspondiendo en dote a la mujer y capital al marido, en la proporción determinada por el donante o testador, y a falta de designación por mitad.

Sin embargo, Torralba Soriano alega que, en realidad, no existe tal contraposición entre ambos regímenes legislativos, pues el actualmente vigente a través del artículo 1.353 se limita a exponer una serie de presupuestos para que el bien adquiera la condición de ganancial por esta vía que, de no concurrir, harían que el bien fuese privativo (TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1620).

(43) Por citar algunos: AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Inscripción de bienes de ausentes...*, cit., pág. 292; PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 661; y De la Cámara Álvarez, que matiza su opinión diciendo que el artículo *se refiere preferentemente a los bienes que hayan sido objeto de un legado, pero tal vez no queden fuera del supuesto los que constituyan el objeto de una disposición particional conjunta ordenada por el testador. Lo que no cabe es aplicar el artículo 1.353 al caso de que los dos cónyuges hayan sido instituidos herederos sin más, conjuntamente y sin especial designación de partes* (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 376).

(44) Razona su postura dicho autor, sobre la base de que la aplicabilidad del artículo se condiciona a que el régimen económico matrimonial sea el de la sociedad de gananciales, no siendo necesario que la vecindad civil de los esposos sea la vecindad común, aunque *ha de conjugarse esta afirmación tanto con el artículo 9.8 como con el 10.7 del Título Preliminar del Código Civil* (PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 661).

2.º Que la atribución se haga a favor de los cónyuges (45) y de modo conjunto (46).

3.º Que la disposición se realice sin especial designación de partes.

En este requisito se reproduce la discusión que, para la atribución voluntaria de ganancialidad, surge en torno a la necesidad de que los cónyuges adquieran *sin atribución de cuotas* (47).

La solución es importante en el ámbito registral, pues como apunta DE LA CÁMARA (48), si estimáramos que las expresiones *por mitad* o *por partes iguales* excluyen la aplicación del artículo 1.353 del Código Civil, el bien sería registrado la mitad a favor de un cónyuge y la otra mitad a favor del otro y, en ambos casos, con carácter privativo, según el artículo 95.1 del Reglamento Hipotecario (49).

De seguir la postura contraria, el bien donado o dejado en testamento quedaría adscrito al patrimonio ganancial de los esposos inscribiéndose en la

(45) La condición de cónyuges, explica Blanquer Uberos, ha de ser determinante en este tipo de adquisición, no bastando la manda establecida en favor de dos personas que resulten ser cónyuges si esta condición no se tuvo en cuenta (BLANQUER UBEROS, ROBERTO, *La idea de comunidad...*, cit., pág. 75).

(46) En contra de las opiniones mantenidas por otros autores, que admiten la posibilidad de que la liberalidad se otorgue tan solo en favor de uno de los esposos pero con carácter ganancial (De la Cámara Álvarez, que sigue en este punto a Martínez Sanchiz, DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 376). Pretel Serrano sostiene que ello viabilizaría una forma de adquirir no prevista por el legislador y además que, dado el carácter excepcional del artículo 1.353 del Código Civil a la regla general contenida en el artículo 1.346.2, es necesario que en la hipótesis contemplada por aquél se cumplan todas y cada una de las previsiones legales entre las que se encuentra la exigencia de que la liberalidad se establezca en favor de ambos cónyuges (PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit. pág. 661).

Como una modalidad de donación conjunta, la SAP de Oviedo, de 11 de mayo de 1996 (RGD, 1997, núm. 632, pág. 6688) contempló la hipótesis de una transferencia efectuada por los padres de uno de los cónyuges a una cuenta corriente de la que ambos eran cotitulares, sin especial designación de partes, realizada durante la vigencia de la sociedad de gananciales y constando la aceptación por ambos donatarios.

La disposición en favor de otras personas, además de los cónyuges, no excluye por sí la aplicación del precepto, sino que planteará una cuestión interpretativa.

(47) Sin embargo, Martínez Sanchiz se opone a la idea de la interpretación conjunta de ambos preceptos, distinguiendo uno del otro en función de diversos argumentos: en un caso —art. 1.353—, estaríamos ante la averiguación de la voluntad de un tercero en un momento anterior a la adquisición, mientras que el artículo 1.355 contempla la voluntad de los adquirentes en el momento mismo de la adquisición, y concluye diciendo que la frase *por mitad* impediría la atribución presunta de ganancialidad, ex artículo 1.355.2, aunque no destruiría la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., pág. 403).

(48) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 373.

(49) *Se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter.*

forma prescrita por el artículo 93,1 del citado reglamento: *a nombre de marido y mujer con carácter ganancial*.

Algunos autores (50) se muestran partidarios de la primera posibilidad alegando, fundamentalmente, el carácter altamente excepcional que en las adquisiciones a título gratuito supone la inclusión de un artículo redactado en los términos del 1.353, por lo que éste habrá de ser interpretado siempre restrictivamente, excluyendo el recurso a la aplicación analógica del artículo 983.2 del Código Civil.

Por el contrario, otros militan en la tesis opuesta, basándose en la idéntica razón de ser de ambos preceptos: la solidaridad. Por tanto, la misma solución que da el legislador en un caso, no exclusión del derecho de acrecer a pesar de haberse utilizado la frase *por mitad o por partes iguales*, deber ser extrapolable al otro: no eliminación del carácter ganancial (51).

4.º Que la liberalidad sea aceptada por ambos cónyuges.

En armonía con lo dispuesto en los artículos 630 y 633 del Código Civil (52), el artículo 93,1 del Reglamento Hipotecario, al igual que su homó-

(50) En este sentido: RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Hesperia, Jaén, 1981, pág. 273, y Torralba Soriano, para el que una disposición, utilizando los aludidos términos, llevará consigo la calificación privativa del bien, aunque no imposibilitará el derecho de acrecer (TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1622).

(51) GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, *Los bienes privativos y gananciales...*, cit., pág. 120; DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 374; Avila Alvarez estima que el carácter conjunto de la adquisición no existe cuando la donación se hace a través de partes especiales (cuotas desiguales) o partes materiales (v.gr.: la mitad del norte para uno y la mitad del sur para el otro) (AVILA ALVAREZ PEDRO, *Inscripción de bienes de ausentes...*, cit., pág. 293), y Lacruz, partiendo de que la cuestión es discutible, diferencia distintas hipótesis, estimando que el artículo 1.353 podría aplicarse cuando alguien deje la finca en su testamento a *los cónyuges Silverio y Petronila, por mitad*, pero ello sería más dudoso si dispusiera que se la deja *por mitad a cada uno de ellos*, y, finalmente, si el legado de la mitad se hace a cada cónyuge en cláusulas separadas, lo más probable sería la no aplicación de dicho precepto (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., pág. 288).

(52) *El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso o con poder general y bastante* (art. 630 del Código Civil).

Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras (art. 633 del Código Civil).

logo civil, exige que la aceptación sea hecha por ambos esposos, ya que la liberalidad se hace también en beneficio de los dos (53).

La dificultad en este punto se presenta en la hipótesis de que sea sólo uno de los cónyuges el que acepte, y en busca de una solución, se esgrimen por los autores argumentos de signo diverso (54).

(53) Precisamente este carácter conjunto de la atribución quita el matiz personalista insito en toda disposición a título gratuito, permitiendo la ganancialización del bien así adquirido (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., págs. 385-386).

(54) Para los más, esta situación provocaría que el aceptante adquiriese el todo por derecho de acrecer, ex artículos 637, 982 y 987 del Código Civil, y con carácter privativo (AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Inscripción de bienes de ausentes...*, cit., pág. 293; DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XVIII, Vol. 2, págs. 227-231, esp. pág. 231, y Martínez Sanchiz, que suaviza su postura distinguiendo entre una situación definitiva que se produciría en los supuestos de fallecimiento y repudiación del cónyuge del aceptante, en cuyo caso el aceptante consolidaría definitivamente la aceptación a su favor, y una situación transitoria derivada de la no aceptación ni repudiación por parte del otro consorte, para la cual el autor estima que la única salida consistiría en calificar el bien provisionalmente como privativo, hasta que el cónyuge indeciso se decante por una u otra posibilidad, y adquiriendo el bien carácter ganancial si se decidiese por la aceptación (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., pág. 387). Garrido de Palma sigue a este último autor, aclarando que la aceptación podría producirse, aplicando la regla general en materia de aceptación de donaciones contenida en el artículo 633 del Código Civil, hasta el momento de la muerte del donante (GARRIDO DE PALMA y cols., *La disolución de la sociedad conyugal*, Reus, Madrid, 1985, págs. 126-127).

En sentido opuesto a los anteriores se manifiesta Torralba Soriano, para el que la falta de aceptación convertiría a la atribución en ineficaz, dado el carácter ganancial que a la misma quiso asignarle el disponente, por lo que sólo cuando existan indicios de que éste prefiere que el aceptante adquiera con carácter privativo antes de que se produzca dicho efecto invalidante, el aceptante adquiriría el bien con carácter privativo (TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1625).

Finalmente De la Cámara Alvarez poniendo el centro de gravedad también en la voluntad del donante o testador, opina que ha de interpretarse dicha voluntad, por lo que si estamos ante una donación, el donante se podrá pronunciar sobre el particular (Pretel Serrano dice, en este sentido, que el donante no podrá revocar la donación una vez que ha recaído la aceptación de un cónyuge pues es un único negocio jurídico, *pero sí podrá revocar el concepto en virtud del cual la ha hecho, de tal manera que pase a ser el bien privativo íntegramente del donatario aceptante, quedando impedido el otro consorte de manifestar su aceptación* (PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario del artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 663). Pero si se trata de una liberalidad testamentaria, habrá de acudirse, o bien a una solución convencional, mediante un acuerdo entre el cónyuge aceptante y los herederos del testador acerca del destino del bien, o bien judicial, cuando no llegan a alcanzar tal acuerdo, y en cualquier caso, no se procederá a la inscripción en el Registro de la Propiedad hasta que no se resuelva la cuestión por alguna de las vías indicadas (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., págs. 375-376).

Así, en el caso de disposición testamentaria, los herederos del causante disponen, a través del artículo 1.005 del Código Civil (*Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término que no pase*

Con independencia de este problema, también se han suscitado otras cuestiones en torno a este requisito, y así MARTÍNEZ SANCHIZ (55) se pregunta si será precisa la aceptación del cónyuge no beneficiario de la liberalidad cuando ésta ha sido establecida en favor del otro pero con carácter ganancial, llegando a una conclusión negativa. En esta hipótesis, DE LA CÁMARA ALVAREZ (56) opina que el bien se inscribiría con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario (57), a pesar del carácter gratuito de la adquisición.

Por su parte PRETEL SERRANO (58), analizando el caso en que un cónyuge acepte en nombre de los dos sin poder, o con poder insuficiente, aclara que requerirá la posterior ratificación de su consorte, la cual se registrará por las normas generales, aunque con el limitado alcance de calificar el carácter ganancial o privativo del bien. Reconoce, no obstante, que la cuestión dista mucho de ser clara.

5.º Que la disposición se haga constante la sociedad.

Para las donaciones antenupciales, el artículo 1.339 del Código Civil (59) establece un régimen totalmente distinto al del precepto que estamos comentando (60).

Quedan también fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.353 del Código Civil aquellas disposiciones que se hagan cuando, a la muerte del testador, el matrimonio se haya disuelto por divorcio (61), pero no en el caso

de treinta días para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada) de un mecanismo adecuado para obligar al instituido a aceptar o repudiar (en este sentido: MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., pág. 387, y PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario del artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 663).

También cabe que un cónyuge acepte por los dos; en tal caso, si el no actuante no ratifica antes del fallecimiento del donante, la adquisición se verificará sólo en la persona del cónyuge actuante.

(55) MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., págs. 388 y sigs.

(56) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 376.

(57) *Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente.*

(58) PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 663.

(59) *Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en proindiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa.*

(60) Pretel Serrano se pregunta si para este tipo de donaciones por razón de matrimonio podría el donante establecer que el bien sea ganancial, si dicho régimen económico se llegase a implantar en el matrimonio. Opta dicho autor, basándose también en otras opiniones doctrinales, por una solución afirmativa (PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 662).

(61) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., pág. 289, y GARRIDO DE PALMA y cols., *La disolución...*, cit., pág. 125.

de que los cónyuges estuvieran separados de hecho (62). Por ello, puntualiza TORRALBA SORIANO (63), para apreciar la existencia de este requisito, el momento crucial no es el de ordenarse la disposición, sino que la vigencia de la sociedad será necesaria cuando los cónyuges reciban los bienes donados o dejados en testamento.

6.º Que el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario.

Esta previsión legal es a todas luces superflua, pues está claro que la voluntad del disponente es soberana y puede ordenar que, aunque se den todos los requisitos exigidos, la atribución, no obstante, tenga carácter privativo (64).

En este punto nos podemos preguntar si dicha voluntad puede actuar en sentido inverso, es decir, atribuyendo a los bienes carácter ganancial a pesar de que no se aprecien algunas de las exigencias examinadas.

MARTÍNEZ SANCHIZ (65) ofrece una solución afirmativa a dicha cuestión cimentando su argumentación, fundamentalmente, en el carácter de la voluntad del disponente que constituye *el centro de gravedad sobre el que se asienta la disposición misma, y en este contexto resulta natural estimar que, si el donante o testador puede prohibir es porque, asimismo, puede permitir. En consecuencia, el artículo 1.353, al presumir la atribución, da por sobreentendida la posibilidad de una atribución expresa.*

Finalmente, DE LA CÁMARA ALVAREZ (66), al examinar el artículo 93,1, del Reglamento Hipotecario en su segundo inciso, hace notar que el precepto reglamentario parte de la base de que dichos requisitos concurren, pero nada establece para el caso de que no sea así, como tampoco aclara cuándo deben entenderse cumplidos algunos de ellos, lo cual, sigue diciendo dicho autor, si bien por un lado está en consonancia con el carácter meramente adjetivo de dicho cuerpo legal, por otro lado choca con la actitud adoptada en otras ocasiones por los diversos autores reglamentarios al tratar en el Reglamento temas genuinamente sustantivos.

(62) DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XVIII, Vol. 2, pág. 231.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, que el TS ha expresado en diversas sentencias que la separación de hecho prolongada excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia entre los cónyuges [vid. por todas, las SSTs de 14 de marzo de 1998 (RJ 1567) y 6 de julio de 1998 (RJ 5419)].

(63) TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1624.

(64) En este sentido, Lacruz advierte que la regla obedece a una interpretación de la probable voluntad del atribuyente, que en muchas ocasiones será distinta. Tanto que precisamente la regla general, antes de la reforma, era la contraria (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil...*, cit., pág. 288).

(65) MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *Casos dudosos...*, cit., pág. 386.

(66) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., págs. 372-373.

C) FORMA DE INSCRIPCIÓN DE LAS ADQUISICIONES CONJUNTAS A TÍTULO ONEROSO Y A TÍTULO GRATUITO

Para las tres hipótesis legalmente recogidas en el artículo 93,1 del Reglamento Hipotecario, la forma de inscripción es la misma: *Se inscribirán a nombre de marido y mujer con carácter ganancial* (67).

En este punto, sería preciso recordar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales que se caracteriza por tratarse, más que de una sociedad civil, de un patrimonio común adscrito a los fines económico-matrimoniales, carente de personalidad jurídica (68), de modo que, como precisa LACRUZ (69), en el Registro de la Propiedad, los derechos sobre las fincas aparecerán siempre registrados a favor de uno o de los dos esposos, que son los titulares formales, sin perjuicio de que los bienes queden adscritos al patrimonio conyugal, que es el titular material. Además, continúa diciendo el mismo autor, al realizarse la inscripción con carácter ganancial, no es preciso fijar la cuota que corresponde a cada cónyuge, pues no estamos en presencia de una comunidad romana o por cuotas.

Resalta también CANO FERNÁNDEZ (70) lo acertado de la actual regulación al prescribir que la inscripción se haga *con carácter ganancial* en vez de *para la sociedad conyugal* como se establecía en la legislación anterior, ya que bajo esta última frase se podían cobijar bienes de diversa índole y no sólo gananciales, además de que, como muy bien matiza DE LA CÁMARA (71), *la referencia a la sociedad conyugal no tenía sentido, pues al carecer dicha sociedad de personalidad jurídica, es claro que ninguna inscripción podrá practicarse a nombre de ella*.

En definitiva, en este tipo de asientos coinciden las cuestiones de la titularidad de los bienes, la inscripción se realiza a favor de ambos cónyuges con la calificación de ganancialidad (72), circunstancia que no se da en los dos tipos de inscripción que examinaremos a continuación.

(67) La actual redacción del precepto ha sido bien acogida por la doctrina al apartarse del antiguo artículo 95,1 del Reglamento Hipotecario que, para el supuesto de adquisición a título oneroso, prescribía que se registraran todas las adquisiciones, tanto las realizadas por ambos cónyuges conjuntamente, como las efectuadas por uno solo, *a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal*.

En este sentido se pronuncian entre otros: DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 343, y CANO FERNÁNDEZ, EMILIANO, «Un tema de oposición», en *RCDI*, 1983, núm. 558, págs. 1259-1276, esp. pág. 1260.

(68) STS de 30 de marzo de 1982 (*Colección Legislativa*, núm. 145, págs. 574-597).

(69) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., págs. 335 y 339.

(70) CANO FERNÁNDEZ, EMILIANO, *Un tema...*, cit., pág. 1260.

(71) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 334.

(72) Blanquer Uberos, contraponiendo ambos puntos, explica: *La titularidad de los*

II. ADQUISICION REALIZADA POR UN CONYUGE PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Como consecuencia del principio de igualdad conyugal consagrado en el artículo 32 CE y 66 del Código Civil, el Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 1982, admite la posibilidad de que la adquisición de un inmueble ganancial sea llevada a cabo por uno solo de los cónyuges.

En efecto, pese a establecerse con carácter general en el artículo 1.375 del Código Civil (73), la regla de la gestión y disposición conjuntas de los bienes que integran el patrimonio conyugal, dicha regla sufre en posteriores artículos diversas excepciones, que podrían incluso llegar a invertir la regla general (74).

bienes gananciales es cuestión a resolver por las reglas generales de la adquisición de bienes y derechos y de su atribución al adquirente y, en su caso, por las reglas singulares del bien o derecho de que se trate.

La calificación de ganancialidad es determinante respecto de la relación calificada y provoca singularidades en el ejercicio de los derechos, acciones, facultades y potestades y de las obligaciones, deberes y responsabilidades que integran la titularidad de ésta (BLANQUER UBEROS, ROBERTO, «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», en *RDN*, 1981, núm. 28, págs. 7-71, esp. pág. 27).

(73) *En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponden conjuntamente a los cónyuges sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.*

(74) Rodríguez López explica cómo el artículo 1.376 del Código Civil *a contrario sensu*, propicia la posibilidad de que un cónyuge pueda llevar a cabo actos de administración sin el consentimiento del otro, lo cual se desarrolla a través de posteriores artículos: 1.382, 1.384, 1.386 y 1.319, todos ellos del Código Civil. A estos artículos se pueden añadir aquellos otros en los que se reconoce la validez de las adquisiciones de bienes gananciales, llevadas a cabo individualmente por un cónyuge: artículos 1.347,3, 1.356, 1.365, 1.367 y 1.370 del Código Civil.

También hace notar dicho autor que la regla de cogestión no viene impuesta para las adquisiciones de bienes, sino que se circunscribe a los ya existentes en la comunidad (RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, *Reflexiones y problemas...*, cit, págs. 251-252).

Por otro lado, Sanz Viola precisa, con respecto a esta cuestión, que la referida excepción a la regla general, *tiene extraordinaria importancia, ya que, en la práctica, las adquisiciones hechas por uno solo de los cónyuges, se suelen realizar con numerario ganancial o, más exactamente, presuntivamente ganancial (art. 1.361 del Código Civil) en poder del adquirente y, por tanto, se trata de un supuesto en que se reconoce la disposición por separado de uno de los cónyuges de bienes comunes (art. 1.384 del Código Civil)* (SANZ VIOLA, ANA M.^a, «La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado», en *RCDI*, 1987, núm. 583, págs. 1753-1763, esp. pág. 1754).

Finalmente, Garrido Cerdá expone que, como los bienes gananciales tienen una finalidad esencial: el sostenimiento de la familia, la posibilidad de disponer individualmente sobre los mismos se conjuga con la concesión al otro consorte de derechos de control y una serie de medidas correctivas que se determinan en los artículos 1.390, 1.391 y

Obviamente no opera aquí, a diferencia de lo que sucede en el apartado anterior, la distinción entre adquisiciones a título oneroso o gratuito, pues estas últimas, cuando se efectúan separadamente por uno solo de los cónyuges, constante la sociedad, provocarán siempre que el bien adquirido tenga carácter privativo, *ex* artículo 1.346,2 del Código Civil.

No obstante, el Reglamento Hipotecario diferencia, en los artículos 93.4 y 94.1, dos tipos distintos de adquisiciones:

La primera de ellas, objeto de examen en este apartado, es la adquisición a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales.

El artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario, en su primer inciso, dispone: *Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente.*

A) REQUISITOS

La adquisición en este caso se realiza, por tanto, sujetándose a las siguientes características:

- 1.^a Se lleva a cabo por uno solo de los cónyuges (75).

1.393,2,4 del Código Civil (GARRIDO CERDÁ, EMILIO, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», en *AAMN*, 1982, Vol. XXV, págs. 145-176, esp. pág. 168).

Vid. también: GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, M.^a DEL CARMEN, *La cogestión de los bienes gananciales*, Marcial Pons, Madrid, 1997, y OCAÑA RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Deudas y sociedad de gananciales*, Colex, Madrid, 1997.

(75) Ya hemos hecho referencia, al comienzo de este apartado, a que en este tipo de adquisiciones se produce una ruptura con el principio general, en el régimen económico de gananciales, de actuación conjunta, lo cual se justifica por el sistema, al no restringir el matrimonio, en la actualidad, la capacidad de obrar de los cónyuges.

Es obvio que este postulado, llevado a sus últimas consecuencias, puede entrañar peligros. En este sentido, Lacruz advierte que podrían inscribirse como gananciales bienes adquiridos por un consorte, aún en contra de la voluntad del otro (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 342).

Por otro lado, se ha criticado esta posibilidad de adquisición individual de un bien ganancial, al implicar que uno de los cónyuges se arrogue la representación del otro, lo cual le está vedado por el artículo 71 del Código Civil (GARRIDO CERDÁ, EMILIO, «La sociedad de gananciales y las donaciones de bienes de naturaleza ganancial», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VII, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, págs. 247-290, esp. pág. 272).

Sin embargo, otros autores objetan que en esta modalidad de actuaciones no estamos ante una *representación de origen legal*, sino ante una *actuación representativa*, no acreditada documentalmente, expresada al adquirir en propio nombre para la sociedad

- 2.^a Se trata de una adquisición a título oneroso (76).
- 3.^a No se hace ninguna referencia a la procedencia del dinero (77).
- 4.^a Se declara que la adquisición se realiza para la sociedad de gananciales (78).

B) FORMA DE INSCRIPCIÓN

Cumplidos estos presupuestos, la inscripción se verifica a nombre del cónyuge adquirente, pero *indicando* que lo así adquirido es para la sociedad de gananciales (79).

de gananciales (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 217). Y De la Cámara llega a la conclusión de que *cuando la escritura o documento adquisitivo haya sido suscrito solamente por uno de los cónyuges, pero en él haya expresado que adquiere no sólo para sí sino para la sociedad de gananciales, puede perfectamente entenderse que la adquisición se ha efectuado no solamente a su nombre sino también al de su cónyuge (...)* Alguna diferencia importante tiene que haber —también desde este punto de vista— entre el caso en que el marido o la mujer adquirieran para la sociedad o lo hagan escuetamente para sí, sin ninguna otra indicación o manifestación (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 352).

(76) Forzosamente la adquisición ha de ser a título oneroso, pues si tuviera carácter gratuito, lo adquirido por un cónyuge nunca tendría la condición de ganancial, por imperativo del artículo 1.347.3 del Código Civil. Por lo demás, la comprobación de este requisito no ofrece ninguna dificultad al Registrador, pues dicha exigencia se reflejará en el documento donde conste el acto o contrato (AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Inscripción de bienes de ausentes...*, cit., pág. 293).

(77) Lacruz explica que el precepto reglamentario está pensado, precisamente, para aquellas adquisiciones cuya contraprestación consista en dinero, y no en la entrega de otros bienes, pues en este último caso, nunca podría tener la condición de ganancial el bien que se adquiere a cambio de otro que es privativo. Además, continúa diciendo dicho autor, al no exigirse demostración alguna sobre el carácter ganancial de los fondos invertidos, se le ahorra al Registrador la siempre engorrosa tarea de dicha demostración (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., pág. 267).

(78) Lacruz advierte que esta mera declaración del adquirente puede no ajustarse a la realidad en ciertos casos, y pone como ejemplo el de un esposo, *casado en segundas nupcias y sin descendencia de ellas, que vende sus bienes propios y reinvierte en fincas que califica de comunes, en perjuicio de la legítima de los hijos del primer matrimonio* (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 342).

Avila Alvarez se pregunta si sería posible incluir en este tipo de inscripción la adquisición llevada a cabo, unilateralmente por un cónyuge, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, pero sí que lo hace a costa del caudal común, llegando a una solución afirmativa, al no encajar la hipótesis en ningún otro precepto reglamentario (AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Inscripción de bienes de ausentes...*, cit., pág. 294).

(79) Creemos que el Reglamento Hipotecario adolece, en este punto, de inexactitud técnica, ya que hubiera sido más correcto hablar de inscripción, a favor del adquirente, pero con carácter ganancial, al carecer la sociedad conyugal de personalidad jurídica.

Vemos, pues, que el Reglamento Hipotecario, en este artículo, distingue netamente entre la titularidad del bien, que pertenece al cónyuge adquirente del mismo (80), y la calificación o carácter ganancial de lo adquirido (81).

Sin embargo, PAU PEDRÓN (82), en un reciente estudio publicado sobre el acta de inscripción, expresa que el Reglamento Hipotecario en los artículos 93.4 y 94.1, al ordenar que en el acta de inscripción se consigne sólo la identidad del cónyuge adquirente, padece un notable error.

A su entender, el Reglamento Hipotecario ha interpretado mal el artículo 1.384 del Código Civil que contiene una *norma de legitimación formal, cuya finalidad es asegurar la protección de la confianza del tercero derivada de la titularidad individual de un bien concreto*, por contra, *la inscripción es mucho más que un signo externo y que un mecanismo de experiencia: es una declaración oficial*.

Y concluye estableciendo que *tanto si el bien es ganancial o presuntivamente ganancial, los titulares son ambos cónyuges y por tanto, el inmueble debe constar inscrito a nombre de los dos*.

En cuanto al carácter del bien, precisa que es necesaria su expresión en el acta de inscripción, que según dicho autor es el núcleo del asiento y la parte de su contenido que está dotada de eficacia registral, con naturaleza de declaración *erga omnes* de situaciones jurídicas.

(80) Al admitir la inscripción individual, el Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 1982, se aparta del derogado artículo 95.1, que para estos casos establecía la inscripción a nombre de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal, aunque la adquisición se hubiese realizado por uno solo de ellos, siempre que no se hiciese declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación. Lo cual implica también una ruptura con los principios de la comunidad germánica, que ha sido la figura, tradicionalmente admitida, para explicar la naturaleza de la sociedad de gananciales (MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, «Sociedad de gananciales y sociedad civil», en *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Academia Sevillana del Notariado, EDESA, Madrid, 1989, págs. 301-331, esp. pág. 328).

(81) En este sentido, Blanquer Uberos explica: *La calificación de ganancialidad incide sobre la titularidad determinándola, aunque no la haga desaparecer. No desvirtúa las peculiaridades de la titularidad, según la naturaleza del título mismo que la justifica y causaliza (...) pero determina el goce y ejercicio de las facultades y potestades que integran el derecho ostentado, así como la sujeción de éste a responsabilidades. De lo dicho resulta que el cónyuge no titular puede ejecutar los derechos y acciones, facultades y potestades, nacidas de la calificación de ganancialidad y correspondientes al régimen de sociedad de gananciales, pero con ello el cónyuge no titular no se convierte en cotitular, ni participa de alguna manera en la titularidad misma, siquiera participe en cuanto miembro de la relación de gananciales determinante, en el ejercicio de las facultades y potestades que integran el derecho o la relación determinada* (BLANQUER UBEROS, ROBERTO, *Reflexiones acerca de la influencia...*, cit., págs. 25-26).

(82) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «El acta de inscripción», en *RCDI*, 1999, núm. 650, págs. 9-26, esp. págs. 18-20.

Por lo que respecta a la *indicación*, lo que añade a la condición ganancial del bien, que vendría impuesta por las normas generales (83), es la confesión en este sentido, hecha por el cónyuge adquirente, la cual veda el posible acceso al Registro, de una posterior confesión de signo contrario, que transmutase la calificación ganancial del bien, y lo convirtiera en privativo, al amparo del artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario (84).

De lo dicho, se puede colegir que la solución reglamentaria se aparta, una vez más, de la sustantiva.

En definitiva, en el Reglamento Hipotecario se establece una mayor *vis atractiva* hacia la ganancialidad, que la que resulta de la aplicación de los preceptos civiles, al no exigir aquél, para dotar a un inmueble de tal condición, que la adquisición se haya efectuado extrayendo fondos comunes, o, en su defecto, que concorra la voluntad concorde de ambos esposos confiriéndole dicha naturaleza.

III. ADQUISICION REALIZADA POR UN CONYUGE SIN MANIFESTAR SU CARACTER

El segundo grupo de adquisiciones, encuadradas entre aquéllas en las que uno solo de los cónyuges actúa unilateralmente, son las que reglamenta el

(83) Fundamentalmente por los artículos, todos del Código Civil, 1.347.3 (que permite la adquisición ganancial de un bien realizado por uno solo de los cónyuges), 1.361 (al establecer con carácter general la presunción ganancial de los bienes existentes en el matrimonio, presunción que sólo se puede desvirtuar, probando que los mismos pertenecen privativamente al marido o a la mujer), 1.356 (que determina la condición ganancial de los bienes comprados a plazos por un cónyuge, siempre que el primer desembolso tuviese tal carácter) y, finalmente, el artículo 1.370 (al sujetar a responsabilidad, por el importe aplazado, al bien adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro, bien al que califica expresamente como ganancial).

(84) *La justificación o confesión de la privatividad, hechas con posterioridad a la inscripción, se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona, pues lo contrario sería ir contra sus propios actos.*

Admitiendo el carácter irrevocable de la confesión del cónyuge, al declarar que adquiere para la sociedad de gananciales, se manifiestan, entre otros autores: AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, CEH del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, pág. 125; CASTILLO TAMARIT, VICENTE J., «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales», en *RDN*, 1983, núm. 121, págs. 7-47, esp. pág. 14, y Lacruz el cual, a pesar de mostrarse de acuerdo con el carácter inalterable de la confesión individual admite, no obstante, con plenos efectos registrales, *la manifestación conjunta de ambos esposos en escritura pública, en el sentido de ser realmente privativos del adquirente los bienes que éste dijo comprar para la sociedad de gananciales* (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil*, IV..., cit., pág. 267).

artículo 94,1 del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor: *Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.*

A) AMBITO DE APLICACIÓN. SUPUESTOS ANÁLOGOS

Partiendo de la base de que, tanto en esta variedad como en la examinada en el apartado anterior, estamos ante adquisiciones onerosas, llevadas a cabo por uno solo de los cónyuges, con precio de presente o confesado recibido (85), al supuesto, expresamente contemplado en el Reglamento Hipotecario, pueden asimilarse los siguientes:

- a) Adquisición por un solo esposo a título oneroso manifestando, él mismo, sin justificación alguna ni corroboración por el otro esposo, el carácter privativo del precio o contraprestación. En este caso, al no quedar contradicha la presunción del artículo 1.361 del Código Civil, así deberá practicarse igualmente la inscripción ya que el artículo 95,2 del Reglamento Hipotecario exige que el carácter privativo del precio o contraprestación se acredite mediante prueba documental pública (86).
- b) Adquisición por un solo cónyuge a título oneroso, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, y sin decir tampoco que lo hace *a costa del caudal común, a expensas de la sociedad conyugal, con dinero ganancial* u otra expresión análoga (87).
- c) Adquisición por un solo cónyuge, compareciendo el otro, sin manifestar nada sobre el carácter con el que se realiza la adquisición.

La RDGRN de 16 de junio de 1993 (BCNR, 1993, núm. 302, pág. 1852) estimó que el hecho de que comparezca inexpresivamente el otro cónyuge en el otorgamiento de la escritura, no desvirtúa la esencia del negocio, puesta de

(85) Para las adquisiciones que se realicen con precio aplazado durante la vigencia de la sociedad, el Código Civil establece un régimen especial en el artículo 1.356: *Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza.*

(86) Equiparando ambas variedades de adquisición, se manifiestan entre otros: LA-CRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 343, y SANZ VIOLA, ANA M.^a, *La gestión de los bienes gananciales...*, cit., pág. 1758.

(87) AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 126.

manifiesto en las estipulaciones de las que claramente resulta que compra exclusivamente uno de los cónyuges, con lo que el carácter presuntivamente ganancial de lo adquirido es evidente (88).

- d) GARCÍA GARCÍA (89) incluye también la adquisición a título oneroso por ambos cónyuges, sin expresar que la realizan para la sociedad de gananciales, salvo que estemos en alguna de las hipótesis del artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario. En este caso, aunque la inscripción se practicará a favor de los dos esposos, se hará no obstante, con carácter presuntivamente ganancial.

Sin embargo estimamos que dichos bienes serían gananciales, pues ambos cónyuges muestran su voluntad favorable a la ganancialidad del bien.

En efecto, en principio, todos los bienes son presuntivamente gananciales y lo que hace el Código Civil es establecer una serie de pautas para considerar a los bienes con uno u otro carácter.

Pero desde el punto de vista registral, nos encontramos con las siguientes categorías de bienes: bienes inscritos con carácter presuntivamente ganancial, bienes que se registran con carácter ganancial e inscripciones de bienes privativos.

(88) El supuesto de hecho contemplado en esta Resolución es el siguiente: una persona casada adquiere determinadas fincas, subrogándose en el préstamo con garantía hipotecaria de una de ellas. El esposo comparece sin hacer manifestación alguna y sin expresarse en el documento si la compradora adquiere las fincas para la sociedad conyugal, o si lo hace con carácter privativo por confesión o acreditado.

Con posterioridad el esposo, mediante instancia con firma legitimada ante Notario, consiente en la inscripción de los bienes con carácter presuntivamente ganancial.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador suspende la inscripción por no tener certeza sobre el modo en que debe practicarse el acta de inscripción, pues según aquél la misma podría extenderse conforme a los artículos 93.1, 93.4 ó 94.1, todos del Reglamento Hipotecario.

El Centro Directivo decretó la inscripción de la escritura de compraventa de los bienes con carácter presuntivamente ganancial.

Los pronunciamientos de la Dirección General, para este supuesto concreto, fueron los siguientes:

— Por un lado estableció que, aunque el adquirente sea uno solo de los cónyuges, *no por ello deviene irrelevante, contradictorio o perturbador la comparecencia de su consorte y la conformidad que en el acto del otorgamiento presta a lo negociado por aquél, dada la repercusión que tal conformidad tiene a efectos de la responsabilidad del patrimonio ganancial respecto a las obligaciones que el cónyuge adquirente asume (vid. arts. 1.367 y 1.370 del Código Civil) (Fundamento de Derecho 2.º).*

— Por otro, que, *dado que el Código Civil otorga la facultad a una persona casada para adquirir bienes inmuebles por sí sola, tales bienes, a no ser que quede acreditado el carácter privativo del precio o contraprestación, han de inscribirse necesariamente como presuntivamente gananciales (Fundamento de Derecho 3.º).*

(89) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M., *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 162.

¿En qué grupo se puede ubicar el tipo de adquisición que estamos refiriendo?

Según acabamos de exponer, pensamos que estos bienes han de ser inscritos no como presuntivamente gananciales sino con carácter ganancial, ya que las adquisiciones que se verifican al amparo del artículo 1.355.2 del Código Civil además de contar con la presunción general de ganancialidad de los artículos 1.361 y 1.347.3. ambos del Código Civil, tienen dicha presunción con respecto a la adquisición en sí.

De este modo el legislador, en estos casos, presume la voluntad de los cónyuges favorable a atribuir al bien así adquirido la condición de ganancial, por tanto, aunque haya silencio por parte de aquéllos, se presume su voluntad secundando dicha cualidad del bien.

¿Qué importancia tiene inscribir el bien con uno u otro rasgo?

La transcendencia práctica más relevante se produce en la hipótesis de partición de la herencia existiendo un menor de edad.

La Dirección General ha mostrado una importante evolución en esta materia pues, en un principio, entendió que en la partición de la herencia, en la que los menores están representados por su padre o madre también cointeresados en dicha partición, si existe una sociedad de gananciales que liquidar, hay que apreciar intereses contrapuestos entre el padre o madre, cotitular de aquella sociedad, y el hijo menor representado por aquél, heredero del otro cotitular de la sociedad de gananciales (RDGRN de 14 de marzo de 1991, [BCNR, 1991, núm. 278, pág. 1107]).

Pero esta postura se ha visto matizada en el sentido de entender que no se da oposición de intereses y, por tanto, no es necesario proceder al nombramiento de un defensor judicial, cuando la partición se limita a adjudicaciones proindiviso en todos y cada uno de los bienes que producen sólo el cambio de una comunidad especial del tipo germánico o sin cuotas (la comunidad hereditaria) por otra comunidad romana o por cuotas, mutación en la que no se aprecia dicha oposición de intereses que sólo puede surgir en el momento de procederse a la extinción de esta nueva comunidad romana (RDGRN de 10 de enero de 1994, [BCNR, 1994, núm. 308, pág. 381]).

Finalmente, el Centro Directivo ha estimado que, aunque existan bienes gananciales, si son realmente gananciales, el cónyuge sobreviviente podrá representar a sus menores hijos siendo innecesaria la intervención del defensor judicial (RDGRN de 6 de febrero de 1995, [BCNR, 1995, núm. 3, pág. 460]).

Pero si los bienes están inscritos con carácter presuntivamente ganancial, habrá que procederse a aquel nombramiento, ya que el cotitular está decidiendo por sí que se consolide una presunción.

Es decir, que la actuación unilateral del cónyuge viudo, atribuyéndole definitivamente carácter ganancial al bien inscrito como presuntivamente ganancial,

cial, puede suponer una considerable lesión a los intereses de los hijos menores, que hace necesario que haya de procederse al nombramiento de defensor judicial (RDGRN de 3 de abril de 1995, [BCNR, 1995, núm. 5, pág. 1173]).

B) REQUISITOS

En cuanto a los requisitos que ha de reunir este tipo de inscripción, coinciden con los enumerados para la precedente con la diferencia de que, en la segunda, el cónyuge adquirente no declara que la adquisición se efectúa para la sociedad de gananciales.

Por tanto, el fundamento del artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario se encuentra en el artículo 1.361 del Código Civil.

No obstante, se ha puesto de manifiesto que la presunción de ganancialidad está aquí en cierto modo debilitada (90), lo que se traduce en el distinto régimen legal que, para el acceso al Registro de los actos tabulares, tienen los bienes acogidos a esta modalidad de inscripción (91).

También hay que tener en cuenta que la presunción establecida por la Ley sustantiva es de naturaleza *iuris tantum*, es decir, que admite la prueba en contrario, correspondiendo la carga de la prueba al que niega la esencia ganancial del bien en cuestión, de modo que, tratándose del embargo de un inmueble registrado, la presunción juega a favor de los acreedores del consorcio (92).

(90) En este sentido se pronuncian LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 343; SANZ VIOLA, ANA M.^a, *La gestión de los bienes gananciales...*, cit., pág. 1758, y De la Cámara Álvarez, si bien este último observa que tal debilitamiento sólo se produce en el ámbito de la documentación notarial, cuando el cónyuge que adquiere, a pesar de estar advertido, persiste en su postura de silenciar que adquiere para la sociedad conyugal.

Fuera de esta órbita, continúa diciendo dicho autor, aunque el cónyuge adquiriera sin expresar que lo hace para la comunidad, en realidad ésta será su intención (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 364).

(91) En este sentido, hay que diferenciar lo que sucede con respecto a la inscripción de los actos de disposición a título oneroso, en los bienes inscritos conforme al artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario, los cuales pueden ser realizados por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria, ex artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario, frente a lo que sucede en los bienes inscritos también a favor del cónyuge adquirente, pero con carácter presuntivamente ganancial que exigen el otorgamiento por el titular registral con el consentimiento de su consorte, o con autorización judicial supletoria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 94.3 del Reglamento Hipotecario.

(92) Lacruz observa que, cuando uno de los acreedores embarga, corresponde al cónyuge que no está personalmente obligado por la deuda, la carga de probar que el bien embargado es privativo suyo (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 370) advirtiendo De los Mozos que, en este punto, la jurisprudencia ha aplicado un criterio rigorista, exigiendo

C) MEDIOS PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD

Por otro lado, el titular registral puede, en cualquier momento, demostrar ser el dueño exclusivo de los bienes así registrados.

Las vías que le ofrece el Reglamento Hipotecario en el artículo 95, son dos: la justificación del carácter privativo del precio o contraprestación y la confesión de privatividad.

Además, extrarreglamentariamente, también existen otros mecanismos para variar la naturaleza del inmueble, como veremos.

1. *La justificación del carácter privativo del precio o contraprestación*

Por justificación, es decir, cuando el carácter privativo del precio o contraprestación se realiza mediante prueba documental pública, *ex* artículo 95,2 del Reglamento Hipotecario (93).

Este medio de destrucción registral del carácter ganancial del bien adquirido es el que más aplicación práctica presenta y también el que mayores dificultades entraña a la hora de su prueba, sobre todo cuando se constata unilateralmente, a instancia del cónyuge adquirente (94).

a) Extremos sometidos a prueba

DE LA CÁMARA (95) precisa que la demostración ha de extenderse a probar dos extremos:

1. *Que con anterioridad a la compra se ha adquirido con carácter privativo una cantidad igual o superior al precio.*
2. *Que esa suma subsiste en el patrimonio del cónyuge comprador.*

que quede plenamente probado tal extremo, cuando se trata de oponerlo a los acreedores (DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.361 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., págs. 283-300, esp. pág. 286).

(93) El artículo 95,2 del Reglamento Hipotecario distingue, por tanto, entre las adquisiciones que se realicen por compraventa, y las que se lleven a cabo por cualquier otro título oneroso. Entre estas últimas, cita De la Cámara, como más frecuentes, la permuta y la dación en pago (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 438).

(94) No surge tal problema cuando la justificación se realiza con la intervención del otro consorte, ya que los acreedores y herederos forzosos, mientras no haya terceros, podrán impugnar tanto la justificación como la confesión (ÁVILA ALVAREZ, PEDRO, *Inscripción de bienes de ausente...*, cit., pág. 295).

(95) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 441.

El primer punto no entraña dificultad y es el único que ha de ser justificado con documento público (96), *ex* artículo 95,2 del Reglamento Hipotecario, continúa precisando dicho autor (97).

La mayor dificultad de la prueba estriba, precisamente, en la extrema fungibilidad del dinero, que provocará, al exigirse la constatación rigurosa del carácter privativo del precio, que ello no pueda suceder más que en contados casos (98).

i) Estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia

Algunos autores (99) solventan esta cuestión entendiendo que, como el dinero privativo se integra en la masa ganancial, al confundirse con ella, surge un crédito en favor del cónyuge contra el patrimonio ganancial, que se hará efectivo en el momento de la compra posterior del bien el cual tendrá, por ello, carácter privativo.

(96) Sin embargo, Avila Alvarez opina que resulta desorbitada la exigencia de documentación pública en todo caso y admite, junto a aquélla, el documento privado de fecha fehaciente cuando lo decisivo para juzgar sea una fecha. Pone como ejemplo la dificultad que tiene un cónyuge abandonado y que, por tanto, no puede recurrir al recurso de la confesión de privatividad de su consorte, que no dispone, para probar su adquisición anterior a la vigencia de la sociedad de gananciales, más que de un documento privado (aunque con fecha auténtica) (AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Comentarios a las reformas hipotecarias...*, cit., pág. 130).

(97) Quien además marca la diferencia entre empleo, cuando la inversión procede de dinero adquirido originariamente con carácter privativo (por ejemplo, en virtud de herencia, legado o donación) y reemplazo en el caso de que los fondos se hayan extraído de la enajenación de bienes privativos (DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 441).

(98) Cano Fernández apunta el supuesto de que el cónyuge reciba una donación en metálico, y seguidamente adquiera con ella el bien, realizándose ambas operaciones ante Notario, y también cuando enajena el bien privativo y con el precio obtenido realice, a continuación, la adquisición (CANO FERNÁNDEZ, EMILIANO, *Un tema...*, cit., pág. 1264).

Por su parte, Giménez Sanjuán propone como fórmula para destruir la presunción de ganancialidad y probar, por tanto, el carácter privativo del precio, que el mismo se entregue *en cosa cerrada y sellada (como dice el art. 1.796 del Código Civil, con relación al depósito)*. En cuyo caso, *si la operación de cerramiento y sello del continente del dinero se ha hecho en forma auténtica y lo mismo el acto de su apertura, sin que haya sido forzado el sello o cerradura*, dicho autor estima que, *aunque no se trata de prueba directa, sino indirecta (el argumento sería: el dinero es el mismo que se entregó como precio, no por su identificación directa, sino porque fue introducido en continente cerrado y sellado y el cerramiento y sello no han sido quebrantados)* constituiría una prueba suficiente para destruir la presunción de ganancialidad (GIMÉNEZ SANJUÁN, JOSÉ, «La prueba, a efectos registrales, de la privatividad del dinero en los casos de reinversión, durante la sociedad de gananciales», en *BIRG*, 1996, núm. 45, págs. 83-95, esp. págs. 86-87).

(99) MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 238; DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 442.

GIMÉNEZ SANJUÁN (100) describe detalladamente cómo se produce el proceso en los casos de reinversión.

Para dicho autor, el error de base en toda esta materia radica en que se ha querido exigir la prueba de la identidad de la privatividad del dinero invertido por el cónyuge adquirente, en el sentido de que éste tiene que demostrar que el obtenido con la venta del bien privativo y el empleado en la compra posterior es el mismo, lo cual es prácticamente imposible por la fungibilidad del dinero y la presunción genérica de ganancialidad.

Para salvarlo, postula que la solución a este problema se resuelve acudiendo a la siguiente secuencia: *reconocimiento del carácter privativo del dinero recibido por venta del bien de igual carácter, la confusión de aquél con el patrimonio ganancial, el nacimiento, como consecuencia, de un crédito privativo a favor del cónyuge, el pago de ese crédito por la masa ganancial y la compra, con el objeto de ese pago, del nuevo bien, el cual tendrá igualmente carácter privativo (por aplicación de la subrogación real) y, finalmente, la inscripción con dicho carácter.*

Y concluye diciendo que la prueba de la privatividad del dinero en los casos de reinversión o reemplazo está integrada por los siguientes negocios jurídicos, todos los cuales deberán constar en documento público:

1. *Adquisición del bien privativo.*
2. *Venta de dicho bien por precio suficiente para la nueva adquisición.*
3. *Reemplazo del dinero obtenido en la venta anterior, previo reintegro de su importe por la masa ganancial, en la adquisición del nuevo bien privativo, con invocación de la procedencia del dinero y cita de las escrituras correspondientes.*

Por su parte RAMS ALBESA (101), jugando con la posibilidad del nacimiento de un crédito en sentido inverso, aunque con la misma finalidad, llega incluso a admitir el empleo y reemplazo por anticipación.

Esta figura se produce, según dicho autor, cuando un cónyuge quiere comprar un bien con carácter privativo pero carece de liquidez en ese preciso momento, aunque se encuentra pendiente de obtener fondos provenientes de un crédito privativo o tiene proyectada la venta de un bien de igual carácter.

Según RAMS ALBESA, aunque la posibilidad no está contemplada legalmente, tomando como base una interpretación *a contrario sensu* del artículo 1.355,1 del Código Civil y dada la inexigencia de formalismos en nuestro Ordenamiento para la subrogación por empleo o reemplazo, sería viable que,

(100) GIMÉNEZ SANJUÁN, JOSÉ, *La prueba, a efectos registrales...*, cit., págs. 89, 91 y 92.

(101) RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *La subrogación real...*, cit., págs. 340-341.

mediando el común acuerdo de los cónyuges, la masa ganancial anticipe los fondos precisos para que el cónyuge pueda hacer frente a la adquisición privativa del bien.

De este modo, una vez cobrado el crédito o llevada a cabo la venta proyectada, la comunidad ganancial se verá resarcida mediante el pago por el cónyuge del importe anticipado (102).

No obstante, aunque la cuestión de la confusión del dinero privativo con el ganancial pueda ser sorteada a través de las construcciones doctrinales que se acaban de exponer, siempre quedará en pie la sospecha sobre si el importe del dinero obtenido por el cónyuge ha sido el efectivamente empleado para la compra del bien o si dicho reembolso se ha producido con anterioridad y ya ha sido consumido.

Es decir, que es necesario probar también la subsistencia del precedente dinero conseguido en una cantidad suficiente para adquirir el inmueble, que ahora se pretende, con carácter ganancial.

Precisamente con el objeto de intentar eliminar el peligro que puede derivarse del hecho de que se trate de utilizar un mismo precio en varias adquisiciones privativas se ensayó, durante un tiempo, una técnica registral no prevista legalmente, que es descrita por RODRÍGUEZ LÓPEZ (103). *Se presenta a un Registro una escritura por cuya virtud doña Amalia B.M., de estado casada, compra una finca rústica bajo la siguiente afirmación: «manifiesta la compradora que el precio con el que satisface la finca que adquiere procede del producto de la venta de una casa radicante en otro distrito hipotecario y que formalizó mediante escritura otorgada en X el día D del año N. Por ello solicita que le sea inscrita con el carácter de privativa».*

El funcionario calificador advierte que, para acceder a esta última solicitud, es preciso que la escritura, luego de ser retirada, se presente en el otro distrito hipotecario para que se proceda en él a tomar nota, al margen de la inscripción de la casa, de la circunstancia de emplearse todo o parte del dinero obtenido entonces por la vendedora en la compra del nuevo inmueble rústico. La escritura, con la nota acreditativa de haberse practicado esta operación, se devolverá al Registro primitivo, en el que ya se procederá sin trabas algunas a extender el asiento en la forma solicitada.

(102) Legalmente diseña la figura como una *adquisición sometida a condición resolutoria con el plazo que los cónyuges tengan a bien establecer*, y en defecto de tal pacto, el tiempo alcanzará hasta el momento de la disolución del régimen. En esta hipótesis, continúa precisando el autor, *la cantidad que deberá abonarse a la comunidad deberá ser la del valor que el bien tenga en el momento de restituir el anticipo a la masa común, por aplicación analógica de los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil...* (RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *Ibidem*, pág. 341).

(103) RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, «Adquisiciones privativas. Justificación del carácter del precio o contraprestación», en *BCNR*, 1982, núm. 178, págs. 318-321, esp. pág. 318.

De este modo, y en palabras del mismo autor, se pretendía imponer que se practicara una *nota marginal de agotamiento del precio*, para evitar el posible fraude que puede propiciar este tipo de situación.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, después de analizar dicha nota, llega a la conclusión de que presenta más inconvenientes que ventajas, fundamentalmente porque el hipotético fraude que trata de evitar se puede realizar acudiendo a otra vía: la infravaloración de las fincas que ahora se adquieren como privativas, de modo que la contraprestación obtenida en la primitiva transmisión pueda cubrir las posteriores adquisiciones.

El tiempo le ha dado la razón a este Registrador y, en la actualidad, esta práctica registral ha sido totalmente abandonada.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (104) ofrece la siguiente fórmula: *hubiese bastado con que se exigiese como documento justificativo la certificación registral, pedida con este fin, de la cuantía del precio de la enajenación de que se trate y de que lo enajenado tenía el carácter de propio, a la vez que se indicaba en la certificación que, al margen de la inscripción certificada, se ponía nota expresiva de la cantidad que, a petición del solicitante, se utilizaba ahora para justificar el carácter de propia de la nueva adquisición; prohibiéndose a la vez a los Registradores el que pudieran dar estas certificaciones especiales cuando la cantidad o cantidades indicadas en la nota, o en las notas marginales, hubiese agotado el precio de la enajenación de la finca parafernal a la que se refería la inscripción donde ellas constaren.*

Finalmente, MARTÍNEZ SANCHIZ (105) expone: *una vía de solución puede encontrarse en la intervención concorde de los cónyuges —lo que nos lleva a la dación en pago o entrega de un bien en pago de un crédito— que, gracias a su naturaleza privativa debidamente acreditada, tiene como consecuencia la privatividad de lo adquirido.*

En general, todos los tratadistas se muestran de acuerdo a la hora de señalar la enorme dificultad que presenta esta verificación.

Quizás por ello LACRUZ (106), para intentar suavizar el rigor de la prueba, permite que la misma pueda consistir en cualesquiera que le sean suministradas al Registrador, *sirviendo como vehículo un documento público, aunque en la realidad técnica no se trate de un negocio jurídico otorgado en escritura pública* (107).

(104) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. II, Aranzadi, Pamplona, 1983, págs. 406-407.

(105) MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 238.

(106) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 347.

(107) El autor aclara que, *en una interpretación estricta, la documentación para acreditarlo habría de consistir en el juego de escrituras públicas que demostrasen el ingreso del dinero en el patrimonio del adquirente y la salida de ese mismo dinero para*

En el ámbito registral, el Reglamento Hipotecario atribuye al Registrador, a través de su calificación, una función cuyo más perfecto enclave estaría en el ámbito jurisdiccional, y así, la RDGRN de 20 de enero de 1983 (108) (BCNR, 1983, núm. 187, pág. 79) respecto a la prueba, señala que la calificación registral es limitada, al no existir juicio contradictorio con la correspondiente fase probatoria (Considerando 4.º).

El distinto plano en el que se desenvuelve la labor del Registrador, por un lado, y la de Jueces y Tribunales por otro, queda también patente en la STS de 3 de mayo de 1990 (109) (Colección Legislativa, núm. 276, págs. 256-261).

En el Fundamento de Derecho 2.º se especifica: (...) *tal carácter privativo del inmueble litigioso se ha obtenido a través de las pruebas practicadas en este juicio declarativo apreciadas y ponderadas en uso de sus facultades por la Sala «a quo» (...) de ahí que la justificación documental pública, a que alude el p. 2 del artículo 95 de dicho Reglamento, queda en el caso «sub iudice» sustituida con ventaja por el conjunto de pruebas practicadas en el juicio regidas por el principio de contradicción y audiencia, sin excluir la escritura pública correspondiente, en que consta un precio satisfecho que era*

pago del precio (...) lo que excluiría las adquisiciones de bienes o dinero que sólo puedan probarse mediante documentos privados o testigos, eventos en los cuales la demostración de la condición privativa requeriría, a falta de confesión del otro cónyuge, una sentencia judicial (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., págs. 346-347).

(108) En los hechos que motivaron la presente Resolución se quiso justificar el carácter privativo del precio de compra de una finca inscrita conforme al antiguo artículo 95,2 del Reglamento Hipotecario (a nombre del adquirente sin prejuzgar su naturaleza privativa o ganancial) al haber declarado, y su mujer corroborado, ser el precio de su pertenencia por proceder de la venta de bienes privativos.

El Registrador se negó a extender la nota marginal expresiva de la naturaleza privativa de la finca tomando como base la solicitud del titular, acompañada de la escritura de compra y fotocopias adveradas de las escrituras de las ventas.

La Dirección General estimó: *el juicio del Registrador, a salvo de lo que pueda disponer un superior jerárquico en el correspondiente recurso gubernativo ha de estar racionalmente fundado sobre los medios de prueba que haya tenido a su alcance (...) y en este supuesto los documentos aportados no demuestran de modo auténtico que el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio del recurrente, como consecuencia de dos ventas realizadas —una de ellas anterior a la compra calificada— haya sido reinvertida en la adquisición del inmueble, autorizan a estimar, en principio, acertada la calificación realizada y que no procede acceder a la práctica de la nota marginal solicitada* (Considerando 5.º).

En el mismo sentido, la Resolución de 19 de junio de 1975 (BCNR, 1975, núm. 104, pág. 742) confirma el criterio alegado por el Registrador en contra de la inscripción como privativa de una determinada finca aunque lo asevere así el esposo y se solicite expresamente la práctica del asiento en estos términos.

(109) En el caso debatido en la sentencia, la justificación pública del artículo 95,2 del Reglamento Hipotecario fue sustituida por el conjunto de las pruebas practicadas en el juicio declarativo, en el que quedó como hecho probado la adquisición de una finca con dinero privativo, resultando desvirtuada la presunción de ganancialidad.

de la pertenencia exclusiva de la esposa adquirente, según el conjunto del resto de la prueba...

Asimismo, en la STS de 21 de mayo de 1996 (RJ 3882) la presunción de ganancialidad pudo ser desvirtuada en función de la abrumadora prueba documental, además de la testifical y de confesión judicial, analizada en la sentencia de primera instancia que demostró la realidad de importantes ventas de bienes privativos de la esposa, mientras que el esposo no había justificado nada más que la percepción de ingresos modestos como funcionario y abogado de causas de oficio (Fundamento de Derecho 4.º) (110).

De lege ferenda el Reglamento Hipotecario debería, ya que ha establecido la norma, haber definido qué es lo que se entiende por prueba documental pública.

En principio podría pensarse que, cuando la transmisión anterior y la adquisición del bien que se pretende con carácter privativo no son coetáneas, la cuestión resulta bastante sospechosa (111).

De la CÁMARA ALVAREZ (112) cita la RDGRN, de 13 de septiembre de 1926 (ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a/DE MOLINA JUYOL, JUAN: *Jurisprudencia Registral*, vol. VI, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 326) en la que la Dirección General se opone a la decisión del Registrador, admitiendo la inscripción con carácter parafernial de una casa adquirida por la mujer con el dinero obtenido de la venta de la mitad indivisa de las fincas que le habían sido previamente adjudicadas, aportándose las dos escrituras públicas: la de partición y la de venta.

El autor (113) hace notar, en esta línea argumental, lo significativo que resulta el hecho de que, en el caso contemplado por la Resolución de 13 de septiembre de 1926, *sólo mediaron unos cinco meses entre la fecha de la escritura de venta de los bienes propios de la mujer y la compra de la finca que se inscribió como parafernial, mientras que en el supuesto que tuvo a la vista la Resolución de 20 de enero de 1983, transcurrieron tres años entre el otorgamiento de una de las escrituras de venta y el de la escritura de compra, hecho que destaca el Centro Directivo* (114).

(110) Igualmente, se declaró el carácter privativo de las fincas adquiridas con dinero procedente de otras que también tenían dicha condición, en las SSTs de 22 de julio de 1994 (RJ 7241) y 23 de febrero de 1993 (RJ 1221).

(111) Rodríguez López se hace la siguiente pregunta: *¿Habrà quien crea que el dinero obtenido por herencia o por venta de una casa privativa en 1942 ha estado celosamente guardado, o sustituyéndose por otro, hasta llegar a emplearse en la adquisición privativa que se realiza en 1982?* (RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, *Adquisiciones privativas. Justificación del carácter...*, cit., pág. 320).

(112) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 443.

(113) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *Ibidem*, pág. 446.

(114) Concretamente, la Dirección General, en el Considerando 3.º de la Resolución de 13 de septiembre de 1926, hace la siguiente declaración: (...) *para demostrar el ca-*

Sin embargo, la Resolución de 28 de noviembre de 1988 (115) (BCNR, 1988, núm. 251, pág. 2737) da al traste con este razonamiento al expresar que, en estos casos, la inscripción ha de practicarse como presuntivamente ganancial, dadas las dificultades de la esencial fungibilidad del numerario y la posible verificación durante el tiempo intermedio, de otros actos dispositivos que hubiesen agotado o disminuido la cantidad obtenida con la primera venta.

Todo ello sin perjuicio de consignar, en su día, el carácter privativo del bien, si se presenta justificación suficiente o confesión por el consorte de la privatividad (Fundamento de Derecho 3.º).

No obstante, la Dirección General de los Registros se ciñe, normalmente, a confirmar el criterio esgrimido por el Registrador, a la hora de apreciar si el carácter privativo del precio queda o no suficientemente acreditado.

Por tanto, para que acceda al Registro un bien de índole privativa mediante la justificación del carácter privativo del precio o contraprestación, la demostración de dicho carácter se convierte en una prueba que queda a discreción del Registrador.

ii) Criterio de la Dirección General

La Dirección General recomienda, por su parte, como principio general, el de la instantaneidad.

Lo que no es necesario, en ningún caso, es que sean coetáneas la transmisión y la adquisición en sí, sino la entrega del precio de la primera y el pago del precio de la segunda.

Sería el caso de una venta a plazos de un bien privativo en la cual la entrega posterior del precio posibilitaría la inmediata adquisición de un bien con aquel carácter.

Por tanto, lo que se exige es la coetaneidad en el pago de las respectivas contraprestaciones y este hecho, entre otras hipótesis, queda también perfec-

rácter parafernial de los bienes adquiridos por la esposa durante el matrimonio, ha de reputarse suficiente a estos efectos la declaración hecha por el adquirente de que el dinero es exclusivamente suyo, el asentimiento del marido, la falta de asientos contradictorios, la aportación de documentos que demuestren de modo auténtico el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio peculiar de la mujer casada, y la no existencia de actos de disposición por parte del titular de los parafernales que hubiesen agotado o mermado la cantidad necesaria para adquirir la finca o derecho real.

(115) En los hechos que dieron origen a la presente Resolución se pretendía justificar la privatividad de la adquisición realizada por el marido (por precio confesado recibido) mediante escritura aportada, otorgada cinco meses antes, por la que vendía un bien privativo suyo (por precio igualmente confesado recibido).

tamente cumplido, cuando se cede un solar privativo a cambio de uno o varios pisos en el edificio que se ha de construir los cuales, asimismo, serán privativos y podrán acceder al Registro con dicho carácter (116).

Cuando no se da esta perfecta simultaneidad entre la entrada de unos fondos privativos en el patrimonio del cónyuge y la posterior adquisición del bien, la apreciación del carácter privativo del inmueble así comprado no resulta tan clara.

Se trata, en definitiva, de decisiones finales que quedan, como expusimos, al arbitrio del Registrador sin perjuicio de ser perfectamente recurribles a instancia de los propios interesados.

b) Forma de inscripción

Una vez que el Registrador considere idónea la documentación aportada como medio para destruir la presunción de ganancialidad (117), la inscripción se practica, a juicio de AVILA ALVAREZ (118), *a favor del cónyuge adquirente en la forma ordinaria, pero reseñando suficientemente aquella prueba para conocimiento de terceros interesados*.

Aunque el Reglamento Hipotecario no especifica expresamente que la inscripción se efectúe de este modo, se deduce de lo dispuesto en su artículo 95,3: *todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta*.

Sin embargo, lo que el Reglamento Hipotecario no expresa, directa o indirectamente, es que se consignen los elementos probatorios.

(116) Esta figura, que curiosamente no aparecía disciplinada reglamentariamente, a pesar de su importancia económica y frecuente utilización, según palabras de la E. de M. del Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, aparece ahora regulada, como un derecho real, en el artículo 1.3 del Reglamento Hipotecario reformado en virtud de dicho Real Decreto, permitiendo que las partes puedan configurarla también con alcance meramente obligacional.

(117) La STS de 10 de marzo de 1997 (RJ 2485) declara en su Fundamento de Derecho 3.º: *La jurisprudencia de esta Sala resulta uniforme y constante en cuanto exige que, para destruir a efectos civiles y registrales la presunción de ganancialidad, ya que el precepto 1259 (N. de R - Entiendo que el TS se refiere al art. 1.251 del Código Civil) no lo prohíbe, es necesario que se haya practicado prueba satisfactoria y cumplida, acreditativa de que se trata de bien privativo (Sentencias de 20 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8415], 23 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10717], 18 de julio de 1994 [RJ 1994, 6447], 8 de marzo [RJ 1996, 1939] y 2 y 24 julio de 1996 [RJ 1996, 5550 y 6052]) excluyéndose los meros indicios o las simples conjeturas (sentencia de 20 de junio 1995) [RJ 1995, 4931...]*.

(118) AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Régimen económico matrimonial*, cit., pág. 37.

Como la inscripción es un extracto de lo que el título dice, normalmente irá contando el proceso que ha producido la convicción del Registrador, hecho no obligatorio, aunque sí útil de señalar.

En cualquier caso, este aspecto no es algo que afecte a los terceros, a los que les repercute sólo la declaración del carácter privativo del bien.

Recordemos, en este sentido, que la publicidad frente a los terceros se ciñe única y exclusivamente a los derechos inscribibles, y así la declaración del artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria: los asientos del Registro (...) *están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley*, se refiere precisamente, como especifica el precepto citado, a aquellos derechos.

Para todos aquellos casos en los que, a juicio del Registrador, no quede suficientemente acreditado el carácter privativo del precio o contraprestación, como expusimos en páginas anteriores de este estudio, la hipótesis quedaría englobada en el artículo 94,1 del Reglamento Hipotecario, de modo que la inscripción se practicaría a favor del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

DE LA CÁMARA (119) hace notar que, al practicarse la inscripción en forma distinta a lo solicitado o a lo que resulta del título, debe entrar en juego la previsión del artículo 429 del Reglamento Hipotecario. De este modo, el presentante o el interesado expresarán su conformidad a la extensión del asiento en la forma que acabamos de decir.

No obstante, hemos de tener en cuenta que hoy en día la publicidad que dimana de la inscripción es un valor, un activo económico que posibilita la concesión de créditos y cuyo retraso puede ser un perjuicio para el interesado.

Este matiz no está apoyado en la letra del Reglamento Hipotecario que es del año 1959 y, en esta materia, no ha sido sustancialmente reformado, pero constituye actualmente una realidad.

Teniendo en cuenta, por otro lado, que no existe ninguna norma que prohíba al Registrador inscribir en estos casos, creemos que lo procedente es registrar directamente, sin necesidad de conformidad, con carácter presuntivamente ganancial.

De este modo, al interesado no se le irroga daño alguno pues, como sabemos, este tipo de asientos está abierto a cualquier prueba registral y no sólo judicial, para desvirtuar la inscripción practicada con dicho carácter.

Añade AVILA ALVAREZ (120) que también procede aplicar el artículo 434.6 del Reglamento Hipotecario: *del propio modo, en las notas de despacho se*

(119) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales*, cit., pág. 437.

(120) AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Comentario a las reformas*, cit., pág. 132.

hará constar sucintamente el carácter o modalidad del asiento practicado cuando difiera de lo solicitado o pretendido en el título.

En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA (121) que refiere expresamente el mandato contenido en este artículo al supuesto que estamos examinando.

Además, en la actualidad, esta exigencia se ha visto reforzada, tras la nueva redacción dada al artículo 253.1 del Reglamento Hipotecario por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que desarrolla y amplía considerablemente el contenido de dicha nota.

2. *La confesión de privatividad: Forma de inscripción*

El otro resorte establecido en el Reglamento Hipotecario para variar la naturaleza del bien, mucho más sencillo que el anterior, es la confesión de privatividad del otro cónyuge.

Como una consecuencia del sistema establecido en el artículo 1.324 del Código Civil (122), la reforma del Reglamento Hipotecario ha dulcificado el régimen de la confesión de privatividad que, con anterioridad a la modificación, sólo provocaba una inscripción a favor del adquirente, sin prejuzgar su carácter privativo.

ALCAÍN MARTÍNEZ (123), sin embargo, rechaza la tesis de que el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario sea el trasunto registral del artículo 1.324 del Código Civil, pues mientras que la confesión de este último hace referencia a la titularidad del bien, la del primero opera única y exclusivamente respecto del precio o contraprestación.

El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, que regula la materia, preceptúa: *si la privatividad resultase sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla.*

No obstante, el propio legislador no está plenamente convencido de tal carácter, como lo demuestran las cautelas que adopta para realizar actos de disposición, una vez disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del

(121) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M., *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 504.

(122) *Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*

(123) ALCAÍN MARTÍNEZ, ESPERANZA, *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 97-98.

confesante, *ex* artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario (124), lo que hace que un sector doctrinal denomine a estos bienes *presuntivamente privativos*.

En sentido opuesto, la autora (125) últimamente citada, precisa que en esta hipótesis de inscripción, si sigue existiendo alguna presunción, es la de ganancialidad, la cual no ha quedado eliminada, como lo demuestra la posibilidad que tienen los acreedores para embargar estos bienes como si fueran gananciales (126), amparándose en la presunción del artículo 1.361 del Código Civil, de modo que pesa sobre el titular registral la carga de probar que el bien en cuestión es privativo, aduciendo, para ello, algún medio además de la confesión de su consorte.

Sea como fuere, lo cierto es que la confesión suministra una prueba limitada en cuanto a la privatividad del bien sobre el que recae, pues sólo produce plenos efectos *inter partes*, es decir, entre los cónyuges y sus herederos mientras no perjudique a sus legítimas, ya que no es oponible frente a terceros.

Con todo ello podemos concluir que el único medio para que quede perfectamente acreditado el carácter privativo de un bien, además de la declaración judicial, es el que ofrece el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario: cuando aquel carácter se demuestra mediante prueba documental pública, destruyendo así la presunción de ganancialidad.

Precisamente, en una reciente Resolución de 5 de marzo de 1999 (BCNR, 1999, núm. 48, pág. 1213) se pone de manifiesto el distinto alcance que tiene inscribir un bien con carácter privativo por uno u otro de estos dos medios que el Reglamento Hipotecario arbitra. Los hechos que dan lugar a dicho recurso son los siguientes: determinada finca aparece inscrita en el Registro con carácter privativo confesado. Con posterioridad y una vez fallecido el cónyuge confesante, el titular registral pretende que se le extienda la nota marginal prevenida en el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario que justifique el carácter privativo del precio satisfecho en la compraventa del inmueble. A tal fin presenta el documento fehaciente acreditativo de las operaciones de testamentaría de su madre, otorgado en el mismo año en el que se realizó la adquisición. De dicho cuaderno particional, resulta que la com-

(124) *Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia (vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, La sociedad de gananciales..., cit., págs. 446 y sigs.).*

(125) ALCAÍN MARTÍNEZ, ESPERANZA, *La declaración de propiedad*, cit., pág. 97.

(126) *Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor (art. 144.2 del Reglamento Hipotecario).*

pradora, titular registral, había recibido en metálico una cantidad superior al precio pagado por la finca.

El Registrador deniega la operación solicitada porque *no resulta acreditado de forma indubitada el carácter privativo del precio de la adquisición y, por otra parte, además, habiendo fallecido el esposo de la compradora, la práctica de la solicitada operación podría originar el perjuicio a que se refiere el citado artículo 1.324 del Código Civil*. Sorprendentemente el Presidente del TSJ revoca la nota calificatoria al estimar suficientemente probado el carácter privativo del precio. Pero la DGRN en armonía con otras resoluciones sobre la misma cuestión, revoca el Auto apelado y confirma la nota del Registrador (127). Con lo cual, la DGRN se reafirma, una vez más, en su postura implacable a la hora de apreciar la demostración del carácter privativo del precio en las adquisiciones realizadas por los cónyuges bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

Por consiguiente, sólo una prueba plena y pública ostenta la virtualidad de destruir los fuertes efectos que a la presunción de ganancialidad le vienen asignados por el Código Civil.

Pero ALCAÍN MARTÍNEZ (128) matiza: *en los casos en los que la declaración registral no hace prueba plena, por no quedar perfectamente acreditado que la adquisición onerosa que se califica de propia está unida directa e inmediatamente con esta adquisición, en estos casos la declaración registral provoca una inversión de la prueba*.

Desarrollando esta argumentación, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (129) señala: *frente a la presunción general del artículo 1.361 del Código Civil que reputa gananciales todos los bienes adquiridos durante el matrimonio por el marido y la mujer mientras no se pruebe lo contrario, presunción que favorece a los terceros y que requiere prueba para ser desvirtuada, la declaración registral*

(127) En el Fundamento de Derecho 2.º, aglutina los argumentos en los que basa su decisión repitiendo, prácticamente, la doctrina ya sustentada en otra resoluciones: a) La específica naturaleza del procedimiento registral con exclusión de fase contradictoria e imposibilidad por parte del Registrador de *las amplias facultades de apreciación de que goza el Juez en los procedimientos declarativos* (cfr. Resolución de 28 de noviembre de 1988); b) La necesidad de acreditación suficiente de los actos y negocios que pretenden su acceso al Registro; c) El rigor de los mecanismos de rectificación del Registro; d) El alcance *erga omnes* de la presunción de ganancialidad; e) El limitado efecto de la confesión de privatividad; f) La esencial fungibilidad del dinero, y g) *La posible realización durante el tiempo intermedio de otros actos dispositivos sobre la cantidad heredada que puede haberse agotado o disminuido de modo que no pudiera cubrir el precio estipulado en la compraventa* (vid. ROMERO CANDA, PEDRO A., «Comentario a la Resolución de 5 de marzo de 1999», en *La Notaría*, 1999, núm. 4, págs. 198-201).

(128) ALCAÍN MARTÍNEZ, ESPERANZA, *La declaración de propiedad*, cit., pág. 94.

(129) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA, *Comentarios a la legislación*, cit., pág. 408.

de que es propia la adquisición, en virtud de esta justificación, de contenido menos pleno, invierte la prueba, obligando a los terceros a quienes perjudique a demostrar que es ganancial.

No estamos de acuerdo con la distinción que parecen introducir estos dos autores entre la prueba plena y menos plena en cuanto a la demostración del carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública.

Partiendo de la base de que todas las pruebas están sometidas a la revisión de los Tribunales, en el presente caso estamos ante una justificación sujeta a la apreciación del Registrador, pero con carácter *iuris tantum*.

No hay plenitud ni limitación con respecto a la prueba desde el punto de vista registral, sino que la misma producirá la convicción en el Registrador y por tanto inscribirá el bien con carácter privativo o no logrará dicha demostración.

No obstante, reiteramos que la prueba es siempre *iuris tantum* y por ello revocable ante los Tribunales.

Obsérvese, a pesar de todo, que la situación del titular registral en los casos de inscripción del bien con carácter privativo es más fuerte cuando aquélla accede al Registro a través del artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario, hipótesis en la cual serán los terceros a quienes perjudique los obligados a probar la ganancialidad del bien, que cuando la inscripción se practica merced a la confesión de privatividad del consorte, *ex* artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, que requerirá, ante una agresión del bien como si fuese ganancial por parte de los acreedores, la demostración del titular registral de su privatividad.

Además, frente a la norma del artículo 95.3 del Reglamento Hipotecario que posibilita al titular registral para llevar a cabo por sí solo cualquier acto inscribible, el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario ya vimos que introduce una fuerte limitación en sus facultades dispositivas al imponerle la necesidad del consentimiento de los herederos forzosos del confesante, con la salvedad de que la naturaleza privativa del bien dimana de la partición de la herencia.

En cuanto a la capacidad para verificar la confesión, parece que será la necesaria para comparecer en juicio, si en él se realiza, o para obligarse, si se trata de una confesión extrajudicial, que es la que prácticamente se lleva a cabo siempre.

Finalmente, con respecto a la forma de operarse la inscripción, AVILA ALVAREZ (130) especifica: *se practica en la forma ordinaria sin que sea necesario que en ella se haga referencia a la inmunidad de herederos forzosos y acreedores, porque si en caso de reclamación de estos no ha surgido un tercero*

(130) AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Régimen económico matrimonial*, cit., págs. 37-38.

hipotecario al que haya de proteger, habría sido inútil tal referencia, y si ha surgido, como no se verá afectado por ella, la referencia sólo serviría para enturbiar el Registro y confundir a los terceros. Lo que sí debe quedar claro en la inscripción para conocimiento de unos y otros es que la privatividad no tiene más pruebas que la confesión (art. 95.4 del Reglamento Hipotecario).

Por tanto, la inscripción ya no se practicaría en la forma ordinaria, pues no basta con registrar la titularidad a favor del adquirente con carácter privativo, sino que hay que insertar expresamente que dicho carácter le viene atribuido por la confesión de su consorte.

En este sentido, la Resolución de 13 de febrero de 1999 (131) (BCNR, 1999, núm. 47, pág. 998) matiza, en su Fundamento de Derecho 2.º, el carácter híbrido y peculiar que reviste el tipo de inscripción que examinamos: *Adviértase en este mismo sentido como el propio Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos —cfr. sus arts. 93.1, 95.1—, se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia (cfr. art. 95.4) produciéndose una indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese bien (aunque circunscrita al ámbito patrimonial y posibilitada por obvias consideraciones prácticas) por cuanto de dicha inscripción ni puede deducirse un procedimiento registral favorable a la privatividad del bien, de alcance erga omnes y que queda bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1 de la LH) ni tampoco un pronunciamiento del mismo alcance pero favorable a la ganancialidad del bien.*

Como se sabe, la utilidad práctica de esta mención radica en advertir sobre la necesidad de la prestación del consentimiento a que se refiere el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario.

Lo que resulta indiferente es que la confesión en sí conste en el mismo documento en el que se recoja el negocio adquisitivo o se presente al Registro un documento aparte (132).

(131) La Resolución en cuestión examina la posibilidad de anotar preventivamente un embargo sobre un bien confesadamente privativo por deudas contraídas unilateralmente por el cónyuge confesante. La Dirección General se pronuncia en sentido negativo, al ser necesario, en base al artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, que sean demandados los dos cónyuges: el cónyuge deudor en su carácter de tal y ambos para que se declare la ganancialidad del bien y así poder proceder contra la parte de dicho bien que corresponda al cónyuge deudor en la liquidación.

(Vid. RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la Resolución de 13 de febrero de 1999», en *La Notaría*, 1999, núm. 3, págs. 274-276).

(132) ALCAÍN MARTÍNEZ, ESPERANZA, *La declaración de propiedad...*, cit., pág. 99-100. Gavidia Sánchez especifica: *Lo habitual será que conste en capitulaciones en la*

3. *Justificación y confesión de privatividad parciales*

Tanto si la confesión como si la justificación de privatividad son meramente parciales, el artículo 95.5 del Reglamento Hipotecario, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 54.2 del mismo Reglamento y con el artículo 1.354 del Código Civil (133), decreta: *la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla, en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido.*

Se constituye, por tanto, a través de estas situaciones, una comunidad que puede ser bilateral: entre el cónyuge adquirente, titular de la parte indivisa privativa y la sociedad de gananciales, cuyos titulares son ambos cónyuges al carecer esta sociedad de personalidad jurídica, o trilateral: en el supuesto de que la adquisición se efectúe por los dos esposos con atribución de cuotas, caso en el cual el bien va a pertenecer pro indiviso a la sociedad de gananciales y a cada uno de los cónyuges con carácter privativo. En ambas hipótesis, la privatividad del precio o contraprestación puede haber sido debidamente justificada o sólo privativamente confesada.

Como desviación a esta regla general, para las compras a plazos, excepto cuando el primer pago se realice con dinero en parte ganancial y en parte privativo, caso en el cual se aplicará la regla anterior (134), los artículos 1.356 y 1.357 del Código Civil distinguen entre las adquisiciones reali-

escritura de adquisición del bien o derecho o en la de liquidación de la sociedad conyugal (GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 229).

(133) 1. *Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indubitablemente.*

2. *Esta regla se aplicará cuando las partes de un mismo bien, aun perteneciendo a un solo titular, tengan distinto carácter o distinto régimen* (art. 54.1.2 del Reglamento Hipotecario).

Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1.354 del Código Civil).

(134) En efecto, para salvar la aparente contradicción entre el artículo 1.354 y el 1.356, ambos del Código Civil, la mejor doctrina (TORRALBA SORIANO, VICENTE, «Comentario al artículo 1.354 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 1628, y PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario al artículo 1.354 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 665) sobre la base de considerar al primero como una regla general frente a la más especial del 1.356, entiende que la coordinación entre ambos se logra aplicando el artículo 1.354 a las compras al contado y también a las aplazadas sólo cuando el primer desembolso se haga efectivo con dinero en parte ganancial y en parte privativo.

zadas durante la sociedad de gananciales, a las que atribuyen carácter ganancial o privativo en función a la naturaleza del primer desembolso, y las operadas antes de comenzar la sociedad que siempre tendrán carácter privativo, *aún cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial, ex artículo 1.357 del Código Civil.*

Tratamiento aparte tienen la vivienda y el ajuar familiar a los que el párrafo segundo del último precepto citado sujeta al régimen del artículo 1.354 del Código Civil. Por tanto, si la vivienda es comprada por una persona soltera y, posteriormente, tras contraer matrimonio con otra asientan en ella su residencia habitual, se constituye la comunidad a que antes nos hemos referido.

Registralmente, la vivienda habitual aparece contemplada en el artículo 91.2,3 del Reglamento Hipotecario (135).

Para enervar que, con vistas a una futura liquidación, se evite considerar la vivienda como en parte privativa y en parte ganancial, se puede presentar la hipótesis de un inmueble comprado a plazos por uno de los cónyuges en estado de soltero. Una vez que contrae matrimonio, el bien se destina a vivienda familiar, pero se presenta, por el otro cónyuge, acta de manifestaciones declarando que incluso los plazos pagados durante el matrimonio lo han sido con cargo a fondos privativos del adquirente.

Parece que, en este caso, en la inscripción debe especificarse la parte de finca adquirida en estado de soltero, la cual tendrá indudablemente carácter privativo, y la parte adquirida en estado de casado con fondos privativos, que poseerá la condición de privativa por confesión.

4. *Justificación y confesión de privatividad realizadas con posterioridad a la inscripción*

Ya se acredite el carácter privativo del bien por uno u otro de los medios que venimos analizando, el Reglamento Hipotecario, en su artículo 95.6 pre-

(135) 2. *El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.*

3. *La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal (art. 91.2,3 del Reglamento Hipotecario).*

Por tanto, la proporción de la privatividad o ganancialidad de la vivienda familiar no se puede determinar hasta la total satisfacción de todos los plazos (PRETEL SERRANO, JUAN J., «Comentario al artículo 1.357 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., pág. 675).

ceptúa: *la justificación o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal.*

De este modo, la prueba posterior de la condición privativa del bien inscrito con carácter ganancial, ya se realice a través de la justificación del carácter privativo del precio o contraprestación, o mediante la confesión del consorte, se constata por una nota marginal, sin que sea preciso proceder a una nueva inscripción.

En el caso de la justificación se habrá de exigir documentación pública, *ex* artículo 95,2 del Reglamento Hipotecario.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (136) desarrolla esta exigencia exponiendo: *el documento adecuado para hacer constar en el Registro que el precio o contraprestación tenía el carácter de bien propio tendrá que ser uno de los determinados en el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria: la escritura pública, la ejecutoria o el documento administrativo auténtico, adecuado a la naturaleza del acto o negocio jurídico en que conste aquella justificación, o un documento mercantil de indudable veracidad y de fecha eficaz respecto a tercero en cuanto a su contenido, los cuales deberán presentarse en el Registro juntamente con la solicitud indicativa de la petición del asiento registral procedente y de que, a ese efecto, se acompaña aquel documento.*

En virtud de todo ello, el Registrador, y previa la calificación de si con los documentos presentados queda justificado o no aquel extremo, procederá a extender una nota marginal en el espacio dedicado a ello al margen de la inscripción donde conste la inscripción de que se trate, en que expresará el que a su juicio ha quedado justificado el carácter de bien propio del precio o la contraprestación a que se refiere la inscripción adjunta de adquisición, la cual pasará a tener sólo el carácter de bien propio, reseñando brevemente los documentos presentados que hayan servido de base para aquel juicio.

Por lo que respecta a la confesión *a posteriori*, se lleva a cabo en el documento público donde se contiene la confesión del cónyuge, que puede acceder al Registro, a través de una nota marginal, o por un asiento principal de inscripción, ya que en realidad se va a rectificar el acta de inscripción, pues al alterar el carácter del bien se produce un cambio sustancial.

Esta doble posibilidad, en cuanto a la modalidad del asiento para reflejar la confesión posterior, también es aplicable a la acreditación *a posteriori*.

En cuanto al ámbito objetivo, LACRUZ (137) opina que la confesión puede versar tanto sobre la privatividad del inmueble, como referirse al carácter privativo del precio pagado por el cónyuge del confesante.

(136) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA, *Comentarios a la legislación*, cit., pág. 413.

(137) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Los bienes conyugales...*, cit., pág. 350.

No estamos de acuerdo con esta distinción, ya que la primera modalidad de confesión carece de trascendencia sustantiva en la órbita registral, pudiendo dar lugar, en el supuesto de pretenderse su inscripción, a que el Registrador ni siquiera la aprecie, al no tener ninguna categoría jurídica.

La segunda parte del artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario establece: *no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona* (138).

Por tanto, en esta parte del artículo, al aplicar la doctrina de los *actos propios* (139), se delimita el campo de actuación de la confesión posterior.

En efecto, la confesión *a posteriori* sólo puede operar, en principio, respecto a los bienes inscritos conforme al artículo 94.1 del Reglamento Hipotecario, es decir, los bienes registrados a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

Sin embargo, cuando los bienes estuvieran inscritos a nombre de uno de los cónyuges para su sociedad de gananciales, *ex* artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario, parece que el asiento debería estar abierto a una futura confesión del otro consorte siempre que de algún modo ratifique o consienta el

(138) Avila Alvarez aclara que la contraposición que hace el precepto entre los términos aseveración y confesión *sólo obedece al deseo de no llamar confesión a la declaración del mismo cónyuge adquirente. Es decir, que la aseveración de éste no es confesión, pero la confesión del otro cónyuge es intercambiable con su simple aseveración* (AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Comentarios a las reformas hipotecarias*, cit., pág. 131).

Por otro lado, Garrido Cerdá opina que, a pesar de no existir previsión reglamentaria al respecto, el artículo es bivalente, pudiéndose aplicar también a la justificación o confesión de ganancialidad de un bien inscrito como privativo o presuntamente privativo a favor de uno de los cónyuges (GARRIDO CERDÁ, EMILIO, «Los gananciales: Teoría general. Los negocios para la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes», en *Cuadernos Notariales*, núm. 8, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pág. 33).

(139) En el ámbito de la sociedad de gananciales, la STS de 3 de octubre de 1987 (Colección Legislativa, núm. 586, págs. 52-57) establece en su Fundamento de Derecho 3.º: *la doctrina jurisprudencial de los actos propios puede resumidamente formularse como que «la fuerza vinculante del acto propio ("nemine licet adversus sua facta venire") estriba en ser éste expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho o al explícito reconocimiento de una situación jurídica, generando una actitud desacorde con la posterior conducta del sujeto»* (sentencias 14-2, 5-10 y 21-12-84, 12-12-1985 y 16-3-1987) y en base al cual la Sala de Instancia entendió correctamente, que la primitiva actora en este procedimiento, doña Rosalía Sánchez, contradecía sus propios actos, pues si consciente, voluntaria y reflexivamente en 2 de febrero de 1961 tomó, en compañía de su marido, todas las prevenciones razonablemente necesarias para que en el futuro no existieran dudas respecto a la naturaleza jurídica de la totalidad de los bienes patrimoniales (acta de rectificación de errores y testamento) su unilateral conducta posterior, en la liquidación de la sociedad conyugal y cuaderno particional de la herencia de su fallecido esposo y, en esta demanda, representa una actitud totalmente desacorde con el reconocimiento primitivamente prestado, que viola el concepto doctrinal al que nos estamos refiriendo...

titular registral, pues no se lesionaría la doctrina antes mencionada al no realizar la confesión dicho titular.

Lo que no resulta admisible es una *confesión para el futuro*, como sería el caso de una finca inscrita en favor de una persona con carácter presuntamente ganancial, existiendo una hipoteca posterior en garantía del precio aplazado, con respecto a la cual el otro cónyuge confesara que todo el precio satisfecho es privativo del adquirente, solicitando la inscripción de la finca a nombre de éste, como privativa por confesión.

Como el precio aún no ha sido satisfecho íntegramente y todavía queda por pagar una parte, parece que el cónyuge confesante ha de concretar la parte del precio ya desembolsada con fondos privativos, y sólo respecto de la cuota correspondiente a esa fracción se podrá practicar el cambio del carácter del bien.

La otra alternativa consiste en esperar a que el precio esté plenamente satisfecho y, entonces, llevar a cabo la confesión con respecto a la totalidad.

Por el contrario, si se trata de una justificación posterior del carácter privativo del precio o contraprestación es indudable que la misma puede jugar con respecto a todo tipo de inscripción de bienes gananciales, incluso las que se operan al amparo del artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario (140). En esta hipótesis, estamos ante una prueba que se presenta para demostrar el carácter privativo del inmueble y las pruebas no van contra los propios actos. Sólo pugnan contra los mismos las declaraciones contradictorias, como sería el caso de la confesión, según acabamos de exponer (141).

Asimismo, la justificación posterior sirve para demostrar la condición privativa de un bien inscrito con carácter privativo por confesión.

Por ello, resulta llamativa la postura que adopta el Registrador en la RDGRN de 12 de abril de 1996 (BCNR 1996, núm. 16, pág. 1373).

Esta Resolución se plantea un posible reconocimiento de privatividad con posterioridad a la inscripción como ganancial de un piso. El Registrador, al denegar la constatación registral del carácter privativo de la adquisición de la finca parece distinguir, en su nota de calificación, entre bienes inscritos con

(140) En este sentido, la STS de 5 de julio de 1997 (RJ 6825), en su Fundamento de Derecho 3.º expone: (...) *No vincula, con la categoría de actos propios, el hecho que actúa como fórmula, o confesión extrajudicial, de que los esposos en la escritura de adquisición hubieran declarado que «compran para su sociedad conyugal» (sentencia de 8 de marzo 1996 [RJ 1996, 1939]).*

(141) Curiosamente la STS de 7 de abril de 1997 (RJ 2741) hace una aplicación de la doctrina de los actos propios en sentido inverso, pues contempla la hipótesis de un solar adquirido por la esposa en el que se declara una obra nueva también a su nombre. El marido concurre en ambas escrituras para prestar la asistencia y dar la licencia entonces requerida. El TS declaró la improcedencia por parte del marido de cuestionar con posterioridad el carácter privativo de dicho bien.

carácter presuntivamente ganancial por silencio absoluto y bienes inscritos también como presuntivamente gananciales por no demostración del carácter privativo del precio o contraprestación. Llega a la conclusión de que sólo a esta segunda categoría de bienes les sería aplicable el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario con la consiguiente posibilidad de destruir la presunción de ganancialidad por la demostración, posterior a la inscripción, del carácter privativo del precio.

Es una lástima que la Dirección General no se pronunciase en esta Resolución sobre el fondo del asunto pues, basándose en defectos formales, el Centro Directivo no admitió el recurso, por ser la cuestión planteada por el Notario recurrente la misma que decidió en una Resolución anterior recaída sobre la misma cuestión.

En todo caso, estimamos que la decisión del Registrador, en este punto concreto, no está fundada.

En efecto, aunque el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario se enmarque dentro de los bienes inscritos con carácter privativo, distinguir entre uno u otro tipo de bienes presuntivamente gananciales supondría una ruptura entre el artículo 94 y 95 del Reglamento Hipotecario que no parece aconsejable.

Por tanto, creemos que el apartado 6 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario ha de estar abierto a todos los bienes presuntivamente gananciales, pues dicho artículo, en su primer inciso, unifica el régimen de la justificación y de la confesión de privatividad. Y esta última se puede aplicar a todos los bienes inscritos con carácter presuntivamente ganancial, ya que lo único que prohíbe el legislador es la contravención de la doctrina de los *actos propios* en la segunda parte de dicho apartado del artículo.

Además de estos dos recursos que el Reglamento Hipotecario ofrece a los cónyuges, para alterar la esencia de un inmueble inscrito como ganancial, y convertirlo en privativo, existen otros cauces para que se produzca dicha mutación:

5. *La modificación del régimen económico-matrimonial*

En armonía con el artículo 1.325 del Código Civil, el 96.1 del Reglamento Hipotecario especifica: *Lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95 se entiende sin perjuicio de lo establecido por la ley para casos especiales y de lo válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales.*

De este modo se contempla la posibilidad de que la ley, para casos especiales, o los cónyuges, que sería la hipótesis que a nosotros nos interesa ahora, en virtud de pacto capitular, determinen un régimen distinto al preceptuado en los artículos 93 a 95 del Reglamento Hipotecario.

AVILA ALVAREZ (142) opina que, a pesar de que la referencia se haga a todo el contenido de los precitados artículos sin distinción, las modificaciones sólo se pueden admitir en tanto en cuanto vengan referidas al régimen de administración y disposición establecido en los mismos, pero no en cuanto a la forma de inscripción de los bienes.

Por el contrario DE LA CÁMARA (143), con mayor razón a nuestro juicio, manifiesta que estas apreciaciones pueden ser válidas por lo que respecta a lo establecido por la Ley para casos especiales, pero que puede no resultar así en lo atinente a los pactos capitulares. Y cita, a título de ejemplo, el pacto por el que cada cónyuge haga suyos los rendimientos de su trabajo personal.

En cualquier caso, las capitulaciones matrimoniales han de ser válidas por imperativo del artículo 1.328 del Código Civil, como también lo preceptúa el 96.1 del Reglamento Hipotecario.

Además, de estas capitulaciones se *tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria*, ex artículo 1.333 del Código Civil (144).

Sin embargo, la expresión *toma de razón* es un tanto ambigua, ya que las capitulaciones, en cuanto negocio que contiene las reglas generales del régimen económico matrimonial, no son un acto inscribible en sí mismas en el Registro de la Propiedad, pues éste se refiere a titularidades concretas sobre inmuebles o derechos reales pero no a normas hipotéticas.

Sólo serán, por tanto, inscribibles los capítulos, en cuanto supongan atribuciones o transmisiones de bienes o derechos inscribibles de un cónyuge a otro, al patrimonio común o a terceros.

6. Otros medios

- Por contratos traslativos entre cónyuges, al amparo del artículo 1.323 del Código Civil. Fundamentalmente, a través de una donación, que comportaría necesariamente la pérdida de la condición de gananciales

(142) AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 143.

(143) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *La sociedad de gananciales...*, cit., pág. 523.

(144) Vid.: DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.333 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadelejo, T. VXIII, Vol. 1, EDESA, Madrid, 1984, págs. 234-247; CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Comentario al artículo 1.333 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., T. II, págs. 611-612; AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, «Comentario al artículo 1.333 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., Vol. II, págs. 1560-1563, y PRETEL SERRANO, JUAN J., «La publicidad de las capitulaciones matrimoniales», en *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, T. II, CER del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, Madrid, 1998, págs. 1741-1779.

de los bienes donados, o de una compraventa, que produciría tal efecto, cuando un cónyuge le vende al otro un bien ganancial a cambio de precio acreditado o confesadamente privativo.

- Mediante un negocio jurídico de atribución patrimonial o de aportación (será objeto de examen en el apartado siguiente) (145).

D) LA RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO

1. *Supuesto general*

Una vez que se ha destruido la presunción de ganancialidad y por lo tanto está acreditada la privatividad del bien, la consecuencia es la rectificación del Registro.

Como se sabe, el efecto básico de la rectificación es la coordinación del Registro con la realidad jurídica, operada a través de la sustitución del asiento inexacto por otro nuevo y perfecto, y que lleva consigo la desaparición del riesgo que la inexactitud suponía para los titulares materiales.

Es el artículo 39 de la Ley Hipotecaria el que define la inexactitud registral, entendiéndolo por tal *todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral*.

En el ámbito de la sociedad de gananciales, la Resolución de 26 de noviembre de 1992 (BCNR, 1993, núm. 296, pág. 111) recuerda cuáles son los requisitos exigidos para que prospere la acción de rectificación del Registro (146).

El Centro Directivo determinó que, para tal rectificación, se precisa, en defecto de documentos fehacientes que prueben cumplidamente la disolución de la sociedad de gananciales al tiempo de la adquisición:

- a) *Bien el consentimiento del otro cónyuge —en tanto que cotitular registral del derecho cuyo reflejo tabular se trata de rectificar—.*

(145) García García recoge otro supuesto de cambio del carácter del bien: el error en la manifestación del estado civil del cónyuge que compra, y cita la RDGRN de 7 de abril de 1978, en la que se justifica el posterior carácter privativo del bien, acreditando el estado de soltero del comprador en el momento de la adquisición (GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M.^a, *Código de Legislación Hipotecaria...*, cit., pág. 163).

(146) En el recurso que dio lugar a dicha Resolución, se debatió sobre la posibilidad de que, si inscrito un derecho de usufructo, adquirido por uno solo de los cónyuges a favor de su sociedad de gananciales, puede posteriormente practicarse la rectificación de tal asiento, pretendida unilateralmente por el cónyuge adquirente que, al tiempo de la adquisición en cuestión, se hallaba separado de su esposa, a todos los efectos legales, y en fase muy avanzada de divorcio, por lo que dicha adquisición la efectuó con dinero de su exclusiva pertenencia.

- b) *Bien la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo directamente entablada contra él (vid. arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria) (Fundamento de Derecho 2.º).*

En el caso de que prospere la rectificación, como es obvio, el nuevo asiento sólo producirá efectos a partir de la fecha de la misma, tal y como lo especifica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria *in fine*: *En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por terceros a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.*

Por supuesto que el cónyuge titular del bien, ahora privativo, puede interponer, en el caso de que se agrediese dicho bien, una tercería de dominio que prosperará o no, pero que en ningún caso se encontrará amparada en el Registro que sigue el orden de prioridad de los asientos; de modo que los acreedores del consorcio, en tal supuesto, tendrán salvaguardados sus derechos.

2. Rectificación a petición del cónyuge no titular

Hasta aquí se han examinado, fundamentalmente, las distintas hipótesis en las que el cónyuge que adquirió el bien, y por tanto aparece como titular formal del asiento, puede variar la naturaleza de aquél, que pasará de ser presuntivamente ganancial a privativo.

Pero la doctrina (147), además, ha barajado la posibilidad de que el otro cónyuge pueda solicitar y obtener la extensión del asiento también a su nombre.

No obstante, creemos que la alteración del contenido del Registro no se puede hacer a espaldas del titular registral.

En efecto, modificar el contenido de un asiento implica:

- una alteración del título, para lo cual habrán de cumplirse los requisitos de índole sustantiva exigidos en el Código Civil y también, que es la cuestión que ahora nos interesa examinar;

(147) Giménez Duart opina en este sentido que, para no someter a estos bienes al régimen marcado en el artículo 94,3 del Reglamento Hipotecario, el cual exige, para los actos de disposición a título oneroso, que se otorguen por el titular registral con el consentimiento de su consorte o en su defecto con autorización judicial, se debe arbitrar un procedimiento, que permita al otro cónyuge, mediante simple instancia al Registrador con firma legitimada, *solicitar y obtener la extensión del asiento también a su nombre, como cotitular material que es del bien* (GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, *La adquisición y disposición...*, cit., págs. 302-303).

Sin embargo, Lacruz dice que, de todos modos, la instancia habría de serle notificada al cónyuge titular para darle la oportunidad de probar, en su caso, el carácter privativo del bien (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 380-381).

- una alteración del asiento, lo cual supone, en el orden registral, una rectificación del Registro.

Y para esta rectificación registral, como hemos dicho anteriormente, se exige el consentimiento expreso de la persona que aparezca como titular registral, o bien, la oportuna resolución judicial recaída en juicio contradictorio directamente entablado contra él (148).

Por tanto, y como también hemos tenido ocasión de manifestar con anterioridad, el cónyuge del titular registral sólo podría realizar una confesión de privatividad en favor de su consorte, ya que al tratarse de un acto por el que éste no resultaría perjudicado, lo puede llevar a cabo aquél unilateralmente.

E) PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES EN LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DE ALTERACIÓN DEL CARÁCTER DEL BIEN

Precisamente, el principal problema que se plantea, en los casos de transformación registral del carácter del bien, es el de la posible lesión de los derechos de los acreedores, dado el distinto régimen de responsabilidad que tienen los bienes gananciales y los privativos.

Para su solución, hemos de distinguir las distintas causas, a través de las que se puede operar y que acaban de ser analizadas:

1.º En el caso de que se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública, cuando modifiquen el régimen económico matrimonial mediante el otorgamiento de nuevas capitulaciones, en la hipótesis de contratos entre cónyuges o cuando estos lleven a cabo un negocio jurídico de atribución de privatividad, los acreedores podrán cobijarse en el artículo 1.317 del Código Civil (149).

Como pone de manifiesto DE LOS MOZOS (150), el concepto de modificación del régimen económico matrimonial debe interpretarse en sentido amplio, englobando en él, no sólo la hipótesis del otorgamiento de un mero pacto capi-

(148) Son numerosas las Resoluciones en las que el Centro Directivo se pronuncia en este sentido, y así, entre otras: Resolución 11 de junio de 1991 (BCNR, 1991, núm. 280, pág. 1738). Resolución de 25 de marzo de 1993 (BCNR, 1993, núm. 299, pág. 1035). Resolución de 4 de febrero de 1999 (BCNR, 1999, núm. 47, pág. 983 [vid. El comentario hecho por ROMERO CANDAU, PEDRO A. en *La Notaría*, 1999, núm. 3, págs. 237-240]), y Resolución de 5 de marzo de 1999.

(149) *La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.*

(150) DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.317 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XVIII, Vol. 1, págs. 91-97, esp. pág. 96.

tular que produzca aquella modificación, sino también, *cuando resulte indirectamente modificado en virtud del otorgamiento de contratos entre cónyuges (art. 1.323) como pueden ser las donaciones entre cónyuges (...) e incluso el dar a un bien cualquiera un carácter distinto del que le corresponde.*

Es decir, los acreedores podrán impugnar tales actos por causa de lesión de sus derechos interponiendo, según los casos, una tercería de mejor derecho o ejercitando una acción de rescisión por fraude de acreedores, en el supuesto de que pueda probarse.

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo, en sus últimos fallos, se ha mostrado bastante renuente a la hora de admitir la acción de rescisión, dado el carácter subsidiario de la misma. Y en este sentido, la STS de 17 de febrero de 1986 (*Colección Legislativa*, núm. 101, págs. 659-667) aclara que el artículo 1.317 del Código Civil implica que a los acreedores no se les puede oponer la modificación del régimen económico matrimonial, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban (151).

En definitiva, sea utilizando uno u otro de los remedios que el Derecho Común les brinda, los acreedores tienen, en estas hipótesis de variación del carácter del bien, suficiente cobertura para defender sus legítimos derechos e intereses.

2.º Si estamos ante una confesión de privatividad, el artículo 1.324 del Código Civil dispone: *Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola, no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.*

Por consiguiente, este artículo opera en una doble vertiente:

En el ámbito interno, en las relaciones entre cónyuges, despliega todos sus efectos, incluso en lo atinente a las *relaciones entre las diversas masas patrimoniales, respecto de los reintegros y reembolsos que procedan en cada caso* (art. 1.364, etc.) (152).

(151) Por su parte, la Resolución de 25 de septiembre de 1990 (BCNR, 1990, núm. 272, pág. 2716) trata también, en su Fundamento de Derecho 3.º, del posible fraude de acreedores que se puede originar en estas situaciones: (...) *las normas jurídicas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva de evitar el fraude de los acreedores, el cual, además, tiene suficiente remedio en las correspondientes acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de las normas que se hubieran tratado de eludir.*

(Vid. para este tema, el estudio jurisprudencial que hace RODRIGO GONZÁLEZ, RAQUEL, «Modificación del régimen de sociedad de gananciales en perjuicio de tercero», en BCNR, 1996, núm. 18, págs. 1723-1751, esp. págs. 1734-1742).

(152) DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.324 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XVIII, Vol. 1, págs. 168-174, esp. pág. 174.

En cambio, en el aspecto externo de las relaciones con los terceros (acreedores y legitimarios) tiene un valor limitado, pues tal confesión por sí sola no perjudicará los derechos adquiridos por aquellos, que podrán acortarla en la cuantía en que perjudique su crédito.

De modo que, cuando se utilice esta vía, para transmutar la naturaleza de un inmueble ganancial y convertirlo en privativo, la confesión, con respecto a los acreedores de la sociedad de gananciales, no tiene eficacia retroactiva y dejará incólume el carácter ganancial del bien, al que podrán agredir en el supuesto de embargo, y solicitar y obtener, en su caso, la correspondiente anotación preventiva sobre el mismo, *ex* artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario.

IV. INSCRIPCION EN EL CASO DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE APORTACION

En páginas anteriores de este trabajo (153), al comentar el artículo 1.355.1 del Código Civil, nos preguntábamos sobre la posibilidad de llevar a cabo el pacto de atribución de ganancialidad en un momento posterior al de la adquisición de los bienes y también acerca de la admisibilidad del pacto inverso de atribución de privatividad.

La solución de ambas cuestiones está muy conectada con la viabilidad o no, en nuestro ordenamiento jurídico, de los llamados *negocios jurídicos de aportación, de comunicación o de atribución patrimonial* (154), aunque estos negocios se desarrollan al margen del contexto de aquel precepto legal, como veremos.

A) DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. DIFERENCIAS CON EL PACTO DE ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA EXPRESA DE GANANCIALIDAD

Es sabido que, como consecuencia de la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, desaparece el sistema restrictivo operante con anterioridad y ahora se sanciona, como principio general, la libertad de contratación entre cónyuges consagrada en el artículo 1.323 del Código Civil.

(153) Concretamente en las páginas 22 y 23.

(154) Echevarría Echevarría denomina a estos negocios de *calificación mutable y de fijación* (ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, SANTIAGO, «La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a Juan Berchmans...*, cit., T. I, págs. 213-294, esp. pág. 249).

En la actualidad, por tanto, pueden los esposos llevar a cabo un negocio atributivo en cuya virtud el bien, que en principio era ganancial, pasa a ser privativo de uno de ellos y viceversa.

Como pone de manifiesto CABANILLAS SÁNCHEZ (155), *el hecho de estar permitidos los contratos traslativos de dominio entre cónyuges determina necesariamente que estos pueden influir en la calificación jurídica de los bienes de la sociedad conyugal al provocar desplazamientos de un patrimonio a otro (vgr., bienes gananciales se convierten en privativos o viceversa). Para producir este efecto, continúa el autor, no hace falta otorgar capitulaciones matrimoniales, sino que puede producirse mediante un contrato traslativo de dominio entre cónyuges.*

Y ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (156) establece que *en el tráfico jurídico, los cónyuges que se rijan por la sociedad de gananciales tienen en sus manos la posibilidad de obtener efectos jurídicos por procedimientos totalmente atípicos y que, encuadrados como verdaderos negocios jurídicos, no encajen sin embargo en alguno de los negocios típicos o conocidos.*

Centrándonos ya en el negocio jurídico de aportación, DELGADO RAMOS (157) lo define como *aquél en virtud del cual se produce una asignación o desplazamiento patrimonial de uno o varios bienes o derechos, desde el patrimonio de uno o ambos esposos, al patrimonio de la sociedad o comunidad conyugal que, como tal, carece de personalidad jurídica, pero sí reúne los requisitos para ser considerado un patrimonio independiente y diferenciado.*

Por su parte, OLIVARES JAMES (158) puntualiza que *la atribución abstracta de naturaleza ganancial a un bien ya fijado de antemano como privativo, tendría el carácter de un negocio de comunicación de bienes (159) o de puesta en común por voluntad de las partes, en el que el recíproco equilibrio*

(155) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Las consecuencias de la mutabilidad...*, cit., pág. 152.

(156) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, SANTIAGO, *La contratación entre cónyuges...*, cit., pág. 245.

(157) DELGADO RAMOS, JOAQUÍN, «Tratamiento fiscal de los desplazamientos patrimoniales en el régimen económico matrimonial», en *Lunes Cuatro Treinta*, 1994, núm. 149, págs. 24-30, esp. pág. 25.

(158) OLIVARES JAMES, JOSÉ M.^a, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1.324 del Código Civil», en *AAMN*, 1982, T. XXV, págs. 281-326, esp. pág. 312.

(159) De la Cámara Álvarez no se muestra partidario de calificarlo como un acto de comunicación de bienes, lo que implicaría la puesta en común de bienes pertenecientes a cada otorgante, cosa que aquí no sucede y así prefiere calificarlo como *una transmisión simplificada en la que el derecho de reembolso sustituye al precio, aunque técnicamente no se configure como contraprestación* (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL, «La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia», en *BICNG*, mayo 1986, Separata núm. 9, pág. 121).

de las prestaciones, que es causa de dichos contratos, quedaría garantizado por el obligado reembolso al cónyuge aportante del importe actualizado del bien al tiempo de la liquidación conforme al artículo 1.358.

En el ámbito jurisprudencial, la Dirección General, que se ha pronunciado en diversas Resoluciones sobre este tipo de negocios, como tendremos ocasión de analizar, ha dejado sentada en la Resolución de 11 junio de 1993 (BCNR, 1993, núm. 302, pág. 1829) en su Fundamento de Derecho 2.º la siguiente declaración:

2. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid. Resolución de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989, 7 y 26 de noviembre de 1992) que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges —y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (vid. art. 1.323 del Código Civil)—, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (vid. art. 609 del Código Civil) entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes, como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609, 1.255 y 1.274 del Código Civil) y, subsidiariamente, por la normativa general del Código Civil...

Tomando como base esta doctrina jurisprudencial, SIGNES PASCUAL (160) concluye diciendo que *la aportación de bienes a la sociedad conyugal puede configurarse, dentro de una categoría autónoma y diferenciada, como un negocio de comunicación de bienes, productor de un eficaz desplazamiento patrimonial desde el patrimonio privativo al consorcial de los cónyuges.*

Por tanto, en este tipo de negocio se produce, por la simple manifestación de los interesados, un desplazamiento o transferencia de bienes desde el patrimonio privativo de cualquiera de los esposos al ganancial o viceversa.

En efecto, aunque las definiciones que acabamos de ver se pronuncian en un sentido unidireccional al contemplar tan solo el desplazamiento patrimonial de un bien privativo al acervo ganancial, no habría inconveniente en admitir, asimismo, el desplazamiento inverso de un bien ganancial que se aportara al patrimonio privativo de los cónyuges, si bien es verdad, que esta segunda vía es mucho menos utilizada en la práctica, como veremos al examinar la jurisprudencia registral.

(160) SIGNES PASCUAL, MARIO, «La tributación de las aportaciones de bienes privativos de los cónyuges a la sociedad de gananciales», en *BICNG*, mayo 1994, págs. 1119-1129, esp. pág. 1123.

Por otro lado, el negocio jurídico de comunicación de bienes o de atribución patrimonial es una institución diversa del pacto de atribución voluntaria expresa de ganancialidad, regulado en el artículo 1.355,1 del Código Civil, aunque este último constituye uno de los pilares legales que se aducen por quienes sostienen la admisibilidad de aquél.

Como puntualiza GAVIDIA SÁNCHEZ (161) la finalidad perseguida por el artículo 1.355 del Código Civil es la de *conseguir que un bien adquirido a título oneroso ingrese en la sociedad conyugal con carácter ganancial* con independencia de cual sea la *procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*, ex artículo 1.355,1 del Código Civil.

Se parte, por tanto, de que tiene que haber una previa adquisición onerosa del bien, constante la sociedad de gananciales, por parte de uno o ambos cónyuges a un tercero (162).

En cambio, a través del negocio de aportación patrimonial, no existe una adquisición anterior, sino que su virtualidad consiste en que un bien, que ya figuraba en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges por haber sido adquirido a título oneroso o lucrativo, pasa a ser ganancial o viceversa, ya se produzca este desplazamiento patrimonial por cualquiera de los dos títulos indicados.

De modo que, en este tipo de negocios, la facultad atributiva del carácter del bien se ejercita, no coetáneamente a la adquisición, como sucede en el artículo 1.355,1 del Código Civil, sino en un momento posterior (163).

Además, la adscripción voluntaria del carácter ganancial sólo se puede verificar cuando la adquisición del bien en cuestión sea onerosa para el adquirente o para la sociedad conyugal, en el sentido de que ha de producirse una salida patrimonial. Por el contrario, el negocio jurídico de aportación puede pactarse tanto a título oneroso como gratuito.

Y fundamentalmente porque el pacto de atribución voluntaria de ganancialidad se cimenta en la voluntad de los cónyuges. Mientras que el negocio

(161) GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 121.

(162) Aunque Gavidia Sánchez no cierra la puerta a la posibilidad de incluir, dentro del referido acuerdo, los bienes que uno de los cónyuges adquiera de su consorte (GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *Ibidem*, págs. 112-113).

(163) Para la hipótesis de que el negocio jurídico de aportación consista en que un bien ganancial se desplace al patrimonio privativo de uno de los cónyuges, creemos, con Martínez Sanchiz, que a dicho negocio no le serían de aplicación los límites que el artículo 1.324 del Código Civil establece para evitar la falsedad de la confesión, ya que el negocio de atribución implica un previo reconocimiento de la ganancialidad (aunque el autor citado se refiere propiamente a la posibilidad del pacto de atribución de privatividad, tomando como base al art. 1.355,1 del Código Civil creemos que, por analogía, sería también aplicable dicha distinción con el art. 1.324 del Código Civil, al caso de los negocios jurídicos de comunicación de bienes).

(MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ. A., «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia», en *RDN*, 1986, núm. 132, págs. 7-318, esp. pág. 271).

jurídico de aportación, como todo negocio jurídico demanda la concurrencia en él de los tres elementos esenciales y, singularmente, el de la causa.

B) SU ADMISIBILIDAD EN EL ÁMBITO LEGAL Y DOCTRINAL

Una vez que tenemos enmarcado este tipo de negocio, hemos de preguntarnos sobre su admisibilidad en nuestro derecho, teniendo en cuenta que es ésta una figura de la que se está haciendo gran uso en los últimos años, y no sólo como aportación real, sino también al efecto de servir como un título inmatriculador pues es un procedimiento muy cómodo para cambiar la calificación de un bien, sobre todo, por las indudables ventajas fiscales que presenta.

Recordemos, en este sentido, que el artículo 45,1,B,3, del TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de 24 de septiembre de 1993, establece: (...) *Estarán exentas (...) 3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales.* Y en iguales términos se pronuncia el artículo 88,1,B,3 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Asimismo, la Ley de Haciendas Locales, de 30 de diciembre de 1988, en su artículo 106, I, a) establece: 1. *Están exentos de este impuesto los incrementos de valor que se manifiesten a consecuencia de los actos siguientes:*

Reproduciendo en su apartado a) lo establecido en el artículo 48,I,B,3 del TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con la diferencia de que sustituye *en pago de su haber de gananciales* por *en pago de sus haberes comunes*.

Estos artículos aparecen redactados con el mismo tenor literal que tenía el precedente precepto 48,1,B,3 del TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 30 de diciembre de 1980.

En la actualidad, por tanto, al mantenerse la exención por el legislador fiscal, no pueden plantearse dudas en cuanto a la plena aplicación de la misma a las aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad de gananciales, cuestión que en el pasado no resultaba del todo clara por la profunda transformación que el régimen jurídico del matrimonio experimenta, a raíz de la Ley 13 de mayo de 1981 (164).

(164) En efecto, cuando estaba en vigor la Ley de 30 de diciembre de 1980, se había cuestionado la pervivencia de tal exención, llegando a establecer la Subdirección General

Por lo cual, no deja de ser llamativo, una vez que el tema ha quedado zanjado en favor del establecimiento de la exención, tras la promulgación de la Ley de 24 de septiembre de 1993, que en el seno de la Comunidad Autónoma de Andalucía haya aparecido la Circular número 2 de 18 de enero de 1994 de la Dirección General de Tributos e Inspección Tributaria de la Consejería de Hacienda, estableciendo como criterios de liquidación, por lo que a esta materia se refiere, los siguientes:

1. Cuando un bien privativo pasa a integrarse en la sociedad de gananciales y la causa sea gratuita, se liquidará por donación conforme a la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, siendo sujeto pasivo el cónyuge que recibe la atribución patrimonial y por la mitad del valor de los bienes o derechos de que se trate.

2. Si la misma transmisión se realiza a título oneroso, se liquidará por el concepto de transmisión patrimonial onerosa, conforme al TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, *sin que proceda la exención prevista en el artículo 45.1,B,3.*

Sin entrar a plantearnos la conveniencia o no de la referida exención, lo cierto es que una ley sólo puede quedar sin efecto en virtud de otra disposición de igual o superior rango *ex* artículo 2.2 del Código Civil. Por tanto, en ningún caso, una circular puede derogar una ley.

Y, concretamente, la sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 20 de junio de 1995 (165), estima plenamente aplicable dicha exención y en el mismo sen-

de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Arbitrios con motivo de una consulta que le solicita la Dirección General de Tributos y Política Financiera de la Consejería de Hacienda, Economía y Planificación del Principado de Asturias, las siguientes conclusiones:

Primera: *La exención establecida en el artículo 48.1,B,3, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados no es aplicable a las aportaciones que un cónyuge realice de sus bienes propios a la sociedad de gananciales con el resultado de que los bienes aportados se conviertan en bienes gananciales de la sociedad conyugal.*

Segunda: *Esta operación de aportación deberá tributar, bien por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en concepto de negocio jurídico «inter vivos» y gratuito equiparable a la donación, o bien por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, como «transmisión patrimonial onerosa», en función de la naturaleza gratuita u onerosa que para el cónyuge que no realiza la aportación tenga la adquisición del incremento de patrimonio a que da lugar la conversión del bien propio del otro cónyuge en bien ganancial del matrimonio.*

(Consulta a la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos sobre tratamiento fiscal de las aportaciones de bienes inmuebles a la sociedad conyugal de gananciales, BCNR, 1993, núm. 302, págs. 1763-1772, esp. pág. 1770).

(165) En la sentencia se especifican las razones por las que, a juicio de la Sala, el legislador fiscal ha mantenido la exención, aún después de la reforma del Código Civil

tido se manifiestan diferentes resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía (entre otras las de 27 de marzo de 1995, 28 de octubre de 1995 y 29 de noviembre de 1996).

Pero hay que tener en cuenta que si la aportación a la sociedad conyugal no se ha hecho a título oneroso sino con carácter lucrativo, el acto tiene el concepto de una donación y como tal devenga el correspondiente impuesto de Sucesiones y Donaciones.

El Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía también se ha pronunciado en dicho sentido, entre otras, en la Resolución de 29 de junio de 1995.

Todo ello nos lleva a concluir que el negocio jurídico de aportación de bienes efectuado por los esposos a su sociedad conyugal (166), goza de la exención prevista en el artículo 45,1,B,3 del vigente TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados cuando su causa sea onerosa, ya que, si es gratuita, deberá tributar por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (167).

operada en virtud de la Ley de 13 de mayo de 1981: *Por tanto, atendiendo a la finalidad de la exención, vemos cómo de lo que se trata es de favorecer determinadas transmisiones por razones de protección de la familia y esa finalidad se cumple perfectamente al aplicarla a las aportaciones de bienes posteriores al matrimonio, ya que el negocio sigue siendo el mismo, idéntico su contenido económico e igual su finalidad de fortalecer su estabilidad y dar prosperidad a la familia, por lo que resulta completamente indiferente el que la misma se realice antes o durante el matrimonio...* (Fundamento Jurídico 2.º).

(166) Cano Reverte pone de manifiesto las situaciones de agravio comparativo que pueden surgir al no aplicar la norma, tanto a la aportación que uno de los cónyuges realice al patrimonio privativo del otro, como a las aportaciones que ambos cónyuges hagan de su patrimonio común al privativo de cualquiera de ellos, mostrándose el autor firmemente partidario de extender la exención a ambos supuestos de hecho (CANO REVERTE, JOSÉ M.ª, «Las aportaciones entre cónyuges y a la sociedad conyugal: Tributación y concordancia entre aspectos civiles y conyugales», en *BICNG*, octubre 1994, págs. 2129-2139, esp. pág. 2136).

Aunque la opinión expuesta tiene su razón de ser, pues trata de dotar con el mismo tratamiento fiscal a situaciones jurídicas semejantes, lo cierto es que con la Ley en la mano no sería viable.

De ahí que la exención se circunscriba a las aportaciones de los bienes y derechos que los cónyuges hagan a la sociedad conyugal, único acto que quedaría sujeto y exento al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

(167) Para el aspecto fiscal del negocio jurídico de aportación, vid. también: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, JOSÉ, *Los impuestos indirectos sobre el tráfico jurídico*, Bosch, Barcelona, 1990; MARTÍNEZ LAFUENTE, ANTONIO, «Notas sobre las recientes reformas del Código Civil en relación con el Ordenamiento Tributario», en *ADC* 1982, págs. 1087-1110; ARIAS VELASCO, JOSÉ, «Problemática fiscal de los trasvases patrimoniales entre cónyuges», en *RTT*, núm. 9; CARPIO GONZÁLEZ, IGNACIO, «Aportación a la sociedad de gananciales» (Conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales), en *BICNG*, mayo 1991, págs. 1177-1201; GARCÍA SERRANO, FRANCISCO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida en la sociedad de gananciales», en *BICNG*, febrero 1987, págs. 261-267, y «Aportación de bienes al matrimonio y su tributación», en *BICNG*,

Y ésta ha sido, en definitiva, la tesis que se ha impuesto también en la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía.

En efecto, el Director General de Tributos e Inspección Tributaria, en una comunicación dirigida a los Delegados Provinciales de las Consejerías de Economía y Hacienda, con fecha 12 de febrero de 1996, establece expresamente: (...) *esta Dirección General deja sin efecto las instrucciones contenidas en la letra D) de la circular 2/1994, de 18 de enero, debiendo en adelante, los órganos liquidadores aplicar la exención prevista en el artículo 45,1,B,3.º) del Texto Refundido a las aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales.*

En la órbita doctrinal son numerosos los autores que se han ocupado del negocio jurídico de aportación, vertiendo sus conclusiones a favor y en contra del mismo.

En general, los argumentos manejados con mayor profusión por los autores que se muestran favorables a su admisión pivotan en torno a la amplia libertad de contratación que a los cónyuges les reconoce el Código Civil, fundamentalmente a través de los artículos 1.323 y 1.255.

Por el contrario, sus detractores se basan para rechazarle, con uno u otros matices, en el carácter necesario de las normas de composición del patrimonio como objeto de garantía y responsabilidad frente a acreedores y legitimarios (168).

diciembre 1993, págs. 2945-2955; TORNEL GARCÍA, ANTONIO, «Tratamiento fiscal de las aportaciones de inmuebles a la sociedad de gananciales. Otro punto de vista», en *BCNR*, 1994, núm. 308, págs. 267-269; PÉREZ POLO, ENRIQUE J., «Breve consideración sobre los aspectos fiscales de la aportación de gananciales», en *BICNG*, julio 1994, págs. 1699-1716, y GARCÍA AÑOVEROS, JAIME y cols., *Manual del Sistema Tributario español*, Civitas, Madrid, 1997.

(168) Vid. además de los que ya van citados en este apartado, los siguientes autores: GARRIDO CERDÁ, EMILIO, *Derechos de un cónyuge...*, cit.; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 287; PÉREZ FERNÁNDEZ, JOSÉ M., «Suelo privativo y edificio ganancial», en *BICNG*, abril 1983, págs. 552-556; PASCUAL DE LA PARTE, CÉSAR, «La atribución de ganancialidad de un bien privativo. Una correcta interpretación del artículo 1.355 del Código Civil», en *BICNG*, diciembre 1989, págs. 2287-2294, «Atribución de ganancialidad o privaticidad de los bienes de la sociedad conyugal y su causa», en *BICNG*, febrero 1992, págs. 629-641, y «La causa, su constancia expresa o no en los negocios jurídicos de atribución de ganancialidad o privaticidad respecto de los bienes de los patrimonios conyugales, y otras consideraciones», en *BICNG*, mayo 1993, págs. 1227-1260; RAMS ALBESA, JOAQUÍN, *La subrogación real...*, cit., y «Las accesiones en la sociedad de gananciales», en *ADC*, mayo-agosto 1985, págs. 401-413; BLANQUER UBEROS, ROBERTO, «Reflexiones sobre la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de los cónyuges», en *RDN* 1981, núm. 28, págs. 7-71; DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «La nueva sociedad de gananciales», en *RDN*, 1982, núm. 121, págs. 189-260; RIVERA PONT, M.^a CONSUELO, *La atribución de ganancialidad...*, cit.; GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., *Atribución voluntaria...*, cit.; CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», en *RCDI*, 1993, núm. 614, págs. 219-234; POVEDA BERNAL, MARGARITA I.,

C) SU ADMISIBILIDAD EN LA DOCTRINA DE LA DGRN

Ya hemos adelantado que la DGRN ha tenido ocasión de emitir su posición con respecto a este tipo de negocios en varias Resoluciones.

1. *Aportación a una comunidad no personalizada (Resolución de 10 de marzo de 1989 [BCNR, 1989, núm. 255, pág. 876])*

La primera en aparecer fue la Resolución de 10 de marzo de 1989. En ella, los tres copropietarios de un solar que han construido un edificio a expensas de sus sociedades conyugales respectivas dividen horizontalmente dicho edificio y se adjudican las viviendas resultantes.

El problema surge porque uno de dichos propietarios era dueño de su parte de solar a título privativo y conviene con su esposa, en la escritura, que la vivienda que le corresponda tendrá carácter ganancial y en tal título se la asignan.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó la inscripción con carácter ganancial invocando el artículo 1.359 del Código Civil que atribuye a las edificaciones construidas durante la vigencia de la sociedad de gananciales, el mismo carácter del terreno sobre el que se levantan. En vista de lo cual, el Registrador inscribe el piso como privativo del esposo.

Recurrida la nota de calificación por el Notario autorizante y por la esposa, el Presidente de la Audiencia la confirma, pero la Dirección General la revoca alegando que a pesar del artículo 1.359 del Código Civil y aunque la

«Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», en *RCDI*, 1997, núm. 640, págs. 799-888; SOLCHAGA LOITEGUI, JOSÉ J., *Negocios jurídicos entre cónyuges*, cit.; GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «Control de legalidad y calificación: consideraciones en torno a la causa y a la representación orgánica», en *La Notaría*, 1997, núm. 1, págs. 33-46; FONSECA GONZÁLEZ, RAFAEL, «La desaparición de la accesión invertida que establecía el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil y su problemática», en *RDP*, enero 1985, págs. 32-41; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derecho de Familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989; CASTILLO TAMARIT, VICENTE J., *Aspectos parciales de la reforma del Código Civil...*, cit.; CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «La contratación entre cónyuges», en *ADC*, 1985, págs. 505-584; FERNÁNDEZ DE BOBADILLA, FERNANDO, «Titularidad dominical de las edificaciones realizadas en solar privativo con dinero ganancial», en *BICNG*, febrero 1982, págs. 317-320, y «En torno a la accesión invertida o construcción extralimitada», en *BICNG*, agosto 1982, pág. 1164, y BELDA CASANOVA, CÉSAR, «El artículo 1.357,2 del Código Civil o una forma irregular de aportación a la sociedad de gananciales», en *La Ley*, 1998, núm. 4495, págs. 1-17.

hipótesis tampoco encaja plenamente en el ámbito contemplado en el artículo 1.355 del Código Civil, dados los amplios términos en que se pronuncia el artículo 1.323 del Código Civil, son posibles *cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto* (Fundamento de Derecho 3.º).

Y considera como tal *el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características* (Fundamento de Derecho 3.º).

2. *Accesión y aportación (Resolución de 14 de abril de 1989 [BCNR, 1989 núm. 256, pág. 1111])*

El caso que ofrece la Resolución de 14 de abril de 1989 es muy parecido al anterior, aunque reviste mayor complejidad al existir un derecho de usufructo: unos padres hacen donación de la nuda propiedad a sus hijos de una parcela que se segrega de otra finca, reservándose aquellos el usufructo. Sobre la parcela construyen un edificio a expensas de sus respectivas sociedades conyugales, a continuación dividen horizontalmente el inmueble adjudicándose en pleno dominio y con carácter ganancial los pisos y el garaje.

El Registrador opone a dichas escrituras dos defectos:

- La incongruencia que supone el que los titulares de la nuda propiedad pretendan la inscripción del pleno dominio. Este defecto no fue recurrido y por tanto quedó firme.
- La imposibilidad de solicitar la inscripción de las viviendas edificadas con carácter ganancial, cuando la nuda propiedad del solar sobre el que se asientan tiene naturaleza privativa.

El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota del Registrador fundándose en que, con olvido de lo dispuesto en el artículo 1.359.1 del Código Civil, se adjudican como gananciales unos bienes privativos, sin negocio jurídico previo que legitime el cambio de su carácter.

Sin embargo, la Dirección General revoca la nota registral y el Auto presidencial, estableciendo en su Fundamento de Derecho 3.º (...) *el artículo 1.359 del Código Civil se limita a rectificar el criterio del antiguo artículo 1.404,2 del Código Civil, declarando que la edificación durante el matrimonio, por sí sola, no altera la naturaleza privativa de la finca correspondiente, pero no prejuzga, ni es su cometido hacerlo, sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca*

edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos al ganancial... El resto del contenido, así como lo que acabamos de transcribir reproduce literalmente el Fundamento de Derecho 3.º de la RDGRN de 10 de marzo de 1989.

De lo que llevamos analizado en estas dos Resoluciones, podemos extraer el siguiente resumen:

- Los supuestos de hecho que motivan ambas decisiones jurisprudenciales son prácticamente idénticos: a un bien privativo (solar) se le pretende atribuir naturaleza ganancial (obra nueva resultante y adjudicaciones de pisos de la propiedad horizontal).
- Al admitir a registración las escrituras donde se plasman, la Dirección General otorga validez al *negocio de comunicación de bienes o aportación a una comunidad no personalizada jurídicamente con categoría autónoma o diferenciada*.
- El régimen jurídico de tal tipo de negocio vendrá determinado por el que le atribuyan las partes y subsidiariamente por las normas generales de los negocios.
- Los fundamentos legales en los que la Dirección General se apoya para basar sus decisiones son los siguientes:
 - El principio de libertad de pactos consagrado con carácter general en el artículo 1.255 del Código Civil.
 - El artículo 609 del Código Civil que se refiere, como uno de los modos de adquirir la propiedad, a ciertos contratos mediante la tradición.
 - En el ámbito propio del régimen económico-matrimonial, invoca el artículo 1.323 del Código Civil para justificar cualquier desplazamiento entre los patrimonios consorciales.
- Rechaza la aplicación, a los casos cuestionados, del artículo 1.359 del Código Civil, el cual no puede impedir que se operen aquellos desplazamientos merced a la voluntad de los cónyuges (169).

(169) Chico y Ortiz, en el comentario que hace de la Resolución de 10 de marzo de 1989, se pregunta si existiría la posibilidad de que los cónyuges estipularan en capitulaciones matrimoniales un pacto en contra de lo establecido en el artículo 1.359 del Código Civil sin que fuera nulo, llegando a afirmar que en el supuesto de hecho que motiva esta Resolución existe un claro fraude de ley, pues los cónyuges, apoyándose en el artículo 1.323 del Código Civil que aparece limitado por lo preceptuado en el artículo 1.355 del mismo cuerpo legal, tratan de burlar lo dispuesto en el primer artículo mencionado (CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.ª, «Comentario a la Resolución de 10 de marzo de 1989», en *RCDI*, 1991, núm. 602, págs. 227-235, esp. págs. 227 y 230).

- Matiza el ámbito más restringido del artículo 1.355 del Código Civil (170) que posibilita sólo atribuir carácter ganancial (no privativo) a los bienes adquiridos a título oneroso (no lucrativo) constante el matrimonio (no aportados a él).
- Ambas Resoluciones, alegando los términos de la nota recurrida, se inhiben de entrar en el examen de los requisitos necesarios para que el negocio de aportación pueda producir el trasvase entre las diversas masas patrimoniales (171).

3. *Desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio privativo de un cónyuge (Resolución de 25 de septiembre de 1990 [BCNR, 1990, núm. 272, pág. 2716])*

La Resolución de 25 de septiembre de 1990 contempla, curiosamente, el supuesto inverso a los hasta ahora examinados, ya que trata del desplazamiento de un bien del patrimonio ganancial al privativo: un matrimonio, casado bajo el régimen de gananciales, pretende atribuir a un local que compran, con precio totalmente aplazado, carácter ganancial en cuanto al 40 por 100 y privativo del marido en el 60 por 100 restante. El Registrador procede a inscribir la primera porción, pero suspende en cuanto al 60 por 100 residual al no justificarse el carácter privativo de la contraprestación mediante prueba documental pública por imperativo de los artículos 1.355 del Código Civil y 95.2 del Reglamento Hipotecario.

Revocada la nota por el Auto presidencial, el Registrador recurre y la Dirección General, adoptando una decisión un tanto *salomónica*, rechaza la suspensión en cuanto está motivada por la falta de acreditación de la privatividad del precio. Pero, por otra parte, establece que *no puede accederse aún a la inscripción solicitada toda vez que la posible excepción a la norma legal que impone el principio de subrogación real, depende de la validez del negocio atributivo de privatividad cuestionado, lo cual sólo puede enjuiciarse si consta su causa que es uno de los elementos determinantes de la misma (art. 1.261 del Código Civil) así como del régimen jurídico al que queda sujeto el negocio, y que ha de ser debidamente calificada por el Registrador;*

(170) Esta matización, distinguiendo el ámbito de aplicación del artículo 1.355 del Código Civil del supuesto de hecho contemplado en la Resolución, se contiene sólo en la de 10 de marzo de 1989, en su Fundamento de Derecho 3.º

(171) *Cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida, mas la necesaria concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota de calificación (art. 117 del Reglamento Hipotecario) no permite abordar su análisis en el ahora entablado* (Fundamento de Derecho 3.º)

aparte de que la calificación del bien en este caso dependerá de la naturaleza ganancial o privativa, que tenga el primer desembolso, aún no efectuado (Fundamento de Derecho 4.º).

Aunque el eje central de esta Resolución gira en torno a la viabilidad del pacto inverso al contemplado en el artículo 1.355 del Código Civil, es decir, el pacto de atribución de privatividad (172), con respecto al cual la Dirección General aclara que los autores sostienen posiciones divergentes, al decidirse por su posibilidad, establece una serie de declaraciones que nos interesa particularmente, con relación al negocio jurídico de comunicación.

En efecto, en contra de los argumentos barajados por los autores (173) contrarios a la atribución del pacto de privatividad, el Centro Directivo proclama, por un lado, que las normas sobre la presunción favorable a la ganancialidad no se oponen a la tesis afirmativa, habida cuenta del superior principio de libertad de contratación entre cónyuges, del que el artículo 1.355 del Código Civil es sólo una aplicación particular, pero no excluye los demás supuestos de contratación entre esposos que pueden darse, *que posibilitan a éstos para, actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de su concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, por venta (vid. Resolución de 2 de febrero de 1983) permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización (arts. 609, 1.255, 1.261 del Código Civil). Así pues, admitido ese trasvase patrimonial de un bien ya ganancial, debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero...*

(172) Por tanto, el supuesto de hecho examinado en la presente Resolución no se refiere propiamente al negocio jurídico de aportación mediante el que un bien, que ya forma parte del patrimonio ganancial, se desplazaría al patrimonio privativo de cualquiera de los esposos. En cambio, en la Resolución de lo que se trata es de si los cónyuges pueden convenir, con ocasión de la adquisición de determinado bien a un tercero que ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio privativo de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación.

(173) *Se estima por unos que no es posible el pacto por el que se atribuya la condición de privativos a bienes que por el carácter común del caudal con que se adquirieron habrían de ser gananciales. En favor de esta posición pueden invocarse las siguientes razones: 1.ª Según el tenor del artículo 1.347.3 del Código Civil, tratándose de adquisiciones a costa del caudal común, el principio de subrogación real juega, salvo los supuestos de excepción previstos por la Ley, por ejemplo, ejercicio de derecho de retracto privativo bien se haga la adquisición para la comunidad, bien por uno solo de los esposos. 2.ª El interés de los acreedores de la sociedad parece exigir que no pueden asignarse a un cónyuge, en concepto de privativos, bienes que habrían de ser o son gananciales; sin que proceda la disolución de la sociedad, y si se quisiera evitar la responsabilidad solidaria y ultra vires, los cónyuges habrían de atenerse en la liquidación al rigor del beneficio de inventario. 3.ª La declaración de querer la privatividad no puede tener más alcance que la confesión de privatividad ex artículo 1.324 del Código Civil (Fundamento de Derecho 2.º).*

Por otro lado, la Dirección General establece que tampoco el interés de los acreedores puede invocarse en contra de la tesis afirmativa, por cuanto *las normas jurídicas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva de evitar el fraude de acreedores, el cual tiene su natural remedio en las acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de las normas que se hubieran tratado de eludir.*

Finalmente, en la Resolución que comentamos, se marcan los perfiles diferenciales entre el pacto atributivo de privatividad y la confesión del mismo carácter, *pues la virtualidad de ésta, a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (art. 1.324 del Código Civil) queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (vid. art. 1.324 del Código Civil) (todas estas declaraciones están contenidas en el Fundamento de Derecho 3.º).*

Vemos por tanto que, a través de esta Resolución, la Dirección General se reafirma en su postura favorable a la concesión a los cónyuges de una amplia libertad de contratación (174), posibilitada a raíz de la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981, fundamentalmente en su artículo 1.323; sin que dicha libertad pueda verse cercenada por el posible peligro de lesionar otros intereses perfectamente atendibles, cuales son los de los acreedores. En caso de que, efectivamente, se cometiera el fraude, aquellos ya disponen de los mecanismos legales adecuados para la legítima defensa de sus derechos.

Pero, además, esta Resolución es altamente reveladora, pues en ella se sugiere por primera vez, el tema de la causa como un dato esencial a tener en cuenta por el Registrador a la hora de admitir a inscripción los diversos desplazamientos patrimoniales (...) *siempre que dicho negocio conyugal (...) obedezca a una causa adecuada (...) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1.358 del Código Civil, etc.* (Fundamento de Derecho 3.º).

(174) Avila Navarro, en el comentario que hace de esta Resolución, dice que al admitirse en la misma el pacto de atribución de ganancialidad, se está facilitando a los cónyuges un camino directo para llevar a cabo sus trasvases patrimoniales, sin tener que acudir a *vías indirectas como serían la venta a un tercero que a la vez venda a uno de ellos, o la liquidación de la sociedad de gananciales con inmediata fundación de otra nueva a la que se aportaran todos los bienes menos el que se quiere transferir* (AVILA NAVARRO, PEDRO, *Comentarios de Jurisprudencia Registral, 1990-1993*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 74-75). Sin embargo, Rams Albesa en su crítica a esta misma Resolución, se muestra totalmente contrario a la posibilidad de que *los cónyuges bajo régimen de gananciales puedan, a su arbitrio, transferirse con causa lucrativa gananciales para sus respectivas masas privativas y esto con efecto «erga omnes»* (RAMS ALBESA, JOAQUÍN, «Comentarios a la Resolución de 25 de septiembre de 1990», en *CCJC*, 1991, págs. 24-31, esp. pág. 31).

4. *Donación de finca ganancial y reserva de usufructo (Resolución de 21 de enero de 1991 [BCNR, 1990, núm. 2751, pág. 433])*

Posteriormente, la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 21 de enero de 1991, basándose en la anterior y en el caso debatido en la misma —donación de fincas gananciales en nuda propiedad a la hija de un matrimonio reservándose el esposo, para sí, el usufructo conjunto y sucesivo con su esposa (175)— apartándose del tema central del usufructo conjunto y sucesivo y la alteración o no de los capítulos patrimoniales y las masas de bienes, admite incidentalmente la posibilidad de que los esposos atribuyan *carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado* (Fundamento de Derecho 4.º).

Vemos por tanto que, en esta Resolución, siguiendo la pauta marcada por la anterior, se exige también que el desplazamiento patrimonial aparezca suficientemente causalizado.

5. *Aportación y fraude de acreedores (Resolución de 7 de octubre de 1992 [BCNR, 1992, núm. 294, pág. 2857])*

En el recurso que dio origen a la Resolución de 7 de octubre de 1992, se cuestiona si es válido e inscribible el pacto por el que los cónyuges sometidos en matrimonio al régimen de sociedad de gananciales aportan a esta sociedad determinados porcentajes de fincas que habían adquirido a título gratuito y con carácter privativo.

La inscripción es denegada porque, según el Registrador, las normas del derecho familiar patrimonial son necesarias o imperativas y no les alcanza el principio de la autonomía de la voluntad (176).

(175) Presentada dicha escritura, el Registrador inscribe la transmisión, pero denegando el concepto *sucesivo* por entender que siendo las fincas gananciales, ese mismo carácter tendrá el usufructo; por ello, fallecido uno de los cónyuges donantes serían de aplicación ineludible los artículos 1.344 y 1.392 a 1.410 del Código Civil, referentes a la liquidación de esa sociedad conyugal.

El Auto presidencial confirmó la nota del Registrador, fundándose en que existe, en este caso, una donación *mortis causa* entre cónyuges.

Recurrido por el Notario autorizante, la Dirección General revoca dicho Auto y la nota considerando inscribible la escritura. Pues si el usufructo se constituyó como conjunto y se le añade la palabra *sucesivo* es para que produzca un efecto querido y no sea una simple cláusula redundante o inútil.

(La Resolución en cuestión ha sido comentada por RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Comentarios a la Resolución de 21 de enero de 1991», en *CCJC*, 1991, págs. 377-386).

(176) El Registrador expuso: *no es posible alterar la naturaleza privativa de los bienes por el carácter marcadamente imperativo que tiene en nuestro Ordenamiento el*

El Auto presidencial confirma la nota y puntualiza muy bien la distinción entre el llamado negocio jurídico de aportación y el artículo 1.355 del Código Civil, pues este último implica que ha de existir una adquisición producida durante la vigencia de la sociedad quedando excluidos, por tanto, los bienes que ya eran de pertenencia privativa de los cónyuges al comienzo de la misma.

Finalmente, la Dirección General, basándose en el artículo 1.323 del Código Civil que permite a marido y mujer transmitirse bienes y derechos y celebrar cualquier clase de contratos, admite la inscripción del referido pacto (177).

Se encuadra, por tanto, esta Resolución en la línea marcada por las anteriores a las que invoca expresamente para fundamentar su decisión.

En efecto, al igual que en ellas, utiliza como precepto clave para admitir los desplazamientos entre las diversas masas patrimoniales el artículo 1.323 del Código Civil.

Como ya advirtiera la Resolución de 25 de septiembre de 1990, establece también que nunca puede suponer un freno para la admisión de estos trasvases, la salvaguardia de los derechos de los acreedores los cuales, en caso de fraude, tienen la posibilidad de utilizar el amplio abanico de defensas legales que el ordenamiento les brinda.

Tampoco puede ser óbice que se oponga a la anterior doctrina la interpretación aislada del artículo 1.355 del Código Civil, el cual, más que suponer una excepción a la subrogación real, puede ser una manifestación concreta de nuevas reglas de libertad (178).

Como ya sucediera en la Resolución de 25 de septiembre de 1990, sobre la que ahora estamos examinando planea también el fantasma de la causa,

principio de subrogación real, como confirma la excepción acogida en el artículo 1.355 del Código Civil (Fundamento de Derecho 2.º).

(177) *Conforme al artículo 1.323 del Código Civil (...) Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la regla de libertad de contratación entre cónyuges, que el citado precepto recoge, permite la transferencia de bienes concretos entre las distintas masas de que son titulares, sin que ello suponga alteración del régimen económico conyugal ni de los criterios que estructuran el régimen de cada una de las masas patrimoniales, en cuanto centros autónomos de imputación de derechos y obligaciones. Ante estos actos traslativos, los acreedores de las distintas masas tienen, en caso de fraude, los remedios consiguientes (Fundamento de Derecho 3.º).*

(178) *Del precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil, aisladamente nada puede concluirse en contra de la anterior doctrina. Este precepto por sí, puede tener tanto carácter de excepción y como tal ser revelador de una regla general imperativa — significado que le asigna el Registrador para quien, sin embargo, no aparece clara la finalidad de esta excepción— como ser simplemente una expresión concreta que descubre nuevos principios de libertad. Son otros los preceptos del nuevo régimen económico del matrimonio con los que el artículo 1.355 del Código Civil debe ser conjugado, los que ponen de manifiesto que el precepto contenido en ellos no tiene significación de excepción sino que es manifestación de reglas de libertad (Fundamento de Derecho 4.º).*

continuándose con esa línea de causalidad iniciada por aquella Resolución (Fundamento de Derecho 5.º).

Sin embargo, al igual que hicieron las Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, alegando los términos de la nota recurrida, no aborda tan importante cuestión (Fundamento de Derecho 5.º) (179).

6. *Agrupación de fincas privativa y ganancial con posterior declaración de obra nueva: La insuficiencia de la sola declaración de voluntad para cambiar la naturaleza de los bienes (Resolución de 26 de octubre de 1992 [BCNR, 1992, núm. 295, pág. 3308])*

Y así llegamos, en este *iter* jurisprudencial, a la Resolución de 26 de octubre de 1992. En una escritura otorgada por un matrimonio se agrupan dos fincas: la una, ganancial, y la otra, privativa del marido, declarándose una obra nueva. Acogiéndose a los artículos 1.255, 1.323 y 1.355 del Código Civil, los esposos acuerdan dar carácter ganancial a la totalidad de la finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma.

En el Registro de la Propiedad se suspende la inscripción por no especificarse el negocio jurídico en cuya virtud se convierte la finca de privativa en ganancial.

El Auto presidencial, basándose en la Resolución de 14 de abril de 1989, revoca la nota del Registrador, argumentando que el pacto de ganancialidad, que es una consecuencia del artículo 1.323 del Código Civil y que ha sido reconocido por dicha Resolución, no sólo sirve para exceptuar el mecanismo de la subrogación real (art. 1.355 del Código Civil) sino que también está dotado de eficacia para excluir las demás reglas por las que el bien sería privativo aún pagándolo con bienes gananciales, como sería el caso recogido en el artículo 1.359 del Código Civil.

(179) Chico y Ortiz, en el comentario que hace de esta Resolución, dice textualmente: *tiene la habilidad de eludir el tema utilizando más que una interpretación jurídica, una interpretación administrativa de requisitos: Como cuando el Registrador en su nota —pero sí en su informe— no alude para nada a la causa de la atribución patrimonial y revocamos su nota y el Auto apelado.*

Y, desde luego, para este autor, en la nota del Registrador habría alusiones suficientemente evocadoras a la causa, como para que la Dirección General hubiese entrado a valorar la existencia o no en el caso concreto de este requisito esencial en todo tipo de negocio jurídico (en la nota del Registrador, se dice expresamente: (...) *en el supuesto de hecho calificado, no hay transmisión patrimonial alguna, ni celebración de contrato alguno, sino que lo que hay, pura y simplemente, es un acuerdo entre los cónyuges para alterar o modificar la naturaleza o el carácter que la Ley atribuye a unos bienes determinados...*) (CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.ª, «Comentarios críticos a la Resolución de 7 de octubre de 1992», en *RCDI*, 1993, núm. 616, págs. 1058-1061, esp. pág. 1060).

A pesar del respeto que el Auto del Presidente muestra con la doctrina anterior de la Dirección General, ésta resuelve revocar el Auto apelado y confirmar la nota del Registrador.

Verdaderamente, la Resolución en cuestión marca el punto de inflexión en la trayectoria que la Dirección General había sostenido, hasta ese momento, con respecto al negocio de aportación, pues es la primera que entra abiertamente en el tema de la causa.

Comienza la misma estableciendo una declaración de principios en cuanto a la coincidencia que une a Notarios y Registradores a la hora de reconocer la libertad de contratación entre los cónyuges.

Pero las discrepancias surgen en cuanto a la admisión o no del simple acuerdo de las partes como envase negocial adecuado para verificar la transformación de un bien privativo en ganancial (180).

Para dirimir dicha cuestión, el Centro Directivo no cierra el paso a los negocios de comunicación que además menciona expresamente, pero se muestra totalmente rotundo con respecto a la exigencia de la causa como uno de los requisitos esenciales que han de concurrir en todo tipo de negocio, al establecer claramente que el simple acuerdo de los cónyuges, considerando ganancial lo que antes era privativo, intentando conseguir como resultado la transferencia de un bien desde un patrimonio privativo a otra masa patrimonial (la de gananciales) que es distinta, tanto por su titularidad como por las cargas y obligaciones a que ésta afecta, *sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los «ciertos contratos» que, seguidos de tradición, constituyen el título y el modo de transmitir el dominio conforme al artículo 609 del Código Civil* (Fundamento de Derecho 2.º).

Y termina precisando que, a efectos registrales, la expresión de la naturaleza del título es obligada por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora, *pues, obviamente, no son los mismos los requisitos que se exigen para la transmisión por donación, por venta, por negocio de comunicación contra el derecho de reembolso, etc.* (Fundamento de Derecho 2.º) (181).

(180) *Están conformes el Notario y el Registrador en que es posible la transferencia de un bien desde el patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial, y únicamente disienten en si basta, para que se produzca la inscripción del acto por el que un bien privativo (un solar) pasa a ser bien ganancial, con que conste que hay acuerdo de los cónyuges para la agrupación del solar privativo con otro solar ganancial y por el que, a la vez, dan carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma* (Fundamento de Derecho 1.º).

(181) Por lo demás, Chico y Ortiz también hace referencia al principio de accesión que, en el ámbito de la sociedad de gananciales, aparece recogido en el artículo 1.359 del Código Civil y al que el Registrador de la Propiedad, en la defensa de su nota de calificación, atribuye carácter imperativo.

Las posteriores Resoluciones que se producen son una repetición, aunque con algunos matices diferenciales, de las últimamente citadas.

En ellas, la Dirección General abunda en la doctrina reiterada que venimos analizando, en el sentido de dotar de validez y eficacia al negocio jurídico de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, siempre que esté suficientemente causalizado.

7. *El negocio de aportación como negocio típico: Desvirtuación de la tipicidad mediante la expresión de la causa (Resolución de 11 de junio de 1993 [BCNR, 1993, núm. 302, pág. 1829])*

La Resolución de 11 de junio de 1993 contempla la posibilidad de inscribir un pacto contenido en una escritura de obra nueva sobre finca privativa por el cual, y con carácter previo a aquélla, el cónyuge propietario aporta la finca a la sociedad ganancial solicitándose, por tanto, que se practique la inscripción con carácter ganancial.

El Registrador de la Propiedad deniega tal inscripción oponiendo tres defectos:

- La inexistencia de causa en el negocio jurídico de aportación.
- La inexistencia de personalidad jurídica en la sociedad de gananciales, lo que imposibilita inscribir el negocio de aportación a su favor.
- La existencia de un fraude de ley pues, bajo la cobertura del artículo 1.355 del Código Civil, se pretenden burlar otros preceptos del ordenamiento jurídico: artículos 358 y 1.359,1, ambos del Código Civil.

El Auto del Presidente confirmó sólo el defecto primero de la nota del Registrador y, debido a que el Registrador no apeló el Auto, la Dirección General se limitó también a resolver únicamente sobre el primero de los obstáculos expuestos (182) confirmando el Auto apelado.

Para este autor, y aunque la Dirección General no lo establezca de manera expresa, veladamente se deduce que se adhiere a la opinión del Registrador en este punto (CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, «Comentarios críticos a la Resolución de 26 de octubre de 1992», en *RCDI*, 1993, núm. 616, págs. 1050-1052, esp. págs. 1051-1052).

Si admitimos esta opinión, el Centro Directivo se estaría apartando totalmente del criterio que para esta cuestión sostiene en la Resolución de 14 de abril de 1989 (vid. Fundamento de Derecho 3.º de la última Resolución mencionada).

(182) Rodríguez Cepeda se lamenta de que el Centro Directivo no entrase a dictaminar sobre las otras dos cuestiones planteadas por el Registrador que tocan materias tan interesantes como la naturaleza de la sociedad de gananciales y la apreciación de la intencionalidad en el fraude de ley como posible objeto de calificación registral.

Sea como fuere, lo cierto es que en esta Resolución, una vez más, el Centro Directivo se reafirma en su doctrina de dotar de plena validez y eficacia a cualesquiera desplazamientos que se operen en los patrimonios conyugales y, entre ellos, está incluido el negocio de aportación.

RODRÍGUEZ CEPEDA (183) explica, magistralmente, por qué, en ocasiones, el vehículo negocial adecuado es precisamente dicho tipo de negocio y no otras fórmulas negociales típicas, aunque utilizando uno u otras se consiga el mismo resultado.

En el caso de la compraventa, *el vendedor sería el dueño privativo del bien y el comprador el otro cónyuge, que adquiere a cambio de precio, para la sociedad de gananciales. Pero esta solución tiene dos inconvenientes: primero, que si en la realidad no hubo tal entrega de dinero a título de precio, no hay por qué inventarla; y, segundo, porque esta compraventa estaría sujeta y no exenta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.*

Si nos decidiéramos por articular el trasvase patrimonial a través de una donación, *esta solución no es viable porque —abstracción hecha del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, aún más gravoso— hace que el bien ingrese en el patrimonio privativo del donatario, en contra de la voluntad de las partes.*

Admitida por tanto, la necesidad del negocio de aportación, el escollo se presenta, como siempre, a la hora de apreciar la constancia de la causa.

Para resolverlo la Dirección General, fiel a sí misma, se muestra una vez más plenamente contundente al señalar que *la exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo* (Fundamento de Derecho 2.º).

Y continúa diciendo que la prueba palmaria de que en el caso debatido la causa no está determinada, se evidencia en las alternancias en que incurre el Notario recurrente que, si bien en el escrito inicial del recurso *estima que lo realizado es un acto de liberalidad (un acto gratuito) en que la causa es el animus donandi, en su escrito de apelación sostiene que no ha habido donación y que, en favor del aportante, ha surgido el derecho de reembolso* (Fundamento de Derecho 2.º).

Aparte de las razones aducidas en alguna Resolución (184), de venir impuesta por el principio de determinación registral y ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en

El autor dice concretamente que la postura de la Dirección General le recuerda *ciertas sentencias del Tribunal Supremo en las que, estimado un motivo de casación y anulada en virtud de ello la sentencia de la Audiencia, dicen los Magistrados que resulta innecesario el examen de los restantes motivos* (RODRÍGUEZ CEPEDA, EUGENIO, «Comentario a la Resolución de 11 de junio de 1993», en *RCDI*, 1995, núm. 628, págs. 998-1001, esp. págs. 999-1000).

(183) RODRÍGUEZ CEPEDA, EUGENIO, *Ibidem*, pág. 1000.

(184) Vid. Fundamento de Derecho 2.º de la Resolución de 26 de octubre de 1992.

toda su extensión, la exacta determinación de la causa se erige también en requisito esencial, ya que precisamente según sea aquella onerosa o gratuita, tendrá distinto alcance la protección que el Registro brinda para cada caso (185).

Al exigir la expresión concreta de la causa, la Dirección General está cerrando el paso a la presunción de existencia de la misma proclamada en el artículo 1.277 del Código Civil y, asimismo, es tajante cuando afirma que no basta deducir la liberalidad como causa, descalificando así las afirmaciones vertidas por el recurrente en su escrito inicial.

8. *La consolidación de la expresión de la causa como requisito imprescindible (Resolución de 28 de mayo de 1996 [BCNR, 1996, núm. 18, pág. 1777])*

El supuesto de hecho viene perfectamente descrito en su Fundamento de Derecho 1.º: *En el presente recurso se cuestiona si es válido e inscribible el pacto entre cónyuges casados en régimen legal de gananciales, en virtud del cual uno de ellos aporta a la sociedad conyugal la nuda propiedad de una finca y el pleno dominio de otra y una participación indivisa que había adquirido por donación en estado de soltero, mediando la aceptación del otro cónyuge.*

Al intentar inscribir la escritura pública en la que se contiene dicho pacto, el Registrador deniega la inscripción por adolecer aquella de dos defectos:

- La inclusión del negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, cuando éste no puede admitirse para alterar el carácter privativo de un bien al no estar permitido expresamente en la Ley.
- Subsidiariamente y en el supuesto de considerarse admisible tal figura, la no constancia expresa de la causa.

El Auto del Presidente estima íntegramente el recurso interpuesto por el Notario oponiéndose a los dos vicios citados y, finalmente, la Dirección General estima el recurso en cuanto al segundo de los defectos de la nota, confirmando el Auto apelado en cuanto al resto.

En esta Resolución, la Dirección General insiste concienzudamente en la postura afirmativa sustentada desde la Resolución de 10 de marzo de 1989, admitiendo el negocio jurídico de aportación y consolida la línea causalista iniciada con la Resolución de 25 de octubre de 1992 (186).

(185) *Téngase en cuenta, además, el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (vid. art. 34 de la Ley Hipotecaria) (Fundamento de Derecho 2.º).*

(186) Por lo demás, esta Resolución no aporta ninguna doctrina jurisprudencial nueva, ya que el único Fundamento de Derecho en el que resuelve la cuestión planteada es

9. *La aportación a través de capitulaciones matrimoniales (Resolución de 21 de diciembre de 1998 [BCNR 1999, núm. 45, pág. 419])*

Brevemente, los hechos que se cuestionan en esta Resolución son los siguientes: Dos cónyuges casados en régimen de separación de bienes (aunque previamente su régimen fue el de gananciales, según se desprende de la nota de calificación) otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales estableciendo de nuevo entre ellos el régimen de gananciales.

En el siguiente número de protocolo los cónyuges, en la única estipulación de la escritura, disponen que *aportan todos y cada uno de los bienes descritos a la sociedad de gananciales constituida por ambos, por lo que todos los citados bienes tienen el carácter de gananciales*.

El Registrador denegó la inscripción de la escritura de aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales por estimar que el carácter privativo o ganancial de los bienes está predeterminado legalmente en forma objetiva y por tanto es una materia sustraída a la voluntad de los cónyuges. De modo que, concluye el Registrador en su nota, no existe precepto legal alguno que autorice a los cónyuges para, con posterioridad al comienzo de la sociedad, atribuir carácter ganancial a bienes que ya eran propiedad privativa de alguno de ellos.

La DGRN, al igual que el Presidente del TSJ, dice que el defecto tal y como está formulado no puede ser mantenido: *Por una parte, el principio rector en la materia es el de la libertad de contratación entre los cónyuges (...); por otra, la aportación a la sociedad conyugal, comunicación de bienes que uno o ambos esposos realizan al consorcio ganancial, constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo de la libertad de pactos y contratos que rige entre cónyuges al igual que entre extraños...* (Fundamento de Derecho 3.º).

Sin embargo, la DGRN en este último Fundamento de Derecho, añade un segundo inciso en el que implícitamente da a entender que algo le falta al negocio para su inscripción, pero que no puede entrar en ello debido a la necesaria concreción del recurso a la nota de calificación.

Y lo cierto es que, como pone de manifiesto JOSÉ MARÍA NAVARRO VIÑUALES (187) al comentar esta Resolución, *el Registrador tenía un buen motivo para denegar la inscripción de la escritura*, ya que en este supuesto, *la cláusula de aportación no causaliza la transmisión pretendida*, por lo que, de acuerdo al criterio de la Dirección General, falta un elemento esencial del negocio.

reproducción, prácticamente literal, del Fundamento de Derecho 2.º de la Resolución de 11 de junio de 1993.

(187) NAVARRO VIÑUALES, JOSÉ M.ª, «Comentario a la RDGRN de 21 de diciembre de 1998», en *La Notaría*, 1999, núm. 1, págs. 444-447, esp. pág. 446.

10. *La causa en sentido objetivo: Ha de responder a alguna de las admitidas en los negocios conocidos en derecho (Resolución de 15 de marzo de 1999 [BCNR, 1999, núm. 48, pág. 1224])*

En esta Resolución la Dirección General vuelve a incidir nuevamente en el tema de la causa al determinar que para que pueda convertirse en privativo de uno de los cónyuges la vivienda de la familia (que pertenecía a ambos en proindiviso ordinario) no es causa suficiente la expresión *para compensar las aportaciones realizadas por el marido al matrimonio* (Fundamento de Derecho 3.º).

El contenido de la presente RDGRN viene dado por la denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de capitulaciones matrimoniales, al no expresarse en el documento calificado, el tipo de negocio que se está celebrando, cuál es su causa y el nombre conocido que tenga en Derecho.

En efecto, en dicha escritura los futuros esposos, tras pactar el régimen de absoluta separación de bienes, pretendían que determinada finca tuviera carácter privativo del marido para compensar las aportaciones realizadas por él al matrimonio, *aportando la futura esposa la mitad indivisa de la misma de la que es titular, siendo el futuro esposo titular de la otra mitad y asumiendo éste el pago de la hipoteca que queda pendiente.*

La Registradora se opone a registrar el documento en base a los defectos ya mencionados.

El Presidente del TSJ de Cataluña confirma la nota de la Registradora, y emite un Auto verdaderamente demoledor al establecer que no sólo falta en la escritura el *nomen* del negocio jurídico celebrado, sino que su contenido contractual no es reflejado de forma coherente ni jurídicamente aceptable.

Finalmente, el Centro Directivo suscribe literalmente el Auto presidencial añadiendo en el Fundamento de Derecho 2.º que *en nuestro Derecho, la causa debe resultar del título para reflejarse en la inscripción, sin que la presunción de existencia de la misma que establece el artículo 1.277 del Código Civil sea suficiente, pues del Registro no resultarían los efectos del negocio, ni se sabría en qué forma estaba protegido el titular registral.*

Confirma la DGRN, una vez más, la necesidad de que en todos los negocios, por complejos que sean, debe reflejarse con claridad la causa de la atribución patrimonial, entre otras razones, por la muy importante de saber cuál es la protección registral que debe otorgarse al negocio que se inscriba.

11. *De nuevo sobre la tipicidad de la causa (Auto del TSJ de Andalucía de 19 de febrero de 1997)*

Aunque no se trata de una Resolución, a esta serie de decisiones del Centro Directivo recaídas sobre el negocio jurídico de aportación hay que añadir el Auto del TSJ de Andalucía de 19 de febrero de 1997.

Supuesto de hecho: Se otorga escritura de capitulaciones matrimoniales por la que se acuerda que el régimen económico matrimonial que en lo sucesivo ha de regir entre los otorgantes sea el de gananciales. Además, en dicha escritura se inserta en su única estipulación el pacto por el que la esposa aporta *gratuitamente* a su nueva sociedad una vivienda privativa.

El Registrador deja a salvo el pacto de capitulaciones por el que los cónyuges otorgantes modifican el régimen económico de su matrimonio, pero en cuanto al negocio de aportación que se contiene, estima que existen defectos insubsanables y, señaladamente, la falta de expresión de la causa de dicho negocio.

El Presidente del TSJ confirma la nota del Registrador al disponer que el vocablo *gratuitamente* no puede estimarse expresivo de la causa de la atribución.

Las circunstancias de hecho que dan lugar a este procedimiento recuerdan a las que se plantean en la Resolución de 21 de diciembre de 1998, ya examinada.

Pero en el presente caso, al Registrador no se le escapa el problema medular de la cuestión, que constituye la exigencia impuesta por la Dirección General para admitir a registración este tipo de negocios: el requisito de la causa.

En efecto, el Registrador de la Propiedad emite, en defensa de su nota de calificación, un magnífico informe en el que pone el dedo en la llaga.

Por eso, merece la pena que, al menos, reproduzcamos una parte de su nota de calificación:

Se observan los siguientes defectos que impiden la inscripción: 1.º) Falta la expresión de la causa de la aportación, requisito sin el cual no hay contrato (art. 1.271 del Código Civil) y si bien, a efectos civiles sustantivos, aunque la causa no se exprese, se presume su existencia (art. 1.277 del Código Civil) a efectos de la publicidad registral, ni el mero acuerdo de los cónyuges, ni la sola afirmación de la aportante de que lo hace «gratuitamente», tienen fuerza traslativa suficientes para suplir la exigencia de la exacta y obligada especificación de la naturaleza del título, por ser presupuesto necesario para que el Registrador pueda cumplir con su obligación de calificar, ya que la capacidad de los otorgantes, la legalidad de las formas extrínsecas y la validez del acto dispositivo (art. 18 de la Ley Hipotecaria) están en necesaria relación de dependencia con el acto dispositivo mismo cuya expresión ahora se oculta; porque nuestro sistema de transmisión de

bienes es el de la teoría del título y el modo de adquirir (art. 609 del Código Civil) que continúa vigente; y, por último, porque si bien el artículo 1.274 del Código Civil, estima, como causa de los contratos de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor, falta la expresión de cuál sea el específico contrato de beneficencia, sin que seriamente pueda calificarse como tal el negocio de aportación de bienes o de comunicación de bienes a una sociedad no personalizada jurídicamente como es la sociedad de gananciales, cuya posibilidad dentro de los límites legales (arts. 609, 1.255, 1.261.3.º, 1.274, entre otros, del Código Civil) no se discute. 2.º) La falta de expresión de la causa del negocio de aportación de una parte; y, de otra, la declaración de los otorgantes de que la vivienda «en lo sucesivo tendrá tal carácter ganancial», obliga a calificar esta declaración, es decir, si lo que se pretende es, sin más, independientemente del negocio de aportación, atribuir carácter ganancial a bienes privativos. Si así fuera, el supuesto no encaja en ninguno de los preceptos del Código Civil que determinan los bienes privativos y comunes (arts. 1.346 a 1.361). Los defectos señalados se califican de insubsanables, pues su subsanación requerirá un nuevo otorgamiento sustancial.

12. *Requisitos de forma del negocio a través del cual se realiza la aportación. Negocios de aportación impropios (Resolución de 16 de enero de 1999 [BCNR, 1999, núm. 46, pág. 755] y Resolución de 26 de mayo de 1999 [BCNR, 1999, núm. 50, pág. 2133])*

En este recorrido por las RRDGRN recaídas sobre el negocio jurídico de aportación, no queremos dejar sin mencionar dos recientes resoluciones que contemplan lo que podemos calificar como negocios jurídicos de aportación anómalos.

— La primera es la Resolución de 16 de enero de 1999, que incide de una manera muy colateral en el negocio jurídico de aportación al referirse sólo a su aspecto documental.

Así, la Dirección General dice textualmente en el Fundamento de Derecho 2.º: *Sin necesidad de prejuzgar ahora si los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado están o no perfectamente definidos en todos sus aspectos (cuya exacta determinación es imprescindible para acceder a la inscripción de cualquier acto traslativo, conforme al principio de especialidad (vid. 1, 2.1.º y 9 de la LH y 51 del RH) lo cierto es que aquéllos habrán de constar en el vehículo documental idóneo, es decir, la escritura pública otorgada por los interesados (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria) en la que éstos expresan su consentimiento y no puede considerarse suplido por un acta (...).*

Pero lo que llama la atención en esta Resolución es el supuesto de hecho que se contempla ya, que aunque el Centro Directivo califique el acto expre-

samente con el nombre de negocio de aportación, en cualquier caso es un negocio de aportación atípico pues en él intervienen no sólo los esposos, sino también sus tres hijos.

En efecto, el supuesto es el siguiente: un matrimonio posee un solar ganancial, otorgan escritura pública en la que manifiestan que sobre dicho solar han construido un inmueble con dinero proveniente de la sociedad de gananciales y otra parte del caudal privativo de los hijos, quedando dueños del conjunto por cuartas e iguales partes.

Presentada en el Registro de la Propiedad se deniega la inscripción por no estar la finca inscrita a favor de los otorgantes.

Posteriormente el Notario, sin los intervinientes, autoriza un acta en la que expresa que el conjunto resultante de la obra nueva declarada queda propiedad, por cuartas e iguales partes indivisas, de los otorgantes por haberse constituido una comunidad en la que el matrimonio aportó el solar y los otros otorgantes el importe de la construcción por partes iguales.

El Registrador suspende nuevamente la inscripción por no aportarse la escritura de constitución de la comunidad.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ revoca la nota fundándose en que la constitución de la comunidad resulta de la propia escritura de declaración de obra nueva.

La Dirección General revoca el Auto y confirma la nota, pronunciándose en el sentido transcrito en el Fundamento de Derecho 2.º

— Posteriormente aparece la Resolución de 26 de mayo de 1999, que nuevamente plantea la hipótesis de construcción de vivienda sobre un solar privativo de uno de los cónyuges aportando cada uno cantidades desiguales para su construcción.

El Registrador rechaza la escritura, pues sostiene que la mera declaración de obra nueva carece de virtualidad jurídica para producir una transmisión patrimonial.

En este caso, la Dirección General, después de recordar que *en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa y la misma a efectos registrales no puede presumirse*, revoca la calificación denegatoria del Registrador al considerar que en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso (constitución de una comunidad a la que se aporta un solar privativo y se declaran así mismo aportadas cantidades desiguales por cada cónyuge) que aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido.

Como expusimos, ambas Resoluciones presentan supuestos fácticos realmente curiosos con respecto a los que cabe preguntarse si nos hallamos ante auténticos negocios de aportación.

En cuanto a la primera, porque en ella intervienen aportando bienes gananciales a una finca ganancial no sólo los cónyuges, sino también los hijos que los aportan con carácter privativo.

En la segunda, por el contrario, el elemento subjetivo está integrado sólo por los cónyuges, pero ahí termina el estereotipo, pues los esposos están casados bajo el régimen de separación de bienes y, lógicamente, el solar sobre el que se construye y las cantidades que aporta cada uno, lo son también con carácter privativo.

Finalmente, las dos Resoluciones plantean el tema de la construcción de obra nueva sobre solar ganancial y privativo respectivamente, lo cual constituye un denominador común con otras Resoluciones anteriormente examinadas pero, a diferencia de ellas, en las que ahora nos ocupan se pretende la constitución de una comunidad entre los intervinientes en el negocio, solicitándose la inscripción del conjunto resultante por iguales partes indivisas.

Sea como fuere, lo cierto es que la Dirección General, sin apartarse un ápice de la línea mantenida hasta ahora con respecto al negocio jurídico de aportación, continúa insistiendo en la necesidad de que concurra el requisito de la causa: en la Resolución de 16 de enero de 1999, al entender implícitos en dicho negocio jurídico sus elementos constitutivos, entre los que destaca con carácter esencial el de la causa. Y en la Resolución de 26 de mayo de 1999, aunque resulta un tanto parca en su fundamentación, el Centro Directivo admite expresamente como causa suficiente para operar una transmisión patrimonial, la constitución de una comunidad entre los cónyuges (188).

(188) Asimismo, la *RDGRN de 16 de octubre de 1998* (BCNR, 1998, núm. 43, pág. 3033) presenta un supuesto atípico de negocio jurídico de aportación, pues tiene lugar a raíz de la liquidación de la sociedad de gananciales para establecer el régimen de separación de bienes.

A consecuencia de la liquidación, en la escritura de capitulaciones matrimoniales de los cónyuges se reparten no sólo los bienes gananciales, provenientes de la extinta comunidad liquidada, sino también bienes privativos que se adjudican a cada uno de los esposos en forma inversa a la de su respectiva titularidad.

El Registrador suspende la inscripción de tales transmisiones *por el defecto subsanable de haberse verificado con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, transmisiones de bienes privativos al cónyuge que no es titular, debiendo expresarse la causa de tal transmisión conforme al artículo 1.275 del Código Civil*.

La Dirección General confirma la nota y el Auto apelados insistiendo, por enésima vez, en la necesidad de que en los negocios jurídicos, por complejos que sean, ha de reflejarse documentalmente su causa (Fundamento de Derecho 2.º).

Como acertadamente denuncia Navarro Viñuales, la liquidación de la sociedad de gananciales sirve de título para justificar los desplazamientos patrimoniales de los bienes que ostenten la condición de gananciales, pero no causaliza la de los privativos. *Por ello, respecto a la transmisión de los bienes privativos, se está realizando un negocio, que no es el de liquidación del consorcio matrimonial, cuya causa ha de expresarse en cumplimiento del artículo 1.275 del Código Civil*.

A través de este itinerario por la jurisprudencia registral hemos tenido ocasión de comprobar cómo la Dirección General, desde la Resolución de 10 de marzo de 1989, considerada como la pionera en esta materia, ha ido perfilando su doctrina en cuanto a la admisión a inscripción del negocio jurídico de aportación en el sentido de intensificar las condiciones de viabilidad registral, poniendo especial énfasis en el requisito de la causa constituida, en la mayoría de los casos, por el reembolso que ha de hacer una masa patrimonial a la otra (189).

Efectivamente, el Centro Directivo proclama con carácter general que no puede existir atribución económica sin causa (RDGRN 28 marzo 1983 [BCNR, 1983, núm. 190, pág. 356]).

Centrándonos en el pacto de aportación la Dirección General, en sintonía con el sistema imperante en el ordenamiento jurídico español que rechaza la posibilidad de los negocios abstractos (cfr. STS 28 de marzo de 1983 [Colección Legislativa, núm. 180 págs. 1516, 1522]), impone la exacta determinación de la causa.

Es decir, que la aportación es considerada como la consecuencia de otro negocio sin poseer virtualidad como causa suficiente que, en sí misma, justifique el desplazamiento patrimonial.

Por tanto, la expresión de la naturaleza del título es obligada al venir impuesta por el principio de determinación registral y ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en toda su extensión (cfr. Fundamento de Derecho 2.º de la RDGRN de 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, Fundamento de Derecho 1.º de la RDGRN de 28 de mayo de 1996 y Fundamento de Derecho 2.º de la RDGRN de 18 de noviembre de 1998 [BCNR, 1999, núm. 44, pág. 65]), y así practicar debidamente los asientos que procedan.

Concluye dicho autor diciendo que con respecto a esta Resolución, *la doctrina de la DG es acertada, en cuanto es consecuencia de una doble exigencia:*

— el carácter causal del negocio jurídico en nuestro ordenamiento, que obliga a expresar la causa;

— *el principio de determinación, que obliga a deslindar como diferentes lo que son negocios diferentes.*

(NAVARRO VIÑUALES, JOSÉ M.ª, «Comentario a la RDGRN de 16 de octubre de 1998», en *La Notaría*, 1998, núm. 11-12, Vol. 2, 1998, págs. 73-74, esp. pág. 74).

(189) Martínez Sanchiz se muestra crítico con esta doctrina jurisprudencial ya que, en su opinión, a aportación es un negocio jurídico familiar con una justa causa, la *causa matrimonii* o más exactamente la *causa ad sustinenda oneri matrimonii*.

Continúa precisando que la atribución de ganancialidad a un bien privativo no es un efecto, fruto de un acuerdo traslativo que necesite una causa determinada. La atribución es por sí misma una *iusta causa traditionis*: inmersión del bien en una masa de bienes destinada al sostenimiento de las cargas de la familia (MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A., *La sociedad de gananciales...*, cit., págs. 208-213, esp. págs. 211-212).

D) A MODO DE RECAPITULACIÓN

Personalmente no albergo duda alguna acerca de la posibilidad e incluso, diría yo, de la necesaria consecuencia lógica en la dinámica de la institución matrimonial, de los llamados negocios de aportación.

En efecto, el matrimonio instaura entre los esposos una plena comunidad de vida que repercute tanto en el ámbito personal como en la esfera patrimonial.

De este modo, una vez que los cónyuges se han hecho donación recíproca de lo más importante de sí mismos, que es su propia persona, su libertad, cónyuges que compartirán en la mayoría de los casos unos hijos comunes, lo más lógico es que aporten sus bienes para disfrutarlos conjuntamente (190).

Pero si de la impresión estrictamente personal pasamos al terreno jurídico, la cuestión resulta algo más complicada.

En este sentido, no podemos olvidar que, dada la actual organización del régimen económico-matrimonial, existen unas normas, incardinadas dentro de lo que se denomina régimen matrimonial primario y aplicables, sea cual fuere el sistema económico que rijan las relaciones patrimoniales de los consortes que, con independencia de cuál sea su titular, están destinadas a proteger y a vincular los bienes existentes en el matrimonio.

Se trata, por un lado, del supuesto contemplado en el artículo 1.320 del Código Civil (191) que tutela férreamente la vivienda destinada a domicilio conyugal aunque pertenezca privativamente a uno de los cónyuges.

(190) *La voluntad de compartir entre esposos que subyace y da sentido a la secular institución del matrimonio, definido clásicamente como «comunidad de vida y patrimonio». Y compartir no es más que «partir con», es decir, hacer común lo privativo* (DELGADO RAMOS, JOAQUÍN, *Tratamiento fiscal de los desplazamientos...*, cit., pág. 25).

En este sentido téngase en cuenta que, de las Resoluciones que hasta ahora se han ocupado de resolver este problema, ocho tratan precisamente de la conversión de un bien privativo en ganancial y sólo en las de 25 de septiembre de 1990 y 15 de marzo de 1990, se plantea el desplazamiento en sentido inverso: posibilidad de conversión de un bien ganancial en privativo.

Además, en la mayoría de dichas Resoluciones se aborda el asunto de la inscripción de una escritura de obra nueva, realizada a expensas del caudal ganancial, sobre solar privativo para que el conjunto resultante sea inscrito con carácter ganancial, quizá para asentar en la vivienda el domicilio conyugal.

Con lo cual, la finalidad que subyace en los negocios de atribución patrimonial de querer comunicarse los cónyuges todo lo que tienen para atender a las distintas necesidades familiares y también para gozarlo recíprocamente, no sería sólo una teoría, sino que vendría refrendada por lo que sucede en la realidad.

(191) *Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.*

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

Por otro lado, el artículo 1.318 del Código Civil (192), en su primer inciso, involucra todos los bienes existentes en el matrimonio y, por tanto, también los privativos, a cubrir los gastos que se produzcan con el fin de atender las necesidades de tipo familiar.

Con independencia de estas consideraciones, tampoco podemos desconocer que una de las directrices que impregna el régimen de la sociedad de gananciales, tras la reforma originada por la Ley de 13 de mayo de 1981, es la idea de separación de titularidades.

Esta orientación también aparece reflejada en el Reglamento Hipotecario reformado en 1982 al permitir, en los artículos 93.4 y 94.1, la inscripción de bienes a favor de uno solo de los cónyuges, aunque con carácter ganancial o presuntivamente ganancial, como tuvimos ocasión de examinar en apartados anteriores.

De ahí que la regla general sería la privatividad de los bienes, pues el artículo 1.361 del Código Civil no es más que una presunción que se establece para los casos dudosos, consecuentemente con naturaleza *iuris tantum* (193).

Este artículo es de capital importancia, sobre todo si tenemos en cuenta que, en muchos matrimonios, el patrimonio conyugal se encuentra integrado, aparte de por los emolumentos derivados del trabajo personal, exclusivamente por la vivienda familiar.

(192) *Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.*

(193) Como explica Peña Bernaldo de Quirós, el carácter de la presunción se desprende del mismo tenor literal del artículo (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, «Comentarios al artículo 1.361 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil...*, cit., págs. 679-681, esp. págs. 679 y 681).

Y en este mismo sentido se manifiesta no sólo la doctrina (vid. por todos, DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.361 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XVIII, Vol. 2, págs. 218-232, esp. pág. 219), sino también la jurisprudencia, vid. por todas la STS de 10 de julio de 1995 (*Colección Legislativa*, núm. 704, págs. 191-200) y STS de 2 de julio de 1996 (*RJ* 5550) que después de atribuirle carácter *iuris tantum*, añade que puede ser destruida por prueba en contrario, tanto a efectos civiles como registrales.

La Resolución de 21 de mayo de 1998 (*BCNR*, 1998, núm. 39, pág. 1572) recuerda que, aunque dicha presunción *puede destruirse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho (...) en el ámbito registral y a los efectos de obtener la inscripción del bien con el carácter de privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública.*

Dicha Resolución estimó no ser suficiente, para alcanzar dicha demostración, la simple manifestación del adquirente de que emplea, para su adquisición, dinero obtenido para la venta de un bien privativo que se formalizó en escritura pública y en cuya matriz consta por diligencia la reinversión del precio obtenido (Fundamentos de Derecho 1.º y 3.º).

La Resolución de 13 de febrero de 1999, ya citada, en su Fundamento de Derecho 1.º compara, en cuanto medio de prueba, la presunción de ganancialidad con la confesión de privatividad al establecer que (...) *la presunción de ganancialidad tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que*

Todos estos factores nos pueden llevar a concluir que no es deseable que se produzcan mezclas innecesarias y no contempladas legalmente respecto a los bienes de los esposos, sino que es preferible mantener, en lo posible, la separación entre las diversas masas patrimoniales.

Esta conclusión cobra especial vigor si tenemos en cuenta que, a través de esos desplazamientos patrimoniales, pueden resultar lesionados los legítimos intereses de acreedores y legitimarios.

A pesar de todo ello, continúo reafirmandome en mi idea, pues pienso que no es posible dimensionar las relaciones entre los cónyuges desde un prisma genuinamente jurídico y mercantil (194), aunque nos movamos dentro de la esfera patrimonial de éstas.

En efecto, la unión que conlleva el matrimonio es tan fuerte y tan intensa que lo personal se filtra sutilmente en el ámbito patrimonial. Por ello, ciertas reglas generales establecidas en materia de obligaciones y contratos, en la

pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge —o a ambos pro indiviso—, sino uno más de los medios de prueba (cfr. arts. 1.215 y 1.249 y sigs. del Código Civil, y téngase en cuenta el cambio de redacción de la norma, antes contenida en el anterior art. 1.407 del Código Civil, que se iniciaba con la expresión «Se reputará...»).

No obstante, hay que tener en cuenta que la confesión de privatividad *opera en la esfera interconyugal y carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1.361 del Código Civil.*

De este modo, el Centro Directivo recoge en esta Resolución la doctrina ya sancionada por la jurisprudencia reconociendo, por un lado, el carácter *iuris tantum* de la presunción de ganancialidad, como acabamos de exponer. Y además, la insuficiencia por sí sola de la confesión de privatividad para destruir dicha presunción (SSTS 2 de julio de 1996 [RJ 5550] y 18 de julio de 1996 [RJ 6474]).

Recientemente López Liz, comentando el artículo 1.361 del Código Civil expone que, la presunción recogida en el mismo ha entrado en decadencia en virtud del principio de autonomía de la voluntad consagrado en la nueva normativa, de modo que dicha presunción se ciñe, en la actualidad, a un solo supuesto: *la adquisición onerosa por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales y delarando ser privativo el precio sin acreditarlo* (LÓPEZ LIZ, JOSÉ, *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 47-67).

Y López Beltrán de Heredia se sorprende de la relativa importancia que para el Tribunal Supremo tiene la presunción de ganancialidad.

Sería muy cómodo, continúa diciendo dicha autora, utilizar esa presunción cuando exista la menor duda y, afortunadamente, no se hace siempre así: cuando se trata de decidir entre cónyuges qué bienes son privativos y cuáles son gananciales, se procura averiguar si efectivamente el bien cuestionado es privativo o ganancial, con todos los elementos de juicio que el tribunal tiene a su alcance (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 146).

(194) En esta dirección me parecen muy acertadas las palabras de Delgado Ramos cuando dice: *Los negocios jurídicos que se realizan entre esposos, por razón de matrimonio, no deben interpretarse rígidamente en clave económica, sino más bien en clave afectiva...* (DELGADO RAMOS, JOAQUÍN, *Tratamiento fiscal de los desplazamientos...*, cit., pág. 25).

esfera de la prueba, etc., pueden sufrir determinadas alteraciones para adaptarlas a la especial dinámica de la institución matrimonial.

Y una de estas hipótesis sería la del negocio jurídico de aportación.

Ciertamente, este tipo de negocios plantea muchas y muy intrincadas cuestiones, como hemos tenido ocasión de ver en páginas anteriores de este mismo trabajo: el tema de la causa, la posibilidad de extensión analógica del artículo 1.355 del Código Civil, la viabilidad del pacto de accesión invertida estipulado en contra de lo dispuesto en el artículo 1.359 del Código Civil, el fraude de ley que se puede provocar al amparo de los mismos y también el fraude de acreedores, la problemática fiscal que suscitan, etc.

Como se comprenderá, el estudio en profundidad de cada uno de estos temas excedería, con mucho, las pretensiones de este trabajo.

Por ello, sólo nos resta situarnos, una vez más, en favor de su admisión.

Es evidente que este negocio, al igual que todos los que surjan en nuestro ordenamiento jurídico, sean típicos o atípicos, ha de contar con una causa adecuada al no admitir nuestro sistema jurídico los negocios abstractos (195).

En el negocio jurídico de aportación dicha causa estará representada, en la mayoría de los casos, por el derecho de reembolso del artículo 1.358 del Código Civil, mecanismo corrector que este Texto Legal, establece para restaurar el desequilibrio patrimonial que se haya podido producir entre las diversas masas.

Este reintegro se puede originar de forma inmediata (196) o diferirse al tiempo de la liquidación de la sociedad. En ambos casos estaríamos ante una causa onerosa y, si no hubiera derecho de reembolso, la causa sería gratuita.

Ante las admoniciones que nos ponen en guardia frente a este tipo de negocios, evidentemente no podemos pecar de ingenuos e ignorar el posible fraude que esta categoría de operaciones puede envolver.

Como muy bien expone ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (197) *ni subjetiva ni objetivamente, las relaciones entre las personas casadas pueden ser absolutamente equiparables a las existentes entre extraños y en la formación de los*

(195) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991; ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, TOMÁS, *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, CEH, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997, y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 215-245.

(196) En la actualidad, la mayoría de los tratadistas se inclinan a favor de esta posibilidad de la exigibilidad inmediata del reembolso, sin tener que esperar a la liquidación. Vid. por todos, DE LOS MOZOS, JOSÉ L., «Comentario al artículo 1.358 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XVIII, Vol. 2, págs. 254-269, esp. págs. 259-266.

(197) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, SANTIAGO, *La contratación entre cónyuges...*, cit., pág. 214.

elementos del negocio jurídico interconyugal, en especial en el campo de la voluntad y de las garantías y de otras motivaciones concurrentes, la disposición psicológica y personal será totalmente favorable y exenta de dureza contractual.

Estamos totalmente de acuerdo, pero este hecho no debe llevarnos a ver fantasmas de fraude en todos los negocios que se realicen entre cónyuges sino que, como concluye el autor (198) arriba citado: *ello no justifica la prohibición en la contratación conyugal, aunque sí resulta recomendable una especial claridad en el estudio de los vicios de la voluntad, en la existencia y consistencia de la causa contractual, las múltiples variantes de una posible simulación, las disposiciones captatorias y cualquier otro hecho que predisponga a uno de los cónyuges, creando entre ellos una situación, estado o clima subjetivo que no existe entre los contratantes extraños, pero sin que, en principio, afecte a la contratación conyugal.*

Y ésta ha sido, en definitiva, la doctrina que la Dirección General ha ido cuajando en las Resoluciones estudiadas, pues si bien admite la validez de los negocios jurídicos de comunicación exige, para su inscripción, que estén específicamente causalizados, posibilitando así la adecuada función calificadora por parte del Registrador.

E) FÓRMULA PARA SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Finalmente, para terminar con el estudio del negocio de aportación, exponemos dos modelos que pueden servir para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

— CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE (199) nos ofrece el siguiente:

Pactan los cónyuges comparecientes, al amparo de los artículos 1.323, 1.355 y demás disposiciones concordantes del Código Civil y de la Legislación hipotecaria que, al efecto de extender la sociedad de gananciales entre ellos existente, y como aportación a la misma, se atribuya el carácter de ganancial al solar descrito y valorado en el ... apartado expositivo de la presente escritura, sobre el que se ha construido la obra nueva descrita en el expositivo... de la misma, y , por consiguiente, al conjunto de la finca resultante; haciendo constar que la sociedad conyugal queda deudora del

(198) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, SANTIAGO, *Ibidem*.

Recordemos que en este sentido se pronuncia también la Resolución de 25 de septiembre de 1990 en su Fundamento de Derecho 3.º

(199) PASCUAL DE LA PARTE, CÉSAR, *La causa, su constancia expresa o no...*, cit., pág. 1258.

oportuno reembolso al cónyuge aportante, mediante el reintegro del importe del bien aportado, actualizado en el momento de la liquidación de aquélla; solicitando del señor Registrador de la Propiedad la haga constar así en los libros a su cargo (o bien... «manifestando el cónyuge aportante haber quedado reembolsado, con anterioridad, del importe del bien aportado, y sin que tenga que reclamar en el futuro cosa ni cantidad alguna por tal concepto...») (200).

Asimismo, solicitan del señor Liquidador del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, la exención de la aportación de bienes y derechos que realiza el esposo-a a la sociedad conyugal, de conformidad con el artículo 48,B) 3 del TR de 30 de diciembre de 1980, y artículo 59,B) 3 de su Reglamento de 29 —diciembre— 1981; así como también la exención por lo que respecta al impuesto de Plus-Valía, según el artículo 352,b) del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986 (201).

— Otra expresión de escritura notarial de utilización frecuente como título inmatriculador (202) es la que a continuación detallamos:

DISPOSICIONES:

Primera: *Don..., APORTA a su sociedad conyugal el pleno dominio de la finca descrita, aportación que ACEPTA su esposa doña..., de modo que la finca descrita pasa a ser ganancial.*

Segunda: *La causa y contraprestación de este cambio de titularidad es el crédito que por idéntico importe tenía contra el aportante la sociedad de gananciales por la inversión de fondos comunes y el trabajo que dedicó doña... a la mejora y mantenimiento de la casa, de modo que, por esta aportación, dicho crédito queda extinguido.*

Tercera: *Se fija como valor de la aportación la cantidad de, ... PESETAS.*

Cuarta: *Se solicita de la Oficina Liquidadora la exención del Impuesto de Transmisiones y del Registro de la Propiedad de ... la inmatriculación de la casa.*

(200) Con anterioridad, dicho Notario había ensayado otra fórmula que coincidía con la que acabamos de transcribir pero omitiendo en ella la expresión de la causa, omisión que ahora se corrige a través del derecho de reembolso, como queda recogido (PASCUAL DE LA PARTE, CÉSAR, *La atribución de ganancialidad de un bien privativo...*, cit., pág. 2294).

(201) La invocación a los textos normativos hay que entenderla referida a la legislación fiscal vigente.

(202) Si bien en este punto hay que tener en cuenta que, con la entrada en vigor del Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, dada la nueva redacción del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, para inmatricular será preciso acreditar la previa adquisición de la finca que se aporta mediante documento fehaciente o por acta de notoriedad.

Para la hipótesis de que la escritura pública recogiera una aportación normal, la fórmula sería la misma pero, lógicamente, suprimiendo la referencia a la inmatriculación.

CONCLUSIONES

1. La publicidad del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales se realiza en nuestro Ordenamiento jurídico, principalmente, a través del Registro de la Propiedad, a pesar de tratarse de un registro de bienes, dado que no existe un registro de regímenes económico-matrimoniales.

De ahí la gran importancia que tiene una adecuada y precisa materialización registral de las titularidades de los bienes destinada a servir de indicador esencial en el tráfico jurídico sobre los mismos.

2. El mecanismo de la subrogación real, es decir, la necesaria correlación que tiene que haber entre el empleo de contraprestaciones gananciales para la adquisición de bienes de dicho carácter no está recogido en su forma más pura en el ámbito registral, por lo que respecta a la primera modalidad de adquisiciones contempladas en el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, esto es, las realizadas a título oneroso por ambos cónyuges para la comunidad.

En efecto, junto al carácter ganancial de la procedencia de los fondos con los que se realiza la adquisición, también se exige en el citado Reglamento para proceder a esta variedad de inscripción, que la adquisición la lleven a cabo los dos esposos manifestando que la realizan para la comunidad o utilizando otra expresión análoga.

3. La ruptura con la subrogación real, en el sentido que acabamos de apuntar, que tiene su máximo exponente en el artículo 1.355.1 del Código Civil mediante el pacto expreso de atribución de ganancialidad, aparece también recogido en el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario que admite la inscripción, con carácter ganancial, de un bien con independencia de cual sea el precio o contraprestación utilizado para realizar la adquisición.

Sin embargo, dicha posibilidad de ruptura no está contemplada en la inscripción de un bien con carácter privativo, ya que en esta hipótesis se exige que se acredite documentalmente la naturaleza privativa del precio o contraprestación.

En su defecto, a los cónyuges sólo les queda acudir, para lograr dicha inscripción, a la confesión de privatividad, con la limitación de efectos que supone, o al negocio jurídico de aportación, con la exigencia de la plasmación de una causa adecuada.

No obstante, hay que tener en cuenta que se admite tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el pacto inverso de atribución de privatividad, en cuya virtud los cónyuges atribuyen la condición de privativos a bienes que

habrían de tener carácter ganancial, y que se asimila, a efectos de inscripción, a la confesión de privatividad del precio o contraprestación.

4. El mecanismo de la subrogación real también puede ser desvirtuado cuando la adquisición la lleven a cabo ambos cónyuges y sin atribución de cuotas. En efecto, en el caso de adquisición conjunta a título oneroso, los bienes se inscriben como gananciales siendo indiferente el caudal de donde se hayan extraído los fondos para verificar dicha adquisición siempre que la misma se lleve a cabo sin atribución de cuotas, *ex* artículo 1.355.2 del Código Civil.

En realidad, lo que presume siempre el Código Civil es el carácter de los bienes y por excepción, en dicho precepto sustantivo, para definir el carácter de los bienes, lo que presume es una voluntad.

Como el Código Civil presume la voluntad favorable a la ganancialidad y esta voluntad es esencial para determinar el carácter del bien, el Reglamento Hipotecario determina, en este caso, su inscripción con carácter ganancial.

5. La inscripción de bienes gananciales, en favor de los cónyuges procedentes de un título gratuito, aparece recogida en idénticos términos en el orden sustantivo y en el reglamentario, dándose las dos modalidades de atribución presunta y expresa que se produce cuando, a pesar de no concurrir alguna de las exigencias legalmente establecidas, el donante o testador establece, no obstante, que la atribución tenga carácter ganancial.

Y el conflicto se centra, en ambos ámbitos, con respecto a dos de los extremos requeridos para poder calificar e inscribir los bienes con tal condición: la exigencia de que el donante o testador realice la disposición sin especial designación de partes y el requisito de la necesaria aceptación conjunta por parte de ambos cónyuges de la disposición así ordenada.

En cuanto al primero de los requisitos aludidos, creemos que cuando no se cumplen estrictamente todos y cada uno de los fijados en el artículo 1.353 del Código Civil y que reproduce el 93.1 *in fine* del Reglamento Hipotecario, no se puede inscribir el bien con carácter ganancial, a no ser que la voluntad del disponente así lo establezca.

La interpretación restrictiva juega aquí plenamente sin que pueda ser aplicable el criterio que, para el derecho de acrecer, establece el artículo 983.2 del Código Civil, pues estamos ante dos problemas distintos:

En un supuesto de lo que se trata es de resolver la trayectoria que ha de seguir determinada porción hereditaria, mientras que a través del artículo 1.353 del Código Civil se dilucida un tema de calificación de bienes que, en definitiva, siempre van a ir a parar a los cónyuges, ya sea con carácter ganancial o privativo.

Con independencia de la interpretación literal de la cláusula, la expresión *sin especial designación de partes*, aplicada a este tipo de adquisición, también puede significar que, en definitiva, no hayan sido ordenadas por el dis-

ponente reglas que impliquen incompatibilidad con el régimen de gananciales, como por ejemplo el supuesto en que se estableciera la forma en que ha de repartirse el bien en la liquidación.

Por lo que respecta a la necesidad de la aceptación conjunta, el artículo 1.353 del Código Civil presupone que hay aceptación por parte de ambos cónyuges, de manera que la no aceptación de uno implica que el aceptante adquiere con carácter privativo.

6. El Reglamento Hipotecario propicia la ganancialidad en las inscripciones de bienes a nombre del cónyuge adquirente para la sociedad de gananciales, con respecto a la legislación sustantiva, pues permite registrar un bien, con carácter ganancial, que no ha sido adquirido en virtud del mecanismo de la subrogación real y cuya calificación como ganancial tampoco le ha sido atribuida por el acuerdo expreso o tácito de los cónyuges.

Ahora bien, para que se opere una inscripción en tal sentido se exigen, combinadamente, ciertos requisitos de las inscripciones basadas en el mecanismo de la subrogación real: se ha de declarar, por parte del cónyuge adquirente, que la adquisición se realiza para la sociedad de gananciales, con otros procedentes de las adquisiciones que se realizan en virtud de pacto de atribución de ganancialidad, al no requerirse que los fondos invertidos en la adquisición sean gananciales.

Podemos concluir, por tanto, que nos encontramos ante una inscripción de bienes gananciales en favor de un cónyuge, híbrida entre los dos tipos de adquisiciones a título oneroso que para los bienes inscritos a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, regula el Reglamento Hipotecario, pues participa de ciertas características de una y otra.

Si bien en la actualidad, hemos de tener en cuenta que los pocos efectos atribuidos a la inscripción individual de bienes gananciales en favor de un cónyuge que la singularizaban con respecto a las inscripciones a nombre de marido y mujer, se han ido desdibujando tanto por parte de la jurisprudencia (203) como por obra del legislador.

(203) Así, en cuanto al elemento jurisprudencial, la Resolución de 21 de febrero de 1995 (*BCNR*, 1995, núm. 4, pág. 844) consideró inscribible la escritura de obra nueva ya terminada otorgada por uno solo de los cónyuges con expresa manifestación de que la construcción se había realizado a expensas de la sociedad conyugal, a pesar de constar inscrito el solar a nombre de ambos y para su sociedad de gananciales.

Basa su doctrina el Centro Directivo en que desde el punto de vista hipotecario, las obras nuevas no pasan de ser un elemento físico, una circunstancia de hecho que completa la descripción registral de la finca. En definitiva, sigue explicando la Dirección General, estamos ante un título declarativo de dominio ajeno a toda idea de administración o disposición y como, además, no supone alteración alguna en el régimen jurídico del inmueble ganancial, nada puede obstar a que la declaración sea hecha unilateralmente por uno de los titulares de la sociedad de gananciales.

En cuanto a la legislación, el artículo 178.5 del Reglamento Hipotecario autoriza al cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para cancelar por pago la hipoteca que lo garantice, incluso cuando conste también inscrita para la sociedad conyugal de aquél.

También hemos de traer a colación el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, que ha reformado diversos preceptos del Reglamento Hipotecario y, entre ellos, el artículo 144.1,4,5 atinente al embargo de bienes gananciales.

La nueva redacción dada al apartado 1.º de este artículo consagra, reglamentariamente, una constante práctica registral derivada de la doctrina jurisprudencial mantenida sobre este punto al permitir que, tanto sobre los bienes gananciales, ya estén inscritos a favor de ambos cónyuges o a nombre de uno solo para su sociedad, como sobre los presuntivamente gananciales, se puede anotar preventivamente un embargo siempre que la demanda haya sido dirigida contra ambos o, incluso, cuando estando demandado uno de los cónyuges, haya sido notificado al otro el embargo.

Igualmente se puede citar el artículo 47 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, que permite la declaración de obra nueva por un solo cónyuge, posibilidad que ya había admitido la DGRN en la Resolución ya citada de 21 de febrero de 1995.

7. Al introducir el Reglamento Hipotecario, en su última reforma sobre este punto, la variante de inscripción de un bien con carácter presuntivamente ganancial en favor de uno de los cónyuges, parece que está modalizando los bienes presuntivamente gananciales a diferencia de lo que acontece en la legislación sustantiva.

En efecto, cuando ambos cónyuges realizan la adquisición aunque no manifiesten que lo hacen para la sociedad de gananciales, la inscripción se practica, no obstante, con carácter ganancial sujetándose el inmueble al régimen propio de este tipo de bienes, en base a que aquí se suman dos presunciones: la general de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil y la presunción con respecto a la voluntad de los cónyuges dirigida a asignar al bien la condición de ganancial, *ex* artículo 1.355.2 del mismo cuerpo legal.

Pero si la adquisición la lleva a cabo uno solo de los cónyuges, el bien puede aparecer registrado con carácter ganancial o presuntivamente ganancial según que el cónyuge titular haga o no la declaración de que la adquisición se verifica para la sociedad de gananciales.

La diferencia entre inscribir un bien con carácter ganancial o presuntivamente ganancial trasciende, fundamentalmente, en el tratamiento de la partición de la herencia cuando interviene un menor o incapaz que requiere el nombramiento de un defensor judicial y en la posibilidad de la confesión posterior del carácter privativo del precio o contraprestación, ya que, el dis-

tinto régimen en cuanto a la inscripción de los actos de disposición a título oneroso, *ex* artículos 93.2 y 94.3 del Reglamento Hipotecario queda salvado, pues es admisible la inscripción de la disposición del cónyuge no titular aunque sea con consentimiento del que sí aparece como titular registral.

Este criterio se ha visto confirmado normativamente por la reforma del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario, que permite anotar un embargo sobre un bien ganancial o presuntivamente ganancial, bastando con demandar a uno cualquiera de los cónyuges, aunque no sea el titular registral y notificar al otro; y no olvidemos que el embargo lleva consigo el riesgo de una enajenación.

En cualquier caso, este diverso tratamiento que singulariza a este tipo de asientos se justifica porque en ellos hay un cónyuge preterido cuya manifestación de voluntad puede concretar la inscripción en favor de uno u otro carácter del bien: confirmando su ganancialidad o confesando su privatividad.

8. Para variar la naturaleza de un bien que tenga carácter ganancial o presuntivamente ganancial y convertirlo en privativo, el Reglamento Hipotecario admite dos vías: la justificación del carácter privativo del precio o contraprestación y la confesión de privatividad.

En cuanto al primer sistema, el acceso al Registro de bienes con carácter privativo a través de la justificación, mediante prueba documental pública de la naturaleza privativa del precio o contraprestación, resulta sumamente difícil.

Ello se debe, fundamentalmente, a que el ámbito registral no es el terreno idóneo para que queden probados ciertos hechos, dado lo limitado de la calificación por parte del Registrador, que no es la instancia adecuada para proceder a dicha comprobación.

Y, sin embargo, incongruentemente se le exige, en este tipo de inscripciones, que decida sobre el carácter de ciertos bienes en su calificación, a pesar de no tener a su alcance los medios de prueba requeridos para ello.

9. Por el contrario, la inscripción de bienes con carácter privativo, como consecuencia de la confesión del otro cónyuge, no ofrece ninguna dificultad en cuanto a su reflejo registral.

Lo que sí resulta claro es que el Reglamento Hipotecario separa netamente, en cuanto a su régimen y efectos, estas dos clases de inscripción de bienes privativos.

Así se gradúan, con distinta intensidad, los dos tipos de asientos: por un lado, están los bienes privativos cuya naturaleza ha quedado patentizada mediante el carácter privativo del precio o contraprestación que producen una plenitud de efectos y, por otro lado, existen los bienes privativos confesados que presentan, a cambio de una mayor facilidad para su acceso al Registro, ciertas restricciones y limitaciones de efectos: necesidad de que presten su consentimiento los herederos forzosos del cónyuge confesante para realizar

actos de disposición después de su fallecimiento, *ex* artículo 95,4 y reducción del ámbito en el que puede operar la confesión posterior a la inscripción a favor de un cónyuge con carácter presuntivamente ganancial, *ex* artículo 95,6, ambos del Reglamento Hipotecario. Si bien parece que, no obstante, debería brindarse tal posibilidad, al cónyuge del titular de los bienes inscritos a su favor para la sociedad de gananciales mediando el consentimiento del titular registral ya que, al no realizar la confesión dicho titular, la doctrina de los actos propios queda incólume.

10. La posición de los acreedores con respecto a los bienes que integran la sociedad de gananciales, tanto si se trata de bienes particulares como si son comunes, creemos que está suficientemente garantizada.

En efecto, por un lado cuentan con el recurso general, para todo tipo de bienes, de los reintegros y reembolsos regulados en el artículo 1.358 del Código Civil.

Asimismo gozan de la protección genérica, al poder utilizar la amplia gama de recursos y acciones que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en la hipótesis de que sus derechos se vean afectados: ejercitar una tercería de mejor derecho o interponer, según los diversos supuestos, una acción de rescisión por fraude, una acción de simulación, una acción de nulidad o de anulabilidad.

Finalmente, si se trata de acreedores privativos pueden acogerse a la ventajosa vía que les ofrece el artículo 1.373 del Código Civil al permitirles agredir, incluso, los bienes gananciales bajo determinadas condiciones que el precepto especifica.

Desde el extremo opuesto, los acreedores gananciales pueden perseguir los bienes privativos de los cónyuges cuando se trate de créditos originados para subvenir a las cargas del matrimonio, *ex* artículo 1.318 del Código Civil.

Y esta idea aparece con más pujanza en la última reforma operada en el Reglamento Hipotecario a raíz del Real Decreto de 4 de septiembre de 1998.

Así, en la nueva redacción dada al artículo 144.1,4 y 5 del Reglamento Hipotecario, se facilita a los acreedores, como expusimos, la anotación preventiva del embargo sobre bienes gananciales o presuntivamente gananciales y sobre la vivienda habitual al suprimir, respectivamente, la demanda conjunta bastando ahora con que el embargo se notifique al otro cónyuge, *ex* artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario y la exigencia de la notificación al cónyuge del titular de la vivienda habitual embargada, a no ser que se haya consignado tal carácter en el Registro, *ex* artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario.

Finalmente, la liquidación de los bienes gananciales no perjudica en modo alguno a los acreedores, *ex* artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil.

11. La unidad patrimonial, latente en el régimen económico de la sociedad de gananciales, se pone especialmente de manifiesto en la hipótesis del negocio de aportación.

A través de las diferentes situaciones que han sido objeto de las decisiones de la jurisprudencia hipotecaria, hemos tenido ocasión de comprobar cómo los supuestos de hecho contemplados obedecen, la mayoría de las veces, a la voluntad de los esposos de poner en común bienes que, de otro modo, ingresarían en el patrimonio particular de uno u otro. Efectivamente, en las Resoluciones DGRN se ve cómo el objetivo más frecuente que en él se persigue es el de dar carácter ganancial a la obra nueva construida en solar privativo.

Pero hay que tener en cuenta que no es ésta la única finalidad que se le asigna a dicho negocio ya que también se emplea para pasar bienes del patrimonio privativo de un cónyuge al patrimonio privativo del otro, mediante su aportación a la sociedad de gananciales, otorgamiento posterior de escritura de separación de bienes y adjudicación del bien en cuestión al otro cónyuge.

Y además hay otro objetivo: la inmatriculación de fincas. Especialmente, con la entrada en vigor del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, después de su última reforma, puede acudir al negocio de aportación como título previo acreditativo de la adquisición de la finca por el transmitente para la inmatriculación, *ex* artículo 298,1, 2 del Reglamento Hipotecario.

Indudablemente la gran eclosión que en los últimos años se ha producido respecto de estos negocios se debe a su bonanza fiscal, al estar exentos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a lo que hay que añadir otra ventaja más: el carácter íntimo que reviste la operación al pactarse exclusivamente entre cónyuges.

Finalmente, la admisión de los mismos es un reflejo de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación que a los cónyuges se les reconoce en las últimas reformas llevadas a cabo en el ámbito del Derecho de familia.

De este modo, las diversas masas patrimoniales que pueden concurrir en el régimen económico de la sociedad de gananciales se liberalizan, ganan autonomía haciendo posible la comunicación y el trasvase entre las mismas.

EPILOGO

De todo lo dicho se puede concluir que una institución tan compleja como es la sociedad de gananciales no puede quedar concentrada, en cuanto al régimen de sus bienes objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, en unos escasos artículos del Reglamento Hipotecario.

Si a ello unimos el intento, por parte del legislador, de que el Registrador defina el carácter de ciertos bienes con la limitación que tiene para poder comprobar ciertos hechos, la situación se agrava considerablemente.

Además, de lo que llevamos analizado también se puede colegir que en la actualidad parece que se propende a borrar las diferencias existentes entre las inscripciones conjuntas y las individuales de bienes gananciales.

Aunque, curiosamente, esta finalidad se ha pretendido conseguir desde dos posiciones diametralmente opuestas.

Así, tanto en el ámbito legal como en el de la jurisprudencia registral, parece que se respaldan las actuaciones individuales de los cónyuges sobre los bienes gananciales, incluso aunque ambos figuren como titulares registrales.

Desde el extremo opuesto, ya vimos cómo se ha sostenido que los bienes gananciales siempre han de constar inscritos a nombre de los dos cónyuges. Y como una consecuencia derivada de esta premisa, el Reglamento Hipotecario incurriría en un notable error al permitir los actos unilaterales de administración.

Claro que, en la práctica, lo más aconsejable para evitar problemas es que la escritura pública donde se recoja el negocio adquisitivo, se redacte con total claridad y en sintonía con la verdadera voluntad de los cónyuges, porque hoy por hoy y con el Reglamento Hipotecario en la mano, las diferentes formas de inscripción determinan un distinto tratamiento jurídico de los bienes.

Pero en la duda, el ordenamiento sustantivo ha de prevalecer sobre el reglamentario en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 1,2 del Código Civil. En este sentido, la RDGRN, ya citada, de 13 de febrero de 1999, establece taxativamente en su Fundamento de Derecho 6.º que *el Registrador de la Propiedad debe observar las normas de rango reglamentario en tanto no resulte que fueren claramente contradictorias a la norma legal que tratan de desarrollar*.

Quizá los problemas y divergencias apuntadas, que pueden surgir entre los distintos tipos de inscripción, se podrían sortear si el Reglamento Hipotecario hubiera optado por inscribir el inmueble para la sociedad conyugal, aunque no tenga personalidad jurídica, por analogía con lo dispuesto en el nuevo artículo 11 del Reglamento Hipotecario que permite la inscripción de ciertas entidades sin dicha personalidad, formada por don y doña que están en régimen de gananciales.

BIBLIOGRAFIA

- ALCAÍN MARTÍNEZ, ESPERANZA: *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: «Comentario al artículo 1.333 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1560-1563.
- ARIAS VELASCO, JOSÉ: «Problemática fiscal de los trasvases patrimoniales entre cónyuges», en *RTT*, núm. 9.
- AVILA ALVAREZ, PEDRO: «Inscripción de bienes ausentes de los cónyuges y de la sociedad conyugal», en *RCDI*, 1983, núm. 555, págs. 273-312.

- *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, CEH del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985.
- «Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1987, núm. 578, págs. 27-45.
- AVILA NAVARRO, PEDRO: *Comentarios de Jurisprudencia Registral, 1990-1993*, Bosch, Barcelona, 1994.
- BELDA CASANOVA, CÉSAR: «El artículo 1.357.2 del Código Civil o una forma irregular de aportación a la sociedad de gananciales», en *La Ley*, 1998, núm. 4495, págs. 1-17.
- BLANQUER UBEROS, ROBERTO: «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», en *RDN*, 1981, núm. 28, págs. 7-71.
- «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales, alcance, modalidades y excepciones», en *AAMN*, 1982, T. XXV, págs. 43-142.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: «La contratación entre cónyuges», en *ADC*, 1985, págs. 505-584.
- «Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código Civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, T. V, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1988, págs. 83-154.
- «Comentario al artículo 1.328 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 605-607.
- «Comentario al artículo 1.333 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 611-612.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. II, Aranzadi, Pamplona, 1983.
- CANO FERNÁNDEZ, EMILIANO: «Un tema de oposición», en *RCDI*, 1983, núm. 558, págs. 1259-1276.
- CANO REVERTE, JOSÉ M.^a: «Las aportaciones entre cónyuges y a la sociedad conyugal: Tributación y concordancia entre aspectos civiles y conyugales», en *BICNG*, octubre 1994, págs. 2129-2139.
- CANO TELLO, CELESTINO A.: *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 1981.
- CARPIO GONZÁLEZ, IGNACIO: «Aportación a la sociedad de gananciales (Conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales)», en *BICNG*, mayo 1991, págs. 1177-1201.
- CASTILLO TAMARIT, VICENTE J.: «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedad de gananciales», en *RDN*, 1983, núm. 121, págs. 7-47.
- CASTRO LUCINI, FRANCISCO: *Temas de Derecho de Familia*, AGISA, Madrid, 1989.
- CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a: «Comentarios críticos a la Resolución de 10 de marzo de 1989», en *RCDI*, 1991, núm. 602, págs. 227-235.
- «Comentarios críticos a la Resolución de 7 de octubre de 1992», en *RCDI*, 1993, núm. 616, págs. 1058-1061.
- «Comentarios críticos a la Resolución de 26 de octubre de 1992», en *RCDI*, 1993, núm. 616, págs. 1050-1052.
- «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», en *RCDI*, 1993, núm. 614, págs. 219-234.

- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL: «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986, T. 39, págs. 339-353.
- «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», en *BICNG*, mayo 1986, Separata núm. 9.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ L.: «La nueva sociedad de gananciales», en *RDN*, 1982, núm. 121, págs. 189-260.
- «Comentario al artículo 1.317 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadalejo, T. XVIII, Vol. 1, EDER-SA, Madrid, 1984, págs. 91-97.
- «Comentario al artículo 1.324 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadalejo, T. XVIII, Vol. 1, EDER-SA, Madrid, 1984, págs. 168-174.
- «Comentario al artículo 1.333 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadalejo, T. XVIII, Vol. 1, EDER-SA, Madrid, 1984, págs. 234-247.
- «Comentario al artículo 1.347 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadalejo, T. XVIII, Vol. 2, EDER-SA, Madrid, 1999, págs. 144-196.
- «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadalejo, T. XVIII, Vol. 2, EDER-SA, Madrid, 1999, págs. 227-231.
- «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadalejo, T. XVIII, Vol. 2, EDER-SA, Madrid, 1999, págs. 239-246.
- «Comentario al artículo 1.358 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadalejo, T. XVIII, Vol. 2, EDER-SA, Madrid, 1999, págs. 254-269.
- «Comentario al artículo 1.361 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albadalejo, T. XVIII, Vol. 2, EDER-SA, Madrid, 1999, págs. 283-300.
- DELGADO RAMOS, JOAQUÍN: «Tratamiento fiscal de los desplazamientos patrimoniales en el régimen económico matrimonial», en *Lunes Cuatro Treinta*, 1994, núm. 149, págs. 24-30.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1996.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS/GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1997.
- ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, SANTIAGO: «La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VII, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, págs. 213-294.
- FERNÁNDEZ DE BOBADILLA, FERNANDO: «Titularidad dominical de las edificaciones realizadas en solar privativo con dinero ganancial», en *BICNG*, febrero 1982, págs. 317-320.

- «En torno a la accesión invertida o construcción extralimitada», en *BICNG*, agosto 1982, pág. 1164.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, MARÍA DEL CARMEN: *La cogestión de los bienes gananciales*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- FONSECA GONZÁLEZ, RAFAEL: «La desaparición de la accesión invertida que establecía el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil y su problemática», en *RDP*, enero 1985, págs. 32-41.
- GARCÍA AÑOVEROS, JAIME y cols.: *Manual del Sistema Tributario español*, Civitas, Madrid, 1997.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M.^a: *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, 1990.
- *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA SERRANO, FRANCISCO: «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida en la sociedad de gananciales», en *BICNG*, febrero 1987, págs. 261-267.
- «Aportación de bienes al matrimonio y su tributación», en *BICNG*, diciembre 1993, págs. 2945-2955.
- GARRIDO CERDÁ, EMILIO: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», en *AAMN*, 1982, Vol. XXV, págs. 145-176.
- «La sociedad de gananciales y las donaciones de bienes de naturaleza ganancial», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VII, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, págs. 247-290.
- «Los gananciales: Teoría general. Los negocios para la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes», en *Cuadernos Notariales*, núm. 8, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M. y cols.: *La disolución de la sociedad conyugal*, Reus, Madrid, 1985.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V.: *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GIMÉNEZ DUART, TOMÁS: «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *RCDI*, 1982, núm. 548, págs. 117-144.
- «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», en *AAMN*, 1986, T. XXVIII, págs. 233-364.
- «Control de legalidad y calificación: consideraciones en torno a la causa y a la representación orgánica», en *La Notaría*, 1997, núm. 1, págs. 33-46.
- GIMÉNEZ SANJUÁN, JOSÉ: «La prueba, a efectos registrales, de la privatividad del dinero en los casos de reinversión, durante la sociedad de gananciales», en *BIRG*, 1996, núm. 45, págs. 83-95.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L.: «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario», en *AAMN*, 1985, T. XXVI, págs. 335-355.

- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L. y cols.: *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1990.
- *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1997.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS: «La publicidad del régimen económico del matrimonio», en *RDP*, 1984, págs. 362-373.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN: *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LÓPEZ LIZ, JOSÉ: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, Bosch, Barcelona, 1998.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M.: «Subrogación real», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6387-6388.
- MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO: «Sociedad de gananciales y sociedad civil», en *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Academia Sevillana del Notariado, EDESA, Madrid, 1989, págs. 301-331.
- MARÍN PADILLA, M.^a LUISA: «Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia», en *RCDI*, 1978, núm. 527, págs. 717-773.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS: *El nuevo Derecho de Familia*, T. II [el autor], Madrid, 1981.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, ANTONIO: «Notas sobre las recientes reformas del Código Civil en relación con el Ordenamiento Tributario», en *ADC*, 1982, págs. 1087-1110.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, JOSÉ A.: «Casos dudosos de bienes gananciales y privativos», en *AAMN*, 1985, T. XXVI, págs. 359-404.
- «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia», en *RDN*, 1986, núm. 132, págs. 7-318.
- «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en la obra de ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, T. VI, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 175-230.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, JOSÉ: *Los impuestos indirectos sobre el tráfico jurídico*, Bosch, Barcelona, 1990.
- NAVARO VIÑUALES, JOSÉ M.^a: «Comentario a la RDGRN de 16 de octubre de 1998», en *La Notaría*, 1998, núm. 11-12, Vol. 2, págs. 73-74.
- «Comentario a la RDGRN de 21 de diciembre de 1998», en *La Notaría*, 1999, núm. 1, págs. 444-447.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, ANTONIO: *Deudas y sociedad de gananciales*, Colex, Madrid, 1997.
- OLIVARES JAMES, JOSÉ M.^a: «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1.324 del Código Civil», en *AAMN*, 1982, T. XXV, págs. 281-326.
- PASCUAL DE LA PARTE, CÉSAR: «La atribución de ganancialidad de un bien privativo. Una correcta interpretación del artículo 1.355 del Código Civil», en *BICNG*, diciembre de 1989, págs. 2287-2294.
- «Atribución de ganancialidad o privaticidad de los bienes de la sociedad conyugal y su causa», en *BICNG*, febrero de 1992, págs. 629-641.
- «La causa, su constancia expresa o no en los negocios jurídicos de atribución de ganancialidad o privaticidad respecto de los bienes de los patrimonios conyugales y otras consideraciones», en *BICNG*, mayo de 1993, págs. 1227-1260.
- PAU PEDRÓN, ANTONIO: «El acta de inscripción», en *RDCI*, 1999, núm. 650, págs. 9-26.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derecho de Familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- «Comentario al artículo 1.347 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 644-648.
- «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, págs. 667-669.
- «Comentario al artículo 1.361 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, págs. 679-681.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, JOSÉ M.: «Suelo privativo y edificio ganancial», en *BICNG*, abril de 1983, págs. 552-556.
- PÉREZ POLO, ENRIQUE J.: «Breve consideración sobre los aspectos fiscales de la aportación de gananciales», en *BICNG*, julio de 1994, págs. 1699-1716.
- POVEDA BERNAL, MARGARITA I.: «Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», en *RCDI*, 1997, núm. 640, págs. 799-888.
- PRETEL SERRANO, JUAN J.: «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 660-664.
- «Comentario al artículo 1.354 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 664-666.
- «Comentario al artículo 1.357 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 662-675.
- «La publicidad de las capitulaciones matrimoniales», en *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, T. II, CER del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, Madrid, 1998, págs. 1741-1779.
- RAMS ALBESA, JOAQUÍN: «La subrogación real en la sociedad de gananciales», en *RDN*, 1984, núm. 125-126, págs. 296-351.
- «Las accesiones en la sociedad de gananciales», en *ADC*, mayo-agosto de 1985, págs. 401-413.
- «Comentarios a la Resolución de 25 de septiembre de 1990», en *CCJC*, 1991, págs. 24-31.
- RIVERA PONT, M.^a CONSUELO: «La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», en *RCDI*, 1983, núm. 559, págs. 1413-1434.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: «Comentarios a la Resolución de 21 de enero de 1991», en *CCJC*, 1991, págs. 377-386.
- ROCA-SASTRE, RAMÓN M.^o/DE MOLINA JUYOL, JUAN: *Jurisprudencia Registral*, Vol. VI, Bosch, Barcelona, 1953.
- ROCA-SASTRE, RAMÓN M.^o/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS: *Derecho Hipotecario*, T. VI, Bosch, Barcelona, 1996.
- RODRIGO GONZÁLEZ, RAQUEL: «Modificación del régimen de sociedad de gananciales en perjuicio de tercero», en *BCNR*, 1996, núm. 18, págs. 1723-1751.
- RODRÍGUEZ BOIX, F.: «Comentario a la Resolución de 13 de febrero de 1999», en *La Notaría*, 1999, núm. 3, págs. 274-276.
- RODRÍGUEZ CEPEDA, EUGENIO: «Comentario a la Resolución de 11 de junio de 1993», en *RCDI*, 1995, núm. 628, págs. 998-1001.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX: *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Hesperia, Jaén, 1981.
- «Adquisiciones privativas. Justificación del carácter del precio o contraprestación», en *BCNR*, 1982, núm. 178, págs. 318-321.
- ROMERO CANDAU, PEDRO A.: «Comentario a la Resolución de 4 de febrero de 1999», en *La Notaría*, 1999, núm. 3, págs. 237-240.
- «Comentario a la Resolución de 5 de marzo de 1999», en *La Notaría*, 1999, núm. 4, págs. 198-201.
- SANZ VIOLA, ANA M.^a: «La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado», en *RCDI*, 1987, núm. 583, págs. 1753-1763.
- SIGNES PASCUAL, MARIO: «La tributación de las aportaciones de bienes privativos de los cónyuges a la sociedad de gananciales», en *BICNG*, mayo 1994, págs. 1119-1129.
- SOLCHAGA LOITEGUI, JOSÉ J.: «Negocios jurídicos entre cónyuges», en *Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores*, dirigido por San Román Moreno, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 122-156.
- TORNEL GARCÍA, ANTONIO: «Tratamiento fiscal de las aportaciones de inmuebles a la sociedad de gananciales. Otro punto de vista», en *BCNR*, núm. 308, págs. 267-269.
- TORRALBA SORIANO, VICENTE: «Comentario al artículo 1.347 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1603-1613.
- «Comentario al artículo 1.353 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1619-1626.
- «Comentario al artículo 1.354 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1626-1629.
- «Comentario al artículo 1.355 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1629-1636.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Régimen económico del matrimonio*, EDESA, Madrid, 1982.
- ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, TOMÁS: *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, CEH del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997.

M.^a ASCENSIÓN MARTÍN HUERTAS
Universidad de Sevilla

La función judicial en el recurso contra la calificación del Registrador

SUMARIO: 1. EL SISTEMA IMPUGNATORIO DE LAS NOTAS DE CALIFICACION.—2. HISTORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO.—3. LA TUTELA JUDICIAL EN EL RECURSO GUBERNATIVO: A) SU OBLIGADA ADMISIÓN. B) COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. C) OTROS SILENCIOS LEGALES: COMPETENCIA FUNCIONAL, PROCESO ADECUADO Y LEGITIMACIÓN.—4. LA DECISION GUBERNATIVA DEL PRESIDENTE DEL TSJ (CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD, DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD JURÍDICA): A) PLANTEAMIENTO: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 7.ª LOPJ. B) LA REFORMA DEL RH EN 1998. C) ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, JURÍDICO-MATERIAL. D) POSIBLES SOLUCIONES (DE «LEGE FERENDA»). E) SUBSIDIARIO AUTO DECLINATORIO DE JURISDICCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TSJ.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

— **JOSE MATEO DIAZ.**—«La desjudicialización de la contratación privada y el recurso gubernativo». Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Registro y Seguridad Jurídica, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (CRPME) los días 9 y 10 de mayo de 1994 y publicada en el libro *La calificación registral*, CRPME, edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gállico, Editorial Civitas, 1996, págs. 1829-37, tomo II.

— **JESUS GONZALEZ PEREZ.**—«El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad». *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Editora Nacional, Madrid 1979, págs. 584- 641. Publicado también en *La calificación registral*, cit., págs. 1837-1889, tomo II.

— **RAMON DE LA RICA Y ARENAL.**—«Recurso gubernativo contra la calificación registral», en *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, segunda y última parte ICNRPE, Madrid 1949, págs. 173-201, y publicado también en *La calificación registral*, cit., págs. 1889-1909, tomo II.

— **JOAN VERGER GARAU.**—«En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles», artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho inmobiliario (RCDI)*, enero-febrero 1993, núm. 614, págs. 56-82, y recogido también en *La calificación registral*, cit., págs. 1909-1933, tomo III.

— **FRANCISCO JAVIER GOMEZ GALLIGO.**—«Procedimiento registral y modo de llevar el Registro (calificación, recurso gubernativo, libros)», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre*, publicado por el Centro de Estudios Registrales del CRPME, Madrid 1998, págs. 147-178.

— **ELADIO BALLESTER GINER.**—«La unificación de los recursos gubernativos contra la calificación del Registrador», artículo publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)* número 534, año 1979, pág. 1073.

— **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO.**—«Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXII, pág. 506. EDESA.

— **JOSE MANUEL GARCIA GARCIA.**—«La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario». Artículo que recoge el texto de dos conferencias pronunciadas, una en Madrid, en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y otra en Barcelona, en la Delegación de los Registradores en Cataluña, en el mes de mayo de 1994, y que fue publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 625, noviembre-diciembre de 1994, conmemorativa de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944, págs. 2239-2309, así como en el repetido libro *La calificación registral*, págs. 330-396.

— **RAMON MARIA ROCA SASTRE y LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL.**—*Derecho hipotecario. Dinámica registral*. Tomo IV, capítulo XXI, págs. 85-107. 8.ª edición, enero 1997, Bosch Casa Editorial, SA. Barcelona.

— **AIDA ROSA KEMELMAJER DE CARLUCCI.**—(Ministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina): *Calificación registral de documentos que tienen su origen en decisiones judiciales*. Centro de Estudios Registrales del CRPME, 1996.

— **BIENVENIDO GONZALEZ POVEDA.**—«Relaciones entre la Jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial. Tomo XVI, 1996: «Jurisdicción voluntaria».

— **«LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA. FUENTES Y EVOLUCION».**—Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid 1989/1990/1991. (En especial Tomos I y II, en sus volúmenes también I y II).

1. EL SISTEMA IMPUGNATORIO DE LAS NOTAS DE CALIFICACION.

La Ley traza demasiado escuetamente las líneas iniciales de lo que constituye un verdadero sistema impugnatorio, cuya originalidad reside en un denominado recurso gubernativo, que no encuentra equivalente en ningún sector del ordenamiento. Sus peculiaridades no resultan de un artificio normativo, sino que han de existir, porque se corresponden con las que son propias del Derecho inmobiliario y con la función registral. Esta es la referencia básica para entender la historia y afrontar la muy necesaria actualización de la legalidad rectora del recurso gubernativo.

Como características más sobresalientes del aludido sistema impugnatorio se estudiarán y pueden anticiparse ahora las siguientes, en síntesis:

1.^a La coexistencia independiente y el posible ejercicio alternativo, o hasta simultáneo, del recurso específico contra la calificación del Registrador y de la acción sobre validez o nulidad del título pretendidamente inscribible, previa la opción de subsanar las faltas determinantes de la suspensión de la inscripción solicitada, en su caso. Estas tres actuaciones alternativas integran el sistema impugnatorio de la calificación registral. Su elección se ofrece legalmente libre, pero será razonable seleccionar de entre ellas la que resulte más rápida y/o más idónea en cada supuesto concreto (1), lo que dependerá generalmente de cuáles hayan sido las causas de la denegación o la suspensión del asiento solicitado.

2.^a Las diversidades de toda índole existentes entre dichos recurso gubernativo y acción sobre validez del título, en cuanto a los sujetos, al objeto, al contenido y a la respectiva significación de uno y otra (2), lo que determina la obviedad de su referida coexistencia.

(1) Hace notar ROCA SASTRE (obra citada en bibliografía, XXI, pág.105): «Se ha dicho que, si bien los interesados pueden optar entre el recurso gubernativo y el judicial o interponerlos a la vez, a buen seguro que preferirán el gubernativo por ser más sencillo, y no acudirán al judicial sino cuando se haya perdido aquél y se hubiere declarado insubsanable la falta, pues si fuere subsanable es mejor subsanar los defectos que litigar ante los Tribunales».

En idéntico sentido, DE LA RICA Y ARENAL (obra citada en bibliografía, pág. 1904).

(2) Las diversidades de naturaleza y de significación entre el recurso gubernativo y el litigio sobre la validez o nulidad de los títulos sujetos a inscripción son puestas de relieve con detenido razonamiento por VERGER GARAU (obra citada en bibliografía, págs. 1930 y 1931)

En la síntesis de ROCA SASTRE (cit. págs. 85-86), aunque se afirma que existen dos tipos de recurso contra la calificación registral, el gubernativo y el judicial, este último es denominado tal recurso de manera impropia, ya que en el mismo no se impugna la calificación. Como dice DE LA RICA Y ARENAL (cit), no se trata sino de un proceso civil ordinario entre partes sobre el título registrable.

3.^a La dificultosa naturalización genérica del recurso gubernativo, principalmente a los efectos de seleccionar los criterios interpretativos e integradores como Derecho supletorio.

4.^a Su escasa regulación legal, con preterición de materias tan importantes como la indicación de pautas generales de procedimiento, plazo para interponerlo, órganos competentes para su conocimiento (aunque es lo cierto que esta competencia se asigna a la DGRN en el artículo 260.3 LH, lo que suele olvidarse por influencia de la que viene atribuida reglamentariamente al Presidente del TSJ) y tutela judicial que proceda frente a la decisión gubernativa.

5.^a La correlativamente extensa y extralegal normativa reglamentaria en las indicadas materias. La invasión del RH en ámbitos reservados a ley es notoria en cuantos preceptos hacen referencia a funciones de órganos judiciales, sin que la LH haya establecido nada al respecto: artículos 112 y sig. RH, con especial relevancia de los recientemente modificados 124 y 131, donde no sólo se mantiene la intervención decisoria del Presidente del TSJ en el recurso gubernativo, de origen reglamentario, sino que además se asigna a los Magistrados del orden civil la misión de formar parte de la comisión asesora del Presidente para el cumplimiento de dicho cometido y se indica la competencia de la jurisdicción civil para el ejercicio de la acción impugnatoria frente a la resolución de la DGRN.

6.^a Pero esta competencia objetiva del orden jurisdiccional civil no proviene del artículo 131 RH, ya que, como se viene diciendo, las funciones judiciales han de ser establecidas por ley, sino que tiene origen jurisprudencial, concretamente en la STS (Sala 1.^a) de 20-12-94, que luego será destinataria de análisis. La doctrina ha requerido la previa afirmación de la necesaria tutela judicial frente a las resoluciones de la DGRN, distinta de la acción sobre la validez o nulidad del título presentado a inscripción, a la que alude el artículo 66 LH. La referida competencia de los tribunales del orden civil es una de las características más definitorias de la naturaleza del recurso gubernativo. Se trata de una competencia excepcional, en cuanto sustrae del ámbito jurisdiccional contencioso administrativo el recurso frente a una resolución administrativa, y constituye un notable avance jurídico, en cuanto se funda en la prevalente naturaleza civil de la materia, como lo es la registral inmobiliaria, y no en el secundario carácter administrativo del órgano previamente decisorio y del procedimiento que hubiera seguido (la DGRN y el recurso «gubernativo»).

7.^a La jurisprudencia ha venido así a responder a una exigencia constitucional hasta entonces desconocida en la institución que se examina; pero esta tarea sustitutoria de la imprevisión legal es insuficiente, porque el ámbito acotado y el carácter asistemático inherente a las elaboraciones jurisprudenciales determinan el planteamiento de interrogantes y la respuesta insatisfactoria sobre cuestiones tales como la selección del proceso adecuado para este

tipo de acciones, el órgano judicial civil funcionalmente competente, la legitimación (especialmente en representación del órgano administrativo), e incluso la existencia misma de la acción contra la decisión del Presidente del TSJ en cuestiones registrales de Derecho foral.

La doctrina que se ha ocupado de estos temas (notas bibliográficas del presente comentario) es fuente pródiga de reflexiones y debe ser aprovechada para la indispensable y urgente reforma del recurso gubernativo, cuya regulación está afrontando serios riesgos de inconstitucionalidad y de incoherencia, según se razonará.

2. HISTORIA DEL RECURSO GUBERNATIVO

La primera Ley Hipotecaria española, de 8-2-1861, admitió muy restrictivamente el recurso gubernativo, y además sin darle este nombre, atribuyendo la competencia sobre el mismo exclusivamente a órganos judiciales. Según sus artículos 18, 19 y 100, la calificación denegatoria del Registrador por falta de formas extrínsecas de las escrituras o de capacidad de los otorgantes, tanto si se hubiera solicitado inscripción como cancelación, remitía a los interesados a los tribunales, sin más especificaciones. Así pues, al juicio ordinario correspondiente. Sólo en el caso de tratarse de una cancelación judicial, y por dudar el Registrador de la competencia del Juez que la hubiera ordenado, «daría cuenta» aquél al Regente de la Audiencia (parece que de oficio) para que resolviese lo procedente (art.101), siendo la decisión de éste recurrible tanto por el Juez (!) como por los interesados ante la Audiencia, pudiendo interponerse contra el fallo de la misma recurso de casación (art. 103).

Un sistema de ámbito reducido, pero de trámite complicado, al que el RH aprobado por R.D. de 21-6-1861 guardó fidelidad, salvo en aquel aparente planteamiento de oficio, que el artículo 86 del RH configuró como potestativo para el interesado. El artículo 88 puntualizó la competencia de la Sala de Gobierno de la Audiencia para resolver el recurso contra la decisión del Regente. Por lo demás, la calificación en todos estos casos (tanto la hecha sólo por los Registradores como la resultante del recurso, atinente a la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, a la capacidad de los otorgantes o a la competencia de los Jueces que hubieran ordenado las cancelaciones), «se entenderá limitada para el efecto de negar o admitir la inscripción, y no impedirá ni prejuzgará el juicio que pueda seguirse en los Tribunales sobre la nulidad de la misma escritura o la competencia del mismo Juez, a menos que llegue a dictarse sentencia de casación» (art. 36 RH.1861). He aquí ya la neta diferencia entre el contenido y consiguiente tratamiento jurídico de la calificación registral y el litigio sobre la validez o nulidad de los títulos a que se refiere el actual artículo 66 LH.

Es curioso que la LH de 1861 crea la «Dirección General del Registro de la Propiedad», y dice de ella en su E. de M. que «formará prontamente y conservará una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley...», pero no le asigna competencia para la resolución de los recursos.

El origen de esa competencia, persistente hasta hoy, se encuentra en una norma de tan modesto rango como la Real Orden de 17-3-1864. En ella se amplía el ámbito objetivo de la reclamación gubernativa, ya con esta denominación («podrán los interesados reclamar gubernativamente»), a los supuestos de denegación o suspensión de las inscripciones o cancelaciones por apreciar el Registrador defectos en las formas extrínsecas de las escrituras o de capacidad de los otorgantes, cuando la LH de 1861 limitaba el recurso, como vimos, a la suspensión de cancelaciones ordenadas por un Juez de cuya competencia dudase el Registrador. Para aquellos supuestos, y no para éste, se establecen por la Real Orden tres grados sucesivos de alzada: ante el Juez de Primera Instancia, ante el Regente de la Audiencia y ante la Dirección General del Registro de la Propiedad (3). Los trámites se dicen «los acostumbrados en la vía gubernativa», independientemente de la cual podrían litigar entre sí los interesados «acerca de la validez y consiguiente inscripción de las escrituras, así como de la nulidad o validez de la obligación en ellos contenida.» De nuevo aquí, más claramente expresada que en la normativa actual, la distinción entre esta controversia y la atinente a la función calificadora registral.

El antecedente directo del artículo 66 LH, con su casi idéntica literalidad y con su mismo número, data la ley de 21-12-1869, modificativa de la primitiva LH de 1861. Además, su artículo 267.3 asigna a la Dirección General, todavía llamada del Registro de la Propiedad, la competencia para resolver los recursos gubernativos contra las calificaciones de los Registradores. Del articulado de la Ley modificada, especialmente de sus artículos 19 y 65, es deducible ya la posibilidad de recurrir gubernativamente en todos los casos en que el Registrador suspenda o deniegue inscripciones o anotaciones, cualquiera que fuese la causa. Así lo especifica directamente el artículo 57 del RH aprobado por Decreto de 29-10-1879. Pero lo que no establecía la Ley, y sí el mismo artículo del citado RH, es la competencia judicial en la materia: recursos sucesivos ante el Presidente del Tribunal del Partido (órgano creado por la LOPJ de 1870, que no llegó a implantarse, en sustitución de los Juzgados de Primera Instancia), el Presidente de la Audiencia (ya no Regente en la nueva legalidad, en este aspecto aplicada) y la Dirección General.

Ha nacido en 1869-70 el sistema actual, por lo tanto, salvo la entonces añadida intervención del Juez de primera instancia, suprimida definitivamente

(3) La ilegalidad de esta última competencia era bien evidente. Ello dio lugar a que CELESTINO PARDO, citado al respecto por GARCÍA GARCÍA (obra cit. en nota bibliográfica, pág. 2251), asignase a dicha Real Orden el calificativo de «golpe de mano».

por RD de 3-1-1876. Un sistema en que se legaliza la competencia de la Dirección General, que podía haber conservado válidamente su origen reglamentario, y se deslegaliza la de los órganos judiciales, para la que, en cambio y paradójicamente, carece de rango suficiente la norma reglamentaria.

Y así seguimos actualmente, puesto que iguales preceptos legales y reglamentarios contienen la LH de 16-12-1909, el RH de 6-8-1915 y las normas hipotecarias de uno y otro rango, hasta hoy, de modo que la decisión del recurso gubernativo por el Presidente del TSJ resulta ser históricamente ilegal.

3. LA TUTELA JUDICIAL EN EL RECURSO GUBERNATIVO

A) SU OBLIGADA ADMISIÓN

La resolución que dicte la DGRN no es susceptible de impugnación en vía judicial contencioso-administrativa, sino ante el orden jurisdiccional civil, puesto que tal es la naturaleza de la materia. Más exactamente, de la función registral. Esta es la jurisprudencia cuya consolidación debe sostenerse, por cuanto responde al criterio doctrinal correcto, a partir de la sentencia de la Sala 1ª del TS nº 1161/94, de 22-12-94, seguida por otras de la misma Sala y, más recientemente, por auto de 21-7-97. Ya antes la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid había indicado dicha vía civil en su sentencia de 23-12-93, y no sólo negando la utilización del denominado recurso contencioso administrativo, cuya negación constituye inveterada doctrina, tanto científica como gubernativa y jurisprudencial. En igual sentido cabe citar, como reciente, la sentencia de la Sala del mismo orden del TSJ de Andalucía de 26-5-97. Esta jurisprudencia ha dado lugar a que la reforma del RH de 1998 haya establecido en el artículo 131 que «la resolución de la Dirección General será recurrible ante la jurisdicción civil en el plazo de tres meses siguientes a su notificación».

La premisa del análisis que se efectúa tiene que ser la obligada existencia de acción para impugnar la decisión que se adopte definitivamente en vía gubernativa sobre la calificación registral. Nada importa a tal efecto que el recurso gubernativo sea resuelto inicialmente por el Presidente del TSJ ni que pretenda naturalizarse el procedimiento como jurisdicción voluntaria, porque en el mismo no se otorga al solicitante de la inscripción la tutela judicial a que tiene derecho para la defensa de su específico interés registral, conforme al artículo 24.1 CE. Al mismo resultado conduce el artículo 106.1.CE, que somete la legalidad de la actuación administrativa al control de los Tribunales, y cuyo texto es reproducido por el artículo 8 LOPJ. Obviamente, no es posible excluir de la aplicación de tales preceptos cons-

titucionales y orgánicos las resoluciones dictadas por la DGRN en la materia que nos ocupa (4). La citada STS de 22-12-94 considera que ello «está fuera de toda duda», debiendo determinarse únicamente al respecto cuál sea el orden jurisdiccional que deba conocer «de» la cuestión. Tampoco dudaron el Juzgado ni la Audiencia Provincial, previamente intervinientes en el mismo asunto, no sólo de la existencia de tal acción, sino de su ejercicio ante los Tribunales del orden civil.

Pero antes de razonar esta competencia objetiva, hemos de observar que la tutela judicial frente a la calificación adversa del Registrador, o la resolución que la confirme, no se satisface mediante el litigio entre los posibles interesados sobre la validez o nulidad de los títulos pretendidamente inscribibles a que alude el artículo 66 LH como vía alternativa del recurso gubernativo, ya que esa controversia es sólo una de las causas posibles de aquella calificación, sobre la que, además, pueden no concurrir siquiera intereses contrapuestos (5). Se trata de planteamientos distintos, y ésta es la lectura que debe hacerse del artículo 66 LH, donde basta para ello tener en cuenta la claridad con que el recurso gubernativo no se contempla como una vía administrativa previa a dicho proceso entre los interesados. Anotemos ahora, y posiblemente hayamos de repetir, que ese proceso acerca de la validez o nulidad de los títulos presentados en el Registro no siempre será de carácter civil, sino frecuentemente contencioso-administrativo, o incluso a veces laboral (6), de modo que, aún dejando aparte los asientos provinientes de resoluciones dictadas en procesos penales,

(4) Así lo explica razonadamente VERGER GARAU (ob. cit., págs. 1924 y sigs), con apoyo en la inexorable aplicación de los citados artículos 24.1 y 106.1 CE.

En igual sentido, MARINA MARTÍNEZ-PARDO (ob. cit. bibl., pág. 505), que, con referencia a la situación anterior a la reforma del RH de 1998, exponía que la LH y el RH revelan el propósito de sustraer de todo control judicial a la actividad calificadora en sí misma; sólo se admite que se revisen los títulos que fueron su objeto. Esta posición es insostenible a la luz de los nuevos preceptos constitucionales y concretamente del artículo 24.1. CE. (MARINA MARTÍNEZ-PARDO es el Magistrado ponente de la STS de 22-12-94)

(5) A veces no hay posibilidad de contienda porque se produzca conflicto entre dos o más interesados, sino únicamente un titular que pretende obtener la inscripción de su título (GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pág. 2254).

«Si el Registrador y posteriormente la Dirección, deniegan o suspenden el asiento solicitado por exigencias de la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario y mercantil, en beneficio de personas indeterminables o de terceros futuros inidentificables..., no se da siempre en estos casos la necesaria legitimación pasiva y, por lo tanto, el proceso judicial entre las hipotéticas partes no resulta posible» (VERGER GARAU, ob. cit., pág. 1930).

(6) Hace notar GONZÁLEZ PÉREZ (ob. cit., pág. 1842) que «son cada día más los actos sujetos al Derecho administrativo que producen efectos en las relaciones jurídico-privadas y, por tanto, con acceso al Registro. Es indudable que cuando así ocurre las facultades calificadoras del Registrador aparecen limitadas, a veces considerablemente; pero la función calificadora subsiste y ya no versará sobre cuestiones civiles, sino sobre Derecho administrativo. Las normas entonces invocadas en el recurso y las aplicadas en la resolución serán de Derecho administrativo.»

lo que tiene carácter civil en todo caso no es la cuestión de fondo controvertible, sino la función registral inmobiliaria.

B) COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

El riesgo de un improcedente tratamiento jurídico administrativo de la función registral se acentúa en el recurso gubernativo, dado el carácter del órgano que lo resuelve y, coherentemente, de la resolución que dicta y del procedimiento que ha de seguirse. La consecuencia de dicho erróneo tratamiento jurídico sería, en el punto que ahora nos ocupa, el otorgamiento de acción contencioso-administrativa contra la referida resolución. La elusión de aquel riesgo y de esta consecuencia se ha intentado históricamente a través tanto de la naturalización del recurso en la jurisdicción voluntaria, sin Derecho procedimental supletorio, como de la anómala intervención en el mismo de un órgano judicial (hoy el Presidente del TSJ) que luego se estudiará. Parecería que los hipotecaristas desconfiasen de la verdadera razón que les asiste al sostener la naturaleza civil del Derecho inmobiliario y, formando parte del mismo, de la función registral. Pero ha sido precisamente esta razón, no siempre bien expresada, la que ha determinado finalmente la competencia del orden jurisdiccional civil para dispensar la tutela judicial frente a la decisión del recurso por la DGRN.

Incluso en época y/o con criterio preconstitucional ha sido desconocida esta tutela, pero lo que nunca se ha admitido es el acceso de esta materia al proceso o recurso contencioso-administrativo, y precisamente por razón de la materia, civil y no administrativa. Se trata de un criterio delimitador del ámbito de dicho orden jurisdiccional susceptible de merecida generalización y que fue ya aplicado por la Sala de conflictos del TS en su auto de 28-1-90 al deslinde con la jurisdicción social, estableciendo que «el criterio directriz para esta distribución no reside en el carácter del órgano ni tampoco en el carácter del acto, sino que resulta decisiva el área jurídica en que éste incide» (7).

La repetida STS de 22-12-94 razona que «tratándose de una cuestión que afecta al derecho de las sociedades mercantiles, para acordar en junta las retribuciones de administradores, y a la publicidad que ha de darse al acuerdo para que produzca los efectos civiles previstos en la ley, es evidente que se

(7) La cuestión suscitada era la impugnación de resultados totales de las elecciones, mal denominadas «sindicales», a miembros de comités de empresa y delegados de personal, proclamados por las antiguas comisiones de elecciones, con trascendencia a la representatividad sindical conforme a la LOLS. Cuestión laboral por razón de la materia y administrativa por el órgano decisorio y el procedimiento, que se resolvió mediante la prevalente atención a aquel criterio objetivo, frente a estos dos últimos elementos, respectivamente subjetivo y formal.

trata de una cuestión eminentemente civil y que, por tanto, en cumplimiento del artículo 9.2 LOPJ, debe conocer este orden» (8). Puesto que el razonamiento alude a la naturaleza civil tanto del título inscribible (el acuerdo social) como de su inscripción misma (la publicidad del acuerdo), pudiera creerse dudosa la competencia de la jurisdicción civil para impugnar una resolución denegatoria de la inscripción o anotación de un título administrativo, cuya validez o nulidad sería controvertible en un proceso contencioso-administrativo. Ante ello parece oportuno repetir que lo importante a estos efectos jurisdiccionales es únicamente la naturaleza civil que tiene en todo caso la actuación registral (nos remitimos a la relectura del último párrafo del apartado anterior y a la nota 6). Así lo tiene por supuesto el artículo 149. 1-8.º CE, al incluir en la «legislación civil» sobre la que asigna competencia exclusiva al Estado «las reglas relativas a ...la ordenación de los registros e instrumentos públicos». Igualmente, el artículo 22.1º LOPJ, referente a la extensión y límites de la jurisdicción nacional, declara competentes a los Tribunales españoles del orden civil «en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español» (9).

Resta en este punto poner de relieve la intrascendencia de esta misma asignación jurisdiccional en el recién modificado artículo 131 RH, en cuanto materia reservada a ley. No obstante, puede considerarse cometido reglamentario válido, supletorio del silencio legal, fijar el plazo de tres meses para el ejercicio de la acción, en cuanto se entiende como plazo de caducidad del procedimiento, y no de prescripción de la acción.

C) OTROS SILENCIOS LEGALES: COMPETENCIA FUNCIONAL, PROCESO ADECUADO Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

La LOPJ, la LH y la LECiv se han desentendido de esos asuntos, en los que la ineludible aplicación de las reglas comunes produce resultados escasamente satisfactorios. Esta situación conduce a que haya de seguirse el proceso civil ordinario que corresponda a la cuantía, en su caso, ante el Juzgado de

(8) En efecto, el recurso gubernativo en que se dictó la resolución impugnada en el proceso resuelto por esa STS versaba sobre una calificación del Registro Mercantil; pero la decisión competencial de que se trata hubiera sido la misma si la calificación controvertida hubiese provenido del Registro de la Propiedad. Se trataba de una impugnación de la resolución dictada por la DGRN, no de una acción extrarregistral sobre la validez del título.

(9) La significación de dichos preceptos, constitucional y orgánico, es analizada por GARCÍA GARCÍA (ob. cit., págs 2247 y sigs) no sólo a los efectos de excluir el proceso contencioso administrativo y propugnar el civil contra la resolución del recurso gubernativo, sino también a los de censurar el mantenimiento de la intervención decisoria en éste del Presidente del TSJ, lo que será objeto del presente estudio a continuación.

primera instancia del partido en que radique el Registro, dirigiéndose la demanda frente al Abogado del Estado, como declaró la repetida STS de 29-2-94.

La *competencia funcional* común ofrece una disparidad excesiva, tal vez hasta discriminatoria, respecto del proceso contencioso-administrativo, donde las resoluciones de la Dirección General serían impugnables en vía judicial ante los Juzgados Centrales o las Salas de lo contencioso de los TSJ, según las materias (arts. 9 y 10 de la LJCA 29/98). Pero lo que debe resultar inadmisable es que el Juez de primera instancia (o aunque fuese una Sala del TSJ), y además precisamente del mismo territorio, pueda revisar la decisión del Presidente del TSJ. Y no ya en el litigio que pudieran promover los interesados para contender entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos relacionados con la nota de calificación, sino en el proceso impugnatorio de la resolución adoptada sobre la calificación misma. Este despropósito es aún más patente (si hiciera falta que lo fuese) cuando se trata de aplicar el Derecho foral de la correspondiente Comunidad Autónoma, donde el Presidente adopta la resolución definitiva en vía gubernativa, con arreglo a la disposición adicional 7.^a de la LOPJ. Ello viene a proporcionar una razón añadida a las que se dirán para que se excluya por ley la intervención del presidente del TSJ en el recurso gubernativo (10). Pero además pone de relieve la necesidad y la urgencia de que se regule, también por ley, la acción ejercitable contra la resolución de la DGRN. Probablemente la competencia funcional debiera corresponder a las Salas de lo Civil (y Penal) de los TSJ, mejor a la Sala 1.^a del TS (y, desde luego, mejor también que al Juzgado de Primera Instancia), por dos razones: una de orden práctico, ya que se trata de órganos judiciales infrautilizados; y otra de carácter teórico, porque tal solución es acorde con la culminación de la organización judicial en el TSJ de cada Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al TS, según el artículo 152.1 de la Constitución.

Por lo que respecta al *procedimiento* o trámite procesal, harían falta cuando menos, algunas reglas específicas, por ejemplo sobre la remisión del expediente administrativo, como las que contienen el artículo 48 LJCA o los artículos 142 al 144 LPL para la modalidad procesal de Seguridad Social (11).

(10) KEMELMAJER DE CARLUCCI (ob. cit. en bibl., pág. 367): «Nadie puede negar la irrazonabilidad de un sistema según el cual, después de haber pasado por órganos especializados de ambos órdenes, la cuestión debe recomenzar ante un juez de primera instancia. Si esto es absurdo frente a títulos de origen notarial o administrativo, cuánto más resulta para instrumentos que tienen su origen en sede judicial».

(11) MARINA MARTÍNEZ-PARDO (ob. cit. bibl., pág. 506): Hay que establecer legalmente un procedimiento específico. «Cualquiera que sea el grado de aversión que los estudiosos del proceso manifiesten hacia la proliferación de procesos especiales, habrá que instaurar un proceso singular para materia tan singular.»

En cuanto a la *legitimación*, la activa habrá de reconocerse no sólo al interesado que recurrió gubernativamente, sino también al Fiscal y al Notario, en los supuestos que contempla el artículo 112 RH, negándose lógicamente el Abogado del Estado, porque su interés es el de la Administración (DGRN) a la que representa legalmente. Suya será, y es jurisprudencialmente, la legitimación pasiva; pero cabe que el interesado accionante que tenga interés contrario al que sostenga el Ministerio Fiscal haya de dirigir la demanda también contra éste. La intervención del Registrador se entiende excluida, no obstante su facultad de recurrir gubernativamente ante la DGRN contra el auto del Presidente del TSJ, pero no por aplicación del artículo 132 RH, que se refiere al litigio entre interesados sobre validez o nulidad de títulos, y además inútilmente porque es materia propia de ley, sino porque, tras un recurso gubernativo que se resuelve con arreglo a un criterio formal jerárquico, el Registrador no puede sostener procesalmente una posición contraria a la del órgano directivo decisorio. La intervención procesal de la DGRN es la única relevante, por lo tanto, mediante la representación legal del Abogado del Estado.

El eventual interés genérico de terceros no intervinientes en el proceso ni en el recurso gubernativo no autoriza la legitimación pasiva del Ministerio Fiscal. Menos cabe sostener la de aquellos posibles terceros ni la de quienes conocidamente fuesen titulares de derechos que pudieran resultar afectados por el asiento sobre el que verse la nota de calificación objeto de controversia (12), ya que ese asiento pudo practicarse sin audiencia de dichas personas, tanto por entenderlo así el Registrador como por haberse acordado en el recurso gubernativo. En suma, se trata de un proceso cuyos limitados ámbitos subjetivo y objetivo son los mismos que los de este recurso del que proviene directamente, esto es, los mismos también que los de la propia calificación registral. Por ello, la sentencia que se dicte no produce eficacia de cosa juzgada en el proceso sobre la validez o nulidad del título, cuyo planteamiento es claro que permanece abierto.

A los efectos de la suspensión de plazos registrales, con arreglo al último párrafo del artículo 66 LH y al artículo 114 RH, parece razonable que por «resolución definitiva» del recurso se entienda la sentencia, y no la resolución de la DGRN si ésta es impugnada; aunque técnicamente no sea así, en sentido literal (véase la nota 12), vale la pena el esfuerzo interpretativo para que lo sea. En último término, podrá intentarse la anotación de la demanda. Nuevamente resulta, en todo caso, necesaria una moderna regulación legal.

(12) Debe constatarse la opinión opuesta de GÓMEZ GÁLIGO (obra citada en bibliografía, págs. 180-181) esto es, la procedencia de demandar a cuantos puedan verse afectados por la decisión registral, ya que considera que la prórroga del asiento de presentación a que conduce el artículo 66 LH deja de producir sus efectos una vez que dicta resolución la DGRN. Esta última observación es literalmente cierta, como seguidamente habrá de notarse.

4. LA DECISION GUBERNATIVA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

(Cuestiones de constitucionalidad,
de legalidad y de oportunidad jurídica)

A) PLANTEAMIENTO: LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 7.^a LOPJ.

El artículo 66 LH se abstiene de indicar el órgano decisorio del recurso gubernativo, pero el artículo 260.3 de la propia Ley atribuye tal cometido expresa y únicamente a la DGRN. Pese a esta clara legalidad, sin alusión alguna al Presidente del TSJ (de la Audiencia Territorial antes de hacerse efectiva, en 23-5-89, la demarcación instaurada por la LOPJ), el RH (arts. 112 y sigs.) asigna a dicho Presidente competencia intermedia entre el Registrador y la Dirección General, estableciendo dos sucesivas alzas contra la nota de calificación. Esta obsoleta normativa, cuyos antecedentes históricos fueron relatados, tiene que ser urgentemente modificada porque es inconstitucional por causas añadidas a su ilegalidad misma, además de disociada de los criterios rectores del ordenamiento jurídico actual.

Pero ocurre que tan necesaria modificación se ha visto complicada desde 1985, a causa de la disposición adicional 7.^a de la LOPJ, en relación con determinados Estatutos de Comunidades Autónomas.

La primera observación debe ser la insuficiencia de la norma reglamentaria para establecer funciones a cargo de órganos judiciales. Así resulta de los apartados 1 y 4 del artículo 117 CE, reproducidos por el artículo 2 LOPJ, al someter a los Jueces y Tribunales únicamente «al imperio de la ley» y al limitar sus funciones al ejercicio de la potestad jurisdiccional y a las establecidas «por ley» en garantía de cualquier derecho. Se trata de preceptos aplicables con criterio riguroso porque expresan uno de los más esenciales principios del Estado de Derecho, que es la independencia del poder judicial respecto del gobierno y la administración. Nadie puede dudar, por tanto, de la inaplicabilidad del RH, en cuanto, al margen de las previsiones de la LH, ha venido asignando a los Presidentes de Audiencias Territoriales y asigna a los de Tribunales Superiores de Justicia la competencia para resolver los recursos gubernativos. La consideración del carácter sólo reglamentario de tal competencia, sin embargo, depende hoy de la interpretación que haya de darse a la citada disposición adicional 7.^a de la LOPJ.

La lectura de este precepto descubre fácilmente su específica finalidad, que es la de conferir al Presidente del TSJ la competencia para resolver el recurso gubernativo, sin ulterior alzada ante la DGRN, cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan tal cometido a órganos judiciales y la calificación registral se funde en el Derecho foral o especial de la Comunidad Autóno-

ma (13). El problema surge porque la norma orgánica termina diciendo que «en otro caso su decisión será apelable conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». La finalidad de esta norma no ha podido ser la de una consciente subsanación de la ilegalidad de que se trata, porque ni sería para ello adecuada una disposición adicional ni tendría sentido la remisión a la LH, que nada establece sobre el trámite del recurso gubernativo. La única interpretación lógica es que se está en presencia de un error, explicable por pura inercia de inveterada tradición histórica, consistente en tener por supuesta la regulación del trámite del recurso en la LH, incluida la competencia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, o antes de la Audiencia Territorial (14).

B) LA REFORMA DEL RH EN 1998.

El Pleno del CGPJ aprobó en 10-3-98 el informe sobre el proyecto de modificación del RH, que poco después sería el R.D. 1.867/1998, de 4 de septiembre. En dicho informe se analizan tanto el artículo 66 LH como la disposición adic. 7.^a LOPJ, en relación con los Estatutos de Autonomía a los que hace referencia. La conclusión a la que llega el Consejo es que la modificación reglamentaria debiera limitar dicha competencia judicial a los supuestos en que viniera prevista en aquellos Estatutos.

La opinión expuesta no fue atendida al reformar el RH, ni en este importante aspecto ni en el accesorio contemplado en el artículo 124, que autoriza a los Presidentes de los TSJ para nombrar una comisión que les asista en esta tarea, previniendo que puedan formar parte de ella Magistrados del orden jurisdiccional civil. Ciertamente que la repetida disp. adic. 7.^a LOPJ puede ser interpretada en sentido extensivo a los Presidentes de los Tribunales Superiores de todas las Comunidades Autónomas cuando la calificación registral y el recurso gubernativo apliquen Derecho común, aunque, como se dijo, parezca una interpretación literalista y disconforme con la finalidad específica del precepto. Ciertamente también que los redactores de la modificación reglamentaria

(13) Las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, sobre el cual tienen competencia exclusiva (art. 149.1.8° CE), son: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco. Los Estatutos de Autonomía de todas ellas, excepto Navarra, atribuyen a los órganos judiciales en dichas Comunidades la competencia para resolver los recursos contra la calificación registral de documentos referentes a sus Derechos privados.

(14) Tal viene a ser la opinión de VERGER GARAU, al decir que la disposición adicional 7.^a de la LOPJ «parece que da por supuesta la preexistencia de una regulación básica por ley del recurso gubernativo», añadiendo después que «lo cierto es que la expresada disposición ni siquiera intenta abordar las principales cuestiones constitucionales ni todas las estatutarias que se han de resolver respecto de dicho recurso» (obra citada, págs. 1917 y 1921).

han podido sentirse razonablemente vinculados por esa incidental literalidad de la repetida norma legal orgánica (15). Pero no puede dejar de notarse que en otros asuntos tratados por el RH, como el citado del artículo 124, parece haberse redactado la reforma reglamentaria desde la persistente convicción de la potestad administrativa para regular funciones judiciales, lo que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 117 CE y 2 y 6 LOPJ, puede dar lugar a que los Magistrados llamados por el Presidente del TSJ para integrar la comisión asesora prevista en la norma reglamentaria para el recurso gubernativo se nieguen válidamente a cumplir el mandato presidencial, caso de llegar éste a producirse. Precisamente, como hacía notar el CGPJ en su informe, la naturaleza de la función judicial, decisoria bajo el principio «iura novit curia», admite con dificultad (o más precisamente, no admite) actividades de emisión y recepción de asesoramientos, mayor aún si se dan con respecto a otros Jueces y Magistrados. Pero en todo caso la función tiene que venir establecida por ley.

C) ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, JURÍDICO-MATERIAL

Conviene precisar que la atribución de la decisión del recurso gubernativo al Presidente del TSJ excede ampliamente de una consideración de legalidad formal. La opinión aparentemente asumida al modificarse el RH en 1998 es que la problemática suscitada ha quedado resuelta porque la competencia en cuestión ha obtenido el necesario refrendo legal por la LOPJ. Lo que ocurre es que, sea o no formalmente certera esa opinión, el problema no es atinente sólo al rango de la norma, sino, antes, a la constitucionalidad y/o posibilidad jurídica misma de tal competencia judicial en el actual Estado de Derecho.

En síntesis del lúcido razonamiento utilizado por VERGER GARAU (16), «o bien el Presidente, al dictar auto judicial, actúa dentro de su jurisdicción

(15) Así lo entiende GÓMEZ GÁLIGO (obra cit. en bibl., págs 171 y 172), explicando que una reforma reglamentaria no puede afrontar una distinción entre recursos gubernativos en una u otra clase de Comunidades Autónomas.

De hecho, ésta vino a ser también la opinión anteriormente emitida por el CGPJ, al contestar en 24-1-90 consulta formulada por el Presidente del TSJ de Madrid, razonando que la interpretación de la disp. adic. 7.ª LOPJ no puede conducir al distinto tratamiento del recurso gubernativo en unas y otras Comunidades Autónomas cuando no se aplique Derecho civil foral o privativo de las mismas.

Ya antes, a poco de comenzar su andadura los TSJ, el Presidente del de Castilla-La Mancha obtuvo en 20-6-89 respuesta a su consulta formulada ante la DGRN, elusiva de la verdadera cuestión planteada al entender, en síntesis, que la reforma judicial no había alterado la tramitación del recurso gubernativo, salvo en el concreto supuesto contemplado por la repetida disp. adic. 7.ª LOPJ.

(16) ob. cit., págs. 1916-17.

porque sus actos son judiciales y no pueden dejar de serlo, o, al contrario, actúa dentro o en relación a otra jurisdicción, ya que el procedimiento en que se dicta el auto no tiene carácter judicial». En este último caso se hace incurrir a la LOPJ en irremediable contradicción, porque se quebranta su artículo 389.1, que, al cumplir el mandato constitucional de establecer las incompatibilidades judiciales (art. 127.2 CE), declara la existente entre el cargo de Juez o Magistrado y «el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial». Concretamente aquí, una jurisdicción voluntaria gubernativa, ajena al ámbito del poder judicial. En cualquiera de ambas posiciones, y sobre todo en la primera, es indiscutible que el auto judicial apelado se supedita a otro órgano público, de carácter administrativo, que es la DGRN. De este modo se invierten las posiciones de control establecidas en el artículo 106.1 CE, ya que un órgano de la Administración pública revisa lo que resuelve un órgano judicial. La tacha de inconstitucionalidad aparece, de nuevo y más acentuadamente, como ineludible, no obstante el complejo y contradictorio nominalismo del carácter gubernativo de la jurisdicción voluntaria con que resolvería el Presidente.

En otras palabras, las alternativas son éstas: o bien el Presidente resuelve como órgano judicial, y entonces su decisión no puede ser recurrible ante la DGRN, o bien resuelve como órgano gubernativo, y entonces es ineludible el derecho a la tutela judicial contra la decisión del recurso sobre la nota de calificación.

La procedente apertura jurisprudencial al ejercicio de la acción contra la decisión gubernativa de la DGRN ante el orden jurisdiccional civil, que antes fue examinada, referida a la propia nota de calificación, hace desaparecer cualquier posible razón invocable para la intervención del Presidente del TSJ, puesto que no evita la existencia de tal acción, y que se temía pudiera ser de improcedente carácter contencioso-administrativo.

Una última observación crítica previa al intento de aportar soluciones (que es para lo que ha de servir, cuanto ha sido expuesto) debe consistir en la obsolescencia de la doble alzada gubernativa, desconocida ya en el ámbito del procedimiento administrativo y causante de retraso en la solución definitiva de la cuestión. Sin contrapartida útil alguna, además, porque de hecho casi siempre los autos dictados por los Presidentes de los TSJ son recurridos ante la DGRN, y donde la figura del propio Registrador recurrente, en su caso, opera en disfavor de la imagen de imparcialidad que éste debe ofrecer.

D) POSIBLES SOLUCIONES (DE «LEGE FERENDA»)

Cualquier solución eficaz requiere modificación normativa; pero tiene que venir presidida por la idea del mayor conservadurismo posible, siempre de-

seable en las reformas jurídicas, y más en este caso, ya que parece casi utópico pretender que se modifiquen los Estatutos de Autonomía que atribuyen a los órganos judiciales el conocimiento de los recursos contra la calificación registral cuando se aplique el ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma, y además es obvia la conveniencia de no introducir reformas radicales en una institución dotada de larga historia y depurada doctrina.

La reforma tiene que afectar, ante todo, al artículo 73 y a la disposición adicional 7.^a de la LOPJ. No indispensablemente, pero sí deseablemente, a la LH para dedicar al recurso gubernativo la atención legal que merece. Y, desde luego, al RH en su mayor medida.

En opinión de GARCÍA GARCÍA, debiera fomentarse la modificación legislativa «en el sentido de excluir del conocimiento de los recursos gubernativos a la DGRN, a pesar de reconocer sus centenarios servicios en este tema, e inclinarse decididamente por el conocimiento del recurso por los órganos judiciales, cabiendo a su vez varias alternativas, o bien el conocimiento en única instancia por los TSJ de cada Comunidad Autónoma, lo que tiene el inconveniente de la falta de uniformidad de doctrina, o bien que conozcan en primera instancia dichos Tribunales y haya una apelación ante una Sección especial de la Sala 1.^a del TS.» (17). Con esta solución se conseguiría unificar las vías judicial y gubernativa del recurso contra la calificación. Frente a esta ventaja, la pérdida de la unidad doctrinal es un serio obstáculo, no seguramente superable por el recurso ante el TS, que tendría que ser de casación para la unificación de doctrina. Además, se trataría de una reforma normativa que puede ser considerada como una ruptura excesiva con nuestro sistema tradicional.

Según VERGER GARAU, la vía judicial es adoptada en diversos países, como Francia y Alemania, pero su implantación en España requeriría una modificación legislativa profunda, dando lugar a un sistema más complicado y menos ágil, y además se perdería la aludida unidad doctrinal especializada que tanto prestigio ha alcanzado. Por ello propugna el establecimiento de un recurso gubernativo con una sola instancia ante la DGRN, previa reposición ante el Registrador, tal como tiene lugar en las calificaciones de los Registradores Mercantiles. A favor de este sencillo y moderno sistema se pronuncia la mayor parte de la doctrina científica, por razones genéricamente concordantes con las que aquí han sido expuestas y por entender que lo más interesante en vía gubernativa es conocer la resolución de la Dirección General sobre el

(17) GARCÍA GARCÍA (ob. cit. págs. 2257-58). Este autor señala como inconvenientes de que continúe resolviendo el recurso la Dirección General los siguientes, resumidamente: 1.º Que se trata de un órgano integrado en la jerarquía administrativa. 2.º Que participa, además, del carácter político del Ministerio. 3.º Que entre las materias objeto de calificación se encuentran las judiciales del artículo 100 RH.

asunto discutido, sin que encuentre hoy en día justificación alguna la atribución de competencia en la materia al Presidente del TSJ (18).

Quedaría el recurso exclusivamente judicial en las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos lo hubieran establecido, puesto que, como se dijo, no parece lógico esperar la modificación de todos tales Estatutos. Pero además, lo razonable sería precisamente que el Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, sea interpretado con valor doctrinal por la Sala Civil y Penal del TSJ, y no (sólo) por su Presidente, ya que las plazas de dichas Salas han de ser cubiertas por Magistrados que tengan especiales conocimientos en el mencionado ordenamiento, según el artículo 330.3 LOPJ. En estos casos no cabría ejercitar recurso ante la DGRN ni tampoco ninguna acción en vía judicial contra la decisión de la Sala, en la circunscrita materia de la calificación registral naturalmente, sin perjuicio del eventual litigio entre partes interesadas sobre la validez o nulidad del título, al que hace alusión el artículo 66 LH.

Los preceptos legales que inicialmente habría que modificar serían el artículo 73.1 y la disposición adic. 7.^a LOPJ y el artículo 260.3^o LH. El primero de ellos para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, como Salas de lo civil, la competencia sobre las acciones impugnatorias de las resoluciones dictadas por la DGRN en los recursos gubernativos, que habrían sido interpuestos directamente contra las calificaciones de los Registradores, tanto de la Propiedad como Mercantiles. Cabe vaticinar que la especialización y la calidad propias de la doctrina del Centro Directivo determinarían un moderado ejercicio de tales acciones y, por supuesto, una muy elevada proporción de sentencias confirmatorias de las resoluciones impugnadas. Ello permitiría el mantenimiento de aquella doctrina, cuya unidad habría de obtenerse salvaguarda mediante un específico recurso de casación ante la Sala 1.^a del TS.

El citado artículo 73.1 LOPJ añadiría la siguiente salvedad: «Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad, tal atribución se entenderá circunscrita al supuesto de que se trate de la aplicación del Derecho civil, foral o especial, privativo de la Comunidad Autónoma, y corresponderá resolver el recurso a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, como

(18) VERGER GARAU (ob. cit., pág. 1915), con cita de OGAYAR (se refiere a Tomás OGAYAR AYLLÓN, en su estudio «Impugnación de la calificación registral»): Sería una reforma plausible, pedida por todos, la supresión del trámite ante el Presidente del Tribunal, cuya posición resulta desairada además, debiendo interponerse el recurso directamente ante la Dirección General, con ahorro de trámites y de tiempo, ya que lo que trata de obtenerse es la doctrina de ese Centro Directivo, «hasta el punto de que es muy raro el caso que el recurrente o Registrador se aquieten al auto y no lo apelen».

Sala de lo Civil, sin que su decisión sea susceptible, a su vez, de recurso alguno, salvo únicamente el litigio que pudiera promoverse entre los interesados sobre la validez o nulidad de los títulos a los que haga referencia la calificación registral controvertida, en su caso». La disp. adic. 7.^a LOPJ sería suprimida, una vez modificado en la forma dicha el artículo 73 de la misma Ley. El artículo 260.3 LH tendría que excluir de la competencia de la DGRN la resolución de dichos recursos en materia de Derecho foral.

El procedimiento ante las Salas de lo Civil y Penal y el del recurso de casación para la unificación de la doctrina debieran ser objeto de regulación por la LE Civ, ya que se trata de un proceso judicial civil. Pudieran considerarse modelos adecuados el del moderno proceso contencioso administrativo, abreviado o no, o el de la modalidad procesal de Seguridad Social en la LPL, así como el recurso de unificación de doctrina que esta misma Ley regula.

El RH tendría que ser modificado para establecer un recurso gubernativo común análogo al que previene el Reglamento del Registro Mercantil. Debe insistirse en la idea varias veces apuntada, cual es la conveniencia de que la LH contenga algunas pautas generales sobre el recurso gubernativo, en lugar de la tan escueta, casi nula y hasta defectuosa, regulación que contiene el artículo 66 LH.

Queda sólo sugerir la procedencia de que este artículo 66 LH, o el que correspondiere en la reforma de que está necesitada, contenga la mención técnicamente correcta de la diferencia y de las interrelaciones existentes entre esta acción y la del proceso que puede surgir entre los interesados sobre «la validez o nulidad» de los títulos u otras cuestiones influyentes pero no decidibles en la calificación del Registrador y en la impugnación específica de su nota denegatoria o suspensiva del asiento pretendido.

E) SUBSIDIARIO AUTO DECLINATORIO DE JURISDICCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TSJ.

En el infortunado supuesto de que no se promoviese la reforma legal propugnada, debiera acudir por los Presidentes de los TSJ a negar su jurisdicción para resolver el recurso gubernativo, con apertura de posible conflicto jurisdiccional negativo frente a la DGRN, salvo cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan tal competencia a los órganos judiciales y la calificación se funde, además, en el Derecho civil foral o especial privativo de la correspondiente Comunidad Autónoma.

En efecto, la disposición adicional 7.^a LOPJ se remite a dichos Estatutos de Autonomía, que son, como dejó anotado, los de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia y País Vasco, esto es, las regiones donde existe Derecho foral, excepto Navarra. En todos ellos la competencia judicial en el recurso gubernativo se limita a los supuestos en que la calificación registral se funde en su

Derecho foral o privativo. Así pues, cuando la calificación se funde en Derecho común, tanto en dichas Comunidades Autónomas como en todas las demás, la competencia del Presidente del TSJ en esta materia carece del necesario soporte legal, según cuanto ha quedado expuesto en el presente estudio y de cuyo razonamiento haré enseguida una complementaria síntesis.

La resolución del Presidente sería un auto, en cuanto referente al presupuesto procesal de su propia jurisdicción, conforme al artículo 245.1-b) LOPJ. Previamente debe darse oportunidad de audiencia al interesado recurrente, al Ministerio Fiscal e incluso al Registrador de la Propiedad, por analogía con lo dispuesto en el artículo 9.6 LOPJ y en los artículos 9.1 y 10.4 de la LO 2/1987, de 18 de mayo, sobre conflictos jurisdiccionales, cuando tienen signo positivo.

El fundamento del auto consistiría inicialmente en la interpretación literal de la disposición adicional 7ª LOPJ, en cuanto tiene las únicas finalidades que muestran sus referencias a los Estatutos de Autonomía y al Derecho foral o especial privativo de las Comunidades Autónomas, sin que sea operante la remisión a la LH a efectos de la «apelación» contra la resolución del Presidente del TSJ en otros supuestos distintos de los de la calificación fundada en dicho Derecho foral o privativo, ya que esta Ley no sólo no establece tal «apelación» ni intervención alguna del Presidente del TSJ o de ningún otro órgano judicial en la resolución del recurso gubernativo, sino que, al contrario, su artículo 260.3º asigna competencia directa para ello a la DGRN, y sin que la LOPJ se remita al RH, ni hubiera podido hacerlo, porque las funciones judiciales sólo pueden ser establecidas por ley, tal como he venido sosteniendo.

Ya dije antes también que la única interpretación lógica de esta remisión de la LOPJ a la LH es que proviene de la inducción histórica a un error que debe ser subsanado, en vez de mantenido, aunque posiblemente la reforma del RH de 1998 no fuese la vía adecuada para esa subsanación. En cualquier caso, de lo que se trata en estas nuevas líneas es tan sólo de exponer resumidamente el razonamiento básico de este auto judicial, hasta aquí ciertamente cuestionable.

Pero lo que resulta incontrovertible, a mi modo de ver, es la inconstitucionalidad de la «apelación» ante la DGRN contra la decisión del Presidente del TSJ, en cuanto invierte las posiciones previstas para sus respectivas actuaciones en el artículo 106.1 CE. Frente a esta realidad, tan ineludible como lo es también el carácter judicial del Presidente del TSJ y el administrativo de la DGRN, carece de fuerza suficiente el nominalismo jurídico de la naturalización de tales actuaciones como jurisdicción voluntaria gubernativa, cuyo desempeño, además, está vedado al Presidente del TSJ, como a todos los Jueces y Magistrados, por el artículo 389.1º de la propia LOPJ, al ser una jurisdicción ajena a la del Poder Judicial.

Por último, el auto indicaría al recurrente gubernativo la procedencia de reproducir directamente su interés registral ante la DGRN, pero sin asignarle recurso contra el auto mismo declinatorio de jurisdicción, puesto que precisamente se está negando la relación jerárquica en que tal recurso pudiera ampararse. Dicho de otro modo, la resolución del Presidente abocaría, si la DGRN no aceptase el recurso gubernativo directo contra la calificación del Registrador, a un conflicto negativo de jurisdicción entre una autoridad judicial y otra administrativa, previsto en el artículo 13 de la LO 2/1987, de 18 de mayo, antes citada, en relación con el artículo 38 LOPJ.

No pueden ocultarse las dificultades que encontraría la DGRN para aceptar la competencia directa así propuesta, entre las que son ostensibles las de índole procedimental. Pero debe recordarse que la verdadera solución del problema estudiado no se encuentra en la promoción del conflicto jurisdiccional, sino en la reforma legislativa, de la que ese conflicto sería tan sólo remedio subsidiario y, tal vez y sobre todo, un eficiente estímulo.

F. JAVIER SÁNCHEZ-PEGO
Presidente del Tribunal Superior
de Justicia de Cantabria

La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados

Se basan estas notas en la regulación del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados en la Ley 1/1-1-2000, Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en la nueva redacción que su Disposición Final 9 da a algunos preceptos de la Ley Hipotecaria; las citas que se hacen se refieren a esa nueva redacción, vigente el 8 de enero de 2001. Este es el procedimiento que sustituye al procedimiento judicial sumario del primitivo artículo 131 LH.

El procedimiento de ejecución directa comienza con la demanda y los requerimientos de pago a los demandados (deudor, hipotecante no deudor y tercer adquirente de la finca).

A) CERTIFICACION DE DOMINIO Y CARGAS

Sigue después el procedimiento reclamando al Registrador de la Propiedad una certificación de dominio y cargas de la finca.

* La certificación se pide por el Organo Judicial al Registro por medio de mandamiento (art. 149 LEC-2000); y, si procede del Organo Judicial y en el procedimiento y momentos oportunos, poco importa que se firme directamente por el Juez o que el Secretario Judicial traslade la orden del Juez en una especie de testimonio-mandamiento; en el caso que dio lugar

a la R. 3-9-1992 «se debate en torno a la competencia del Secretario Judicial para expedir un mandamiento en el que afirma que en los autos pertinentes se ha acordado expedir al Registrador mandamiento para que libre y remita certificación de cargas»; y estima la Dirección que «la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los particulares que ahora interesan y en aras de la agilidad y eficacia procesales, a la vez que establece que la Administración de Justicia se ejerce por Jueces y Magistrados, atribuye a los Secretarios la actividad de documentación, comunicación y ordenación e impulso procedimental (arts. 1, 279, 280 y 288 LOPJ), y a estas nuevas normas deben quedar supeditadas las reglas que, sobre mandamientos judiciales, establecen el artículo 257 LH y demás disposiciones concordantes de la legislación hipotecaria [...] el acto por el que se acuerda la expedición de la certificación de cargas entra dentro de los actos de documentación, cooperación, ordenación e impulso procedimental que son de la incumbencia del Secretario conforme a lo previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil».

a) FUNCIONES. NOTIFICACIONES

Esta certificación de dominio y cargas desempeña diversas funciones claves en el procedimiento:

1. Asegurar al Juez la subsistencia de la hipoteca, para sobreseer el procedimiento en caso contrario (art. 688 LEC-2000).

* Los extremos que deben constar en la certificación, según el propio artículo 688 LEC-2000 y su remisión al artículo 656 LEC-2000, son:

* — *La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.*

* — *Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas.*

* — *Que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro.* Algunos Jueces dan carácter sacramental a estas palabras, *subsistente y sin cancelar*, aunque las dos expresiones son sinónimas a efectos registrales y, ambas, equivalentes a la afirmación de que «la inscripción está vigente» o incluso a la de que «la finca está gravada con la hipoteca...», cosa que no podría decir el Registrador si la hipoteca no estuviera *subsistente y sin cancelar*.

* El sobreseimiento se dispone en el mismo artículo 688 LEC-2000: *Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el Tribunal dictará auto*

poniendo fin a la ejecución. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación.

* Pero no dice la Ley qué debe hacer el Juez si de la certificación del Registro resultara que ya se había expedido certificación para otro procedimiento de ejecución de la misma hipoteca; parece que también en este caso debería sobreseerse la ejecución por existencia de otro procedimiento; salvo que el acreedor hipotecario alegue que desistió de aquel procedimiento o caducó la instancia, en cuyos casos debería suspenderse el procedimiento actual hasta que se cancelara la nota extendida en virtud del anterior. El Juez debe observar que la nota de expedición de una certificación anterior avisa incluso del peligro de que la finca se haya adjudicado a un tercero en ese procedimiento anterior y la hipoteca no esté *subsistente*, aunque esté *sin cancelar*. Obsérvese también que, como luego se verá, extendida la nota de expedición de la certificación de cargas, *el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución*; de manera que si sigue la ejecución actual, el remate y adjudicación de la finca no podrán provocar la cancelación de la hipoteca mientras esté vigente la primera nota.

2. Comprobar si hay algún tercer adquirente de la finca que no haya sido requerido de pago, para notificarle ahora la existencia del procedimiento.—La existencia de este tercer adquirente de la finca, hasta ahora desconocido, puede deberse a descuido del acreedor hipotecario o a que se ha inscrito una transmisión en el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda hasta la expedición de la certificación. Y debe notificársele por el Juez la existencia del procedimiento (art. 689 LEC-2000) para que pueda *si le conviene, intervenir en la ejecución*; o bien pagar, no porque esté obligado a pagar, sino porque es el único medio que tiene para salvar la finca.

* Según el artículo 689 LEC-2000, *si de la certificación registral aparece que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca:*

* — Esta notificación la hace el Juzgado, no el Registrador (como otras posteriores), sin duda porque no se trata de una mera notificación de existencia del procedimiento que se refleja en el Registro, sino una invitación a intervenir.

* — Y se hace no sólo al posterior tercer adquirente de la finca, sino también al que *hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de*

la finca hipotecada o embargada [...] o bien la nuda propiedad o dominio directo.

* — De la remisión de este precepto al artículo 662 LEC-2000 se deduce que la intervención del tercer adquirente en el procedimiento consiste en *pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores.*

* — Y la posibilidad de pagar no requiere explicación; pero dice el artículo 662 LEC-2000 que, *en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, el tercer poseedor podrá liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 613 de esta Ley;* este otro artículo se refiere a la limitación de responsabilidad hipotecaria frente al tercero, a *las cantidades que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición.* Puede ocurrir que el acreedor estuviera ejecutando la hipoteca frente al deudor hipotecante y, por tanto, sin límite de intereses (art. 146 LH: *el acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital...*); y que la aparición de un tercer adquirente limite esa reclamación (sigue el art. 146 LH: *...mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al art. 114*), a *los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente* o a la cantidad pactada, con el límite de cinco años (art. 114 LH).

* — Y, respecto de esta limitación de responsabilidad, debe recordarse que los distintos conceptos de responsabilidad son estancos: la distinta naturaleza de la obligación principal y de la accesoria de pago de intereses impone, por razón del principio de especialidad, su garantía diferenciada (una cantidad por principal y otra por intereses) y no comunicante (los intereses que excedan de la cantidad garantizada no pueden reclamarse hipotecariamente con cargo a la cantidad asegurada por principal, ni al revés); así se deduce, entre muchos otros, de los artículos 12 LH y 220 RH y del mismo del artículo 692 LEC-2000. Este principio tiene una excepción, quizá más aparente que real, en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, cuando los intereses no hayan de pagarse separadamente, sino que se pacte su contabilidad como una de las partidas de cargo de la cuenta; en ese caso perderían su individualidad como tales intereses para confundirse con el saldo exigible cuando venza el período de liquidación.

* — Ejemplo: Puede ocurrir que la hipoteca garantice 5 por principal del préstamo y 2 por intereses; que el deudor fuera pagando hasta reducir el principal a 3, pero después dejó de pagar, con lo que se acumularon

intereses por 4; se ejecuta la hipoteca y en subasta se obtienen 7; si la finca pertenecía todavía al hipotecante, esos 7 serán para el acreedor, 3 por el principal y 4 por intereses, que puede perseguir ilimitadamente; pero si la finca ha pasado a un tercer adquirente, el acreedor hipotecario sólo cobrará 5 de esos 7: 3 por principal y 2 por los intereses máximos garantizados; los 2 restantes serán para el tercero.

3. Constatar si hay cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca, para notificar a sus titulares la existencia de la ejecución.—Según el artículo 689 LEC-2000, *cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, se aplicará lo dispuesto en el artículo 659*, es decir, *el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro.*

* — Destinatarios de la notificación. La notificación sólo debe hacerse a *los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante*; quizá esta expresión del artículo 659 LEC-2000 es más exacta que la del artículo 689 (*cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca*), porque no importa cuándo se han constituido, sino cuándo se han inscrito. Ciertamente, habría que notificar, no a los posteriores ni anteriores, sino a los que no sean preferentes a la hipoteca; lo que ocurre es que el Registrador no puede juzgar de preferencias (y el Juez, en este procedimiento ejecutivo, sin intervención de todos los interesados, tampoco) o, al menos, no puede juzgar de más preferencias que las que resultan de los asientos del Registro, de manera que habrá de notificar a todos los posteriores, salvo que en el Registro figure una declaración de mejor rango de un derecho posterior, ya porque se haya pactado e inscrito, ya porque se haya declarado judicialmente.

* — Cargas antepuestas y pospuestas. El artículo 225 RH recoge esta precisión sobre los cambios de rango que estén inscritos; dice que *la notificación prevenida en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley* [hoy arts. 689 y 659 LEC-2000], *deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa, sino, además, a los acreedores de cargas o derechos reales que hubieren pospuesto, unas u otros, a la hipoteca del actor, a los anotantes posteriores a la inscripción de dicha hipoteca e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad.* Y debe entenderse, al revés, que no hay que notificar a los acreedores que, aun siendo cronológica y físicamente posteriores, se hubieren antepuesto a la hipoteca del actor.

* — Titulares anteriores. No se tiene que notificar a los titulares anteriores o preferentes, porque a ellos no les afecta la ejecución de la hipoteca. Y debe observarse que, a estos efectos, *se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor* (art. 227 RH); así pues, los titulares de derechos con el mismo rango tampoco tendrían que ser notificados.

* — Documentos presentados. Puede que, en el momento de expedirse la certificación de cargas, existan en el Registro algunos documentos presentados, pero no despachados aún, que contengan derechos a favor de titulares posteriores a la hipoteca; como el despacho de esos documentos es todavía dudoso, el artículo 353.1 RH, dice que *el Registrador no habrá de hacer comunicaciones a los titulares de derechos de los que solamente conste el asiento de presentación, pero, si llegan a inscribirse o a anotarse, habrá de consignar en la nota de despacho el estado de la ejecución según resulte del Registro*.

* — Forma y lugar de la notificación. La notificación tiene que hacerse por el Registrador a aquellos titulares posteriores *siempre que su domicilio conste en el Registro* (art. 659 LEC-2000); y *por correo o telégrafo con acuse de recibo o por otro medio fehaciente* (art. 660 LEC-2000). Según el artículo 353.1 RH, *por correo certificado o por telégrafo al domicilio en España que del respectivo titular del dominio o derecho conste en el Registro*; incluso contempla un caso especial: *en el supuesto de hipoteca en garantía de obligaciones, la comunicación se hará al sindicato de obligacionistas, si constare su domicilio*. Pero si no consta el domicilio en el Registro, no por eso se deja de hacer la notificación; el artículo 660 LEC-2000 dice que, *en el caso de que el domicilio no constare en el Registro o que la comunicación fuese devuelta al Registro por cualquier motivo, el Registrador practicará nueva comunicación mediante edicto en el tablón de anuncios del Registro, que se publicará durante un plazo de quince días*; y el artículo 353.1 RH repite ese mandato: *de no constar el domicilio en el Registro o no poder efectuarse la comunicación conforme al párrafo anterior, el Registrador la publicará durante quince días hábiles en el tablón de anuncios del propio Registro*; pero con una variante de mayor inmediación a la finca: *si la oficina del Registro no radicara en el mismo término municipal que la finca, los edictos se remitirán al Ayuntamiento para su publicación en el tablón de anuncios*.

* — Como ahora se verá, no tiene que notificarse a los titulares de derechos posteriores a la certificación de cargas, que se entienden notificados por la nota al respecto; el artículo 226 RH aclara que *la notificación no será necesaria respecto a las personas que hayan inscrito, anotado o presentado en el diario los títulos justificativos de su derecho con posterioridad a la extensión de la nota marginal [...] y que, por tanto, no pudieron ser mencionadas en la certificación del Registro*.

* — Constancia de la notificación en la certificación. El Registrador debe hacer constar en la certificación que ha practicado las notificaciones

preceptivas. Lo dicen así el artículo 660 LEC-2000 (*en la certificación a que se refiere el art. 656 se expresará haberse remitido esta comunicación*) y el artículo 353.1 RH (*a continuación de la certificación [...] el Registrador expresará que ha expedido las comunicaciones prescritas*); pero ninguno de los dos cae en la cuenta del absurdo: si el Registrador debe hacer las notificaciones a unos titulares que constan en la certificación, debe hacerlas entonces después de expedir la certificación; y, si las hace después, no puede decir en la certificación que las ha hecho, porque no las ha hecho todavía. El círculo vicioso puede romperse expidiendo la certificación primero, haciendo las notificaciones después y, finalmente, expresando esta circunstancia en nueva diligencia a continuación de la certificación.

* — Incidencias posteriores. Dice el artículo 353.1 RH: *El Registrador no habrá de dar cuenta de ninguna incidencia relativa a las comunicaciones. Archivará copia de la certificación de cargas y de las comunicaciones que provoque y unirá a ellas los documentos que con las mismas se relacionen*; pero en realidad, sí hay incidencias posteriores que deben comunicarse: según el artículo 135 LH, *el Registrador deberá comunicar al Juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución*; sólo los que puedan afectar a la ejecución, y no otros; y, especialmente, y sería la última comunicación, la cancelación de la hipoteca por ejecución de otra o de un embargo anteriores.

Esta notificación se hace para que puedan intervenir en el procedimiento a los efectos que les convengan; o incluso pagar la deuda perseguida, con lo que salvarían sus propios derechos posteriores y se subrogarían en los derechos del actor (art. 659.3 LEC-2000).

* — Efectos de la notificación. La notificación se hace a los titulares de derechos posteriores a la hipoteca para que puedan intervenir en el procedimiento, a los fines que les convengan, o pagar y subrogarse en los derechos del actor; el artículo 659.3 LEC-2000 dice que, *cuando los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen que se ejecuta satisfagan antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, quedarán subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho*.

* — Ejemplo de lo anterior: Una finca del deudor, D, está gravada con hipoteca, por importe de 3, en favor de un acreedor, A1, que la ejecuta; de la certificación resulta que con posterioridad se ha inscrito una segunda hipoteca en favor de otro acreedor, A2, por importe de 30; la ejecución de la primera hipoteca purgaría la segunda, y A2 duda que la subasta diera el verdadero valor de la finca y quedara sobrante para pagar su deuda; ante la duda, puede pagar 3, subrogarse en los derechos de A1 y ejecutar antes su propia hipoteca 2.^a, con subsistencia de la 1.^a, sabiendo que, caso de no obtenerse en la subasta una cantidad aceptable, podría adjudicarse él mismo la finca.

* — La subrogación, en su caso, es objeto de un asiento especial, al margen de la inscripción de hipoteca: según el mismo artículo 659.3 LEC-2000, *se harán constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que dichos acreedores se subrogan y las de sus créditos o derechos respectivos, mediante la presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso.*

La falta de notificaciones impediría a los terceros ejercitar sus derechos en el procedimiento e incluso librar a la finca de él, de manera que debiera ser causa de nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad del Registrador.

* Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha querido, sin duda, someter la validez del procedimiento a una actuación que no depende ya de la Administración de Justicia, sino del Registro de la Propiedad; por eso dice el artículo 660 LEC-2000 que *la ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución*; esta norma resulta sorprendente y debe aplicarse al procedimiento ejecutivo ordinario (en cuya regulación está situada), pero tratándose del procedimiento de ejecución directa resulta contradictoria con el artículo 130 LH (redactado precisamente por la Disposición Final 9 LEC-2000): *a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a los extremos siguientes: [...] que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca.* La contradicción resulta también sorprendente, porque no es lógico que la seguridad de los terceros y del mismo adquirente en la ejecución dependan de que el procedimiento ejecutivo sea ordinario o directo. Quizá deba entenderse que en el procedimiento de ejecución directa, la falta de notificaciones no impide la inscripción de la adjudicación... pero sí la cancelación de cargas no notificadas, que seguirán subsistentes, bajo responsabilidad del Registrador que omitió la notificación.

4. Avisar a posteriores adquirentes de la finca o de derechos reales, mediante la nota que queda en el Registro sobre la expedición, que se está ejecutando la hipoteca; como ahora se verá.

b) LA NOTA DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN

Según el artículo 688 LEC-2000, *el Registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas.* Esta nota sirve de notificación a todos los que inscriban

algún derecho sobre la finca con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas; el artículo 132 LH, cuando habla de la notificación a los titulares posteriores a la hipoteca, añade: *a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación*. Como explicaba la R. 27-11-1961, la nota «no implica un cierre registral, sino que más bien opera como una condición resolutoria, cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de hipoteca que sea base del procedimiento».

* 1. Circunstancias de la nota. Según el artículo 688 LEC-2000 la nota expresará *su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere*; y el artículo 143 RH señala como contenido de la certificación *que ha expedido la referida certificación, el procedimiento para el que se expide, las fechas del mandamiento y de su presentación y la fecha de la certificación*; la identificación del procedimiento es importante para localizar el expediente en el Juzgado cuando pasa el tiempo y ha caducado o se ha desistido, pero la nota sigue en el Registro.

* 2. Forma de la notificación. El que adquiera la finca hipotecada o un derecho sobre ella después de la certificación de dominio y cargas no recibirá ninguna notificación especial cuando presente su título en el Registro, según el artículo 355 RH, *el Registrador no habrá de hacer comunicaciones a los titulares de derechos de los que solamente conste el asiento de presentación, pero, si llegan a inscribirse o a anotarse, habrá de consignar en la nota de despacho el estado de la ejecución según resulte del Registro*; el tercero habrá visto la nota de expedición de la certificación de cargas si solicitó información registral previa, y la volverá a ver reflejada en la nota de despacho del título. Esa será toda la notificación.

3. Efectos de la nota.—La nota avisa a los terceros del peligro derivado de la ejecución. Los terceros que inscriban con posterioridad a la certificación no serán notificados de la existencia del procedimiento; su única notificación consiste en la nota al margen de la hipoteca y en la nota de despacho de su título. Y han de ser sagaces para interpretarlas; porque el profano que consulta el Registro puede no captar su importancia amenazante. Esa nota funciona como una advertencia a todos los que con posterioridad adquieran la finca o un derecho sobre ella de que se está ejecutando la hipoteca; puede que la finca o el derecho que el tercero cree está adquiriendo estén ya adjudicados en subasta a otra persona. Puede que el derecho de ese tercero no llegue a ser inscrito porque se inscriba antes la adjudicación derivada de la subasta; o puede que el tercero llegue a inscribir y vea pronto cancelada su inscripción y extinguido su derecho.

Y, a la vez, la nota les permite intervenir en el procedimiento ejecutivo en los mismos términos que los terceros anteriores que han sido notificados

directamente; así resulta del artículo 659.3 LEC-2000, que establece esa posibilidad de intervenir y de pagar, sin distinguir sobre la fecha de adquisición de los respectivos derechos; lo único importante es que el pago, si se realiza, sea *antes del remate*.

4. Cancelación de la nota y de la hipoteca.—La nota de expedición de la certificación de dominio y cargas no está sujeta a caducidad, de manera que queda en el Registro permanentemente y suele causar problemas cuando se trata de procedimientos ejecutivos antiguos (al contrario de lo que ocurre con la anotación preventiva de embargo, en la que la caducidad de la anotación arrastra la ineficacia de la nota).

La nota avisa de la ejecución de hipoteca; de la ejecución puede haber resultado una adjudicación que no esté inscrita, pero que tiene derecho a inscribirse con el mismo rango que la hipoteca de la que procede; y, por tanto, no puede cancelarse la hipoteca mientras esté vigente la nota; por eso dice el artículo 688 LEC-2000 que, *en tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el Registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución*.

* Se trata de una doctrina que sentó la R. 16-9-1992: No puede cancelarse la hipoteca en virtud de carta de pago otorgada por el acreedor «desde que por mandamiento judicial y a través de esa nota marginal consta en el Registro que está pendiente un procedimiento judicial de ejecución del derecho de hipoteca [...] no cabe que sea posible la cancelación sin que la extinción del derecho real de hipoteca tenga por decisión que sólo al Juez incumbe, la consiguiente repercusión en el procedimiento mismo entablado [...] sólo así se tendrá seguridad de que la cancelación no produce perjuicio a los derechos de quien en esa enajenación forzosa pudo adquirir el bien confiando en la seriedad inherente a una pública subasta». En efecto, desde el momento en que la hipoteca entra en fase ejecutiva, y ese momento se refleja en el Registro a través de la correspondiente nota marginal, el poder dispositivo sobre el asiento registral no pertenece sólo al acreedor hipotecario, sino también, a través de la instancia judicial en curso, a los eventuales terceros que hayan podido intervenir en el procedimiento, y cuyo control no es posible por el Registro, sino a través del órgano judicial; la cancelación pretendida hubiese dejado en desamparo a esos terceros, que confiaron en unos asientos promovidos precisamente por el acreedor que ahora quiere cancelar.

* Y el artículo 688 LEC-2000 recoge esa doctrina de la Dirección General; pero lo hace en términos demasiado generales, que obligan a afinar; el artículo 131 LH es más preciso, aunque no exhaustivo: *no se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto*.

* — La norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil cierra la posibilidad de cancelación de la hipoteca por la «caducidad reglamentaria» del artículo 177 RH; porque esa discutible caducidad no es *causa distinta de la propia ejecución*, y además es requisito del mismo artículo 177 RH que *no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho*, y eso es precisamente lo que indica la nota marginal.

* — Puede dudarse si esta prohibición de cancelación del artículo 688 LEC-2000 afecta también a la que se dispusiera judicialmente en el expediente de liberación de cargas de los artículos 209 y 210 LH; a primera vista, parece que sería contrario a lo que dice aquel precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero lo cierto es que el Juez que entienda del expediente debe valorar todas las circunstancias del derecho que se pretende cancelar y, entre ellas, la antigua existencia de un procedimiento ejecutivo. Y cabe admitir la cancelación sin violentar el precepto procesal: siempre que la sentencia recaída en el expediente ordene cancelar no sólo la hipoteca, sino también la nota marginal; esa solución cumple con el fondo del asunto (porque resulta evidente que el Juez del expediente ha valorado las circunstancias de la ejecución) y con la forma (porque la nota marginal se estaría cancelando *por mandamiento judicial* y esa cancelación previa de la nota permite cancelar la hipoteca *por causas distintas de la propia ejecución*).

— La norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil resuelve también (negativamente) las dudas sobre cancelación de la hipoteca por retroacción de una quiebra posterior; ni siquiera por esa causa puede cancelarse la hipoteca mientras esté vigente la nota de certificación.

— Pero, sin embargo, la hipoteca tendrá que cancelarse por ejecución de otra hipoteca o de un embargo anteriores (art. 674 LEC-2000).

B) CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES

El objeto del mandamiento, como dice el artículo 134 LH, es disponer *la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento*; en el mismo sentido, el artículo 674 LEC-2000.

a) RELACIÓN DEL MANDAMIENTO CON EL AUTO DE ADJUDICACIÓN

El artículo 133 LH contempla para la total registración del procedimiento de ejecución dos distintos documentos:

- *El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio.*
- *Y el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

* La tradicional separación de estos dos documentos había causado múltiples problemas: y no sólo la multiplicación del trabajo en las oficinas (especialmente en el Juzgado, que debe preparar dos ejemplares del mandamiento y uno del testimonio); sino, sobre todo, el que se presentaba si sólo podía despacharse por el Registrador uno de los dos documentos, sea porque sólo se presentaba uno y el otro se retrasaba por cualquier causa (descuido, pérdida, demora en la Oficina Liquidadora, etc.), sea porque el Registrador califica al otro con suspensión o denegación por defectos subsanables o insubsanables. Pues bien:

* — Si se despachaba el mandamiento de cancelación y no el auto de adjudicación, se hubiera dejado la finca inscrita a nombre del deudor y (lo que resulta sorprendente) libre de la hipoteca ejecutada y de todas las cargas posteriores que resultarían canceladas; el auto de adjudicación no podría inscribirse después por haber desaparecido la hipoteca en que se apoya.

* — Si, por el contrario, se despachaba sólo el auto de adjudicación, el adjudicatario hubiera resultado titular registral de la finca, pero con subsistencia de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, incluso las inscripciones de dominio en favor de terceros adquirentes de la finca; con lo que habría dos inscripciones de dominio contradictorias y claramente incompatibles entre sí.

* Ambos resultados eran absurdos y conducían a pensar que no cabía una inscripción separada de los dos documentos; si uno no se presenta o se califica negativamente, el Registrador debe suspender también la inscripción del otro (salvo el auto de adjudicación cuando los asientos posteriores a la hipoteca no sean incompatibles con el dominio que se inscribe). Sin embargo, la R. 30-4-1936 (y la R. 22-5-1936 que, trasapelada en la guerra, no se sabe si es la misma anterior u otra distinta), resaltando la voluntariedad o rogación en el procedimiento registral, concluía que «cualesquiera que sean los motivos doctrinales y prácticos determinantes de la conveniencia de que tal inscripción haya de preceder a la cancelación de la inscripción de la hipoteca para cuya efectividad se celebró la subasta, no es suficiente esta sola circunstancia para negarse a inscribir el mandamiento cancelatorio librado por Juez competente y revestido de los demás requisitos legales». Pero sin duda, si la aplicación de la ley o de la jurisprudencia conducen al absurdo, o una de las dos o el intérprete están siguiendo un camino equivocado.

* Pero posteriormente la Dirección trataba de evitar esos resultados; y así, en R. 22-2-1993, dijo que «el Registrador no debe ignorar el carácter

unitario de ese complejo de operaciones registrales aunque para ellas se le presenten títulos formalmente independientes y, en particular, debe considerar implícita la petición de que la cancelación de la anotación preventiva del embargo sea la última operación registral —puesto que de esta anotación arrancan su causa las demás operaciones registrales— y de que debe suspenderse la cancelación de la anotación preventiva de embargo en caso de suspensión de alguno de los demás asientos». Pero «considerar implícita» la petición de despacho conjunto no excluía que explícitamente se solicitase el despacho separado.

Superando los antiguos inconvenientes de un despacho registral separado del testimonio o del mandamiento, el artículo 133 LH dispone hoy un despacho conjunto: el título inscribible será el testimonio del auto, *siempre que se acompañe el mandamiento...*, o sea, ni el mandamiento es por sí solo título inscribible, ni el testimonio se puede inscribir sin el mandamiento. Y, además, *ambos podrán constar en un solo documento*.

* En realidad, si en el mismo auto se hace la adjudicación y se ordena ya la cancelación de cargas, ese *solo documento* será el solo testimonio del auto; no es necesario un mandamiento específico. Porque debe sostenerse la evolución de un concepto formal del mandamiento como documento específico hacia un concepto material de mandamiento, en su sentido vulgar, como orden o mandato; orden que emana del Juez, pero que puede llegar al Registro en un mandamiento-documento del propio Juez o en un testimonio de la resolución judicial en que se contiene, expedido sólo por el Secretario; no se trata, pues, como se ha dicho, de «mandamientos expedidos por el Secretario», sino de testimonios o traslados hechos por el Secretario de una orden judicial. La idea es acorde con la función del Secretario en la Ley Orgánica del Poder Judicial como encargado de los actos de comunicación con otros órganos; pero no es tan nueva como puede parecer: la R. 16-5-1968, sobre prórroga de una anotación de embargo para la que se había presentado en el Registro, en lugar del mandamiento, el testimonio de la providencia judicial en que se ordenaba la prórroga, dijo que «el mandamiento no es más que la ejecución del acuerdo contenido en la resolución judicial, por lo que al presentarse ésta se contienen literal e íntegramente todos los particulares que el artículo 165 del Reglamento Hipotecario exige se inserten en el mandamiento»; con posterioridad a la Ley Orgánica, la R. 28-6-1989 dijo que una vez que la resolución o mandamiento han sido dictados por el Juez, para su ejecución bastará con adecuado traslado por documento en que el Secretario asevere su autenticidad. Dentro de esta línea, el Secretario expediría testimonio del auto, en que ya constará la decisión judicial de cancelar, y haría constar, por referencia a los autos, el pago al actor y la consignación del sobrante, como luego se verá.

b) REQUISITOS FORMALES DE UNO Y OTRO

El testimonio y el mandamiento, o testimonio-mandamiento deben cumplir unos requisitos formales: Deben proceder de un auto del Juez; el auto debe ser firme; el mandamiento, o el documento doble (pero no es testimonio, si se presenta separadamente) deben presentarse en el Registro de la Propiedad por duplicado, y pueden llegar al Registro directamente, sin exhorto a Tribunales intermedios.

* 1. Auto del Juez.—La adjudicación resulta del auto. Y el mandamiento, en el sentido material visto de orden de cancelación, se contendrá ordinariamente en el mismo auto de adjudicación, o en una providencia separada. La resolución ha de dictarse por el Juez, sin propuesta del Secretario, puesto que se trata de una decisión limitativa de derechos (art. 290 LOPJ); sin embargo, constando el acuerdo del Juez, el camino para llegar a él parece que forma parte del «orden riguroso del procedimiento» y, por tanto, que está sustraído a la calificación registral.

* El testimonio se expedirá por el Secretario Judicial, dentro de sus facultades vistas, sin necesidad de visto bueno del Juez, que ya no se exige en precepto alguno.

* 2. Auto firme.—El artículo 118 CE declara obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones *firmes* de los jueces y tribunales; el artículo 82 LH exige para la cancelación de inscripciones y anotaciones hechas en virtud de escritura pública *sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación*; el artículo 83 LH, para las hechas en virtud de mandamiento judicial, *providencia ejecutoria*; y el artículo 174 RH, para ambas, *resolución judicial que sea firme*. La exigencia es lógica; de otra forma la cancelación podría producir daños irreparables, por la aparición de un tercero hipotecario, si la resolución judicial, ejecutada por el Registro, fuese posteriormente revocada.

* En algunos Juzgados se está extendiendo la fórmula de que el auto «es firme a efectos registrales»; pero no hay una firmeza de efectos registrales distinta de la firmeza general; o, si la hay, es más restrictiva, y no más amplia, ya que el Registro es poco susceptible de recoger ejecuciones provisionales o decisiones judiciales recurridas a un solo efecto, dado el peligro de aparición de un tercero protegido que haga imposible la vuelta atrás después de una inscripción o una cancelación apresuradas.

* Y no es necesario pensar en garantías registrales de carácter provisional mientras la resolución gana firmeza, como sería el asiento de presentación, la anotación preventiva de suspensión, la dudosa anotación de demanda, etc.; porque el mandamiento de cancelación, cuando la resolución quede firme, basa su prioridad registral en la inscripción de hipoteca de la que trae causa y no puede quedar perjudicado por nada intermedio.

* 3. Duplicado.—El mandamiento ha de presentarse por duplicado; así lo dispone el artículo 257 LH; la duplicidad tiene por objeto que uno de los ejemplares quede archivado en el Registro y otro se devuelva al Juez o, más normalmente en el caso de la ejecución de hipoteca al presentante:

* — El archivo es un tanto arcaico (antiguamente se archivaban también las copias de las escrituras de cancelación) porque las resoluciones judiciales tienen su archivo natural en el Juzgado; pero resulta insoslayable ante la exigencia legal: *conservará el otro en su oficina, extendiendo en él una nota rubricada igual a la que hubiere puesto en el ejemplar devuelto.*

* — En cambio, la retirada de la otra copia por el presentante no puede considerarse obligatoria para éste: *el Registrador devolverá uno de los ejemplares al mismo Juez o Tribunal que lo haya expedido o al interesado que lo haya presentado, con nota firmada expresiva de quedar cumplido en la forma que proceda;* es un derecho que tiene y al que podrá renunciar; de manera que si por cualquier causa sólo se presenta un ejemplar del mandamiento, eso no impide su despacho, siempre que el presentante se allane a no recibir copia alguna o a recibir sólo fotocopia del mandamiento una vez despachado, o certificación de los asientos practicados, o del propio mandamiento una vez archivado.

* 4. Envío directo.—La presentación de los documentos en el Registro, en materia de ejecución hipotecaria, suele hacerse por los propios interesados o sus representantes. Pero si el mandamiento se remitiese por el Juzgado, el envío puede hacerse directamente, sin exhorto, como resulta de la interpretación coordinada de los artículos 299 LEC y artículo 165.2 RH, a la luz de las R. 31-10-1985, RR. 07, 08, 11, 12, 13 y 14-11-1985, RR. 5, 6-12-1985, R. 20-2-1986 y R. 27-10-1987.

c) ASIENTOS QUE SE DEBEN CANCELAR

La «cancelación de cargas», en un sentido amplio comprende varias cancelaciones:

1. Cancelación de la hipoteca ejecutada.—El mandamiento dispondrá la ejecución de la hipoteca; y, aunque no lo diga la Ley, también deberán cancelarse los asientos de subrogación de hipoteca en favor de los sucesivos cesionarios del crédito hipotecario, y los de novación o modificación de la hipoteca.

2. Cancelación de inscripciones posteriores.—En segundo lugar deben cancelarse las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca; pueden distinguirse:

— Anteriores a la certificación de cargas: El artículo 233 RH exige que se determinen *las inscripciones y anotaciones posteriores y las ante-*

riorios pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor. Esta exigencia de individualización de las cargas que deben cancelarse es un tanto sorprendente; cabría discutir si serán suficientes fórmulas como «todas las posteriores expresadas en la certificación de cargas», «las dos anotaciones de embargo que gravan la finca» u otras semejantes.

* Pero tal vez sea más importante preguntarse el porqué de aquella minuciosa exigencia; quizá se basa en la idea de que el Juez ha de mandar cancelar no sólo las inscripciones y anotaciones posteriores, sino también las anteriores pospuestas o que, por alguna otra razón (como el posible privilegio del crédito hipotecario) no sean preferentes a la hipoteca; y no todas las posteriores, sino sólo las que no estén antepuestas o no sean preferentes al crédito perseguido; y ese juicio sobre preferencias impone al Juez un estudio asiento por asiento que debe reflejarse formalmente en una enumeración detallada. Pero hoy parece el Juez no puede entrar de oficio a dilucidar el orden de preferencia del crédito perseguido y el de los anteriores y posteriores. Parece que han de cancelarse los asientos posteriores a la hipoteca y respetarse los anteriores; por supuesto, han de incluirse entre los posteriores los pospuestos en rango y entre los anteriores los antepuestos, porque el rango hipotecario es algo de lo que puede certificar el Registrador sin necesidad de ninguna decisión judicial. Pero si algún titular posterior se cree privilegiado, ha de ejercitar esa preferencia en la tercería de dominio o de mejor derecho o, al menos, interviniendo en el juicio ejecutivo; como el acreedor hipotecario ha de hacerlo respecto a asientos anteriores que crea de peor derecho (ver las R. 18-5-1987 y R. 29-4-1988; y la reiteración de esa doctrina en R. 21-8-1993 y R. 23-8-1993 —sobre créditos salariales—, las R. 23-3-1993 y R. 5-5-1993 —sobre títulos anteriores al embargo pero inscritos después— y la R. 15-12-1994 —en términos más generales—).

Y si esto es así, deberá interpretarse con flexibilidad la exigencia del artículo 233 RH y entenderlo cumplido siempre que, de una u otra forma, se identifiquen suficientemente los asientos que el Juez manda cancelar.

— Posteriores a la certificación: Para ellos, según el propio artículo 233 RH, bastará la *expresión genérica*; y no puede ser de otra forma, porque el Juez ni siquiera sabe cuáles son esos asientos posteriores a la certificación de cargas: se cancelarán todos, sin más, de cualquier clase que sean y cualesquiera que sean los créditos a que se refieran, lo que indica de nuevo que el Registrador ha de actuar haciendo caso omiso de preferencias o privilegios.

— Créditos posteriores privilegiados: La R. 18-5-1987, al tratar del privilegio del crédito por gastos de la comunidad en propiedad horizontal del

artículo 9 LPH advertía que, frente a la ejecución de una hipoteca anterior, la preferencia debe alegarse, en su caso, en el procedimiento ejecutivo, para evitar la cancelación automática derivada de la ejecución; y sobre el superprivilegio salarial del artículo 32.1 ET decía la R. 29-4-1988 que, aun cuando se sostenga que la ejecución del crédito salarial lleva consigo la cancelación de cualesquiera cargas, no puede desconocerse los derechos de sus titulares en las actuaciones procesales, y especialmente, que debería haberse notificado el estado de apremio a los titulares de las cargas inscritas antes de iniciarse aquél y que se estimasen pospuestas al crédito salarial del actor, para que pudiesen pagar el crédito con la consiguiente subrogación, o intervenir en el avalúo y subasta del bien; y que según el artículo 100 RH, el Registrador ha de calificar respecto del mandamiento cancelatorio el cumplimiento de las garantías que la legislación hipotecaria impone para la cancelación de derechos como consecuencia de una ejecución en que se ordena.

Claramente se deduce lo anteriormente se exponía: Que ni el Juez actúa de oficio para decidir sobre preferencias, ni el Registrador puede calificar sobre tal materia.

— Inscripciones que cuestionan la validez o eficacia de la hipoteca. Las inscripciones posteriores a la hipoteca ejecutada se cancelan todas, incluso, según el artículo 131 LH, *las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras...*

* Con esto parece cambiar la línea emprendida en R. 8-11-1990 (que fue reiterada en R. 14-11-1990 y otras): Según la nota del Registrador «con posterioridad a la hipoteca se halla inscrita la declaración de quiebra del hipotecante, con retroacción hasta fecha anterior a la constitución de la hipoteca, que debe considerarse nula de acuerdo con el artículo 878 del Código de Comercio» y, en consecuencia, denegaba la inscripción del auto de adjudicación en la ejecución de la hipoteca. Entendió la Dirección que, no habiendo sido cancelada la hipoteca, se presume que existe y pertenece a su titular, y es inscribible la enajenación forzosa, si bien, «si la hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la hipoteca provoca, y si lo que procede es la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de rescisión conste en el Registro sufrirá las consecuencias de la rescisión»; ahora bien, disponía la Dirección General que, al cumplimentar el auto en cuanto ordena la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, no cabe incluir entre ellas la inscripción de la quiebra. La solución era brillante y coordinaba todos los intereses en juego; el único problema es que se ampliaban excesivamente las facultades del Registrador si se lo obligaba a calificar cuáles de las inscripciones y anotaciones que el Juez ordena genéricamente cancelar son cancelables y cuáles no, en contra de la doctrina que la propia Dirección había establecido en anteriores resoluciones como la R. 22-11-1988; en ésta se sostenía que la ejecución de una hipoteca determina la cancelación de toda

carga posterior cuya preferencia no se haya hecho valer por el cauce adecuado, y que a los titulares de posibles cargas o créditos privilegiados incumbe la carga de acudir a la ejecución hipotecaria e interponer en ella la correspondiente tercería. Esa es la tesis que finalmente ha prevalecido.

— Otras inscripciones. En general, la cancelación debe comprender cualesquiera otras inscripciones; si de la Ley se deduce hasta la cancelación de una quiebra posterior que puede afectar a la hipoteca, no puede vacilarse ante otras.

* Es ejemplar el caso de la R. 13-6-1998: El Registrador suspendió la inscripción de la desafectación del elemento común portería «por no concurrir el consentimiento de los titulares de créditos hipotecarios recayentes sobre algunos de los pisos y locales integrantes de ese edificio, consentimiento que se precisaría por cuanto que la desafectación disminuye su garantía». La Dirección entiende que ese consentimiento no es necesario para realizar la desafectación, pero la finca formada seguiría afecta, en las cuotas correspondientes, a las hipotecas en cuestión: «Es principio básico de nuestro sistema, que la división de una finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien, de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responde de la totalidad del crédito garantizado, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (cfr. arts. 122 y 125 LH) [...] cuando una parte de ese derecho complejo en que consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirán pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente [...] aun cuando se haya acordado que ese nuevo objeto jurídico sea inmediatamente transmitido a un tercero; y se verifique efectivamente dicha transmisión (cfr. arts. 1.876 del Código Civil y 104 LH) [...] ha de concluirse la no necesidad del consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria constituida sobre un piso o local para la enajenación del elemento común previamente desafectado». No corresponde ahora tratar los problemas de la desafectación de la vivienda portería (para eso pueden verse las R. 5-5-1970 y R. 15-6-1973 y R. 17-3-1993); sino el de la intervención de los acreedores hipotecarios sobre uno o más de los elementos privativos: El Registrador entendía que para la desafectación de la portería era necesario su consentimiento; y en efecto, a un acreedor hipotecario no puede serle indiferente que se reduzca la cuota del piso hipotecado y, con ella, su participación sobre el solar y demás elementos comunes; y, aunque no se redujera la cuota del departamento en cuestión (si la cuota de la portería se sacara de las cuotas de otros departamentos), sí se reducen los elementos comunes, sobre los que cada uno de los privativos tenía una copropiedad aneja e inseparable. La Dirección matiza que la segregación puede hacerse sin intervención de los acreedores, pero la hipoteca seguirá gravando al elemento segregado (debe entenderse que si el piso hipotecado tenía una cuota

del 5 por 100 en la propiedad horizontal, la hipoteca seguirá gravando a ese piso y al 5 por 100 de la portería); lo deduce, con buena lógica, del artículo 123 LH: *Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez.*

* La doctrina es lógica: puede deducirse de la resolución que cabe inscribir cualquier cosa detrás de la hipoteca, sin consentimiento del acreedor hipotecario, porque la ejecución purgará todo lo que haya detrás. Pero quizá demasiado lógica: aparentemente, más permisiva que el criterio negativo del Registrador, pero en el fondo es lo mismo: porque será muy difícil encontrar un comprador para el piso portería, que pasará a estar gravado, por cuotas, con todas las hipotecas de todos los copropietarios.

3. Inscripciones que subsisten.—Aunque el artículo 134 LH habla de cancelación de las inscripciones posteriores *sin excepción*, hay sin embargo algunas:

— La primera, en el mismo artículo 134 LH: *tan sólo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones.*

— Lo mismo debería entenderse respecto a la inscripción de servidumbres en que la finca hipotecada figure como dominante; es también una cualidad a la que la hipoteca *se extiende por ley*; pero no si es predio sirviente o servidumbre recíproca.

— El artículo 131 LH ordena cancelar también *las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución*; porque dice que *quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas*. De manera que, interpretando en sentido contrario, no se cancelarán las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca o de suspensión de la ejecución, cuando sean anteriores a la nota de expedición de la certificación de dominio y cargas, aunque sean posteriores a la hipoteca.

d) OTRAS CIRCUNSTANCIAS DE LA CANCELACIÓN

En el mandamiento de cancelación o en el documento dual de adjudicación-cancelación, deben constar las circunstancias que ha de calificar el Re-

gistrador y que tienden a asegurar los derechos de los titulares de asientos que se van a cancelar (arts. 133 y, por remisión, 132 LEC-2000).

* El artículo 133 LEC-2000 dice que *se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior*; y el artículo 132 LEC-2000, que, *a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a los extremos siguientes:*...

1. Requerimientos de pago: *Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.*

2. Notificaciones: *Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.*

* Pero la exigencia es exagerada, formal y materialmente: Para imponerla como requisito formal del mandamiento, la Ley parece olvidar que esas notificaciones las tiene que hacer el Registrador (arts. 689 y 659 LEC-2000); de manera que sería excesivo por su parte suspender la cancelación porque el mandamiento no diga si se han hecho o no. Y, desde el punto de vista material, también parece olvidar que, según el artículo 660.2 LEC-2000, *la ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que éstas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución.*

3. El pago al acreedor: *Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no excede del límite de la respectiva cobertura hipotecaria*; porque si excediera, se estaría sustrayendo ese exceso a los acreedores posteriores que tienen derecho a él.

* Menos importancia tiene este requisito cuando los bienes hipotecados no tienen cargas o derechos posteriores a la hipoteca: por una parte, porque frente al hipotecante no existe el límite de los intereses garantizados (art. 114 LH); y, por otra, porque al ser parte en el procedimiento el titular de la finca, el único que puede salir perjudicado, pudo defender directamente su derecho en el Juzgado, y no corresponde su defensa al Registro.

4. *Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.*

Los acreedores posteriores, que pierden por purga su derecho real sobre la finca, truecan ese derecho por otro sobre el precio sobrante; por eso es esencial que, antes de cancelarles su derecho inmobiliario, se asegure, mediante depósito, la continuación de la garantía dineraria. Y, a falta de esos acreedores, el sobrante pertenecerá al dueño de la finca, que también es acreedor (de dominio). Así dice la R. 15-1-1999 que «el Registrador no podrá acceder a la cancelación de los asientos posteriores a la hipoteca ejecutada si no consta en el correspondiente documento que el exceso del precio de remate sobre las cantidades devengadas y garantizadas con la hipoteca, han sido depositadas en establecimiento autorizado al efecto, a disposición de los titulares de esos asientos cuya cancelación se pretende (cfr. arts. 131.17 LH y 175.2 RH)».

e) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El artículo 132 LH (como se acaba de ver) regula el ámbito de la calificación registral en *las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados; y la extiende al hecho de la demanda y requerimiento de pago a deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores; a la notificación a acreedores y terceros posteriores a la hipoteca, por más que, como se ha visto, esas notificaciones las tiene que haber hecho el propio Registrador; al pago al acreedor por importe no superior a la cobertura hipotecaria; y a la consignación del sobrante, en su caso.*

A primera vista parece que la calificación registral se amplía respecto al texto del antiguo artículo 131.17 LH, en el que la calificación era más bien sobre el requisito formal de que en el mandamiento constase que se habían hecho las notificaciones y se había consignado el sobrante, más que a la circunstancia fáctica de que realmente se hubieran hecho o no o de cómo se hicieron, o del detalle de la liquidación. Tal vez la ampliación se basa en la base esencialmente registral de ejecución (art. 130 LH), pero parece excesiva, y debe realizarse con respeto al ámbito propio de la competencia judicial y de su autoridad.

PEDRO AVILA NAVARRO
Registrador de la Propiedad

La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la *Vormerkung* (*) (**)

(*) El presente trabajo se incluye en el ámbito del Proyecto de Investigación «Principios comunes del Derecho Privado Europeo», financiado por la Comisión Europea desde noviembre de 1997. Dicho proyecto tiene como objetivo fundamental la investigación acerca de los principios de Derecho Privado que son comunes a los países europeos a fin de facilitar la consecución de un posible único Derecho Privado Europeo. A él pertenecen las siguientes Universidades: Universidad de Turín (profesor doctor G. Ajani), University of Oxford (profesor doctor P. Birks), Universidad de Barcelona (profesor doctor A. Borrás), L'Université Jean Moulin III (Lyon) (profesor doctor F. Ferrand), Humboldt-Universität zu Berlin (profesor doctor A. Flessner), Westfälische Wilhelms-Universität Münster (profesor doctor R. Schulze), Katholieke Universiteit Nijmegen (profesor doctor H.L.E. Verhagen).

Desde aquí quisiera mostrar mi agradecimiento al profesor doctor A. Flessner por la confianza en mí depositada.

(**) Índice de abreviaturas alemanas:

AcP: Archiv für die civilistische Praxis.

BayObLG: Tribunal Superior del Land de Bayern.

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil).

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal).

DnotZ: Deutsche Notar-Zeitschrift.

GBO: Grundbuchordnung (Normativa registral).

GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Constitución alemana).

InsO: Insolvenzordnung (Normativa sobre insolvencia).

Jura: Juristische Ausbildung.

JuS: Juristische Schulung.

JZ: Juristenzeitung.

KO: Konkursordnung (Normativa sobre quiebras).

NJW: Neue Juristische Wochenschrift.

WEG: Wohnungseigentumsgesetz (Ley de propiedad sobre la vivienda).

ZPO: Zivilprozessordnung (Ley de enjuiciamiento civil).

I. SOBRE LA NECESIDAD DE PROTECCION DEL ADQUIRENTE QUE NO HA COMPLETADO SU TITULARIDAD REAL SOBRE LA COSA EN EL DERECHO ALEMAN: EL CONCEPTO DE *ANWARTSCHAFTSRECHT*

Como es sabido, para la transmisión onerosa derivativa *inter vivos* de la propiedad en nuestro sistema no basta con la celebración del negocio obligatorio, sino que es necesaria también la existencia de la tradición, del modo. Así se desprende del artículo 609 del Código Civil en relación con el artículo 1.095 del Código Civil.

En el ordenamiento jurídico alemán también se distingue entre el negocio jurídico obligatorio (contrato de compraventa) y el negocio dispositivo de naturaleza jurídico-real en el proceso adquisitivo. Si bien, en cuanto a la segunda etapa de este proceso, hay que distinguir entre la adquisición de bienes muebles y bienes inmuebles, puesto que la regulación es diferente para cada una de las categorías. Tratándose de bienes muebles, su reglamentación se contiene en los §§ 929 y siguientes BGB. De acuerdo con el § 929 I BGB, para transmitir un bien mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y ambos estén de acuerdo sobre el traslado de la propiedad.

El acuerdo real no precisa de una forma determinada, solamente en casos excepcionales se hace constar de modo expreso, en la mayoría de los casos, se deduce de las circunstancias que ha tenido lugar esta declaración de voluntad de las partes acerca de la transmisión de la propiedad.

Tampoco es necesario que tenga lugar al mismo tiempo que la entrega de la cosa. El problema radica en determinar si el acuerdo real puede tener lugar después de la entrega de la cosa. Se tratará en la mayoría de los casos de una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes.

El acuerdo real, tratándose de bienes muebles, puede quedar sujeto a condición o a término. Un supuesto habitual de condición suspensiva es la reserva de dominio. Si se ha transmitido una cosa con reserva de dominio, cuando la condición se cumple se transmite automáticamente la propiedad. Como consecuencia, no tiene importancia si en el momento de cumplirse la condición las partes no tienen capacidad de obrar, o si mientras tanto, el enajenante ha perdido el poder de disposición o si ha perdido la posesión. Si el enajenante ha dispuesto de la cosa antes del cumplimiento de la condición, entonces esta disposición es ineficaz cuando la condición se cumple. Si la cosa se transmite sujeta a una condición resolutoria, con el cumplimiento de la condición, la propiedad vuelve al enajenante.

El acuerdo real conforme al § 929 BGB, parte de la base de que ambas partes se refieren a la misma cosa. En otro caso, no se produce traslado de la propiedad.

No se puede transmitir la propiedad de las cosas futuras, pero sí que es posible la celebración anticipada de un acuerdo real. En este último caso, la propiedad se transmite tan pronto como se produce la entrega posesoria de la cosa ya existente.

Solamente el dueño puede transmitir la propiedad según el § 929 BGB, en virtud del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*. Este principio hoy en día ha sufrido una importante excepción dada la posibilidad de adquisiciones *a non domino*.

Excepcionalmente también puede transmitir un no propietario cuando tiene poder de disposición. Es el caso del administrador de la quiebra. La disposición por un no propietario es asimismo eficaz cuando el verdadero propietario la consiente, también si la confirma con posterioridad (párrafos 1.º y 2.º respectivamente del § 185 BGB), o cuando el no titular adquiere ulteriormente la propiedad.

En cuanto a la entrega posesoria (*Übergabe*), no existe una definición legal de lo que debe entenderse por tal. Sería demasiado restrictivo entender por entrega simplemente la puesta a disposición de la cosa a favor del adquirente. La *Übergabe* es algo más, es la transmisión de la posesión, de modo que el enajenante debe perder la posesión mediata o inmediata que debe obtener el adquirente. La *Übergabe* no es ningún negocio jurídico, sino un acontecimiento de hecho. En consecuencia, no precisa de capacidad jurídica de las partes, sino simplemente de su voluntad natural.

Para los bienes inmuebles el § 925 BGB regula la llamada *Auflassung* (1). De acuerdo con el párrafo 1.º del § 925 BGB, el acuerdo real (*Einigung*) entre el enajenante y el adquirente necesario para transmitir la propiedad de un bien inmueble con arreglo al § 873 (*Auflassung*) debe celebrarse en presencia de ambas partes. Por otro lado, según el § 313 BGB, el negocio jurídico obligatorio que contiene la obligación de transmitir la propiedad de un bien inmueble se regula de acuerdo con el Derecho de obligaciones y requiere la forma de escritura pública. La relación entre ambos negocios se rige de acuerdo con el principio de abstracción.

Junto a la *Auflassung* se requiere, para los bienes inmuebles, la inscripción en el Registro de la Propiedad (§ 873 I BGB). No obstante, la transmisión de la posesión, para los bienes inmuebles, no es uno de los presupuestos necesarios para la transmisión de la propiedad.

Hecha esta breve introducción sobre el sistema transmisivo alemán (2),

(1) AA.VV., *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, t. III, 13.ª ed. al cuidado de Gursky, K., Pfeifer, A., Wiegand, W., Gruyter, Berlin, 1995, pág. 745 y sigs.

(2) Para un análisis del sistema alemán de transmisión de la propiedad desde la perspectiva del Derecho español, véase, entre otros: ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE

podemos señalar diferencias importantes con el Derecho español, que residen básicamente en que la transmisión de la propiedad opera automáticamente con la celebración del negocio dispositivo de naturaleza jurídico-real, independientemente de la validez del negocio causal (en estos consiste precisamente el llamado principio de abstracción característico del Derecho alemán). Otra diferencia importante es que la *traditio* en el Derecho alemán es un auténtico negocio jurídico en que el resultado transmisivo se debe a la voluntad conjunta de las partes de transmitir y adquirir. Además, en cuanto a la transmisión de bienes inmuebles en el Derecho alemán se precisa la inscripción en el Registro de la Propiedad, al contrario de lo que sucede en el Derecho español, donde la función de la publicidad registral es, como regla general, declarativa y no constitutiva.

A pesar de las apuntadas diferencias, existe una semejanza de extremada importancia con el Derecho español y es que, con la celebración del contrato de compraventa en ambos ordenamientos el comprador se encuentra en una posición vulnerable desde el punto de vista de la futura consolidación de su derecho real. En efecto, en ambos casos el comprador ostenta una simple expectativa de adquisición del derecho de propiedad al no haberse realizado todavía la *traditio* en su favor. Ahora bien, aunque la situación es estructuralmente idéntica, en el Derecho alemán se han desarrollado fórmulas para la protección de los adquirentes como veremos a lo largo de este trabajo.

Los autores alemanes se han preocupado ya desde antiguo de este problema intentando buscar medidas para la protección de la expectativa real. Estas inquietudes se trasladaron a la jurisprudencia y ello ha generado una regulación más o menos completa de una serie de mecanismos tuitivos.

La doctrina alemana (3) destaca la posibilidad de que después de la celebración del negocio jurídico obligatorio y antes de la realización del acuerdo traslativo abstracto de naturaleza real, puedan surgir peligros que

MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, t. I, 8.^a ed., Casa editorial Bosch, Barcelona, 1995, págs. 43 a 55; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario o registral hipotecario*, t. I, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1988, págs. 380 a 400; PAU PEDRÓN, A., «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, julio-agosto, págs. 950 a 1023.

(3) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 157. También se refiere a esta idea GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 228, cuando habla de los orígenes de esta institución jurídica. Así como también LENT, F., SCHWAB, K.H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, págs. 61 y sigs. LICHTENBERGER, P., «Die Vormerkung zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche», *NJW*, 1977, págs. 755 y sigs. Según este autor, gracias a la «preinscripción» (*Vormerkung*) se suavizan los peligros que surgen como consecuencia de los complicados presupuestos exigidos por el Derecho de cosas para que se produzca la mutación jurídico-real. En este sentido, la «preinscripción» (*Vormerkung*), vendría a ser una solución de transición.

conlleven la frustración de la pretensión real. Tales peligros pueden consistir en que:

- a) El deudor disponga de la cosa en favor de un tercero, de modo que no sea capaz de cumplir la pretensión de entrega.
- b) El deudor vea disminuido su patrimonio como consecuencia de la venta de sus bienes para satisfacer créditos anteriores.
- c) La pretensión de entrega, en virtud de la insolvencia del deudor, se convierta en una simple pretensión concursal.
- d) En caso del fallecimiento del deudor, sus herederos pretendan evitar el cumplimiento de la pretensión amparándose en la limitación de responsabilidad derivada de la sucesión *mortis causa*.

Desde luego, tal y como hemos expuesto, después de la celebración del negocio jurídico-obligatorio el deudor de la prestación de entrega puede llevar a cabo actos de disposición sobre el inmueble que pueden frustrar el cumplimiento del negocio jurídico-real. Ese incumplimiento, desde el punto de vista contractual, desencadenaría la necesidad de indemnizar daños y perjuicios, pero la mutación jurídico-real a favor del acreedor ya no sería posible. En consecuencia, el legislador alemán ha ideado un mecanismo de protección de los adquirentes de inmuebles con eficacia jurídico-real. Este mecanismo consiste en la inscripción de una *Vormerkung* (4) en el Registro de la Propiedad.

La creación de este instrumento de seguridad es debido, a mi entender y como ya he expuesto anteriormente, a la importancia que la doctrina alemana ha concedido ya desde antiguo a la expectativa jurídico-real y a su protección como si de un derecho consolidado se tratara. En este sentido, según la terminología alemana, *Anwartschaftsrechten* son expectativas de adquisición de un derecho real para cuya protección se han desarrollado reglas especiales (5).

(4) Esta figura ha sido traducida al castellano como «prenotación» o «anotación preventiva» por Pérez González, B. y Alguer, J., traductores de la obra de ENNECERUS, L.; KIPP, T., y WOLF, M., *Derecho de cosas*, t. III, v. I, 2.^a ed., al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1951, en la pág. 273. PAU PEDRÓN, A., en «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, julio-agosto, pág. 968, utiliza el término de «prenotación». DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. III, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 483, habla de «preinscripción». Nosotros preferimos este término al de anotación preventiva, porque este último ya existe en nuestro Derecho y se refiere a un concepto no exactamente idéntico al de *Vormerkung*. La anotación preventiva no crea un derecho de garantía adicional, simplemente le da acceso al Registro y de dota de una específica protección (enervamiento de la fe pública registral). Por el contrario, la *Vormerkung*, como veremos a lo largo de este trabajo, sí que crea un derecho de garantía vinculado a la existencia de un *Antwartschaftsrecht*, que en otro caso quedaría desprotegido.

(5) WIELING, *Sachenrecht*, t. I, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 1990, págs. 774 y sigs.

El concepto se potenció, sobre todo, a partir de la figura de la compraventa con pacto de reserva de dominio.

En estos supuestos se plantea un conflicto de intereses claramente diferenciado. Por una parte, el vendedor, que todavía no ha obtenido el precio, debe ser protegido de las pérdidas económicas derivadas del impago, para ello se le permite retener la propiedad sobre la cosa vendida hasta que el comprador cumpla totalmente la obligación que le incumbe. Por otro lado, si el precio de compra ha sido aplazado, entonces el comprador debe ser protegido frente a la posible pérdida del precio pagado sin adquirir finalmente la propiedad de la cosa.

Las construcciones tendentes a conseguir un equilibrio en ese conflicto de intereses son diferentes en los distintos ordenamientos jurídicos y en las distintas épocas. Así, el Derecho romano no conoció, junto al contrato de compraventa, ningún otro negocio dispositivo como cumplimiento de aquel contrato, la *traditio* no era más que un comportamiento fáctico, como sucede en el Derecho español hoy vigente. El vendedor no podía asegurar su posición mediante la entrega sometida a una condición suspensiva. Si el vendedor entregaba la cosa al comprador, le transmitía automáticamente la propiedad de la misma. De ahí que se desarrollasen fórmulas tales como la celebración junto a la compraventa de un contrato de préstamo de uso, de modo que la entrega suponía el cumplimiento de este contrato.

El Derecho común desarrolló hacia el siglo XVI aproximadamente, el *pactum reservati domini*, el precedente de la actual reserva de dominio (*Eigentumsvorbehalt*, según la terminología alemana), debido precisamente a que bajo la vigencia de la teoría del título y el modo no era posible la *traditio* sujeta a condición suspensiva.

El Derecho prusiano concibió la reserva de dominio como una condición resolutoria del contrato de compraventa para el caso de que el comprador no pagase puntualmente el precio. Con el cumplimiento de la condición se resolvía el contrato, entonces el comprador continuaba siendo propietario, lo que sucedía es que el vendedor podría reivindicar la cosa. Esta construcción venía a otorgar una protección débil al vendedor, sobre todo en el concurso del comprador (puesto que éste continúa siendo propietario), con lo que se acogieron los prusianos a la fórmula romana del préstamo de uso.

La pandectística interpretó la entrega como un negocio jurídico y la reserva de dominio como una condición. No obstante, era discutido si la condición debía ser suspensiva o resolutoria. De ser resolutoria el dominio lo adquiriría el comprador y el vendedor dispondría simplemente de una expectativa real (*Anwartschaftsrecht*) y al revés si la condición fuese suspensiva. Esta discusión, no obstante, no era demasiado fructífera porque los resultados prácticos vendrían a ser los mismos, ya que con la reserva de dominio la propiedad se divide en sentido funcional, el vendedor retiene la propiedad como garantía

del valor de la cosa, mientras que el comprador se asegura el aprovechamiento de la misma (6).

Hoy en día es posible afirmar que con la reserva de dominio se produce una modificación negocial del sistema de transmisión de la propiedad. La obligación de una inmediata transmisión de la propiedad de la cosa se sustituye por la transmisión de una expectativa real (*Anwartschaftsrecht*). El vendedor ha cumplido su obligación con la entrega posesoria de la cosa y la transmisión de la propiedad sujeta a condición (*bedingten Übereignung*), le resta únicamente la obligación accesorio de que no se vea obstaculizada la adquisición de la propiedad por el comprador.

En consecuencia, en el Derecho alemán, la reserva de dominio tal y como viene configurada por el ordenamiento jurídico no sólo sirve a la seguridad del vendedor, porque para ello hubiese bastado con efectuar la inmediata entrega posesoria de la cosa y aplazar el negocio dispositivo hasta el pago completo del precio. No obstante, esta posibilidad hubiese sido perjudicial para el comprador, especialmente cuando se ha estipulado un aplazamiento en el pago del precio, ya que el vendedor podía seguir disponiendo de la cosa y los acreedores del vendedor podrían atacarla. De este modo, con la reserva de dominio como negocio dispositivo sometido a condición suspensiva del total pago del precio, la posición del comprador queda garantizada frente a los mencionados peligros otorgándole un derecho real, el llamado *Anwartschaftsrecht*. La finalidad jurídico-política de esta institución es proporcionar al comprador una posición jurídica que le permita ser protegido frente al vendedor y frente a sus acreedores y que le asegure la posterior adquisición de la propiedad, en tanto en cuanto él pague.

De lo expuesto se desprende que el concepto de expectativa real no es un concepto legal, sino que fue «descubierto» por la ciencia jurídica y, posteriormente, retomado y desarrollado por la jurisprudencia (7). En opinión de LEIBLE (8), «[s]e habla de derecho de expectativa (*Anwartschaftsrecht*) cuando en un supuesto complejo de adquisición de un derecho son tantos los

(6) La cuestión parece estar clara en el Derecho alemán, según este Derecho la reserva de dominio es una condición suspensiva que se proyecta sobre el negocio jurídico-real. No obstante, entre los autores españoles, esta controversia no está todavía zanjada. Sobre este tema se puede ver la obra de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1971.

(7) SERICK, R., *Garantías mobiliarias en derecho alemán*, traducción de Carrasco Perera, A., con prólogo de Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tecnos, Madrid, 1990 [Obra original: SERICK, R., *Deutschen Mobiliarsicherheiten Aufriss und Grundgedanken*, Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1988], pág. 181. Sobre este mismo tema existe una obra más reciente de SERICK: *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, 2.^a ed., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993.

(8) LEIBLE, S., «La reserva de dominio en el Derecho alemán», *RDP*, 1999, abril, pág. 267.

requisitos que se cumplen que es posible afirmar que el adquirente se encuentra en una posición jurídica asegurada; posición que en ningún caso va a poder ser destruida por una declaración unilateral del vendedor del derecho». En el caso de compraventa sujeta a reserva de dominio, el vendedor, si el comprador paga la totalidad del precio estipulado, no va a poder resolver el contrato ni evitar la transmisión de la propiedad. Además, de acuerdo con el § 161 I 1 BGB (9) no va a poder realizar actos de disposición sobre la cosa vendida que sean eficaces frente al comprador. El comprador se encuentra en una situación jurídica cercana a la del propietario.

No obstante, no existe acuerdo en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del *Anwartschaftsrecht*. Existen tres tendencias, para unos autores se trata de un auténtico derecho real, para otros su naturaleza jurídica es obligacional, mientras que una posición intermedia defiende su carácter obligacional-real. Parece ser que la opinión mayoritaria lo define principalmente como un derecho real (10). Precisamente una manifestación de esa naturaleza jurídico-real del *Anwartschaftsrecht* es que el comprador sujeto a reserva de dominio puede, de acuerdo con el § 1007 BGB (11), reclamar la cosa de cada poseedor como si se tratase de un verdadero propietario. Otros efectos previstos por el ordenamiento y que denotan una cierta naturaleza jurídico-real del derecho de expectativa es que cuando el vendedor se encuentra en una situación concursal, el derecho del comprador está asegurado, el *Anwartschaftsrecht* es firme en el concurso. No obstante, esto lo veremos con más detenimiento en la última parte de este trabajo.

De acuerdo con SERICK (12) la expectativa real (*Anwartschaftsrecht*) es un auténtico derecho subjetivo, que tiene existencia actual (no futura), susceptible de ser embargado y pignorado. Este derecho no regulado jurídicamente adopta una posición intermedia entre el derecho de contenido obligatorio y el derecho real, puesto que se extingue cuando lo hace el negocio jurídico-obligatorio que le sirve de causa.

(9) De acuerdo con esta norma, si alguien ha dispuesto de un bien bajo una condición suspensiva, los actos de disposición realizados durante el período de pendencia de la condición sobre ese mismo objeto son ineficaces en tanto en cuanto contradigan o vulneren los efectos pendientes del cumplimiento de la condición.

(10) LEIBLE, S., «La reserva de dominio en el Derecho alemán», *RDP*, abril, 1999, págs. 268.

(11) Según este precepto, quien ha ostentado la posesión de una cosa puede exigir del actual poseedor la restitución de la misma, cuando este último no haya adquirido la posesión de buena fe.

(12) SERICK, R., *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, traducción de Carrasco Perera, A., con prólogo de Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tecnos, Madrid, 1990 [Obra original: SERICK, R., *Deutschen Mobiliarsicherheiten Aufriss und Grundgedanken*, Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1988], págs. 44 y sigs.

Con la institución del *Antwortschaftsrecht* al comprador se le garantiza la adquisición de la propiedad, siempre que cumpla las condiciones estipuladas contractualmente. De tal manera que ni el vendedor, como propietario, ni un tercero pueden menoscabar su expectativa real.

Un problema similar al de la reserva de dominio, que en el Derecho alemán se admite solamente para los bienes muebles (13), se produce en el caso de la compra de un inmueble, debido precisamente a la apuntada separación característica en el Derecho alemán entre negocios obligatorios y negocios dispositivos (14). En consecuencia, hasta el momento de la celebración del negocio dispositivo, el comprador puede asegurar su pretensión de adquisición de la propiedad mediante la institución registral de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (15). En este momento, al comprador se le considera titular de un *Antwortschaftsrecht*. La antigua jurisprudencia había contemplado la posibilidad de transmitir este *Antwortschaftsrecht*, lo que equivalía a la cesión de la pretensión de conseguir la propiedad a favor de un tercero. No obstante, hoy se considera un auténtico derecho subjetivo.

Hasta que el titular de la expectativa real consolida su posición, concurre, en opinión de RAISER, una doble propiedad sobre el mismo objeto (16). Según este autor, precisamente la configuración del *Anwartschaftsrecht* como un auténtico derecho ha favorecido la posición de su titular en la quiebra de su contraparte (17), como veremos cuando estudiemos los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) a lo largo de este trabajo.

(13) Para los bienes inmuebles el § 925 BGB en su párrafo 2.º establece que la tradición (*Auflassung*) sujeta a condición o término es ineficaz.

(14) BAUR, J. F., y STÜRNER, R., *Sachenrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 17.ª ed., München, 1999, págs. 217 y sigs.

(15) RAISER, L., *Dingliche Antwtschaften*, J.C.B. Mohr Verlages, Tübingen, 1961, pág. 29.

(16) RAISER, L., *Dingliche Antwtschaften*, J.C.B. Mohr Verlages, Tübingen, 1961, pág. 66. Según este autor la expectativa real es el paso previo al derecho completo. La formación del derecho real no tiene lugar en un solo acto sino que se extiende en el tiempo. Entretanto, el enajenante está ya vinculado mediante unos lazos de naturaleza jurídico-real y limitado, por tanto, en el poder de disposición sobre la cosa. El adquirente, por su parte, tiene un derecho de defensa, pero también se le otorgan determinadas pretensiones características del propietario. En consecuencia, tanto el derecho del transmitente como el del enajenante podría ser calificado de derecho de propiedad, de modo que en este período intermedio no existe una distribución de las facultades inherentes al derecho de propiedad entre el enajenante y el transmitente, sino que la propiedad, por así decirlo, se multiplica por dos: tanto el enajenante como el adquirente pueden ser llamados propietarios de la misma cosa.

(17) RAISER, L., *Dingliche Antwtschaften*, J.C.B. Mohr Verlages, Tübingen, 1961, pág. 95, el § 17 KO (relativo al derecho de elección del administrador de la quiebra en los contratos bilaterales pendientes de ejecución) debe ser interpretado en relación con el § 24 KO, de manera que en la quiebra del vendedor de un inmueble debe cumplirse en todo caso la pretensión garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*). Como

De esta suerte, la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un eficaz instrumento de protección de los derechos de los adquirentes de bienes inmuebles. Su regulación se contiene en el § 883 BGB (18). Mediante su inscripción (19) en el Registro de la Propiedad cada potencial adquirente puede conocer que se va a producir una inscripción en favor de otro y que va a tener que contar con la posibilidad de perder su derecho, si a pesar de todo se le permite inscribir. Existen distintos tipos de «preinscripción» (*Vormerkung*), en concreto aquí estamos haciendo referencia a la *Auflassungsvormerkung* que tiene a la protección de la pretensión de una mutación jurídico-real frente a su frustración mediante un posible acto de disposición del deudor.

La posición del adquirente que garantiza su pretensión mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) es próxima a la del titular del derecho de propiedad, no obstante, existen diferencias tales como que para el *Anwartschaftsrecht* no rige completamente el principio de abstracción, puesto que existe todavía una dependencia respecto de los elementos obligacionales. Según MEDICUS, éste es el precio que se debe pagar por equiparar lo que antes era una simple expectativa a un auténtico derecho subjetivo (20).

veremos a lo largo de este trabajo, estas normas no se encuentran hoy vigentes, no obstante, con la nueva normativa se llega a idéntica solución.

(18) Según este precepto para garantizar la pretensión de constitución o extinción de un derecho sobre un inmueble o de cambio del contenido o del rango de un derecho de tales características, se puede inscribir una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad. También es admisible la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) para asegurar una pretensión futura o condicional. Un acto dispositivo realizado con posterioridad a la «preinscripción» (*Vormerkung*) que perjudique la pretensión garantizada con la misma, debe ser ineficaz. Lo mismo sirve para los actos dispositivos realizados en el ámbito de un procedimiento de ejecución forzosa o por el administrador de la quiebra. El rango del derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) se determina de acuerdo con su inscripción en el Registro.

La *Auflassungsvormerkung* quedaría reflejada en el § 883 I 2 BGB, con ella se protege a aquél que ha celebrado un contrato de compraventa, cuya pretensión de adquirir la propiedad se ha configurado como futura o condicionada.

(19) El § 883 BGB utiliza el término *Eintragung* (inscripción), no obstante la *Vormerkung* no tiene la naturaleza de un asiento de inscripción. Sobre la clasificación de los asientos registrales en el sistema alemán resulta muy útil el trabajo de PAU PEDRÓN, A., «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, julio-agosto, pág. 967. Según este autor, los asientos registrales en el sistema alemán se clasifican en atención a su contenido en inscripciones (*Eintragung*), de contenido positivo y cancelaciones (*Lösung*), de contenido negativo. Según su duración se contraponen a los anteriores las prenotaciones (*Vormerkung*) y los asientos de contracción (*Widerspruch*), de carácter provisional. A los mencionados asientos se añaden las notas (*Vermerke*) y las prenotaciones cancelatorias (*Lösungsvormerkungen*).

(20) MEDICUS, D., «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers», *DnotZ*, 1990, pág. 283. En tanto en cuanto se niegue la existencia de un *Anwartschaftsrecht*, a ese acreedor le queda simplemente la pretensión de entrega propia del contrato de compraventa.

Por otra parte, no existe acuerdo entre los autores acerca de cuáles son los presupuestos para que la posición del adquirente de un inmueble pueda ser calificada como titularidad de un *Anwartschaftsrecht*. Para una posición minoritaria, solamente se puede hablar de *Anwartschaftsrecht* cuando las partes han prestado su consentimiento para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) según el § 873 I 2 BGB (21). Para otros es necesario que el adquirente haya solicitado ya inscribir la propiedad o bien, la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) (esta es la posición mantenida por el Bundesgerichtshof [Tribunal Supremo Federal alemán]). Por último, están los que defienden que es necesario que la inscripción en el Registro de la «preinscripción» (*Vormerkung*) pueda considerarse irrenunciable. Esta discusión puede tener trascendencia práctica, sobre todo en relación con la posibilidad de pignorar este derecho (22). Las dificultades residen sobre todo en que la figura del *Anwartschaftsrecht* es un producto de la ciencia jurídica aceptada por la jurisprudencia, sin que exista regulación legal de la misma.

En opinión de MEDICUS (23), el *Anwartschaftsrecht* existe cuando concurren la *traditio* documentada en escritura pública, el acuerdo para la inscripción de la propiedad y para la inscripción de la *Auflassungsvormerkung*. Ello es debido a que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es más que una garantía tendente a asegurar el cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad que incumbe al vendedor (24), de manera que la «preinscripción» (*Vormerkung*) por sí misma no basta para que podamos afirmar que el comprador del inmueble es ya titular de un *Anwartschaftsrecht*.

(21) Según esta norma, antes de la inscripción de la propiedad en el Registro, las partes están únicamente vinculadas cuando han documentado sus declaraciones de voluntad en escritura pública, cuando prestaron esa declaración ante el encargado del Registro, cuando se han presentado ante él, o bien cuando el titular ha declarado ante su contraparte su voluntad de inscribir exigida por las normas registrales.

(22) MEDICUS, D., «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers», *DnotZ*, 1990, págs. 275 y sigs. El tratamiento de este mismo problema se puede ver en SCHWERTNER, B., «Die Auflassungsvormerkung», *Jura*, 1985, pág. 316 y sigs. Se discute si la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un derecho real limitado sobre un objeto, o un simple medio de garantía, pues la figura se encuentra a medio camino entre una pretensión obligacional y un derecho real sobre un inmueble. En su opinión, la *Auflassungsvormerkung* es un derecho accesorio, no siendo posible una transmisión aislada del mismo.

(23) MEDICUS, D., «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers», *DnotZ*, 1990, pág. 281.

(24) En el Derecho alemán, al contrario de lo que sucede en el Derecho español, queda claro que una de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa es la de transmitir la propiedad al comprador. Así se hace constar expresamente en el § 433 BGB, según el que el vendedor está obligado a la entrega posesoria y a la transmisión de la propiedad a favor del comprador.

II. REGULACION DE LA *VORMERKUNG*: NATURALEZA JURIDICA Y CARACTERES

Si bien existen distintos tipos de «preinscripción» (*Vormerkung*), en este trabajo dedicaremos nuestra atención al análisis de la *Auflassungsvormerkung* que, como hemos dicho, viene a cumplir respecto a los bienes inmuebles la misma función que para los bienes muebles desempeña la reserva de dominio.

De este modo, la *Auflassungsvormerkung* garantiza la pretensión de transmisión de la propiedad sobre un bien inmueble y no la emisión de la declaración de voluntad por el deudor de que va transmitir el inmueble (el llamado acuerdo real abstracto) (25). En consecuencia, la obligación garantizada no se vería cumplida hasta el momento de la inscripción de la propiedad sobre el inmueble en favor del titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

Sin ánimo de exhaustividad, podemos señalar aquí que el efecto fundamental de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es que el vendedor no pueda vulnerar unilateralmente el *Anwartschaftsrecht* del comprador del inmueble, permitiéndole, de ese modo, consolidar en el futuro su titularidad real sobre el mismo. Pero la «preinscripción» (*Vormerkung*) no solamente protege el interés del comprador, sino que también puede convertirse en garantía para el vendedor, ya que éste como contrapartida a la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) habrá exigido al comprador del inmueble el precio de compra o por lo menos una parte del mismo.

De este modo, la «preinscripción» (*Vormerkung*) anticipa en el tiempo los efectos que derivan de la celebración del contrato de compraventa (transmisión de la propiedad a favor del comprador por parte del vendedor, pago del precio por el comprador), pese a no haber tenido lugar el negocio jurídico real, sin riesgos para ninguna de las partes contractuales.

(25) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 63. La *Auflassungsvormerkung* cobra especial significado en relación con el contrato de compraventa, en el sentido de que garantiza la pretensión obligatoria de entrega del inmueble y protege al comprador de disposiciones que el vendedor puede realizar en el período que media desde la conclusión del contrato de compraventa y la inscripción en el Registro de la Propiedad. De no existir esta institución jurídica, el comprador solamente tendría derecho a la indemnización de daños y perjuicios, pero nunca a obtener la propiedad sobre el inmueble. El comprador podría verse garantizado también frente a otros actos dispositivos del vendedor distintos a la transmisión del bien como son la constitución de una hipoteca sobre este bien con la consiguiente disminución de su valor.

1. REGULACIÓN DE LA «VORMERKUNG» EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

La regulación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se contiene en los §§ 883 a 888 del BGB. El § 883, en su párrafo 1 se refiere al ámbito de aplicación de la «preinscripción» (*Vormerkung*), mientras que en los párrafos 2 y 3 y en el § 884 se regulan una parte de sus efectos jurídicos. Los presupuestos y el contenido de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se contienen en el § 885 BGB. El § 886 BGB prevé la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) para el caso de que el deudor oponga una excepción a la obligación garantizada. El § 887 BGB establece la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) cuando han transcurrido diez años desde la inscripción de la misma en el Registro y el acreedor actual es desconocido. El § 888 I BGB regula los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) frente a terceros, y muestra con ello de qué modo se realiza la protección de la pretensión garantizada. Por último, en el § 888 II BGB se puede apreciar la semejanza entre la «preinscripción» (*Vormerkung*) y una prohibición de disponer de carácter relativo, en cuanto a los efectos de ambas instituciones.

No obstante, en su conjunto la regulación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Código Civil alemán es incompleta (26). Además, el legislador no ha establecido una conexión entre las normas que regulan la «preinscripción» (*Vormerkung*) y el resto de normas de la segunda parte del Libro tercero que contienen los preceptos generales acerca de los derechos reales sobre inmuebles.

2. PRESUPUESTOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA «VORMERKUNG»

La inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*), como hemos dicho más arriba, viene regulada en el § 885 BGB. De acuerdo con este precepto, para ello es necesaria simplemente la autorización de aquél cuyo inmueble o derecho va a ser gravado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) sin que se precise, a tales efectos, la celebración de un acuerdo real (*Einigung*) entre las partes (27).

Más detalladamente, KNÖPFLE (28) señala como presupuestos para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) los siguientes:

(26) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 230.

(27) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 67.

(28) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 160.

1. La autorización del titular del bien o derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*), de acuerdo con lo previsto en el § 885 I BGB. Esa autorización consiste en una declaración de voluntad unilateral no recepticia, sin necesidad de forma alguna. Se debe prestar frente al acreedor cuya pretensión va a ser garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*) o frente al encargado del Registro. Esa autorización puede ser sustituida por una sentencia judicial tal y como prevé el § 894 I ZPO.

Teóricamente ese acuerdo se distingue de la autorización exigida por el § 19 de GBO (29) para la inscripción; ahora bien, en la práctica se confunden (30). El acreedor al que antes nos hemos referido es el futuro titular del derecho real que va a ser transmitido o inscrito si el deudor cumple con la pretensión garantizada, no un tercero como podría ser el titular de un derecho real de hipoteca, cuya cancelación ha sido garantizada con una *Vormerkung*. Este ya viene protegido por el § 876 BGB (31).

2. El deudor que garantiza el cumplimiento de su obligación de transmitir mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) debe estar legitimado para disponer de su derecho.

3. La inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es constitutiva. No obstante, los presupuestos para la inscripción no vienen establecidos en la ley: se trata de una laguna legal que hay que colmarla con las reglas registrales previstas para la inscripción de los derechos reales, a pesar de que, según la opinión mayoritaria, la *Vormerkung* no es un derecho real.

3. RELACIONES ENTRE LA «VORMERKUNG» Y LA PRETENSIÓN CON ELLA GARANTIZADA

En cuanto a pretensión garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*), hay que tener en cuenta que ésta solamente puede garantizar determinadas pretensiones: aquéllas que tienen como objetivo la producción de una mutación jurídico-real.

(29) El § 19 GBO establece que «La inscripción de un derecho en el Registro de la Propiedad requiere el consentimiento de aquél cuyo derecho se va a ver afectado por la misma».

(30) MÜLBERT, P. O., «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, pág. 335. Según el autor, normalmente en la práctica, el enajenante consiente al mismo tiempo la creación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) según el § 885 BGB y su inscripción de acuerdo con el § 19 GBO, de modo que ambas declaraciones se confunden. Lo mismo sucede con el otorgamiento de escritura pública que es necesario para la transmisión de un inmueble como lo exige el § 313 BGB y para la realización de la *Auflassung* según las normas registrales.

(31) Según este precepto, en el caso de que un derecho real sobre un inmueble esté gravado con el derecho de un tercero, para la cancelación del derecho gravado se requiere el consentimiento del tercero.

Además, es necesario que subsista la pretensión para cuya seguridad ha sido constituida una «preinscripción» (*Vormerkung*), de tal modo que se extingue necesariamente cuando la pretensión garantizada deja de tener existencia (32). En este sentido, no puede garantizarse una pretensión que ya ha sido cumplida o que se ha extinguido por cualquier otra razón (por ejemplo, condonación, confusión o por cumplimiento de la condición resolutoria). Una pretensión que proceda de un contrato nulo por defecto de forma o por cualquier otro vicio no puede ser garantizada mediante «preinscripción» (*Vormerkung*). Solamente son garantizables pretensiones de carácter privado. Asimismo, deben tratarse de pretensiones de carácter obligacional. No obstante, el origen de la pretensión es indiferente, pudiendo proceder de un contrato o de un negocio jurídico unilateral.

La «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente puede garantizar una pretensión, nunca más de una y ésta debe ser necesariamente la pretensión determinada en el momento de la inscripción. En consecuencia, la *Auflassungsvormerkung* no puede garantizar la pretensión de restitución derivada de la resolución del contrato de compraventa, porque en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no estaría perfectamente determinada.

La «preinscripción» (*Vormerkung*) está inseparablemente unida a la pretensión garantizada y no puede tener una existencia separada de ella. En este sentido, la «preinscripción» (*Vormerkung*) supone una excepción a uno de los principios del Registro de la Propiedad en cuya virtud el Registro no proporciona información acerca de las pretensiones de carácter obligacional (33).

Como hemos dicho, pueden ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) las pretensiones obligacionales que tienen como objetivo una modificación jurídico-real susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad (34). No obstante, no son susceptibles de ser garantizadas con una

(32) Sobre este particular resulta ilustrativa la sentencia del BGH de 24 de julio de 1998 (*NJW* 1998, 3196). La sentencia declara la inexactitud del contenido del Registro debido a la inexistencia de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Como derecho accesorio que es, la «preinscripción» (*Vormerkung*) precisa de una pretensión obligatoria eficaz que persigue una mutación jurídico-real. La pretensión de entrega garantizada con una «preinscripción» (*Vormerkung*) a favor del comprador no subsiste en virtud del § 433 BGB porque existe una falta de acuerdo entre las partes contractuales y además, el contrato de compraventa no se ha documentado correctamente. En mi opinión, con el principio de accesoriedad de la *Vormerkung* se pone de manifiesto el acercamiento de la figura al Derecho de obligaciones, puesto que si se tratara de un auténtico derecho real, el principio predominante sería el de abstracción.

(33) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 63.

(34) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 236 y sigs.

«preinscripción» (*Vormerkung*) aquellas obligaciones contractuales que, a pesar de tener como finalidad una mutación jurídico-real, fuesen ilícitas. Tampoco se pueden garantizar aquellas obligaciones que, a pesar de ser lícitas, presuponen una disposición sobre un derecho real que, por razones particulares, no es susceptible de inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Hay que tener en cuenta que la pretensión que el comprador tuviese frente al deudor, derivada del pacto previo entre las partes en cuya virtud éstas se comprometen en el futuro a inscribir una *Vormerkung* en el Registro, es diferente a la pretensión obligatoria susceptible de ser garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*).

En cuanto al deudor de la pretensión garantizada, debe ser en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*), o bien el propietario del inmueble, o bien, el titular del derecho afectado. De este modo, si alguien vende un inmueble que no le pertenece no puede garantizar la pretensión del comprador mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) aunque medie el consentimiento del propietario del inmueble, a no ser que, al mismo tiempo, éste asuma junto al vendedor o de modo individual, la pretensión de cumplimiento. Ello es debido a que la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe proteger al acreedor del peligro que representa que el deudor se encuentre en una situación jurídica que le impida el cumplimiento de la pretensión.

Por el mismo motivo, tampoco son susceptibles de ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) aquellas pretensiones que se dirijan frente a anteriores propietarios o futuros adquirentes del inmueble. Así como tampoco es admisible una «preinscripción» (*Vormerkung*) en garantía de una pretensión que solamente puede hacerse valer frente a los herederos del que sea titular actual del derecho.

Si se produce una asunción de deuda de carácter privado se extingue la «preinscripción» (*Vormerkung*) por analogía con lo establecido en el § 418 I 1 BGB para la fianza, prenda e hipoteca. Otra cosa sucede cuando el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) ha consentido la asunción de deuda, según se desprende también analógicamente del § 418 I 2 BGB (35).

Por lo que se refiere al titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente puede ser, a causa de la accesoriedad de la misma, el acreedor de la pretensión garantizada (36). Sin embargo, en caso de celebrarse un contrato

(35) El contenido del § 418 I BGB es el siguiente: 1. «En virtud de la asunción de deuda, se produce una extinción de la fianza y de los derechos reales de garantía (...). 2. Lo establecido anteriormente no se aplica en el caso de que el fiador o el titular del derecho afectado en el momento de la asunción de deuda la consientan».

(36) Si la pretensión garantizada corresponde a varios acreedores según la sentencia del BGH de 11 de septiembre de 1997 (*NJW* 1997, 3236), se ha de tener en cuenta el § 47 GBO según el que debe hacerse constar en el Registro que esa pretensión concierne a una comunidad. Además, debe aclararse si la pretensión de entrega les corresponde como

a favor de un tercero, éste sí que podría ser titular de la *Vormerkung* porque en este caso el tercero tiene una pretensión propia para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad.

4. CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN GARANTIZADA MEDIANTE LA «VORMERKUNG»

Sin perjuicio de las pinceladas esbozadas en el apartado anterior acerca del contenido de la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*), conviene realizar aquí un estudio más profundo de la cuestión.

La pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) es una pretensión de «concesión» de un derecho real. Con el concepto «concesión» de un derecho sobre un bien inmueble nos estamos refiriendo tanto a la transmisión de un derecho real ya existente, así como a la creación *ex novo* en favor del deudor de un derecho de tales características. La expresión derecho sobre un inmueble incluye tanto los derechos reales limitados como la misma propiedad sobre el inmueble (37). Como la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es un derecho real sobre el inmueble, no se puede tomar en consideración una «preinscripción» (*Vormerkung*) para garantizar la pretensión de constitución de una «preinscripción» (*Vormerkung*), así como tampoco la pretensión de cambio de contenido o de supresión de una «preinscripción» (*Vormerkung*).

Según KNÖPFLE, la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) (38):

1. Debe tratarse de una pretensión de reconocimiento, transmisión, o supresión de un derecho sobre un inmueble. Dado que la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe garantizar la pretensión hasta el momento de la inscripción del derecho ya consolidado, debe tratarse de una pretensión susceptible de inscribirse, incluso aún cuando, según las normas registrales, no se precise su inscripción.

2. En cuanto al origen de la pretensión, puede proceder de un negocio jurídico, pero también puede tener origen judicial.

3. El deudor de la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe ser el titular del derecho afectado por la «preinscripción»

acreedores en mano común o cuál es el régimen interno de la comunidad de acuerdo con el § 513 BGB.

(37) La «preinscripción» (*Vormerkung*) se inscribe para garantizar la pretensión de crear o suprimir un derecho real sobre un bien inmueble, nunca sobre un bien mueble. LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 61. También KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 157.

(38) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 160.

(*Vormerkung*). De este modo, y como ya hemos apuntado más arriba, una pretensión que no va dirigida frente al titular del derecho, sino frente a un tercero, no puede ser garantizada con una «preinscripción» (*Vormerkung*). No obstante, esta afirmación encuentra una excepción en la adquisición de buena fe de la «preinscripción» (*Vormerkung*), según defiende la doctrina mayoritaria. La posible adquisición de buena fe de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es una cuestión bastante compleja que trataremos en un epígrafe aislado de este trabajo.

4. La pretensión debe subsistir. Si se extingue la pretensión, por ejemplo, mediante la impugnación (por ser nula) o el cumplimiento de la misma, entonces se extingue automáticamente la «preinscripción» (*Vormerkung*), a pesar de su inscripción en el Registro. Hay que tener presente que aun después de la *traditio* puede subsistir la «preinscripción» (*Vormerkung*), puesto que con ella no se ha cumplido todavía, ya que para la transmisión de los bienes inmuebles es necesaria además la inscripción en el Registro.

En el caso de que la pretensión se hubiese extinguido, el contenido del Registro es incorrecto, dada la falta de validez automática de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, la parte interesada podría solicitar una rectificación según el § 894 BGB. Para ello, sería necesario el consentimiento de la persona que se va a ver afectada por la cancelación, en este caso concreto, del titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

5. De acuerdo con el § 883 I 2 BGB, existe una excepción a las reglas anteriores en el sentido de que son susceptibles de anotación también las pretensiones futuras y las condicionales.

Como manifestación de esta posibilidad, resulta especialmente interesante aquel supuesto especial en el que la «preinscripción» (*Vormerkung*) garantiza la pretensión de adquirir la propiedad de una vivienda (39).

(39) Sobre este particular se pronuncian los trabajos de GLAGE, G., «Wohnungseigentum und Vormerkung», *NJW*, 1967, págs. 813 y sigs. BARBY VON, H., «Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimen und Wohnungseigentum durch Vormerkung», *NJW*, 1972, págs. 8 y sigs.

En opinión de GLAGE, en el caso de vivienda en construcción, el objeto del derecho a garantizar (la futura propiedad sobre la vivienda) no es idéntico a la propiedad preexistente sobre el inmueble, que ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad. No obstante, la *praxis* busca una solución de este tipo: para que sea susceptible de ser garantizada la pretensión del comprador de una vivienda en construcción mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*) se debe entender que la pretensión garantizada consiste en una pretensión de entrega de una propiedad compartida «ideal» sobre el inmueble, unida a la pretensión de entrega de la propiedad de la vivienda privativa cuando llegue a tener existencia. Ello es así porque el que compra una vivienda, no dirige su pretensión a conseguir una propiedad compartida «ideal» sobre el inmueble sin dividir, sino más bien, a conseguir una propiedad «ideal» compartida sobre el inmueble junto con una propiedad especial sobre una vivienda determinada.

Los problemas se plantean fundamentalmente cuando la vivienda se encuentra en fase de construcción. En este caso, de acuerdo con la opinión dominante, la «preinscripción» (*Vormerkung*) grava la totalidad del inmueble y garantiza la pretensión del futuro adquirente encaminada a que el propietario del inmueble construya la vivienda privativa sobre la que se concreta su

Según el autor, frente a lo que se persigue en la *praxis*, la «preinscripción» (*Vormerkung*) no ofrece al comprador ninguna protección cuando el constructor vende el inmueble, porque no existe la pretensión asegurada. A no ser que se interprete que en la compra de una vivienda garantizada con la correspondiente «preinscripción» (*Vormerkung*), el constructor se compromete a transmitir al comprador una propiedad de carácter «ideal» sobre el inmueble. Además, la «preinscripción» (*Vormerkung*), cuando la propiedad sobre el inmueble se transforma en propiedades especiales sobre cada una de las viviendas, grava todas las inscripciones registrales de las diferentes viviendas. Eso dificulta al comprador que pueda perseguir su derecho.

Por ello la solución habría que buscarla, a su juicio, en el § 883 BGB, porque también la pretensión de transformar el contenido del Registro puede ser garantizado mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, el constructor puede obligarse frente al comprador a transformar su propiedad sobre un inmueble sin dividir en la propiedad sobre una vivienda concreta. Ello siempre que el contenido de la transformación sea determinado, por ejemplo mediante planos certificados de modo oficial. En este sentido, es posible inscribir una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad para garantizar la pretensión de entrega de una propiedad compartida «ideal» (sobre los elementos comunes del edificio) y para la creación de una propiedad especial vinculada a aquélla sobre una vivienda determinada. La unión entre la propiedad compartida y la propiedad especial se produce tan pronto como el propietario de acuerdo con el § 8 WEG (ley de propiedad sobre la vivienda) consigue la propiedad privativa de la vivienda.

BARBY, por su parte, plantea el problema en los siguientes términos, es preciso distinguir entre una «preinscripción» (*Vormerkung*) consentida y una «preinscripción» (*Vormerkung*) en virtud de una disposición provisional.

La «preinscripción» (*Vormerkung*) consentida presenta pocas dificultades en el supuesto de que el inmueble se encuentre dividido en parcelas y el constructor esté de acuerdo con la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En este caso, es posible sin más la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en favor del adquirente de una vivienda y son aplicables los §§ 883 y sigs. BGB.

Sin embargo, es más problemático el supuesto de que el inmueble no haya sido todavía dividido. En el caso de la propiedad de la vivienda se trata de un derecho real independiente, que no es idéntico a la precedente propiedad sobre el inmueble. Si el inmueble no ha sido todavía dividido, entonces de acuerdo con el § 8 WEG, la «preinscripción» (*Vormerkung*) se referiría a otro derecho diferente, a la futura propiedad sobre la vivienda. La transformación de esa propiedad en una propiedad sobre la vivienda, la podríamos interpretar como la transformación del contenido de un derecho en el sentido del § 883 BGB, de modo que una «preinscripción» (*Vormerkung*) de tales características debe tenerse por válida. Para ello es preciso que el inmueble sobre el que se ha de construir se haya determinado o que sea determinable. Por otro lado, la «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente puede inscribirse cuando el inmueble ha sido dividido o cuando, al menos, ha sido determinada la situación y el tamaño de la parte privativa que ha de ser adquirida.

En el caso de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en virtud de una disposición provisional, la opinión mayoritaria entiende que la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) de tales características para garantizar pretensiones futuras es ilícita. No obs-

interés, previa división del mencionado inmueble (§ 8 WEG) (40) y que una vez construida, proceda a su transmisión.

Una «preinscripción» (*Vormerkung*) de estas características lleva consigo muchos problemas jurídicos. Estos problemas derivan de que la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe estar determinada en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, es necesario que en este momento se delimite cuál es la superficie del inmueble que va a destinarse a la vivienda privativa del comprador así como a los elementos comunes del edificio. En estos casos se viene exigiendo para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) un plano que defina claramente la situación y la distribución del edificio, así como la situación y

tante, en opinión del autor, se puede hablar de la posibilidad de «preinscripción» (*Vormerkung*) en este caso porque entre las partes existen innumerables obligaciones, que por tener como objetivo la constitución de un derecho real deben constar en escritura pública (§ 313 BGB), además de que en la mayoría de los casos ya se han efectuado innumerables pagos. En consecuencia, se puede decir que el adquirente dispone ya de un verdadero *Antwortschaftsrecht*, que debe ser tratado como un valor patrimonial susceptible de ser garantizado.

El problema está en que en estos casos se produce un conflicto de intereses, por una parte, el constructor tiene un abierto interés en mantener el inmueble libre de cargas indeseadas. Por otra parte, el adquirente está interesado en obtener una garantía real, máxime cuando ya ha efectuado pagos importantes. Este conflicto debe resolverse teniendo en cuenta en cada caso cuál es el interés prevalente. De esta manera, si el comprador ya ha satisfecho en su totalidad el precio exigido, entonces el constructor no puede tener un interés legítimo en retrasar la entrega así como tampoco en impedir la «preinscripción» (*Vormerkung*). Ahora bien, si el pago no se ha satisfecho en su totalidad, entonces el constructor rechazará la entrega. Habrá que ver, si según los deberes impuestos por la buena fe, la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) es legítima o no. Sería legítima cuando el constructor es culpable de un incumplimiento contractual, cuando incurre en una situación de insolvencia o cuando niega la inscripción por razones insignificantes. Por ejemplo, si existen dudas acerca de la liquidez de la sociedad constructora, entonces se debe entender como justificada la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (Sentencia del BGH 24 de febrero de 1967 citada por el autor). Lo mismo sucede cuando el constructor se demora en la entrega de la cosa y el comprador ya ha pagado la totalidad del precio o está preparado para garantizar la cantidad controvertida, o bien, cuando con ese retraso teme la pérdida de su derecho.

En resumen, una «preinscripción» (*Vormerkung*) consentida solamente puede ser objeto de inscripción cuando el inmueble ya ha sido dividido, o cuando es determinable la situación y el tamaño de la parte privativa que ha de ser adquirida. Mientras que en virtud de una disposición provisional, únicamente puede ser objeto de inscripción una «preinscripción» (*Vormerkung*) cuando de acuerdo con los requisitos anteriormente señalados, el comprador ya ha satisfecho la totalidad del precio, o bien, cuando teniendo en cuenta los intereses contrapuestos de las partes, la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se presenta como legítima.

(40) Este precepto hace referencia a la división del inmueble por el propietario. «El propietario de un inmueble ya construido o proyectado para la construcción puede dividir el mismo en distintos inmuebles de modo que sobre cada uno de ellos recaiga una propiedad especial de una vivienda o de un espacio destinado a un uso diferente. Para ello debe declarar su voluntad ante el encargado del Registro».

la extensión de la vivienda particular y de los elementos comunes, de modo que la pretensión de entrega del adquirente sea al menos determinable. No obstante, en la práctica, no se considera requisito para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) que este plano venga certificado por la autoridad administrativa competente en materia urbanística.

En caso de que el edificio ya esté construido, basta con que se especifique de modo claro donde se encuentra ubicada la vivienda.

La posibilidad de garantizar mediante «preinscripción» (*Vormerkung*) pretensiones condicionales y futuras es especialmente importante en cuanto a la transmisión de la propiedad sobre bienes inmuebles, ya que para éstos no es posible la *traditio* sujeta a condición o a término, en virtud del párrafo 2.º del § 925 BGB (41). En el caso de los bienes muebles sí que es posible que el negocio jurídico-real de transmisión de la propiedad quede sujeto a una condición suspensiva, en esto consiste precisamente la reserva de dominio. De esta manera, es posible afirmar que la reserva de dominio pertenece al mundo de los derechos reales.

En cambio, para los bienes inmuebles la condición actúa sobre los efectos obligacionales derivados del contrato de compraventa y no sobre los efectos reales, precisamente porque no es posible que la *traditio* quede sujeta a condición. Es decir, la posibilidad de inscribir una «preinscripción» (*Vormer-*

(41) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 63. KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 157. En la práctica es frecuente que se estipule la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) en garantía de pretensiones condicionales, en este sentido se puede observar en la sentencia del BGH de 11 de julio de 1996 (*NJW* 1996, 3006). Los propietarios de una vivienda la gravan con determinadas cargas y después se la transmiten a su hija bajo la condición de que ésta se haga cargo de las mismas. La hija de los deudores se había obligado frente a ellos a que, en tanto en cuanto ellos viviesen, no iba a enajenar o gravar el inmueble sin su consentimiento. Para el caso de que la hija incumpliese esa obligación, los deudores deberían estar legitimados para la recuperación de la propiedad, esta pretensión condicionada fue garantizada mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*). Esta pretensión y la «preinscripción» (*Vormerkung*) que la garantiza se extingue necesariamente con la muerte de los deudores (ello supone una excepción al § 883 I 1 BGB). No solamente por el objeto de la pretensión garantizada, sino además porque los deudores habían apoderado a su hija mediante escritura pública para que después de la muerte de los padres prestase su autorización para la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*). También son reseñables las sentencias del BGH de 22 de septiembre de 1994 (IX ZR 251/93) y de 5 de diciembre de 1996 (V ZB 27/96). El tribunal admite en la primera la posibilidad de garantizar el cumplimiento de una obligacional condicional con una «preinscripción» (*Vormerkung*): las partes habían estipulado en el contrato de compraventa del bien inmueble un derecho de reventa del inmueble para el caso de que el comprador vendiese el inmueble a un tercero. En cuanto a la segunda es admisible la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) que debe garantizar una pretensión de recuperación de la propiedad sujeta a varias condiciones suspensivas.

kung) como garantía del comprador concierne al derecho de obligaciones y no al derecho de cosas.

Volviendo a la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en garantía de pretensiones condicionales y futuras, es mejor hablar de pretensiones que resultan de negocios sometidos a una condición suspensiva o resolutoria que de pretensiones condicionales en sentido estricto. En el caso de negocios sometidos a una condición resolutoria, las pretensiones que surgen de los mismos son ya existentes, porque el negocio jurídico es plenamente eficaz hasta el cumplimiento de la condición. En este caso podrían ser susceptibles de «preinscripción» (*Vormerkung*) de acuerdo con lo previsto en el § 883 I 1 BGB. No obstante, las pretensiones que derivan de un negocio sujeto a una condición suspensiva no existen hasta que la pretensión se cumple. En consecuencia, se trata de una modalidad de la pretensión futura entendiendo ese concepto de modo amplio.

Para las pretensiones futuras en el sentido del § 883 I 2 BGB vale lo dicho sobre las características de la pretensión garantizada, básicamente es necesario que sea susceptible de determinación. De esta manera, es opinión generalizada entre los autores alemanes que las pretensiones futuras solamente son susceptibles de ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) cuando para la existencia de la pretensión no solamente existe una posibilidad más o menos suficiente, sino que debe existir ya un fundamento sólido de que la pretensión va a llegar a tener existencia.

En la jurisprudencia y en la literatura se puede encontrar con frecuencia que se restringe el concepto de pretensión futura en cuanto a la aplicación del § 883 I 2 BGB. Según esta corriente solamente se puede hablar de pretensión futura cuando la base jurídica para el nacimiento de la pretensión ya está determinada mediante una oferta vinculante o mediante el acuerdo de las partes, de modo que el nacimiento de la pretensión no dependa solamente de la voluntad del deudor (42).

A pesar de todo no es necesario en el sentido del § 883 I 2 BGB, que el nacimiento de la pretensión dependa cuando menos de la voluntad del acreedor (43), si no que lo importante es que exista una base jurídica suficiente para la pretensión futura. Ello es así cuando su nacimiento está preparado de

(42) Por ejemplo, según la sentencia del BGH de 28 de abril de 1995 (15 W 374/94), el principio de especialidad se aplica también a la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) para garantizar la pretensión futura de constitución de una carga real sobre el inmueble como garantía por los intereses devengados por la deuda.

(43) En este sentido se pronuncia LICHTENBERGER, P., «Die Vormerkung zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche», *NJW*, 1977, pág. 757, siguiendo en este punto una sentencia del BayObLG (*NJW* 1977, 1781) según la que una «preinscripción» (*Vormerkung*) que garantiza una pretensión condicional o futura solamente es admisible cuando el establecimiento de la misma depende tan solo de la voluntad del futuro adquirente.

tal forma que no puede evitarse de modo unilateral o por la mera voluntad del deudor (44).

LICHTENBERGER (45) defiende la necesidad de limitar que las pretensiones futuras puedan ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*), porque de otro modo, se generaría una insoportable inseguridad en el tráfico jurídico-registral. En el caso de pretensiones condicionales no se presenta este problema puesto que exigen un negocio jurídico ya concluido cuyos efectos están vinculados a determinados presupuestos. Ello no sucede en el caso de pretensiones futuras, en consecuencia, respecto de éstas es necesario que estén dotadas de una base jurídica sólida para ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*), o al menos, que tengan determinado su objeto y contenido.

5. DETERMINACIÓN DEL RANGO DEL DERECHO GARANTIZADO CON UNA «VORMERKUNG»

Uno de los mecanismos de garantía para el derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) es que ésta otorga a este derecho el rango determinado por la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) y no por el de la inscripción del derecho ya creado. Es decir, el derecho garantizado ocupa la posición que ocuparía, si en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*), en vez de ésta se hubiese inscrito el propio derecho ya completado.

Hay que tener en cuenta que el Código Civil alemán se refiere al rango del derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*), no obstante, es discutido si la «preinscripción» (*Vormerkung*) tiene un rango ella misma.

A pesar de que, en puridad, no se puede decir que la «preinscripción» (*Vormerkung*) tenga la naturaleza jurídica de un derecho real, existe una tendencia en la práctica y en la doctrina a admitir que la «preinscripción» (*Vormerkung*), en tanto en cuanto sea posible, debe equipararse a la categoría de los derechos reales. De modo que se pueda afirmar la traslación de todas las características de los derechos reales sobre inmuebles a la «preinscripción» (*Vormerkung*). Esto significa que el rango de varias «preinscripciones» (*Vormerkungen*) entre sí, y de una «preinscripción» (*Vormerkung*) y otras cargas reales se determinaría de acuerdo con lo dispuesto en los §§ 879 y ss BGB (que se refieren a la determinación del rango de varios derechos reales limi-

(44) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 284.

(45) LICHTENBERGER, P., «Die Vormerkung zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche», *NJW*, 1977, pág. 757.

tados cuando concurren sobre un mismo bien). No obstante, en lo referente a esta cuestión, hay que tener en cuenta que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no puede tener unos efectos más fuertes que el derecho ya perfeccionado.

6. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA «VORMERKUNG»

La naturaleza jurídica de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es una cuestión muy controvertida. La regulación legal plantea lagunas importantes. Por un lado, el fundamento jurídico de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es la pretensión obligacional, por otro lado, la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe proteger y preparar una mutación jurídico-real.

Esta naturaleza intermedia ha sido apreciada por la jurisprudencia, y sin pretensiones de atribuir una denominación de carácter dogmático a la «preinscripción» (*Vormerkung*), la doctrina de los tribunales ha reconocido que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es un derecho real, sino un medio de garantía de tal naturaleza que sirve a la protección de una pretensión de carácter obligacional y que solamente en determinados aspectos desarrolla efectos jurídico-reales. Con ello está de acuerdo la mayor parte de la literatura (46).

(46) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, págs. 158 y sigs. Según este autor, la naturaleza jurídica de la «preinscripción» (*Vormerkung*) ha sido objeto de numerosas discusiones. No obstante, existe acuerdo acerca de que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es ningún derecho real, pero tiene efectos reales.

El deudor está limitado en su poder de disposición, esta limitación tiene carácter relativo. El legislador ha elegido para la protección del acreedor el camino de la limitación del poder de disposición, sin embargo, no ha creado ningún derecho real. El § 883 II BGB no establece ninguna relación especial entre la pretensión y el inmueble, sino que recorta el poder del vendedor, y no al correspondiente propietario del inmueble. En su principal efecto existe pues una diferencia entre la «preinscripción» (*Vormerkung*) y un derecho real. Se ha argumentado su posible naturaleza de derecho real por lo previsto en el § 883 III BGB en cuanto a la determinación de su rango. No obstante, esta norma constituye solamente una concreción del espíritu del § 883 II. El § 883 III no dota de una eficacia adicional a la «preinscripción» (*Vormerkung*). Si no existiese ese precepto, la aplicación de las reglas generales conduciría a que los derechos creados con posterioridad tendrían preferencia frente al derecho que surge del cumplimiento de la pretensión garantizada. En consecuencia, el § 883 III no es determinante a la hora de fijar la naturaleza jurídica de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

Por otro lado, en la literatura parece admitirse que la «preinscripción» (*Vormerkung*) presenta un carácter semejante al de un derecho real en el sentido de que el administrador de la quiebra debe cumplir la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*). En opinión del autor, esa aproximación de efectos prevista por el legislador para la «preinscripción» (*Vormerkung*) a los efectos de un derecho real —en el sentido de que legitima para la separación de la masa de la quiebra— no quiere decir que exista una aproximación de la naturaleza de la «preinscripción» (*Vormerkung*) a la de un derecho real.

De este modo se pone de manifiesto el carácter intermedio de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En resumen, la «preinscripción» (*Vormerkung*) vendría a ser un conjunto unitario de elementos obligacionales y reales que no casa perfectamente con manifestaciones exclusivamente obligacionales o reales (47).

No obstante, existen interpretaciones discrepantes (48). En este sentido, en la doctrina existen autores que consideran que la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un auténtico derecho real. No obstante, para otros es totalmente insostenible la opinión de los que defienden que la «preinscripción» (*Vormerkung*) otorga, en esencia, a su titular las mismas facultades que le otorgaría el derecho ya completado.

Los autores que defienden que la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un auténtico derecho real se apoyan fundamentalmente en el § 888 I BGB. Según este precepto, y sin perjuicio de un análisis en profundidad cuando

La «preinscripción» (*Vormerkung*) presenta caracteres similares a los de un derecho real, siempre que el concepto de real se entienda en un sentido amplio. Para el autor citado la «preinscripción» (*Vormerkung*) se podría definir como un medio de seguridad que se inscribe en el Registro de la Propiedad que garantiza una pretensión de carácter personal cuya finalidad consiste en la producción de una mutación jurídico-real mediante: 1) una limitación de disponer relativa, solamente frente a los afectados por la «preinscripción» (*Vormerkung*); 2) la reserva del rango de un derecho por crear; 3) unos efectos de garantía más amplios en los procedimientos concursales. En caso de duda, la «preinscripción» (*Vormerkung*) no debería incluirse en categorías predeterminadas tales como derecho real, derecho real negativo, expectativa real (*Antwortschaftsrecht*), *ius ad rem* o simplemente anotación registral, sino simplemente debería realizarse, en su opinión, una valoración más amplia.

Para SCHOLZ, H. y LWOWSKY, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlin, 6.^a ed., 1986, pág. 318, cuando el medio de garantía es un bien inmueble se debe distinguir entre derechos reales sobre el inmueble e inscripciones provisionales. Dentro de esta segunda categoría se incluye la «preinscripción» (*Vormerkung*). Inscripciones provisionales son aquellas encaminadas a garantizar una pretensión futura o una rectificación del Registro y que protegen derechos ya existentes, sin embargo todavía sin inscribir, así como la pretensión de creación de un derecho real. La «preinscripción» (*Vormerkung*) es una inscripción, que prepara un cambio de la situación jurídico-real, publicando que el legitimado tiene una pretensión frente al propietario del inmueble o el titular de un derecho que le faculta para exigir la entrega, carga, modificación del contenido o la supresión de dicho derecho. La «preinscripción» (*Vormerkung*) no es un derecho real sobre un inmueble, no obstante, confiere al derecho protegido efectos que son propios de un derecho real. En particular confiere al derecho protegido el mismo rango que le hubiese correspondido si en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) el derecho ya hubiese tenido existencia (§ 883 III BGB).

(47) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 331.

(48) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 332. El autor, pese a que se manifiesta partidario de la naturaleza intermedia de la «preinscripción» (*Vormerkung*), resume en su trabajo las opiniones más importantes que se han vertido sobre este problema.

veamos los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*), en tanto que la adquisición de un derecho inscrito o de un derecho recayente sobre el mismo es ineficaz frente al acreedor garantizado con una «preinscripción» (*Vormerkung*), éste puede solicitar del adquirente el consentimiento para la inscripción o para la cancelación que sea necesario con el fin de que la pretensión garantizada mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) produzca los efectos deseados. A pesar de que esta norma aproxima los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) a los de un derecho real, hay que tener en cuenta que la pretensión que deriva del § 888 I BGB frente al tercer adquirente, que completó su adquisición con vulneración de la garantía de la «preinscripción» (*Vormerkung*), no es equiparable a la del titular de un derecho real porque se trata de una pretensión subsidiaria, encaminada a evitar que la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) no produzca efectos.

Además frente a la opinión de que la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un derecho real se puede argumentar que ésta no solamente garantiza pretensiones de constitución o transmisión de un derecho, sino también de supresión o cambio de contenido o de rango del mismo.

El legislador ha rechazado de modo expreso la consideración de la «preinscripción» (*Vormerkung*) como una verdadera carga real sobre el inmueble, porque como se puede apreciar en la exposición de motivos del Código Civil alemán, para ello no existía ninguna necesidad. En consecuencia, la regulación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no se incluye, como sucede con el resto de los derechos reales limitados, dentro de un capítulo especial, sino en el capítulo titulado «Sobre los preceptos generales acerca de los derechos reales sobre inmuebles». Los restantes preceptos de esta parte son aplicables sólo subsidiariamente a la «preinscripción» (*Vormerkung*).

Por otro lado, es frecuente que los autores que han sostenido la naturaleza de carga real de la «preinscripción» (*Vormerkung*) hayan buscado un paralelismo entre esta figura y determinadas categorías históricas como el *ius ad rem* o la *obligatio in rem scripta*. No obstante, existen diferencias importantes. Así por ejemplo, la «preinscripción» (*Vormerkung*) frente al *ius ad rem* no proporciona un derecho a exigir frente al tercer adquirente el cumplimiento de la obligación garantizada, sino simplemente el consentimiento para que la inscripción del acreedor sea eficaz. Además, conceptualizar de esta forma a la «preinscripción» (*Vormerkung*) no aportaría ventaja alguna, puesto que el Código Civil alemán no la reconoce y por tanto, no existen preceptos que puedan colmar las lagunas que se presenten.

Del mismo modo hay que rechazar la conceptualización de la «preinscripción» (*Vormerkung*) como una *obligatio in rem scripta*. La «preinscripción» (*Vormerkung*) frente a la *obligatio in rem scripta* del Derecho romano no amplía el círculo de las personas obligadas, puesto que no estaría obligado el

tercer adquirente al cumplimiento de la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) (49).

También ha sido descrita la «preinscripción» (*Vormerkung*) como una limitación o prohibición de disponer cualificada. No podemos negar que la «preinscripción» (*Vormerkung*) despoja al deudor gravado con la misma, de la facultad de disponer eficazmente sobre el derecho garantizado sin el consentimiento del acreedor. Por tanto, de hecho, se produce una limitación de la facultad de disponer del vendedor en interés del comprador.

No obstante, la clasificación como una limitación de disponer relativa solamente explicaría una parte de los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (50). Son considerables también las diferencias en cuanto a los presupuestos. Las limitaciones de disponer producen efectos con independencia de su inscripción en el Registro, precisan de la inscripción, no para su nacimiento, sino para evitar los efectos de fe pública registral. Mientras que la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es constitutiva.

Otra diferencia es que la «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente puede garantizar la pretensión obligacional tendente a la producción de una mutación jurídico-real, mientras que la prohibición de disponer también puede garantizar una situación jurídico-real ya consolidada. Por otro lado, en tanto que la «preinscripción» (*Vormerkung*) puede constituirse mediante un negocio jurídico, la prohibición de disponer no puede constituirse de este modo.

Sí que se pueden apreciar analogías entre la «preinscripción» (*Vormerkung*) y la celebración de un negocio dispositivo en cuya virtud una de las partes emite su voluntad de transmitir una cosa en favor de otro sometiendo sus efectos al cumplimiento de una condición (por tanto, con carácter suspensivo). El § 161 I BGB (51) limita la facultad de disposición del que se obligó

(49) En opinión de GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 332: Menos numerosas y menos útiles desde el punto de vista de colmar lagunas son aquellas corrientes que interpretan la «preinscripción» (*Vormerkung*) como un derecho real negativo o como una expectativa real (*Anwartschaftsrecht*) sobre la situación jurídico-real.

(50) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 167. Es prácticamente generalizado que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es totalmente equiparable a una limitación de disponer en el sentido de los §§ 878, 892 I 2 BGB. En opinión del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán) la «preinscripción» (*Vormerkung*) tiene efectos que le ensalzan como un derecho más fuerte frente a una prohibición de disponer o una limitación de disponer. No obstante, según el autor no existe ninguna razón evidente para no ver en la «preinscripción» (*Vormerkung*) una limitación de la facultad de disponer en el sentido de los §§ 878 y § 892 I 2 BGB. Por todo ello, cuando la «preinscripción» (*Vormerkung*) ha sido cancelada, pero no obstante, existe, el tercero de buena fe adquiere el inmueble o el derecho real libre de la «preinscripción» (*Vormerkung*), por tanto, de modo eficaz.

(51) De acuerdo con este precepto, si alguien ha efectuado sobre un bien una disposición sujeta a condición suspensiva, los actos dispositivos realizados durante el perío-

a transmitir un bien bajo condición suspensiva, de manera que los actos dispositivos realizados por éste durante el período de pendencia de la condición son ineficaces en tanto en cuanto supongan una vulneración del derecho del adquirente que se ha convertido en titular del derecho con el cumplimiento de la condición.

Sin embargo, también existen diferencias entre ambas figuras. Una de ellas es clara, para los bienes inmuebles no es posible un negocio de tales características, como ya hemos apuntado. Pero además, otra diferencia es que en el caso del § 161 I BGB la actuación dispositiva ya ha tenido lugar, si bien sujeta a condición suspensiva. Aquí reside la diferencia fundamental con la «preinscripción» (*Vormerkung*), y es que quien solicita una «preinscripción» (*Vormerkung*) en garantía de su pretensión no provoca con ello la disposición necesaria para el cumplimiento de la pretensión garantizada. Es decir, la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no sustituye a la posterior celebración del negocio jurídico-real entre las partes, imprescindible para que el acreedor de dominio se convierta en propietario.

Frente a las teorías anteriormente expuestas, una parte considerable de la literatura ha venido afirmando que la «preinscripción» (*Vormerkung*) es solamente una anotación registral sin que se pueda encuadrar dentro de ninguna de las categorías jurídicas ya existentes. Esta interpretación hay que rechazarla porque si así fuera, entonces sus efectos decaerían en el caso de que tuviese lugar una cancelación errónea de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Esta afirmación es hoy en día inaceptable (52).

En mi opinión, aunque la «preinscripción» (*Vormerkung*) no ha sido acogida por el legislador en el *numerus clausus* de los derechos reales, sino que simplemente se ha configurado como medida de seguridad para el cumplimiento de obligaciones con efectos jurídico-reales, no se puede afirmar que es una institución radicalmente distinta. De este modo, la «preinscripción» (*Vormerkung*), como el derecho real, goza de la protección establecida en los §§ 823 y 1004 BGB, que se refieren a la obligación de indemnizar daños y perjuicios por la lesión del derecho real y a la obligación de cese en el menoscabo, respectivamente. También, como veremos, el adquirente de una «preinscripción» (*Vormerkung*) disfruta de la protección de la fe pública registral de acuerdo con lo previsto en el § 893 BGB.

do de pendencia de la condición son ineficaces en el caso de que la condición se cumpla en tanto en cuanto contradicen los efectos del negocio dispositivo sujeto a condición.

(52) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 334.

7. CARACTERES DE LA «VORMERKUNG»

La posición jurídica del acreedor cuya pretensión se vió garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe verse como la de un titular de un auténtico derecho subjetivo. No obstante, ese derecho es de naturaleza híbrida, reúne caracteres de un derecho real y de un derecho personal al mismo tiempo y no pertenece a la categoría de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Su función consiste en garantizar que la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe ser cumplida del mismo modo que hubiera sido cumplida en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

A pesar de que, como hemos dicho, no se puede considerar la «preinscripción» (*Vormerkung*) como una carga real que recae sobre el inmueble, en la práctica viene a producir efectos idénticos a tal carga.

En particular, la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un derecho accesorio, en el sentido de que tiene como fundamento la pretensión obligatoria de producción de una mutación jurídico-real, la «preinscripción» (*Vormerkung*) nace y se extingue con ella (53).

Prueba de esa naturaleza accesorio de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es que se transmite automáticamente cuando se transfiere la pretensión obligacional que garantiza de acuerdo con lo previsto en el § 401 BGB (54). Sin embargo, no es posible una transmisión independiente de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (55). Una muestra más de su naturaleza accesorio es que se extingue cuando se cumple la pretensión garantizada.

La institución que es objeto de investigación concede a la pretensión garantizada efectos jurídico-reales, principalmente la convierte en firme en el concurso del deudor, como tendremos ocasión de analizar con más detenimiento cuando veamos los efectos que produce la «preinscripción» (*Vormerkung*) sobre la pretensión garantizada.

(53) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 62. Así, por ejemplo, la «preinscripción» (*Vormerkung*) que garantiza la entrega de un bien inmueble desaparece cuando se declara nulo el contrato de compraventa.

(54) De acuerdo con este precepto, con la transmisión del crédito se transmiten automáticamente al cesionario las hipotecas y los derechos de prenda que se hubiesen constituido en garantía del cumplimiento de la misma. Esta teoría viene refrendada por la jurisprudencia, así según la sentencia del BGH de 17 de junio de 1994 (V ZR 204/92), la entrega (*Auflassung*) del inmueble no obstaculiza la cesión por parte del comprador a un tercero de transmisión de la propiedad y de la «preinscripción» (*Vormerkung*) que la garantiza a un tercero.

(55) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 164. También SCHOLZ, H., y LWOWSKY, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlin, 6.^a ed., 1986, pág. 319.

Su inscripción en el Registro de la Propiedad es constitutiva, pero una vez inscrita, si tiene lugar una cancelación errónea de la «preinscripción» (*Vormerkung*), ello no afecta a su eficacia, sino que hace incorrecto el contenido del Registro, pudiendo procederse a su modificación para ajustarlo a la realidad extrarregistral.

En definitiva, la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un escalón intermedio en el camino que va desde la pretensión obligatoria a la creación del derecho real.

No es unánime la doctrina acerca de si entre tanto se puede hablar de la titularidad de un *Anwartschaftsrecht* por el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*). Por la limitación que hace del poder de disposición del titular del derecho afectado por la «preinscripción» (*Vormerkung*) se aproxima a una vinculación casi real del derecho al cumplimiento de la pretensión, de manera que el acreedor puede albergar una esperanza fundada de que va a convertirse en propietario. Esta parece ser la opinión de la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán), este tribunal viene admitiendo que el adquirente del inmueble obtiene un *Anwartschaftsrecht* cuando la *Auflassung* ha sido aplazada inscribiéndose, en garantía de su futura celebración, una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad.

No obstante, la «preinscripción» (*Vormerkung*) no concede al acreedor facultades propias del titular de un derecho real. En este sentido, el acreedor de una *Auflassungsvormerkung* no tiene ningún derecho sobre el inmueble ni tampoco puede impedir intromisiones de terceros sobre el mismo. En consecuencia, durante el período que transcurre entre la constitución de la «preinscripción» (*Vormerkung*) y la adquisición definitiva de la propiedad por su titular, éste no tiene ninguna pretensión frente a un posible poseedor ilegítimo para que le restituya los aprovechamientos que hubiese obtenido durante el período en el que estuvo poseyendo el inmueble.

Como la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es un derecho real limitado, no son aplicables por analogía los §§ 873-902 BGB (se trata de las normas generales que regulan los derechos reales) de un modo inmediato. Ahora bien, si se pretendiera acudir a la analogía se debería probar en cada caso concreto que la norma en cuestión resulta aplicable.

8. ADQUISICIÓN DE BUENA FE DE UNA «VORMERKUNG»

Puesto que la «preinscripción» (*Vormerkung*) limita el poder jurídico del deudor, titular del derecho gravado, para su constitución debe requerirse el consentimiento del mismo seguida de la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, como es el caso de cualquier disposición en sentido

técnico-jurídico en el Derecho alemán. En consecuencia, es posible que el consentimiento para la creación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) lo presunte un no titular de derecho, que pese a ello, aparece como titular registral, siempre y cuando la pretensión garantizada subsista. A esto nos referimos cuando hablamos de la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*).

Si bien en opinión de GURSKY (56) la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*) es indiscutida, frente al modo en que debe tener lugar esa adquisición, que sí que plantea dudas; la doctrina no es tan unánime como parece. Así, en opinión de KNÖPFLE (57), siguiendo en este punto a Medicus resulta injusto que se admita la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*) puesto que ello supone una pérdida del derecho para su titular, además de la posible vulneración del artículo 14 GG (en cuya virtud la propiedad sólo puede ser afectada por una disposición legislativa) puesto que esta posibilidad se deduce de una interpretación doctrinal, además de que desvirtúa la función de la «preinscripción» (*Vormerkung*) ideada no solamente para garantizar al acreedor que su derecho expectante va a tener existencia, sino para evitar otros perjuicios. Asimismo, en su opinión, entre la «preinscripción» (*Vormerkung*) y un derecho real existen notables diferencias, y la situación de intereses contemplada en el § 892 I 1 BGB se diferencia notablemente de la adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*) que en realidad no existe. Según estos autores, en estos casos, sería necesario que el verdadero titular del derecho consintiese también la disposición.

No obstante, sí que es verdad que es mayoritaria la doctrina que sostiene la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*) como si de un auténtico derecho real se tratara, tesis esta refrendada por la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán). En consecuencia, en estos casos sería aplicable el § 892 BGB (58), que regula el principio de fe pública registral.

Debe matizarse que el § 893 II (59) BGB exige un negocio jurídico entre el disponente no titular y un tercero, mientras que el consentimiento para la

(56) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 336.

(57) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 165.

(58) Según el § 982 BGB el contenido del Registro es cierto para aquél que ha adquirido un derecho sobre un inmueble mediante un negocio jurídico, a no ser que se haya inscrito una oposición frente a la exactitud del contenido registral o le sea conocida dicha inexactitud al adquirente.

(59) De acuerdo con esta norma, el § 892 encuentra aplicación cuando aquél para quien se ha inscrito un derecho en el Registro de la Propiedad se ve obligado a realizar una prestación o cuando entre él y un tercero en atención a ese derecho se debe celebrar

inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe prestarse no solamente frente al adquirente sino también frente al encargado del Registro. De esta suerte, el § 893 II BGB se interpreta por la doctrina mayoritaria de modo amplio, de manera que la declaración de voluntad necesaria para efectuar la disposición también debe prestarse ante el empleado del Registro.

Cuando el deudor en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es titular registral del derecho, pero existe una prohibición de disponer que no ha sido inscrita en el Registro y que le es desconocida al acreedor de la obligación garantizada, en el momento de la celebración del acuerdo para la inscripción (§ 892 II BGB), la «preinscripción» (*Vormerkung*) es plenamente eficaz en virtud del principio de fe pública registral. Este sería también un caso de adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*).

Ahora bien, para que se pueda adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*) es necesario que la inscripción de la misma tenga lugar como consecuencia de la celebración de un negocio jurídico entre deudor y acreedor de la obligación garantizada. En otro caso, queda excluida esta posibilidad, puesto que los §§ 892 y 893 BGB solamente protegen la adquisición de buena fe mediante negocio jurídico.

Es también bastante discutido si es posible una segunda adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*). Ello sucedería cuando ha tenido lugar la cesión de una pretensión subsistente para cuya seguridad se inscribió en el Registro una «preinscripción» (*Vormerkung*), que, sin embargo, no había sido válidamente constituida. La doctrina no resuelve esta cuestión (60).

Sobre este tema existe un trabajo más reciente de MÜLBERT (61). En su opinión, el origen de los problemas en punto a la posibilidad de adquirir de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*) hay que buscarlo en que ésta es una institución compleja del Derecho Civil y que los escasos preceptos que el legislador dedica a su regulación dejan espacio para la controversia.

Para aportar luz a este enigma hay que acudir a la función de la institución. De acuerdo con el legislador, la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe ofrecer al tráfico de inmuebles un sustituto eficaz a la tradición condicionada

un negocio jurídico que no cae dentro del ámbito de aplicación del § 892 y que tiene como finalidad una disposición de tal derecho.

(60) Sobre este tema, en relación con la posibilidad de una segunda adquisición de buena fe de un *Anwartschaftsrecht* resultante de una reserva de dominio se puede ver el trabajo de MINTHE, E., *Die Übertragung des Anwartschaftsrechts durch einen Nichtberechtigten*, Duncker&Humblot, Berlin, 1998.

(61) MÜLBERT, P. O., «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, págs. 335 y sigs.

prohibida por el § 925 II BGB. En atención a esta función, está admitida una primera adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*) siempre que se den los presupuestos del § 892 I, II BGB en el momento de su inscripción, así como en el de celebración del acuerdo para la inscripción. Este aspecto funcional permite explicar que la adquisición de buena fe provoque que también sea adquirido el derecho subyacente garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*).

No obstante, la función de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no ofrece por sí sola una sólida respuesta a todas las cuestiones controvertidas (62).

La «preinscripción» (*Vormerkung*), sin tomar como referencia las normas contenidas en los §§ 883 y ss. BGB, ha sido caracterizada y tratada como un derecho accesorio. Su función, consistente en asegurar al adquirente la consecución de un derecho subyacente, se ve frustrada cuando la pretensión de entrega garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) ha devenido nula. Justamente, el principio de accesoriedad es el instrumento del que se sirve el legislador para que la «preinscripción» (*Vormerkung*) se extinga cuando también lo haga la pretensión garantizada, precisamente porque en este caso fracasa la función de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, no se pueden adquirir derechos reales accesorios de garantía cuando falta la pretensión a garantizar, ni tampoco es posible la adquisición de tales derechos por un tercero de buena fe en virtud de la apariencia jurídica.

No obstante, en el caso de la «preinscripción» (*Vormerkung*) el principio de accesoriedad es simplemente una construcción perteneciente a la técnica jurídica.

Este argumento funcional para negar la adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*) está limitada en dos sentidos:

En primer lugar, la pregunta acerca de si en este caso existe una pretensión eficaz susceptible de ser garantizada con una «preinscripción» (*Vormerkung*) no constituye un problema relacionado con la «preinscripción» (*Vormerkung*). Más bien se trata de un problema relativo al cumplimiento, cuya solución queda remitida al Derecho de obligaciones. En resumen: también en los supuestos de adquisición de buena fe (§§ 892, 932 y sigs. BGB) el deudor está obligado al cumplimiento, a no ser que exista un pacto en contra de las partes.

La segunda limitación se refiere a la posibilidad de una segunda adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*).

Se trata de un problema para cuya solución se puede tener en cuenta la regulación legal de la segunda adquisición de la hipoteca constituida mediante

(62) MÜLBERT, P. O., «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, pág. 396.

cédula (63). De acuerdo con la concepción legal, la segunda adquisición se hace depender de que existan realmente unas bases para la apariencia jurídica. Analógicamente, es también posible una segunda adquisición de la «preinscripción» (*Vormerkung*), en tanto en cuanto la primera adquisición haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad.

Hasta aquí la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*), ahora hemos de analizar si es posible transmitir una garantía de este tipo. La ley no nos ofrece una solución para este problema. Como hemos visto anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han cubierto esa laguna admitiendo la posibilidad de transmitirla por analogía con lo dispuesto en el § 401 BGB. En este sentido, la «preinscripción» (*Vormerkung*), en cuanto derecho accesorio dependiente, no puede ser transmitido con independencia de la transmisión de la obligación a cuya seguridad sirve. Además, hay que tener en cuenta que la pretensión garantizada debe ser susceptible de transmisión (por ejemplo, es intransmisible una pretensión de carácter personal o un usufructo).

La forma de la cesión no viene influida por la «preinscripción» (*Vormerkung*), sino que se regula de acuerdo con lo previsto para la transmisión de la pretensión. Normalmente basta con un acuerdo verbal entre las partes, sin quedar sujeto a forma alguna. No es necesario que se haga una referencia expresa a la transmisión de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

La transmisión de la pretensión, y con ello, de la «preinscripción» (*Vormerkung*), puede ser inscrita en el Registro.

Es discutido si el comprador de un inmueble está facultado para efectuar una transmisión parcial de su derecho a obtener la propiedad sobre el inmueble sin que medie el consentimiento del deudor, cuando esta pretensión está garantizada con una «preinscripción» (*Vormerkung*). El BayObLG (64) ha respondido afirmativamente a esta cuestión, puesto que, a su juicio, la cesión parcial de la pretensión no lleva aparejada ninguna desventaja especial para el vendedor.

Es incluso posible la cesión de una pretensión de entrega garantizada con «preinscripción» (*Vormerkung*) aun cuando con anterioridad a la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se había inscrito una hipoteca sobre ese mismo bien a favor de un tercero. En este caso, subsiste a favor del acreedor cesionario la pretensión de entrega del valor restante una vez ejecutada la

(63) El § 117 BGB se refiere a la adquisición de la cédula hipotecaria. En tanto que la expedición de la cédula hipotecaria no esté excluida, el acreedor adquiere la hipoteca sólo cuando se le entrega la cédula por parte del propietario de la finca. En cuanto a la entrega se aplican las disposiciones de los párrafos 929.2, 930 y 931. La entrega de la cédula puede sustituirse por un acuerdo en cuya virtud el acreedor está legitimado para recibir la cédula del Registro.

Si el acreedor está en posesión de la cédula se presume que se ha producido la entrega.

(64) *NJW*, 1971, pág. 307.

hipoteca, y esta pretensión quedaría garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*).

Así como la cesión jurídica de la obligación garantizada provoca, en virtud de la ley, una cesión automática de la «preinscripción» (*Vormerkung*), lo mismo sucedería si la misma obligación hubiese sido garantizada mediante prenda. Ahora bien, la prenda solamente sobre la «preinscripción» (*Vormerkung*) sería imposible.

9. POSIBLE CAMBIO DE CONTENIDO DE LA «VORMERKUNG»

Estos cambios pueden referirse tanto al contenido de la pretensión garantizada como a la extensión de la protección de la propia «preinscripción» (*Vormerkung*). En cuanto a la primera posibilidad, la pretensión garantizada puede ser modificada con posterioridad a la constitución de la «preinscripción» (*Vormerkung*) mediante negocio jurídico.

Por lo que respecta a la segunda de las posibilidades, hay que pensar que, pese a que es posible el cambio de contenido de la «preinscripción» (*Vormerkung*), debe subsistir la obligación garantizada. En estas condiciones, es posible que con posterioridad a su constitución la «preinscripción» (*Vormerkung*) quede sujeta a condición, o bien incluso que se proceda a la supresión de la misma.

Lo que está claro es que el cambio de contenido de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no puede tener lugar al margen del Registro. No obstante, es discutido si en estos casos son aplicables los § 878 o 885 BGB (65). El § 878 BGB se refiere a las limitaciones de disponer que tienen lugar con posterioridad a las declaraciones de voluntad emitidas en atención a los §§ 873, 875, 877 BGB (estos preceptos se refieren a la declaración de voluntad de constituir, suprimir o cambiar el contenido de un derecho real que han de prestarse necesariamente). Estas declaraciones despliegan efectos aún cuando el legitimado se encuentra limitado en su capacidad de disposición después de que dicha declaración se ha convertido para él en eficaz y ya se ha emitido la declaración de voluntad necesaria para la inscripción.

Por su parte, el § 885 BGB establece, como ya sabemos, los requisitos necesarios para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Estos requisitos no deberían aplicarse cuando la situación jurídica del acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) se viese claramente mejorada, como por ejemplo, mediante un cambio de la hasta ahora «preinscripción» (*Vormerkung*) sujeta a condición, con la supresión de la misma.

(65) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 167. El autor se muestra favorable a la aplicación del § 878 BGB.

III. EFECTOS DE GARANTIA DE LA *VORMERKUNG*. PROTECCION DEL *ANWARTSCHAFTSRECHT* EN LA NUEVA NORMATIVA CONCURSAL ALEMANA

1. EFECTOS DE LA *VORMERKUNG*

Como efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se pueden señalar los siguientes (66):

1. Reserva de rango del derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*): una vez ya se ha consolidado el derecho real, éste no tiene el rango correspondiente a la fecha de su efectiva inscripción, sino el de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). El rango del derecho para cuya creación se ha constituido la «preinscripción» (*Vormerkung*) se ajusta al de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). De acuerdo con el § 883 III BGB el derecho obtiene el rango que tendría cuando no se hubiese inscrito la «preinscripción» (*Vormerkung*), sino el mismo derecho. Para tales efectos, el momento de la inscripción del derecho no se debe tener en cuenta.

2. Ineficacia relativa de los actos dispositivos que contradicen la «preinscripción» (*Vormerkung*): cada acto dispositivo posterior del propietario que contradice la «preinscripción» (*Vormerkung*) es ineficaz frente al acreedor protegido con la misma. Esa protección es necesaria, puesto que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no provoca el cierre del Registro (67). En opinión de KNÖPFLE (68) ello es debido a que el establecimiento de un cierre del Registro o la ineficacia absoluta de los actos dispositivos sobre el inmueble supondrían un perjuicio para el tráfico jurídico innecesario para garantizar la pretensión, ya que otras personas distintas al acreedor no tienen ningún interés en la ineficacia de la disposición, siendo posibles, en consecuencia, posteriores actos dispositivos.

3. Ineficacia de los actos dispositivos posteriores a la «preinscripción» (*Vormerkung*) realizados en curso de un procedimiento ejecutivo: el administrador de la quiebra debe cumplir la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*). Este tema lo analizaremos con más detenimiento en el siguiente epígrafe.

(66) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 64.

(67) SCHOLZ, H., y LWOWSKY, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlin, 6.^a ed., 1986, pág. 319. «La «preinscripción» (*Vormerkung*) no produce un cierre del Registro, esto significa que el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) tiene frente a su deudor una pretensión de cumplimiento, y frente a aquél que ha adquirido con vulneración de la garantía la pretensión de exigirle que preste su consentimiento para la adquisición de acuerdo con el § 888 BGB.

(68) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 157.

4. Ineficacia de determinados negocios obligatorios: son ineficaces aquellos negocios obligatorios en cuya virtud una de las partes se compromete a transmitir la posesión de la cosa a favor de otro (como el contrato de arrendamiento), porque tales negocios vincularían al adquirente y le privarían de la posesión. No obstante, este efecto no es compartido por toda la doctrina (69).

5. Responsabilidad ilimitada de los herederos en cuanto al cumplimiento de la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) cuando el deudor haya fallecido, para ello es necesario que la «preinscripción» (*Vormerkung*) haya sido inscrita antes de la muerte del causante o por lo menos consentida y que los herederos también la hayan consentido (70).

Conviene analizar con detenimiento el segundo de los efectos apuntados, nos referimos al de la ineficacia relativa de los actos dispositivos que contradicen la «preinscripción» (*Vormerkung*). Para ello hay que partir del § 883 II BGB según el que «todo acto de disposición que después de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) afecte al inmueble o al derecho que sobre él recaer, es ineficaz en tanto en cuanto frustre la pretensión o la perjudique» (71).

Procederemos al análisis por separado de los elementos contenidos en el § 883 II BGB (72).

A) *Disposiciones que van contra la «preinscripción» (Vormerkung)*. Es preciso que el acto dispositivo se produzca después de la inscripción de la

(69) En contra, KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 163, porque el arrendamiento no es un acto dispositivo, de modo que el comprador debería soportar el contrato celebrado.

(70) Sobre este tema se puede ver la sentencia del BGH de 5 de diciembre de 1996 (*NJW* 1996, 861). De acuerdo con el tribunal, la posibilidad de inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) tampoco se ve obstaculizada porque se cumpla la condición después de la muerte del obligado o porque su cumplimiento se haga depender del comportamiento de los sucesores del deudor. Una «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente se puede inscribir en el Registro de la Propiedad bajo el presupuesto de que la pretensión garantizada se dirija frente a aquél cuyo inmueble o cuyo derecho real se vea afectado por la «preinscripción» (*Vormerkung*). Por tanto, el deudor de la pretensión debe ser propietario del inmueble o titular del derecho afectado por la «preinscripción» (*Vormerkung*).

El cumplimiento de la pretensión condicionada es obligación de los herederos. Los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) frente a los herederos se deduce del § 884 BGB (se refiere a la responsabilidad del heredero: en tanto en cuanto la pretensión se ha garantizado con una «preinscripción» (*Vormerkung*), el heredero del obligado no puede invocar la limitación de su responsabilidad).

(71) Según la sentencia del BGH de 13 de julio de 1995 (*NJW* 1995, 2846) garantizar mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) la pretensión de recuperación de la propiedad dota de seguridad a esta posición intermedia. Ello es debido a que convierte los actos dispositivos realizados entre tanto por el legitimado en ineficaces, en virtud de lo dispuesto en el § 883 II BGB.

(72) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 162.

«preinscripción» (*Vormerkung*). Para averiguar si la disposición por parte del deudor vulnera la pretensión hay que estar al contenido de la misma, p.e. si se garantiza la transmisión de un derecho sobre un inmueble, entonces la transmisión de la propiedad a un tercero contradice el contenido de la «preinscripción» (*Vormerkung*). También son actos dispositivos en el sentido del § 883 BGB los realizados en el ámbito de un procedimiento concursal.

B) *Ineficacia relativa*: el acto dispositivo que contradice la «preinscripción» (*Vormerkung*) es eficaz frente a todos, solamente es ineficaz frente al que goza de la protección de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Cuando el acto dispositivo se produce, tiene lugar un período de pendencia que finaliza cuando el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) hace valer la pretensión que le concede el § 888 I BGB o cuando consiente el acto dispositivo (§ 185 I BGB) (73). Transcurrido este período la pretensión deviene totalmente eficaz.

En el caso de que el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) consienta el acto dispositivo según el § 185 I BGB, se precisa una prueba exacta acerca de si existe verdaderamente un consentimiento real, que subsane la ineficacia relativa, o si el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) simplemente se ha obligado (contractualmente) a no hacer valer la «preinscripción» (*Vormerkung*) frente a la inscripción de un derecho que contradice su pretensión. Un acuerdo de tales características solamente desplegaría efectos *inter partes*, por tanto, sin más no redundaría en beneficio de un sucesor a título individual de aquél que ha inscrito su derecho con vulneración de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Ese consentimiento no ha de ser necesariamente expreso, sería también posible un consentimiento tácito del titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*) que se daría cuando, pese a conocer que el deudor ha efectuado una disposición que vulnera su derecho, se aquieta y no hace valer la pretensión que le concede el § 888 I BGB (74).

(73) Según este precepto, la disposición efectuada sobre un bien inmueble por una persona distinta de su titular deviene eficaz si el verdadero propietario la consiente.

(74) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 310. La doctrina más antigua solía explicar la ineficacia relativa de la disposición que contradecía la «preinscripción» (*Vormerkung*) de modo que estos actos dispositivos perdían su fuerza con efectos retroactivos. Esta retroactividad vendría a significar que numerosas disposiciones realizadas en el período comprendido entre la disposición que contradice la «preinscripción» (*Vormerkung*) y el cumplimiento de la pretensión garantizada deberían ser declaradas automáticamente ineficaces.

No obstante, hoy en día se ha abandonado esta interpretación, haciéndose depender de la voluntad del garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) si el tercer adquirente pierde o no la posición jurídica adquirida en contra de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Como la ineficacia relativa sirve para la protección del acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*), debe tener éste la posibilidad de decidir si renuncia a la protección. De esta manera puede consentir la disposición con analogía a lo dispuesto en el § 185 II 1 BGB y hacer de este modo eficaz la situación jurídica producida.

Otra de las posibilidades, como hemos apuntado, es que el acreedor haga valer la pretensión contenida en el § 888 I BGB. De acuerdo con esta norma: «En tanto en cuanto la adquisición de un derecho inscrito o de un derecho sobre tal derecho sea ineficaz frente a aquél en cuyo favor fue constituida la “preinscripción” (*Vormerkung*), éste puede solicitar del adquirente el consentimiento para la inscripción de su derecho o para su cancelación, siempre que ello sea necesario para la eficacia de la pretensión garantizada con la “preinscripción” (*Vormerkung*)».

El sentido de esa ineficacia relativa hay que buscarlo en que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no produce, como hemos señalado anteriormente, un cierre del Registro, en consecuencia, en éste aparece el tercer adquirente como propietario, que debe, de acuerdo con el § 19 GBO, consentir la inscripción. El garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) no puede solicitar un cambio del registro, puesto que él no es todavía propietario, sino que quiere llegar a serlo. Y para el caso de que el tercer adquirente se negase a prestar ese consentimiento, su voluntad podría ser sustituida por la de la autoridad judicial de acuerdo con el § 894 ZPO.

No obstante, entre los autores es discutido el significado que ese consentimiento tiene: o bien se trata del consentimiento del propietario para que sea posible la adquisición por un tercero, o bien, solamente se trata de un requisito formal exigido por el Registro de la Propiedad para que se pueda inscribir la propiedad en favor del acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*). En opinión de LENT-SCHWAB (75), se trata de un requisito formal exigido por la normativa registral porque, según el Registro de la Propiedad, formalmente el derecho del antiguo propietario se ha extinguido. Ahora bien, para el protegido por la «preinscripción» (*Vormerkung*) el tercero no es materialmente propietario, sino que sigue siéndolo su deudor.

Cuando el acreedor garantizado con una «preinscripción» (*Vormerkung*), en virtud de esa ineficacia relativa, adquiere finalmente la propiedad e inscribe su derecho, queda legitimado activamente para el ejercicio de la acción reivindicatoria frente al tercero (§ 925 BGB), porque puede ser que éste siga poseyendo la cosa y se niegue a entregarla al titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

En el caso de que el deudor no haya transmitido la propiedad a un tercero, sino simplemente un derecho real limitado, entonces el acreedor puede exigir del deudor la entrega y del tercero el consentimiento para la cancelación de dicho derecho en el Registro de la Propiedad.

No obstante, el tercero puede oponer frente al acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) excepciones tales como que la pretensión

(75) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 67.

garantizada y con ella la «preinscripción» (*Vormerkung*) ya no subsisten. Incluso podría oponer excepciones derivadas de las relaciones obligatorias entre el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) y su deudor (aquí entraría la resolución o la acción de nulidad). Así como también excepciones que asisten al deudor, a las cuales él ha renunciado o simplemente no ha hecho valer.

Una vez se ha procedido a la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*), el acto dispositivo se convierte ya en irrevocable.

Los mencionados efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) finalizan:

1. Con su cancelación para lo que se requiere el consentimiento del acreedor.
2. Con la inscripción del derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*).
3. Cuando se extingue la pretensión garantizada, puesto que entonces la «preinscripción» (*Vormerkung*) queda sin objeto.
4. Cuando la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) se ve desvirtuada con la interposición de una excepción. Entonces el que ejercita la excepción puede solicitar la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (§ 886 BGB).
5. Cuando se desconoce quién es el acreedor de la pretensión garantizada (§§ 887, 1170 BGB).

2. PROTECCIÓN DEL «ANWARTSCHAFTSRECHT» EN LA NUEVA NORMATIVA CONCURSAL ALEMANA

Visto lo anterior, conviene detenernos aquí en el estudio de la protección que el ordenamiento jurídico alemán ofrece al titular de una expectativa real en la quiebra de su vendedor. Hay que distinguir, en este sentido, entre bienes muebles e inmuebles, pues la reserva de dominio regulada en el § 455 BGB solamente es válida para los bienes muebles, como sabemos, para los bienes inmuebles el § 925 Abs. 2 BGB no permite la tradición (*Auflassung*) sujeta a una condición. De este modo, la pretensión del comprador de un bien inmueble debe ser asegurada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*).

La normativa concursal alemana distingue también entre ambas situaciones. Para los compradores de bienes muebles sujetos a reserva de dominio, su situación viene regulada en el § 107 de la nueva *Insolvenzordnung*, en el caso de los compradores de bienes inmuebles cuya pretensión está garantizada con «preinscripción» (*Vormerkung*) hay que acudir al § 106 del mismo cuerpo legal.

Antes de entrar en el estudio de estas normas hay que analizar los efectos que despliega la quiebra sobre los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento por ambas partes, porque los §§ 106 y 107 InsO (76) plantean especialidades a este régimen.

Los efectos de la quiebra sobre los contratos bilaterales están regulados en el § 103 InsO. De acuerdo con este precepto, si en la época de abrirse el procedimiento concursal existe un contrato bilateral que no ha sido cumplido por ninguna de las partes o por lo menos no ha sido enteramente cumplido, el administrador de la quiebra puede cumplir el contrato situándose en la posición del deudor quebrado y exigir de la otra parte que cumpla también lo que le corresponde.

Si el administrador rechaza el cumplimiento, la parte *in bonis* tiene una pretensión frente a la masa de la quiebra como consecuencia del incumplimiento, pero solamente puede hacerla valer como acreedor concursal.

Si la parte no quebrada exige al administrador de la quiebra que se pronuncie acerca de su derecho de elección, debe éste responder sin demora si va a cumplir o no. Si omite este deber, entonces la parte *in bonis* no puede ser constreñida al cumplimiento (77).

Este derecho de elección es aplicable solamente cuando ninguna de las partes ha cumplido enteramente el contrato. Si en la época de abrirse el procedimiento concursal, ya ha cumplido enteramente el quebrado, a la otra parte no le queda más remedio que el total cumplimiento de su obligación. En este caso, la apertura del procedimiento concursal no tiene relevancia alguna. Tampoco es relevante para la aplicación del precepto las razones por las que no ha tenido lugar el cumplimiento.

(76) El § 106 I InsO establece: «1. Si para garantizar la pretensión de constituir, suprimir, cambiar el contenido o el rango de un derecho real sobre un bien inmueble se ha inscrito una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad, el acreedor puede exigir del administrador de la quiebra el cumplimiento exacto de su pretensión. 2. Lo dicho en el párrafo anterior es aplicable aun cuando el deudor se haya comprometido a otras prestaciones accesorias, y éstas no hayan sido enteramente cumplidas en el momento de la apertura de la quiebra».

Según el § 107 InsO: I. «1. Si antes de la apertura de la quiebra, el deudor ha vendido un bien mueble sujeto a reserva de dominio, y ha transmitido la posesión al comprador, éste puede exigir el cumplimiento del contrato. 2. Lo dicho en el párrafo anterior es aplicable aun cuando el deudor se haya comprometido a otras prestaciones accesorias, y éstas no hayan sido enteramente cumplidas en el momento de la apertura de la quiebra».

II. «Si el deudor ha comprado un bien mueble sujeto a reserva de dominio y ha adquirido su posesión, el administrador puede optar por el cumplimiento del contrato, declarando sin demora esa voluntad al vendedor. Este plazo se verá reducido en el caso de que exista el peligro de disminución del valor del bien, teniendo conocimiento de ello el comprador».

(77) WIMMER, K., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hermann Luchterhand Verlag, Berlin, 1998, págs. 636 y sigs.

Si ha cumplido la parte *in bonis* antes de abrirse el procedimiento concursal, entonces solamente tiene derecho a obtener una cuota de la masa activa, puesto que su crédito tiene la consideración de concursal (*Insolvenzquote*).

En el contrato de compraventa, para que exista cumplimiento por parte del vendedor no basta con que haya remitido las mercancías al comprador, sino que debe haberle transmitido además la propiedad. Al mismo tiempo, si se trata de bienes inmuebles, solamente existe cumplimiento cuando se inscribe el derecho del comprador en el Registro de la Propiedad. El comprador, por su parte, cumple con su prestación cuando ha pagado el precio (78).

Si en la quiebra del comprador optan los administradores de la quiebra por no cumplir el contrato, entonces deben restituir la propiedad de la cosa vendida de acuerdo con las normas que regulan el enriquecimiento injusto.

En el supuesto de que la cosa vendida esté gravada con una carga que los administradores de la quiebra no pueden cancelar, entonces puede el comprador proceder de acuerdo con los § 440, 325 BGB (normas que se refieren a la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento). En este caso concreto de existencia de gravámenes sobre la cosa vendida, en tanto en cuanto el administrador de la quiebra no ha hecho uso del derecho de opción, se produce una situación de suspensión, durante la cual el comprador no está obligado al pago del precio (en la quiebra del vendedor). Para la aplicación del § 103 InsO en este caso en concreto, es importante si el comprador exige indemnización de daños y perjuicios según la teoría de la diferencia (*Differenztheorie*) o según la teoría de la subrogación (*Surrogationstheorie*). De acuerdo con la primera, al comprador le queda simplemente el derecho a obtener la indemnización de los daños, sin que el administrador de la quiebra le pueda exigir el pago del precio. La pretensión del comprador se satisface en moneda de la quiebra.

De acuerdo con la segunda teoría, el comprador está obligado al pago del precio si quiere obtener el valor íntegro de la prestación incumplida por el quebrado (*unmöglichen Leistung*). En este caso, se aplicaría de nuevo el § 103 InsO. Si el administrador decide no cumplir, al comprador le queda el derecho a exigir la diferencia entre la indemnización de daños y el valor del bien, en lo que exceda es una acreedor concursal.

Según se ha venido interpretando el § 103 InsO, la declaración de voluntad del administrador exigiendo el cumplimiento es una declaración de volun-

(78) HESS, H.; KRANEMANN, K. R., y PINK, A., *Das neue Insolvenzrecht*, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 1998, pág. 112. «El § 103 InsO es aplicable solamente cuando ninguna de las partes ha cumplido enteramente el contrato. Sobre cuando se entiende cumplido el contrato de compraventa: el vendedor ha cumplido cuando en el momento de la apertura del procedimiento concursal ya ha efectuado la entrega de la cosa (§ 433 I BGB) independientemente de si tenía o no poder de disposición sobre la misma. El comprador ha cumplido cuando ha pagado el precio (§ 433 II BGB)».

tad recepticia e irrevocable. Para el ejercicio de este derecho no existe un plazo, pero si la contraparte exige que se pronuncie, debe hacerlo sin demora (en el sentido del § 121 BGB), además está obligado a ejercer su derecho de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe (§ 242 BGB), de modo que si exige cumplimiento de la parte *in bonis*, debe estar él mismo en condiciones de poder cumplir. Si calla, entonces se entiende que rechaza el cumplimiento.

Si exige el cumplimiento, se coloca directamente en la posición del deudor. Si decide no ejecutar el contrato, en ese caso, a la contraparte le resta el derecho a exigir la indemnización de daños, pero se tratará de una pretensión concursal.

A) *Protección de la obligación garantizada mediante una «Vormerkung» en la quiebra del vendedor (§ 106 InsO)*

Frente al § 103 InsO, el § 106 InsO establece una excepción al derecho de elección del administrador de la quiebra, porque no puede rechazar el cumplimiento de la pretensión asegurada con la «preinscripción» (*Vormerkung*). De esta manera, todo acto de disposición del administrador contra la «preinscripción» (*Vormerkung*) es ineficaz (79). En estos casos, la «preinscripción» (*Vormerkung*) actúa como un auténtico derecho de separación (*Aussonderungsrecht*) (80). El acreedor de la obligación garantizada mediante la

(79) WIMMER, K., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hermann Luchterhand Verlag, Berlin, 1998, págs. 658 y sigs. O también se puede ver KELLER, U., *Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1998, pág. 12, según este autor para evitar el peligro que supone a la parte no quebrada el derecho de elección de los síndicos de la quiebra, el adquirente puede asegurar su pretensión mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad de una «preinscripción» (*Vormerkung*), de modo que el administrador debe ejecutar la prestación garantizada, es decir, debe transmitir la propiedad sobre el inmueble o el derecho real. MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, pág. 808. Esta norma pretende evitar que el comprador precavido que ha asegurado su pretensión mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) vea convertida su pretensión de transmisión del inmueble en un crédito concursal.

También se puede ver en este sentido, HAARMAYER, H.; WUTZKE, W., y FÖRSTER, K., *Handbuch zur Insolvenzordnung*, 2.^a ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, pág. 406. «El § 106 InsO (antes § 24 KO) asegura que el administrador de la quiebra no va a frustrar la pretensión garantizada mediante el rechazo del cumplimiento del contrato. De este modo se pone de manifiesto que el especial significado de la *Vormerkung* en el tráfico jurídico también se mantiene en los casos de insolvencia del deudor».

(80) HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Carl Heymanns Verlag KG, München, 1998, pág. 388. «Las pretensiones que afectan a un inmueble pueden ser garantizadas frente a todos mediante la inscripción de una *Vormerkung* en el Registro de la Propiedad,

Vormerkung puede exigir el cumplimiento íntegro de la misma mediante la extracción del bien de la masa de la quiebra (81).

Es susceptible de protección mediante la *Vormerkung* el que hasta el momento de apertura del procedimiento concursal ha inscrito una *Vormerkung* (§ 885 BGB), quien durante el procedimiento de insolvencia ha emitido la declaración de voluntad precisa para la inscripción (siempre que sea digno de protección, es decir, sea de buena fe) así como quien durante este período ha adquirido la *Vormerkung* de buena fe (82). Además, hay que tener en cuenta que la misma protección que la inscripción de una *Vormerkung* la proporciona la celebración del acuerdo real que vincula a las partes a la futura inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (§ 91 II InsO).

Hasta aquí no se presentan enormes problemas en la práctica. Éstos surgen cuando junto a la obligación de entrega del inmueble, el deudor se ha comprometido a otras prestaciones accesorias, la cuestión es importante sobre todo en la compraventa de viviendas en construcción, donde el vendedor se obliga también a construir.

Para la mayoría de los autores, el § 106 InsO se aplica solamente a aquella parte del contrato asegurada con la «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, la pretensión de entrega de un inmueble, no se verá en ningún caso afectada por el derecho de opción del administrador, cuando el contrato del que nace la pretensión del comprador contenga también una obligación de construir a cargo del deudor quebrado y ésta no haya sido enteramente cumplida. No obstante, el administrador no se verá obligado a construir porque no es ésta una pretensión que pueda tener acceso al Registro.

Este problema se había planteado ya bajo la vigencia del § 24 KO. De acuerdo con la opinión generalizada desde el momento de promulgarse el Código Civil alemán, que también se refleja en la *Konkursordnung* (KO) y en la práctica, el comprador que ha obtenido una «preinscripción» (*Vormerkung*)

en cierto sentido con efectos similares a los reales (§ 883 BGB). Esta pretensión también debe ser respetada en la insolvencia del deudor. De este modo, el administrador de la quiebra debe cumplir la pretensión garantizada mediante la *Vormerkung*, en consecuencia, no debe ser tratada como una pretensión concursal, sino más bien como una pretensión que concede al acreedor un derecho de separación similar al del propietario».

(81) UHLENBRUCK, W., *Das neue Insolvenzrecht*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Berlin, 1994, pág. 96.

(82) HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Carl Heymanns Verlag KG, München, 1998, pág. 388. Sobre esta cuestión resulta interesante la sentencia del BGH de 19 de marzo de 1998 (IX ZR 242/97) según la cual si se consintió la creación de una «preinscripción» (*Vormerkung*) antes de que se hubiese presentado demanda para la apertura del procedimiento de ejecución colectiva, el administrador no tiene el derecho a decidir si quiere cumplir el contrato o no. También la sentencia del BGH de 23 de noviembre de 1995 (*NJW* 1996, 461), según la que a efectos de la protección otorgada por una «preinscripción» (*Vormerkung*) se debe tener en cuenta el momento de la presentación de la solicitud para la inscripción en el Registro y no aquel momento de la efectiva inscripción.

y que la ha inscrito en el Registro, no debe soportar ningún riesgo como consecuencia de la insolvencia del vendedor, y puede pagar despreocupadamente el precio de compra (83).

No obstante, en el caso de la «preinscripción» (*Vormerkung*) hubo una sentencia bastante criticable del BGH de 29 de octubre de 1976 (84) de acuerdo con la que, la pretensión del comprador de construcción del edificio no estaba protegida por aquella figura, de manera que en el caso de insolvencia del vendedor, el administrador podía también optar por no cumplir el contrato (85). Esta sentencia provocó una reacción legislativa, mediante Ley de 22 de mayo de 1977 se añadió el párrafo segundo al § 24 KO (86).

(83) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 326. De acuerdo con el § 24 I KO el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) puede exigir del administrador de la quiebra la liberación de su pretensión, sin que pueda hacer uso de la opción concedida en el § 17 KO (que se refiere al derecho de opción del administrador de la quiebra en los contratos bilaterales pendientes de ejecución). También defiende esta opinión KEUK, B., «Auflassungsvormerkung und vormerkungswidrige Grundfandrechte in Konkurs und Zwangsversteigerung», *NJW*, 1968, págs. 476 y sigs. El autor en este trabajo comenta la sentencia del BGH de 10 de marzo de 1967. En su opinión, si un inmueble está gravado con una «preinscripción» (*Vormerkung*), el administrador de la quiebra ya no tiene derecho a elegir el cumplimiento, sino que debe transmitir necesariamente la propiedad del inmueble al acreedor siempre que este pague el precio acordado con el deudor quebrado (§ 24 KO). Cuando el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán), en la sentencia comentada afirma que con ello se produce un perjuicio y una discriminación del resto de los acreedores, se equivoca. La *Auflassungsvormerkung* está encaminada a garantizar el cumplimiento de la pretensión (por la relativa ineficacia de las disposiciones que contradicen la «preinscripción» (*Vormerkung*) y los plenos efectos frente a terceros).

(84) *NJW* 1977, 146.

(85) GÖTTE, H., «Neue Weg der Käufersicherung beim Kauf vom Bauträger», *NJW*, 1977, pág. 525, defiende la doctrina que se contiene en esta sentencia. Según este autor, las nuevas tendencias son favorables a que el comprador, que ha garantizado su pretensión de entrega con una «preinscripción» (*Vormerkung*), se vea en todo caso protegido en la insolvencia de su vendedor, de acuerdo con el § 24 KO. Esta solución no le parece del todo correcta al autor porque podrían llegarse a soluciones injustas: de este modo el futuro adquirente cuya vivienda se sitúa en el entresuelo y que en el momento de abrirse la quiebra, ya ha sido construida gozaría de prioridad en cuanto a la aplicación del § 24 KO en relación con aquél comprador que pretende adquirir la vivienda del quinto piso, independientemente de que ambos se encuentren en la misma posición jurídica y hayan contraído las mismas obligaciones frente al vendedor. El autor propone otra solución como sería la transmisión inmediata del objeto de venta unido al establecimiento de medidas de seguridad para el vendedor.

(86) MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, pág. 808. También GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 329. Según este autor, la opinión mayoritaria ha venido extrayendo del ámbito de aplicación del § 24 KO aquellas «preinscripciones» (*Vormerkungen*) que garantizan pretensiones futuras, cuando hasta el momento de apertura del procedimiento concursal no han llegado a tener existencia. El problema cobra especial importancia en los contratos de compraventa de vivienda en construcción en los que se hubiese estipulado una *Auflassungsvormerkung* en favor del comprador. En estos

Esta sentencia fue objeto de críticas doctrinales. En opinión de LICHTENBERGER (87) es censurable que la *Auflassungsvormerkung* no proteja al comprador en la quiebra del vendedor cuando con la apertura de la quiebra, la construcción no se ha comenzado todavía. Desde el punto de vista práctico, a su juicio, esta jurisprudencia podría suponer el fin de la cofinanciación del mercado inmobiliario a través de los adquirentes y de un tráfico inmobiliario seguro. Pero además desde una perspectiva jurídica, el § 17 KO (referido al derecho de elección del administrador de la quiebra) no puede enriquecer a la masa (88).

Asimismo, con esta interpretación jurisprudencial se vulnera la institución de la «preinscripción» (*Vormerkung*), que no es un derecho real, pero despliega una eficacia semejante. Del mismo modo, va contra las buenas costumbres no respetar el derecho del comprador garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) (89). La sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán), en su opinión, ha demostrado que la *Auflassungsvormerkung* no basta para la protección del comprador de un inmueble aun sin construir.

Precisamente para salvar la eficacia de la *Auflassungsvormerkung* se añadió el mencionado párrafo 2.º al § 24 KO, precedente del actual § 106 I 2 InsO. De acuerdo con esta norma, el administrador de la quiebra puede rechazar el cumplimiento de las prestaciones estipuladas junto a la transmisión, pero no de las garantizadas con la «preinscripción» (*Vormerkung*) (90).

casos, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán) ha desarrollado una jurisprudencia muy discutida según la que el administrador de la quiebra puede privar a la *Auflassungsvormerkung* de su fundamento jurídico mediante la elección del rechazo del cumplimiento cuando el deudor quebrado no solamente se ha obligado a transmitir la propiedad sobre un inmueble, sino que además se ha comprometido a la construcción de un edificio y éste no ha sido todavía terminado. No obstante, el legislador reaccionó rápidamente frente a esta corriente introduciendo un párrafo 2.º al § 24 KO según el que el acreedor puede solicitar el cumplimiento de la pretensión garantizada cuando el deudor ha asumido junto a ésta el cumplimiento de otras pretensiones que no han sido cumplidas todavía.

(87) LICHTENBERGER, P., «Die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument beim Kauf vom Baugträger ausgedient?», *NJW*, 1977, págs. 519 y sigs.

(88) LICHTENBERGER, P., «Die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument beim Kauf vom Baugträger ausgedient?», *NJW*, 1977, pág. 521, «el § 17 no puede servir para enriquecer a la masa. Si cierto es que la pretensión de que el edificio se construya no puede ser garantizado mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*), entonces los acreedores concursales se enriquecen injustamente encontrándose en una situación más favorable que en la ejecución individual de bienes del deudor, incluso en el caso de que hubiesen rechazado la apertura de la quiebra por falta de masa activa».

(89) LICHTENBERGER, P., «Die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument beim Kauf vom Baugträger ausgedient?», *NJW*, 1977, pág. 522, «la “preinscripción” (*Vormerkung*) no es un derecho real, pero presenta caracteres similares a los derechos reales».

(90) HÄSEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Köln, Bonn, 1992, pág. 414.

Un sector doctrinal importante ha venido interpretando esta norma de modo que el administrador de la quiebra no puede ser compelido al cumplimiento de la obligación de construir. Ahora bien, si el quebrado ya ha cumplido con esta obligación, en este caso, el administrador de la quiebra debe efectuar la transmisión de la propiedad de lo ya construido, aunque la vivienda no haya sido todavía finalizada. Ello es debido a que en estas situaciones, la obligación accesoria influye de tal forma en el sinalagma funcional que podría decirse que queda también garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*) (91).

No obstante, la doctrina no es unánime en cuanto a esta interpretación.

En relación con este tema resulta muy interesante una sentencia del BGH de 21 de noviembre de 1985 (92), según la que en la compraventa de viviendas en construcción, la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe garantizar al adquirente que finalmente se va a construir la vivienda. En esta sentencia, el vendedor pretendía rescindir el contrato en cuanto a la obligación de construir y no en cuanto a la obligación de entregar el terreno. El *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán) entiende que ello no es posible porque supondría una desvirtuación de la función de garantía de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en atención a los plazos ya pagados. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en este caso el constructor no se encontraba en una situación concursal.

(91) KUHN, G., y UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung Kommentar*, 11.^a ed., Verlag Franz Vahlen, München, 1994, pág. 486, «si se ha comenzado ya con la construcción, entonces la “preinscripción” (*Vormerkung*) garantiza también el cumplimiento de la pretensión parcialmente ejecutada». También, HASEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Carl Heymanns Verlag KG, München, 1998, pág. 388. Si junto a la pretensión principal se han estipulado otras prestaciones accesorias solamente pueden ser realizadas si el administrador de la quiebra elige el cumplimiento del contrato. Ahora bien, cuando las obligaciones del deudor quebrado no garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) han sido ya cumplidas antes de la apertura del procedimiento concursal, el acreedor puede exigir la entrega. Ello cobra especial importancia en la práctica en el caso de la quiebra del constructor que debe cumplir con su pretensión de transmitir la propiedad al adquirente cuando antes de la apertura del procedimiento concursal ya ha cumplido con la obligación de construir.

Ahora bien, el segundo párrafo del § 106 InsO es aplicable solamente al caso de que el cumplimiento de esa pretensión parcial satisfaga los intereses del acreedor.

Hay que tener en cuenta que lo expuesto no se corresponde con principios del derecho de obligaciones. En consecuencia, el administrador en un contrato de compraventa de vivienda en construcción no puede hacer depender el cumplimiento de la pretensión de entrega de la cosa garantizada con una *Vormerkung* de que el acreedor haya estipulado para esa prestación en concreto un precio determinado. Es indiferente a estos efectos que la contraparte contractual haya fijado un precio global o que haya determinado un precio concreto para el inmueble en construcción. De acuerdo con el Derecho de obligaciones, el deudor no está facultado para realizar un cumplimiento parcial (§ 266 BGB) y sobre todo, solamente está legitimado para el rechazo de la pretensión quien cumple con la prestación que le corresponde (§§ 298, 272 II BGB).

Al margen de las interpretaciones doctrinales, siguiendo el tenor literal del § 24 II KO (hoy § 106 I 2 InsO) el adquirente puede exigir del administrador de la quiebra la transmisión de la propiedad del inmueble, a cambio, debe pagar el precio acordado. Con la *traditio* (*Aufflasung*) y la inscripción en el Registro de la Propiedad el acreedor se convierte en propietario del inmueble y de lo que haya sido construido, aquí sí, dependiendo de la interpretación que se siga.

Esta última opinión es compartida por WEITNAUER (93), para quien la «preinscripción» (*Vormerkung*) garantiza la consecución de la propiedad en el estado en que se encuentre, si el inmueble está a medio construir puede exigir su entrega incluso en la quiebra del vendedor. Además, hay que tener en cuenta razones de protección de los adquirentes de viviendas, que en otro sentido, se podrían encontrar en una situación comprometida (94).

B) *Protección del «Antwortschaftsrecht» del comprador de un bien mueble sujeto a reserva de dominio en la quiebra del vendedor y del comprador (§ 107 InsO)*

La protección del *Antwortschaftsrecht* del comprador de un bien mueble sujeto a reserva de dominio se contiene en el § 107 InsO.

De no existir esta norma, como hemos visto anteriormente, un contrato de compraventa sujeto a reserva de dominio incurriría en el ámbito de aplicación del § 103 InsO.

En la *Konkursordnung* (KO) no existía una previsión específica, de modo que la jurisprudencia había vendido entendiendo aplicable el § 17 KO (sobre el derecho de elección del administrador de la quiebra) atenuado los incon-

(92) *NJW* 1986, 925.

(93) WEITNAUER, H., «Die Vormerkung im Konkurs des Bauträgers», *DnotZ*, 1977, pág. 229, «Si se ha comenzado ya la construcción sobre el solar, el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) puede exigir la entrega de lo ya construido y hacer valer esa pretensión en el concurso».

(94) WEITNAUER, H., «Die Vormerkung im Konkurs des Bauträgers», *DnotZ*, 1977, pág. 232, «La colectividad integrada por los adquirentes de vivienda que se encuentra en una situación apta para luchar contra las adversidades que surgen cuando la construcción se paraliza como consecuencia de la quiebra del constructor».

La importancia de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en relación con el mercado inmobiliario como medida de seguridad ha sido apreciada también por PAULUS, C., *Richerliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs*, Duncker und Humblot, Berlin, 1981, pág. 113. En su opinión, la «preinscripción» (*Vormerkung*) permite la financiación de la construcción de viviendas y es por tanto, un elemento fundamental en una economía que se apoya en las bases del crédito. La protección del § 17 KO para los contratos bilaterales incumplidos por ambas partes era demasiado débil.

venientes de la aplicación de esta norma de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe (§ 242 BGB).

Según la antigua interpretación jurisprudencial, si en la quiebra del adquirente el administrador optaba por el cumplimiento, entonces debía satisfacer el precio en su totalidad como deuda de la masa, ganando en consecuencia, la liberación del bien. En la quiebra del vendedor, el administrador de la quiebra debía satisfacer al adquirente el valor del *Antwortschaftsrecht* cuando rechazaba el cumplimiento y reclamaba la cosa para la masa (95).

La nueva regulación quiere evitar esos inconvenientes considerando el *Anwartschaftsrecht* del comprador como un derecho firme en el concurso, en tanto en cuanto el comprador antes de la apertura de la quiebra haya adquirido la posesión de la cosa. Porque en otro caso, se encuentra cerrado el camino para la consolidación del dominio por el titular del *Antwortschaftsrecht*. Además, también se utiliza como argumento en defensa del comprador con reserva de dominio, que no podía quedar en peor lugar que el comprador de un bien inmueble que aseguró su pretensión mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*) (96).

Para un análisis del § 107 InsO debemos distinguir los supuestos de quiebra del vendedor y del comprador.

En la quiebra del vendedor, si el comprador sujeto a la reserva paga el resto del precio, comportándose de modo leal, consolida su posición pasando de ser titular de un *Antwortschaftsrecht* (titular de una expectativa real) a ser titular de un *Vollrecht* (derecho completo). Subyace en el párrafo 1.º del § 107 InsO un bloqueo del derecho de separación *ex iure domini* que puede durar hasta tres meses, a no ser que con la demora tenga lugar un menoscabo de la cosa (97). No obstante, cuando el comprador incurre en mora en el pago

(95) HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Köln, Bonn, 1992, pág. 348 y sigs. De acuerdo con el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán), en la quiebra del vendedor, el administrador tiene el derecho de rechazar el cumplimiento del contrato, reclamando para la masa el bien vendido a cambio de ofrecer el precio al comprador, que a su vez, tendrá una pretensión por los daños y perjuicios, considerada como un crédito concursal. No obstante, a pesar de esta jurisprudencia, la doctrina había venido defendiendo la necesidad de proteger el *Anwartschaftsrecht* del comprador, considerándolo como un derecho firme en el concurso.

(96) MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, pág. 809, «aquellos autores que defienden que el *Anwartschaftsrecht* del comprador sujeto a reserva de dominio debe ser firme en el concurso se han apoyado, como fundamento de esta afirmación, en que el *Anwartschaftsrecht* del que compró una cosa mueble sujeta a reserva de dominio no puede ser peor tratado en la insolvencia del vendedor, que el acreedor de dominio de un bien inmueble en cuyo favor fue inscrita una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad (también titular de un *Anwartschaftsrecht*)».

(97) HAARMAYER, H.; WUTZKE, W., y FÖRSTER, K., *Handbuch zur Insolvenzordnung*, 2.ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, pág. 406.

del precio, el administrador de la quiebra puede resolver el contrato y exigir la restitución de la cosa a la masa.

En la quiebra del comprador, el administrador tiene un derecho de elección de acuerdo con el § 103 InsO, sin que se plantee ninguna especialidad (98). Después de la exigencia del vendedor, el administrador está obligado a declarar si quiere cumplir o no. Dentro de este período el vendedor tiene las manos atadas, no pudiendo hacer valer su pretensión de restitución de la cosa.

El administrador de la quiebra tiene la posibilidad de cumplir el contrato de compraventa para utilizar la cosa comprada en beneficio de la masa. Si se decide por cumplir el contrato, debe extraer de la masa el precio acordado en el contrato de compraventa y pagar íntegramente el precio al vendedor. Por el contrario, si rechaza el cumplimiento, entonces el administrador solamente podría obtener del vendedor la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y debería restituir la cosa al vendedor.

(98) OBERMÜLLER, M., y HESS, H., *Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts*, 3.^a ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1998, págs. 270 y sigs. Cuando las cosas sujetas a reserva de dominio se encuentran en poder del administrador de la quiebra no deben ser inmediatamente devueltas al vendedor después de la apertura de la quiebra de su comprador. La nueva ley concursal contiene una disposición adicional para la reserva de dominio, se trata del párrafo 2.º del § 107 InsO. En este supuesto subsisten los efectos del § 103 InsO, de manera que el administrador debe optar por mantener la cosa con el pago inmediato del precio restante o bien por la restitución.

Esta misma idea se repite en HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Carl Heymanns Verlag KG, München, 1998, pág. 384. De acuerdo con la concepción legal actual: en el caso de insolvencia del vendedor, el comprador puede extraer el bien de la masa de la quiebra si paga la totalidad del precio (§ 107 I InsO) y en el caso de insolvencia del comprador, el vendedor puede separar el bien de la masa si el administrador de la quiebra decide no cumplir el contrato con devolución del precio ya satisfecho (§ 107 II InsO). De este modo se reconoce el valor de la reserva de dominio tanto en el patrimonio del comprador (reconociendo el *Antwortschaftsrecht* de éste) como en el del vendedor.

Ahora bien, el comprador, en el caso de insolvencia del vendedor solamente puede exigir el cumplimiento del contrato de compraventa cuando ha transmitido la posesión de la cosa vendida (§ 107 I InsO). No se considera susceptible de protección la mera adquisición de la posesión sobre la cosa, sino de la adquisición del *Anwortschaftsrecht* mediante una tradición condicionada al pago del precio, que es en lo que consiste la reserva de dominio.

Hay que tener en cuenta que el comprador no puede obligar al administrador de la quiebra a aceptar el cumplimiento del contrato de compraventa en su totalidad (es decir, también las obligaciones accesorias estipuladas), sino solamente a que acepte la separación de la cosa comprada de la masa de la quiebra mediante el pago del precio que resta por satisfacer.

En el caso de insolvencia del comprador se entiende que si el administrador rechaza el cumplimiento, el vendedor puede separar el bien de la masa (entonces la reserva de dominio se convierte en propiedad plena). Para el derecho de elección se establece un plazo razonable que solamente se puede ver acortado en el caso de peligro de disminución de valor o de deterioro de la cosa.

No obstante, a pesar de la loable finalidad de la nueva normativa, su formulación legal no es, a juicio de Marotzke, tan precisa como era de esperar (99). En la Exposición de Motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno (*Regierungsentwurfs*) se decía expresamente que no debería permanecer en el futuro el derecho de elección del administrador en la quiebra del vendedor que transmitió un bien sujeto a reserva de dominio. Con ello se pretendía que el *Antwortschaftsrecht* del comprador no pudiese ser destruido por el administrador de la quiebra mediante el ejercicio de su facultad de rechazar el cumplimiento.

La filosofía que inspira la reforma es que el comprador, en tanto en cuanto no se comporte de mala fe, quede legitimado frente al administrador de la quiebra de su vendedor para poseer la cosa y para adquirir la propiedad mediante el pago del precio (de acuerdo con el § 158 I BGB) independientemente de la voluntad o de cualquier declaración del administrador.

No obstante, la manera en que ha sido redactado el § 107 Abs. 1 InsO es, en opinión del autor citado, bastante criticable. Es un error que la consecuencia deseada de que el administrador de la quiebra no pudiese reclamar la cosa entregada mediante reserva de dominio se haya revestido de las palabras «el comprador puede exigir el cumplimiento del contrato». Cumplimiento del contrato puede significar mucho más, ya que el vendedor puede haberse obligado a otras prestaciones accesorias. En su opinión, el administrador no estaría obligado al cumplimiento de tales obligaciones, sino que para ellas, el acreedor se debería contentar con una cuota de la masa de la quiebra.

También le parece discutible el elemento posesorio en el § 107 InsO. No queda claro si se refiere a la posesión mediata o inmediata. Además, según el Código Civil alemán es posible una transmisión de la posesión por el mero acuerdo de las partes según el § 930 BGB o también el § 929 II BGB o mediante la entrega de los documentos traditivos según lo previsto al respecto en el Código de Comercio. En consecuencia, ¿se debe entender que se exige más para la protección del comprador en la insolvencia del vendedor que para la adquisición de la propiedad de acuerdo con el Código Civil alemán? Por otra parte, en el caso de que el comprador antes de la apertura del procedimiento concursal hubiese pagado el último plazo, ¿no debería reconocérsele el derecho porque la exigencia de entrega de la cosa de acuerdo con el § 929 II BGB se ha cumplido mediante la entrega de los documentos traditivos o mediante el acuerdo del § 930 BGB? Sin embargo, tendría un derecho de separación de acuerdo con el § 47 InsO por haber adquirido la propiedad de la cosa.

(99) MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», JZ, 1995, págs. 803 y sigs.

En los casos de insolvencia del comprador, el administrador debe decidir si exige el cumplimiento del contrato, en cuyo caso se coloca en la situación del comprador quebrado, o si lo rechaza. Si opta por el cumplimiento, debe pagar el precio, de modo que se produce automáticamente la transmisión de la propiedad. Si lo rechaza el vendedor puede recuperar inmediatamente la cosa sin exigir nada más (también en base al derecho de separación del § 47 InsO).

Para el vendedor puede ser muy importante que el administrador tome una decisión acerca de si cumple el contrato o no, por tanto, tiene el derecho de exigir al administrador que se pronuncie acerca de esta cuestión. En este caso, ante la advertencia del vendedor, el administrador debe decidir sin demora, de manera que si no lo hiciera así, podría perder su derecho a exigir el cumplimiento.

Otro de los aspectos que el § 107 InsO deja sin resolver a juicio de MAROTZKE (100) es qué sucede cuando el comprador transmite la cosa a un tercero, en este caso, ¿puede el tercero adquirir frente a los deseos del administrador de la quiebra del vendedor inicial?

No obstante, en su opinión, no se puede desconocer que el § 107 InsO supone un avance frente a la normativa concursal anterior, ya que se ofrece una mayor seguridad en cuanto a la protección del *Antwortschatsrecht* del comprador sujeto al pacto de reserva de dominio.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., dirigidos por Tilch, H., *Deutsches RechtsLexicon*, t. III, 2.^a ed., CH Beck'sche Verlags Buchhandlung, München, 1992.
- BARBY VON, H., «Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimen und Wohnungseigentum durch Vormerkung», *NJW*, 1972, págs. 8 y sigs.
- BAUR, J. F., y STÜRNER, R., *Sachenrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 17.^a ed., München, 1999.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1971.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario o registral hipotecario*, t. I, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1988.
- GLAGE, G., «Wohnungseigentum und Vormerkung», *NJW*, 1967, págs. 813 y sigs.
- GÖTTE, H., «Neue Weg der Käufersicherung beim Kauf vom Bauträger», *NJW*, 1977, págs. 524 y sigs.
- GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, págs. 228 y sigs.
- HAARMAYER, H.; WUTZKE, W., y FÖRSTER, K., *Handbuch zur Insolvenzordnung*, 2.^a ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998.

(100) MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, pág. 814.

- HÄSEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Carl Heymanns Verlag KG, München, 1998.
- *Insolvenzrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Köln, Bonn, 1992.
- HESS, H.; KRANEMANN, K. R., y PINK, A., *Das neue Insolvenzrecht*, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 1998.
- KELLER, U., *Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz*, Verlag Ernst und Werner, Giesecking, 1998.
- KEUK, B., «Auflassungsvormerkung und vormerkungswidrige Grundfandrechte in Konkurs und Zwangsversteigerung», *NJW*, 1968, págs. 476 y sigs.
- KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, págs. 157 y sigs.
- KUHN, G., y UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung Kommentar*, 11.^a ed., Verlag Franz Vahlen, München, 1994.
- LEIBLE, S., «La reserva de dominio en el Derecho alemán», *RDP*, 1999, abril, págs. 259 y sigs.
- LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983.
- LICHTENBERGER, P., «Die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument beim Kauf vom Baugträger ausgedient?», *NJW*, 1977, págs. 519 y sigs.
- «Die Vormerkung zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche», *NJW*, 1977, págs. 755 y sigs.
- MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, págs. 803 y sigs.
- MEDICUS, D., «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers», *DnotZ*, 1990, págs. 275 y sigs.
- MINTHE, E., *Die Übertragung des Anwartschaftsrechts durch einen Nichtberechtigten*, Duncker&Humblot, Berlin, 1998.
- MÜLBERT, P. O., «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, págs. 335 y sigs.
- OBERMÜLLER, M., y HESS, H., *Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts*, 3.^a ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1998.
- PAU PEDRÓN, A., «Panorama del sistema inmobiliario alemán», *RCDI*, 1982, julio-agosto, págs. 950 y sigs.
- PAULUS, C., *Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs*, Duncker und Humblot, Berlin, 1981.
- RAISER, L., *Dingliche Antwatschaften*, J.C.B. Mohr Verlages, Tübingen, 1961.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, t. I, 8.^a ed., Casa editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- SCHICKEDANZ, E., «Nochmals: Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimen und Wohnungseigentum durch Vormerkung», *NJW*, 1972, págs. 567 y sigs.
- SCHOLZ, H., y LWOWSKY, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlin, 6.^a ed., 1986.
- SCHWERTNER, B., «Die Auflassungsvormerkung», *Jura*, 1985, págs. 316 y sigs.
- SERICK, R., *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, con traducción de Carrasco Perera, A., y prólogo de Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tecnos, Madrid, 1990 [Obra original: Serick, R., *Deutschen Mobiliarsicherheiten Aufriss und Grundgedanken*, Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1988].

- *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, 2.^a ed., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993.
- UHLENBRUCK, W., *Das neue Insolvenzrecht*, Verlag für die Rechts und Anwaltspraxis, Berlin, 1994.
- WEITNAUER, H., «Die Vormerkung im Konkurs des Bauträgers», *DnotZ*, 1977, págs. 225 y sigs.
- WIELING, *Sachenrecht*, t. I, SpringerVerlag, Berlin, Heidelberg, 1990.
- WIMMER, K., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Luchterhand, 2.^a ed., Berlin, 1999.

LUZ MARÍA MARTÍNEZ VELENCOSO
Universidad de Valencia

Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 75 años de REVISTA CRÍTICA

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NATURALEZA DEL DERECHO ASEGURADO POR LA ANOTACION DE EMBARGO.—III. LA ANOTACION DE EMBARGO Y LOS ACTOS DISPOSITIVOS DE LOS INMUEBLES O DERECHOS REALES ANOTADOS.—IV. DURACION Y CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS.—V. TERCER POSEEDOR DE BIENES ANOTADOS: LA LLAMADA «TERCERIA REGISTRAL».—VI. CARACTER OBLIGATORIO Y/O CONSTITUTIVO DEL EMBARGO.—VII. LOS PRIVILEGIOS PATRIMONIALES Y LA ANOTACION DE EMBARGO.—VIII. EL ARTICULO 44 DE LA LEY HIPOTECARIA Y LOS ARTICULOS 1.923.4.º Y 1.927.2.º DEL CODIGO CIVIL.—IX. DOS CUESTIONES HIPOTECARIO-PROCESALES: COMPETENCIA JUDICIAL Y DEMANDA CONJUNTA.

I. INTRODUCCION

El número 1 del año I de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO lleva fecha de 31 de enero de 1925. Si salvamos las referencias a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1), habrían de pasar más de ocho años hasta que, en 1933, aparece en sus páginas el primer trabajo doctrinal sobre anotaciones y, como parte específica del mismo, sobre anotaciones de embargo. Me refiero a los *Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho hipotecario español* de don EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS (2).

(1) Aparecen en el *Indice alfabético, por materias y autores, de los ciento veinte números publicados desde su fundación, en el año 1925, hasta fin de 1934*, págs. 5 y 6. Publicaciones Jurídicas, S.A. Madrid.

(2) El trabajo se publica en cuatro entregas, en los siguientes números del año 1933: número 99, mes de marzo, págs. 196 a 201; número 100, mes de abril, págs. 282 a 296; número 102, mes de junio, págs. 425 a 433, y número 103, mes de julio, págs. 529 a 538. Aunque se trata de un completísimo estudio general sobre anotaciones preventivas, sólo recogemos las referencias que se estiman más importantes sobre la anotación de embargo.

De este desdén hacia la figura, se quejaba el autor estimando inexplicable el inmenso vacío en los estudios doctrinales en torno a las anotaciones preventivas, a pesar de que la institución es una de las que ofrecen mayor interés para el estudioso. La inscripción es la forma pura de entrada en el Registro y recoge aquellas relaciones que, por reunir los requisitos exigidos, podemos llamar relaciones *normales* dentro de la técnica registral. Pero el Registro moderno debe recoger también aquellas relaciones que pueden afectar al régimen de la propiedad inmobiliaria ya actualmente, ya por su desenvolvimiento ulterior. Esta es la génesis ideológica de las anotaciones preventivas.

La evolución posterior habría satisfecho, sin duda, a don EDUARDO. En especial, en relación con la anotación de embargo, pues se ha pasado del *vacío doctrinal* a lo que ya se ha llamado *imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo* (3). Y si atendemos al dato estadístico, el argumento de los números es abrumador: 213.750 anotaciones de embargo practicadas en toda España en el año 1998; en el mismo período, 45.147 anotaciones de las demás categorías, destacando las 15.677 de demanda, anotación cada vez más utilizada, dado su fulminante efecto de seguridad en los procedimientos declarativos de derechos (4).

Las razones de ese imparable ascenso son, sin duda, complejas. Dos acreditadas opiniones de estudiosos de la anotación de embargo, quizá puedan servir para empezar a explicarlas.

Para PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA (5) las anotaciones de embargo constituyen, seguramente, una de las cuestiones más complejas del derecho hipotecario, ya que son el mismo derecho colocado en la mitad de la entraña de la vida, una de las realidades más contradictorias y porque en su regulación se entrecruzan el derecho hipotecario, el derecho civil, el derecho concursal, el derecho procesal y los dos tópicos más esenciales de todo el derecho hipotecario: la seguridad del tráfico y el aseguramiento de los derechos de los terceros adquirentes en el mismo proceso.

En la entraña misma de la esencia de la publicidad registral se adentra JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ y escribe lo siguiente (6): «Los padres de

(3) Vid. PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS, «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», en *RCDI*, enero-febrero 1994, núm. 620, págs. 53 a 90.

(4) Fuente: *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1998. Volumen III, págs. 3994 y 3995. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999.

(5) PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA, «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997, págs. 331 a 380.

(6) «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso». Libro *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, pág. 605.

la Revolución francesa soñaban con un crédito firme y seguro que fuese pilar del sistema financiero y la credibilidad y fortaleza del dinero puramente fiduciario. En su servicio edificaron el Registro de la Propiedad como sistema de afectación de la propiedad en garantía (rango registral), como sistema de aseguramiento de la ejecución concursal...»

II. NATURALEZA DEL DERECHO ASEGURADO POR LA ANOTACION DE EMBARGO

Desde que en el año 1933 aparece el ya citado primer trabajo crítico sobre los problemas de la anotación de embargo, las posiciones de la doctrina y de la Jurisprudencia sobre esta cuestión básica han sido múltiples, continuamente modificadas y matizadas. Entiendo que sería poco rigurosa la fórmula reductiva derecho real-derecho personal y que es procedente un esquema mucho más amplio. Propongo el que sigue.

1. LA ANOTACIÓN DE EMBARGO CREA UNA GARANTÍA REAL, PERO SÓLO DESDE SU FECHA

A la vista de la diversidad de casos del artículo 42 LH, cabe distinguir dos grupos de anotaciones, según explicaba en 1933, CAPÓ BONNAFOUS (7). En el primero, están aquéllas en cuya base hay un derecho real, posible civilmente, pero al que falta algún supuesto registral; se trata de evitar que el juego de los principios registrales perjudique una relación posible (anotaciones de suspensión o de demanda). En el segundo, por razones de tutela preventiva, la ley protege un puro derecho de crédito mediante la adición de un efecto sustantivo; v.gr., la concreción de la garantía general del deudor (art. 1.911 del Código Civil) en un bien determinado (anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar). Es decir, en un primer grupo están las anotaciones que tienen una finalidad limitada a la publicidad registral; son medios de carácter puramente preventivo, *publican sin constituer*. En un segundo grupo están las anotaciones que se caracterizan por la constitución registral, provisional y subordinada de un derecho accesorio que refuerza la relación básica. Es decir, *publican constituyendo*.

Al encajar las anotaciones judiciales en estos dos grupos, plantea directamente su conocida clasificación de las mismas en anotaciones *de mera publi-*

(7) EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS, «Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho hipotecario español», cit., en *RCDI*, núm. 99, marzo de 1933, págs. 196 a 201.

cidad y constitutivas (8). Los números 2.º y 3.º del artículo 42 LH (anotaciones de embargo) suelen denominarse corrientemente como «hipotecas judiciales». Advierte, sin embargo, que la equiparación al derecho real de hipoteca es inexacta.

Entre el número 2.º y el número 3.º del artículo 42 LH existe la diferencia de que el primero se extiende a todo supuesto de embargo anterior a la terminación del proceso; en cambio, el segundo se refiere a los procedimientos de ejecución de las sentencias firmes. Ambos, no obstante, responden al concepto de las medidas cautelares, anotaciones de carácter constitutivo, de prelación creditual limitada, de publicidad positiva. Pero hay una nota común en las anotaciones de esos dos números (mandamiento de embargo y sentencia ejecutoria): precisar una resolución judicial que expresamente las decrete.

Conceden estas anotaciones un *derecho real de garantía* al hacer públicas ciertas resoluciones judiciales en tutela del interés demandado. Pero hay que proceder con cautela sobre su equiparación con el derecho real de hipoteca, dejando a salvo su carácter provisional.

El artículo 44 LH declara: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en los artículos 1.923 y siguientes del Código Civil». O sea que, según el número 4.º del artículo 1.923, gozará de preferencia sobre los bienes anotados sólo en cuanto a créditos posteriores. Aparece en la naturaleza de estas anotaciones una limitación extraña que suele designarse como una limitación de su preferencia y que debe rechazarse por equívoca, pues la preferencia como nota característica de los derechos reales funciona en ella plenamente. Y su no eficacia respecto a los derechos reales anteriores no inscritos (limitación de la publicidad negativa) no encaja en el ámbito de los artículos 44 LH y 1.923 del Código Civil, que hablan solamente de «créditos».

El artículo 1.923 del Código Civil es la base de estudio, pues, según el mismo, los créditos anteriores en fecha a la anotación conservan frente al crédito anotado la misma situación que antes tenían, preferentes o no. Los posteriores, en cambio, deben sufrir la prelación que la anotación otorga. De lo que resulta que la anotación *crea una garantía real, pero sólo desde su fecha*, sin alterar la situación que el crédito tenía en el pasivo del deudor. Por tanto, la anotación opera sólo para el futuro, a diferencia de la hipoteca que crea un gravamen que afecta al presente de la masa acreedora.

Debe distinguirse entre *preferencia* y *prioridad*. La preferencia es cualidad civil de los derechos reales; la prioridad es la repercusión registral de la

(8) CAPÓ BONNAFOUS, «Apuntes...», cit., en *RCDI*, núm. 100, abril de 1933, págs. 282 a 296; y núm. 102, junio de 1933, págs. 425 a 433.

preferencia, pero modificada por el principio de publicidad negativa. Es decir, que si bien normalmente coinciden ambas, excepcionalmente pueden contradecirse en caso de desacuerdo entre realidad y Registro. Por ello, al hablar de preferencia aludimos necesariamente a relaciones constituidas posteriormente. La prioridad sólo supone la inscripción posterior.

2. DETERMINA UNA EFICACIA SUPERIOR A LA DEL DERECHO ANOTADO: VOCACIÓN INDIRECTA AL DERECHO REAL, CUALIDAD QUE ADQUIERE POR LA ADJUDICACIÓN

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS (9) se acerca en el año 1946 a la esencia de la anotación de embargo, plateándola como un supuesto de inexactitud registral y como una vocación indirecta o personal al derecho real, pero con efectos superiores a los derivados de la naturaleza del derecho anotado.

Creados los derechos extrarregistralmente y siendo la inscripción voluntaria, se opera con frecuencia una disconformidad entre Registro y realidad jurídica, que debe ser rectificada. La acción de rectificación puede actuarla el titular registral, pero, aunque la inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH), la ley protege al titular inscrito cuando es un tercero del artículo 34, en cuyo caso lo procedente es concordar realidad con Registro, pues aquélla cede ante éste.

Al Registro ingresan no sólo derechos reales, sino también vocaciones directas (anotaciones de demanda) o indirectas o personales al derecho real (anotaciones de embargo), que se convierten en derecho real por la adjudicación en pago al acreedor o crea el derecho real a favor de otro para pago del crédito.

Pero el acceso al Registro de estos derechos personales no altera su naturaleza; solamente el asiento registral le da preferencia sobre los de igual naturaleza no anotados o anotados con posterioridad. Si choca con derechos reales anteriores a la fecha de la anotación, vencen esos derechos, aunque se inscriban después.

La principal causa de discrepancia entre realidad y Registro son las anotaciones preventivas de embargo provenientes de procesos de ejecución, a las que la Ley y la Jurisprudencia asignan efectos precisos y concretos. Especialmente en el caso de concurrencia de varios procedimientos y más si uno es judicial y otro administrativo por débitos fiscales, por sus efectos, por la diligencia en la presentación de los títulos. Lo cual revela que las anotaciones de embargo juegan un papel superior al meramente derivado de la naturaleza

(9) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS, «Realidad y registro; la acción rectificadora; la anotación de embargo, origen de inexactitudes registrales», en *RCDI*, junio 1946, núm. 217, págs. 370 a 377.

del derecho anotado; que los principios hipotecarios no dejan de tener función en las mismas; que la publicidad del registro es una información oficial que exige se opere con precaución y cautela; que el que compra un finca con un embargo anotado corre el riesgo de que se le anticipe a inscribir el que adquiriera en el proceso que publica el asiento.

3. EFECTO REAL ABSOLUTO EN CUANTO A LOS DERECHOS INSCRITOS DESPUÉS

a) *Primeras posiciones doctrinales*

Posición contraria a la personalista de RAMOS FOLQUÉS representa en 1947 la de ALFREDO REZA ULLOA (10), que propone el principio del efecto real absoluto de las anotaciones de embargo y la preferencia del crédito anotado, sin hacer distinción entre créditos personales y reales.

Del trabajo de RAMOS FOLQUÉS deduce una conclusión: que tomadas dos anotaciones preventivas de embargo por créditos personales, la fecha de ingreso determina la prelación del cobro y que subastada la finca en los dos procedimientos, la prelación la tiene la adjudicación o venta que primero se inscribe.

La prelación del artículo 44 LH y del artículo 1.923 del Código Civil no es excluyente de otros efectos de la anotación. Observa que el artículo 1.923 del Código Civil dice «...sólo en cuanto a créditos posteriores». Si la penúltima de dichas palabras fuese el pronombre personal «los», sería evidente que la prelación sólo intermediaba entre créditos personales; es de advertir que al no preceder a aquella palabra el artículo determinado «los», su contenido no es objeto de la limitación que produce el empleo del artículo; por lo tanto, su alcance es de toda amplitud, no es posible hacer distinción de los créditos, atendiendo a su naturaleza real o personal.

El orden de la clasificación tampoco supone preferencia de unos grupos sobre otros. El artículo 1.927 declara que la prelación entre créditos hipotecarios, refaccionarios y anotados, se dará partiendo de la antigüedad de la inscripción o anotación.

Los artículos 38 y 71 LH permiten al acreedor proseguir la ejecución si el deudor vende la finca, demostración evidente de que la anotación tiene fuerza operante sobre el derecho real por excelencia. De este máximo efecto, hay que llegar forzosamente a la consecuencia de que la anotación tiene eficacia con relación a los derechos reales inscritos con posterioridad, cualquiera que sea la fecha del título de constitución.

(10) ALFREDO REZA ULLOA, «Efecto real absoluto de las anotaciones de embargo», en *RCDI*, noviembre 1947, núm. 234, págs. 758 a 761.

b) *El efecto real en la doctrina hipotecarista contemporánea*

En la década de los ochenta se desarrolla la llamada por PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA (11), *tercera generación* de estudiosos de la anotación de embargo. Coexistiendo con un gran número de autores que siguen la corriente tradicional (PAU PEDRÓN, CHICO ORTIZ, FERNÁNDEZ CABALEIRO, O'CALLAGHAN, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, RIFA SOLER), se encuentran otros que, con distintos matices, pretenden atribuir a la anotación de embargo efectos absolutos, semejantes a las inscripciones de derechos reales (ALVAREZ CAPEROCHIPI, FRANCO ARIAS, PARDO NÚÑEZ, CANALS BRAGE, RIVAS TORRALBA, REY PORTOLÉS, SARMIENTO RAMOS, SERRERA CONTRERAS, GARCÍA GARCÍA).

Se trata de dar una nueva interpretación al artículo 44 LH y de superar la supuesta antinomia de los artículos 1.923.4.º y 1.927.2.º del Código Civil (con prevalencia del segundo de ellos), y una aplicación, hasta sus últimos extremos, de los efectos defensivos de los principios de legitimación registral e inoponibilidad. La argumentación jurídica de todo el sector innovador —resume PRADA— pasa:

- Por apelar al artículo 38.3 LH que dispone para la anotación de embargo el mismo tratamiento jurídico que para la hipoteca, al considerar que, si bien el anotante no es un tercero germánico, por no concurrir en él los presupuestos del artículo 34 LH, sí es un tercero latino, lo que permite aplicarle el principio de inoponibilidad.
- Por estimar que la superación de la antinomia entre los artículos 1.923.4.º y 1.927.2.º del Código Civil se encuentra bien en interpretar el primero como expresión de que el crédito anotado es preferente a los anotados tras él, o a los no anotados nunca; o bien que debe darse prioridad al artículo 1.927.2.º, porque el artículo 1.923.4.º se limita sólo a clasificar créditos, siendo las preferencias cometido del artículo 1.927.2.º del Código Civil.
- Por estimar que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 carece de valor para interpretar el artículo 44 LH porque la publicación posterior del Código Civil y las rectificaciones de las Leyes de 1909 y 1944-46 le priva de valor.
- Por entender que la naturaleza del embargo hace que le sean aplicables los principios de legitimación, de inoponibilidad e incluso de fe pública registral.

(11) «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo». En el libro *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997, págs. 331 a 380.

- En fin, por sostener que la aplicación del artículo 1.923.4 y sus sistemas de preferencias se oponen a los artículos 606 y 1.473 del Código Civil, y 32 y 313 LH.

En definitiva, se proclaman los efectos absolutos de las anotaciones de embargo, como la hipoteca, y su preferencia sobre todo asiento posterior, con independencia de la fecha de nacimiento del derecho. La fuerza de la argumentación de esta corriente ha influido:

- En la modificación de la LEC por Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, estableciendo medidas de coordinación de los procedimientos ejecutivos con el Registro de la Propiedad, a fin de evitar que puedan seguirse aquéllos de espaldas al Registro y sin conocimiento de los verdaderos titulares registrales de los bienes.
- En la modificación del párrafo 2.º del artículo 175 RH por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, estableciendo la doctrina de la absoluta prioridad registral: «...siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta».
- En la doctrina de la DGRN: Resoluciones 23-3 y 5-5/1993, que han venido a sustituir a las anteriores Resoluciones 9-11-55; 16-10 y 13-12/74; 17-12-75 y 5-3-82.

Deben destacarse algunas de las más caracterizadas opiniones.

FRANCO ARIAS (12) rechazando las razones de la doctrina para mantener la tesis de la eficacia limitada de las anotaciones de embargo y defendiendo la posible adaptación a la anotación de embargo de los requisitos exigidos por los artículos 32, 34 y 37 LH, estima aconsejable extender en toda su amplitud la protección que ofrece la fe pública a la anotación preventiva de embargo, que debe recibir un tratamiento análogo a la hipoteca.

IPIENS LLORCA (13), al tratar de la interpretación que debía hacerse del artículo 133 LH, sobre la subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito asegurado por las anotaciones de embargo, defiende un acercamiento entre ambas figuras, afirmando que la anotación de embargo no tiene el carácter de un derecho personal, carácter que podía sostenerse antes de la Ley de 1909, pero no después porque el bien embargado, aunque salga del patrimonio del deudor, continúa sujeto a responsabilidad. Y se apoya en los artículos 38 LH y 143 RH.

(12) *El procedimiento de apremio*, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 360 y sigs.

(13) ANTONIO IPIENS LLORCA, «Anotaciones de embargo e hipotecas», en *AAMN*, Tomo XVIII, págs. 25 a 65.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (14), en un primer momento, parte de la afirmación de la prioridad absoluta de las anotaciones de embargo, institución procesal e hipotecaria de naturaleza real y con efectos *erga omnes*, conforme al artículo 38.5 LH, introducido por la LH de 1909, lo que hace que le sea inaplicable la Exposición de Motivos de 1861, y con prevalencia del artículo 1.927.2.º sobre el artículo 1.923 del Código Civil, por ser el segundo un mero precepto de clasificación de créditos y no de definición de prioridades y prelaciones.

No obstante, más tarde (15), matiza este criterio absoluto al distinguir la *prelación de créditos* que se plantea cuando concurren sobre una misma finca derechos reales, anotaciones de embargo o créditos personales, o solamente anotaciones de embargo y créditos personales. Este supuesto debe resolverse conforme a la prioridad registral que marca el artículo 1.927.2.º del Código Civil. Y otro supuesto diferente es el conflicto entre anotaciones de embargo y *actos adquisitivos anteriores*, reflejados en el Registro después, caso este último en que estamos ante un conflicto entre titular del dominio y una anotación de embargo, en que se produce no una prelación de créditos sino de invalidez e inexistencia del embargo, pues ha sido embargado un bien como de la propiedad del deudor cuando, en realidad, pertenece a otra persona. Hay, pues, dos supuestos diferentes: el conflicto entre acreedores, que ha de resolverse conforme al artículo 1.927.2 del Código Civil (problema de prelación de créditos); y el conflicto entre titularidades dominicales y anotaciones de embargo, supuesto en que en realidad el embargo es nulo o inexistente, porque se ha embargado un bien que no es del deudor (16).

(14) *El tópico de los efectos de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de las anotaciones en el sistema español*. Ponencia al VII Congreso Internacional de Derecho Registral. CER, 1988.

(15) En su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II, págs. 749 y sigs. Madrid, 1993.

(16) Muy cercana a las tesis favorables al efecto real de la anotación es la doctrina de la Resolución de 3-4-98: El embargo es una afección real en virtud de la cual el bien trabado queda vinculado *erga omnes* al proceso en el que se decreta —y no al crédito que lo motiva— al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y la efectividad de la ejecución (y ello con independencia de cuál sea el crédito que en definitiva resulte satisfecho en ésta: ya el del actor, ya el de un tercerista triunfante), que atribuye al órgano jurisdiccional poderes inmediatos sobre el bien trabado, que pueden ser actuados sin la mediación de su dueño, y que restringe las facultades dominicales de éste, en cuanto que sólo es posible la enajenación de ese bien respetando el embargo.

4. DERECHO REAL FRENTE A LOS ACTOS POSTERIORES Y «IUS AD REM» FRENTE A LOS ANTERIORES

Muy probablemente, el trabajo más completo, mejor documentado y también más extenso sobre anotaciones de embargo, que se produce antes de la reforma del Código Civil de 1958 y del RH de 1959, es el que firma en 1955 y 1956, JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA: *Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas* (17).

Sobre la cuestión de la naturaleza de la anotación de embargo en relación con la garantía del crédito anotado, estudia tres posibles variantes:

- a) *Derecho personal*. Sólo concede a su titular las garantías y privilegios que correspondan al crédito anotado, sin perjuicio de que mirando al futuro, asegura los derechos del anotante frente a los actos de empobrecimiento del deudor realizados con posterioridad a la fecha de la anotación. Pero no convierten en real el crédito que no tenía este carácter. No crean un verdadero derecho, sino que garantizan un derecho ya constituido.

No obstante, debe observarse que, por la remisión del artículo 44 LH a los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, la anotación concede a su titular el *ius distrahendi* de la finca anotada, y un *ius prelatione* distinto del que corresponda al crédito anotado, como consecuencia de la legitimación registral. Estos derechos se manifiestan de modo distinto según la persona contra quien se actúe: de manera absoluta e incontrovertible respecto de los débitos y actos dispositivos posteriores a la anotación; y de manera provisional y controvertible respecto a los de fecha anterior a la anotación.

- b) *Derecho real de garantía*. Análogo a la hipoteca, en cuanto «sujeta directa e inmediatamente...», de la que se diferencia por su origen y por la peculiaridad de sus efectos. Derivación de la antigua hipoteca judicial, el artículo 38, último párrafo LH y el artículo 143 RH le dan el mismo tratamiento que a la hipoteca.

Punto de partida de esta tesis es la distinción entre la anotación y el crédito anotado. El crédito personal asegurado está en el mismo plano que el crédito garantizado con hipoteca, en la que lo que se inscribe es el derecho real de hipoteca, pero no el crédito que asegura.

(17) Apareció en los siguientes números de *RCDI*: noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699; marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

En la misma línea de MAZUELOS CARMONA debe situarse a RAFAEL CHINCHILLA RUEDA, «Temas hipotecarios: La legitimación del derecho inscrito», en *RCDI*, marzo-abril y mayo-junio 1957, núms. 346-347 y 348-349, págs. 184 y 354 y sigs.

La diferencia de origen entre anotación e hipoteca no es suficiente para distanciarlas, pues las hipotecas legales son también de constitución forzosa y por orden de autoridad y, sin embargo, nadie duda su condición de derecho real. Al ser provisional la protección que otorga al anotante respecto de los actos anteriores, no parece que le sean de aplicación los caracteres de inmediatividad, absolutividad, persecución y preferencia, propios de los derechos reales.

- c) «*Ius ad rem*». El embargo y su anotación individualiza y concreta en una finca determinada la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, afectando a las posiciones jurídicas del actor, que obtiene una garantía especial; del deudor, que sufre una merma importante en sus facultades dominicales, pues los negocios futuros quedan afectados por la anotación; y respecto de terceros, al provocar una causa de preferencia o privilegio en favor del anotante. Pero como no actualiza de momento un perfecto derecho real de garantía, al pretender variar para el futuro la situación dominical del Registro, la anotación se manifiesta como posiblemente real y se produce el juego propio de los *ius ad rem* valorativos ya que su objeto más que la cosa en sí es su valor en cambio.

Resume el autor su posición afirmando que las anotaciones de embargo tienen en nuestro derecho positivo un doble carácter:

- Constituyen un propio y verdadero derecho real en favor del anotante frente a los actos dispositivos y créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la propia anotación, dotada de *fides pública* registral (art. 71 LH).
- Constituyen un propio y verdadero *ius ad rem* de garantía, sobre los créditos y actos dispositivos realizados por el deudor con anterioridad a la anotación, porque al gozar de las ventajas del principio de publicidad, impone a los terceros posteriores las consecuencias de la acción ejercitada, sin perjuicio del libre juego de tercerías y preferencias respecto a la relación básica que origina el embargo y su anotación (art. 44 en relación con el párrafo final del art. 38 LH).

5. EL LLAMADO EFECTO REAL RELATIVO DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Es la posición doctrinal que podemos calificar de tradicional, la más generalizada y a la que se vuelve, con diversas matizaciones, en los estudios recientes sobre anotación de embargo. Veamos algunas variantes.

a) *Carece de rango preferente sobre anteriores actos dispositivos y créditos anteriores de carácter preferente.* Es la posición de don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE en la quinta edición de su tratado de *Derecho Hipotecario* (18).

En su magnífico estudio de 1997, sitúa PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA (19), en la que llama *primera generación* de estudiosos de los problemas de la anotación de embargo, a don RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE. En la segunda edición de sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*, apenas hace mención de las anotaciones de embargo. Al referirse a los efectos dice: «sólo producen el efecto de anteponerse a los títulos otorgados con posterioridad, pero no prevalece sobre los actos de disposición otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos, ni atribuyen preferencia respecto a los negocios obligacionales precedentes. El anotante no puede apoyarse en el contenido del Registro y por consiguiente no puede rechazar un título de fecha anterior no inscrito. Así se establece en el artículo 44 LH... La anotación... sólo atribuye preferencia al derecho anotado, es decir, sólo le preserva de las obligaciones o enajenaciones otorgadas por el deudor con posterioridad a la fecha de la anotación preventiva».

En la edición de 1946 las anotaciones de embargo empiezan a adquirir protagonismo. Afirma que la fe pública actúa en las hipotecas en todas su extensión, pero no ocurre lo mismo en las anotaciones de embargo, pues en ellas respecto de los actos dispositivos anteriores, aunque no estén registrados, no actúan los artículos 32, 34, y 37 LH... «sólo se anteponen a los títulos otorgados con posterioridad a ellas, pero no prevalecen sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos, ni atribuyen preferencia al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales precedentes...»

En el pensamiento de ROCA SASTRE los efectos de la anotación de embargo no eran absolutos, no eran semejantes a los de un derecho real ni comparables a los de la hipoteca. La anotación de embargo tan sólo desarrollaba plena efectividad respecto a los derechos nacidos con posterioridad a su práctica; el anotante no podía apoyarse en el contenido del Registro, no podía gozar de los efectos del principio de prioridad del artículo 17 LH, ni de los de la fe pública del artículo 34, pues el derecho del anotante no tenía el carácter de un verdadero derecho real.

(18) *Derecho Hipotecario*, 5.^a edición, tomo III, pág. 496. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954. Es la edición del gran maestro por la que siento especial predilección doctrinal y científica.

(19) «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo». En el libro *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997, págs. 331 a 380.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (20), aunque da acogida sin restricciones al concepto del tercero latino del artículo 32, no obstante, en materia de anotaciones de embargo y sus efectos, se alinea en la postura tradicional de limitar sus efectos y preferencia a los créditos y derechos nacidos con posterioridad, apoyándose en la interpretación convencional de los artículos 44 LH y 1.923 del Código Civil y Resoluciones 29-10-62 y 9-11-65.

b) *Ni crea un derecho real ni le son de aplicación los principios hipotecarios*

RAFAEL RIVAS TORRALBA (21) destaca estos aspectos:

- *La anotación de embargo no crea ni constituye un verdadero derecho subjetivo privado de carácter o naturaleza real.* Parte de la doctrina tradicional sobre la eficacia real relativa de la anotación de embargo, en cuanto que sólo otorga preferencia frente a mutaciones jurídico-reales producidas y derechos de crédito nacidos con posterioridad a la anotación, apoyada en la Exposición de Motivos de la LH 1861 y en los actuales artículos 38, 44 y 71 LH y 1.923.4.º del Código Civil, así como las orientaciones modernas sobre aplicación a las anotaciones de embargo de los principios de legitimación, prioridad y fe pública, la naturaleza real y el efecto real absoluto y la asimilación en cuanto a sus efectos a la hipoteca. Pero reconoce el autor que este último no es un criterio generalizado y la mayoría de la doctrina no acepta la idea de que mediante la anotación de embargo surja un verdadero derecho real de garantía (22).
- *Los principios de inoponibilidad y fe pública no juegan a favor del acreedor que ha obtenido anotación de embargo.* Señala los siguientes puntos:
- La presunción de «existencia» y «pertenencia» de los derechos inscritos (art. 38 LH) no se da respecto de los derechos anotados.

(20) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1977.

(21) *Anotaciones de embargo II*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994, págs. 61, 69, 87 y 95 y sigs.

(22) La STS de 16-6-98 declara que *la anotación de embargo no es un derecho real, ni altera la naturaleza del crédito*. Ahora bien, da preferencia para el cobro de la deuda cuyo pago se persigue sobre cualquier otro derecho que haya nacido con posterioridad a la traba. Por otro lado, nace de la decisión judicial, no de su constatación en el Registro de la Propiedad a través de la correspondiente anotación que impone el artículo 1.453 LEC, por lo que ésta no tiene carácter constitutivo.

- El anotante no es un tercero hipotecario: el artículo 34 LH se refiere al adquirente «que haya inscrito» su derecho (STS 12-12-88, 16-2-90 y 19-11-92).
- Los derechos no anotados no perjudican a tercero (art. 32 LH). Los anotados pueden hacerse valer contra terceros adquirentes en cuanto producen el efecto negativo de eliminar su posible buena fe e impedir que puedan ampararse en los beneficios del principio de fe pública.
- Los efectos del principio de prioridad se manifiestan de forma parcial o limitada: no se produce el efecto de cierre; y el efecto de rango o preferencia sólo se produce en cuanto a créditos posteriores (art. 44 LH).

PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA (23) llega a las siguientes conclusiones:

- Sigue vigente la Exposición de Motivos de la Ley de 1861.
- El embargo no crea un derecho real, no convierte en real lo que antes no tenía este carácter y, por tanto, no le es de aplicación el artículo 34 LH.
- La anotación de embargo no tiene carácter constitutivo del embargo, que nace por la mera traba judicial, y ni siquiera es obligatoria (en contra de los arts. 43 LH, 1.409 y 1.453 LEC, 68 Ley Hipoteca Mobiliaria), pues es posible la ejecución forzosa, propia del embargo, sin haberse practicado la anotación.
- La anotación de embargo no asegura un crédito específico, sino una cuota de valor en cambio de un bien.
- La anotación de embargo determina dos consecuencias importantes:
 - a) Definición de dos planos de ordenación de los derechos que dan lugar a dos prioridades, la civil o sustantiva y la formal o registral que tienden a converger en una sola, bien porque la formal, al no haber sido ejercitada oportunamente la sustantiva, se convierta en sustantiva; o bien porque, ejercitada la sustantiva, desaparezca la formal.
 - b) Fijación de una fecha que será trascendental para determinar las consecuencias jurídicas ulteriores.
- Los efectos de la anotación de embargo no son absolutos ni comparables a los de las inscripciones de derechos reales.
- En el supuesto de *concurrentia de acreedores* —y sólo de *acreedores*— la prioridad sustantiva se ordena por el artículo 1.923.4.º del Código Civil, es decir, la fecha de nacimiento de los créditos y no la

(23) «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo». En el libro *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997, págs. 331 a 380.

de las anotaciones. La prioridad formal, en cambio, se ordenará por las propias del sistema hipotecario (arts. 17, 24, 25 LH).

- Si *concurren adquirentes del dominio y créditos anotados*, el adquirente más antiguo tiene dos opciones: *a)* Ejercitar la tercería de dominio, en cuyo caso la anotación no está amparada ni por el artículo 34, ni por el artículo 38,I, ni por el artículo 17. *b)* No ejercitar la tercería de dominio, en cuyo supuesto su prioridad sustantiva cederá ante la formal y perderá su prelación, por haber creado una apariencia registral de prioridad, amparada por la presunción del artículo 1.3.º y por el principio de inoponibilidad del artículo 32 LH.
- En el supuesto de concurrencia de créditos anotados con créditos hipotecarios y con créditos anotados con posterioridad a los hipotecarios, pero preferentes al anotado con anterioridad, el criterio ordenador de su preferencia es el rango registral.

En la misma línea hay que situar a JUAN MANUEL REY PORTOLÉS (24) que llega, por su parte, a las siguientes conclusiones:

- Frente a la moderna concepción de la eficacia real plena de la anotación preventiva de embargo (ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, FRANCO ARIAS, GARCÍA GARCÍA), en el plano constituido, es más acertada la interpretación tradicional de su eficacia sólo relativa.
- Siguen vigentes las razones de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, al menos en la mera colisión entre créditos, aunque fue desafortunada la redacción de su artículo 44, al atribuir una mínima preferencia inmobiliaria al crédito con embargo anotado, no tomada en cuenta en la regulación del concurso por la LEC de 1881, ni en la del concurso por el CoCo de 1885.
- En cambio, sí aprecia este efecto prelativo el Código Civil en el artículo 1.923.4.º, frente a créditos nacidos con posterioridad a la anotación, interpretación que permite su conciliación con el artículo 1.927.II.2.ª y que confirma el artículo 145 RH.
- La eficacia relativa de la anotación de embargo no está reñida con una prioridad formal que debe ser tomada en cuenta por el Registrador, en tanto no se desvirtúa por los cauces oportunos. Pero no es suficiente para que le sean de aplicación los principios de legitimación, prioridad sustantiva (o definitiva), inoponibilidad y fe pública registral.

(24) *Prelación de créditos con embargo anotado* (arts. 1.923.4.º y 1.927,II,2.º del Código Civil). Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (Ciclo de Conferencias). Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1989, págs. 343, 396 y sigs.

c) *Aplicación del principio de inoponibilidad*

DÍEZ-PICAZO (25) acepta los efectos tradicionales, al afirmar que no alteran la naturaleza del derecho anotado, ni crean un derecho de garantía donde antes no lo había, ni producen los efectos legitimadores del artículo 38 LH y al estimar que el principio de prioridad del artículo 17 LH sólo juega cuando lo anotado preventivamente son títulos traslativos del dominio o de los derechos reales y que el rango juega también muy limitadamente, pues el acreedor que obtiene anotación de embargo tiene, según el artículo 44 LH, la preferencia del artículo 1.923.4.º del Código Civil, es decir, sólo en cuanto a créditos posteriores. No obstante, se separa de la posición tradicional al entender que el derecho anotado perjudica a tercero y a la inversa, por aplicación del artículo 32 LH.

Cercana a la línea de DÍEZ-PICAZO es la que he mantenido en trabajos anteriores (26) sobre el alcance de la publicidad sustantiva registral en las

(25) LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Las anotaciones preventivas», en *Revista Derecho Notarial*. Año XII, núm. XLIV, abril-junio 1964, págs. 7 y sigs.

(26) Puede verse mi libro *Derecho Registral Inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios*. Vol. II, págs. 808 y sigs. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994.

En cuanto a la aplicación de los principios de legitimación y fe pública, escribíamos lo siguiente: Principio de legitimación registral. La aplicación al titular anotante o titular de los derechos asegurados por la anotación del principio de legitimación registral hay que conectarla con la naturaleza misma del derecho que se protege. Cuando, en el apartado anterior, nos referíamos a la posibilidad de constancia registral de los actos de transferencia o gravamen de aquellos derechos, en el caso de que sean de naturaleza real o tengan, al menos, vocación al derecho real, en realidad, estábamos afirmando uno de los efectos sustantivos esenciales del principio de legitimación: la facultad dispositiva del titular registral. Ciertamente, no parece procedente generalizar sobre las demás consecuencias sustantivas y procesales del principio, que parten de derechos inscritos y no meramente anotados.

Principio de fe pública registral. Sobre la extensión al anotante de los efectos derivados de la fe pública registral, debemos citar:

— La STS de 13 de febrero de 1988, que aplica a una anotación preventiva de embargo el principio del artículo 34 LH, considerando al anotante como si fuera un adquirente del derecho real que anota su derecho confiado en lo que dice el Registro. Por ello —como dice GARCÍA GARCÍA—, se le aplican los principios registrales, doctrina progresista aislada, pero que tiene su apoyo en la naturaleza de la anotación de embargo y en el texto del artículo 1.927.2.º del Código Civil.

— La STS de 10 de febrero de 1990 (que cita, además, como precedente, entre otras, la de 12 de diciembre de 1988), declara, no obstante, que el que anota un embargo, no adquiere el carácter de tercero hipotecario, pues, para que el embargo sea eficaz, ha de versar sobre bienes propios del embargado y, si han perdido este carácter, es ineficaz, aunque contradiga la apariencia registral.

— La RDGRN de 30 de junio de 1989, que considera que el tercer poseedor de bienes anotados no puede desconocer la existencia del procedimiento de ejecución, dado que la anotación ya se había practicado al inscribir su adquisición; por ello, no es necesario que se le notifique, además, en trámites del procedimiento ejecutivo ordinario, aunque su inscripción sea anterior a la nota acreditativa de la expedición de la certificación de

anotaciones preventivas, es decir, si el anotante, si el derecho que asegura la anotación preventiva, gozan o no, siquiera sea provisoriamente, de los efectos protectores que el sistema registral de publicidad concede a los derechos inscritos definitivamente.

Respecto de la eficacia del principio de inoponibilidad registral, es de destacar que el fundamental texto de la Ley Hipotecaria, el artículo 32, que proclama este principio, incluye para su aplicación no sólo a los títulos inscritos, sino también a los anotados. Además, en el artículo 69 de la propia Ley, y según doctrina muy autorizada (LACRUZ, CARRETERO; en contra, PAU PEDRÓN), se contiene una específica aplicación del principio de oponibilidad a las anotaciones preventivas: «El que, pudiendo pedir anotación preventiva de su derecho, dejase de hacerlo..., no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor en perjuicio de tercero (inoponibilidad) que haya inscrito...»

III. LA ANOTACION DE EMBARGO Y LOS ACTOS DISPOSITIVOS DE LOS INMUEBLES O DERECHOS REALES ANOTADOS

Dice el artículo 71 LH: «Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.»

Explica JUAN SARMIENTO RAMOS (27) sobre la *alienabilidad* del bien trabado o si el embargo conlleva una verdadera prohibición de disponer, que la Ley de 1909 supuso el tránsito de la inalienabilidad a la alienabilidad (art. 16, hoy art. 38 LH).

cargas. Esto supone atribuir al derecho del anotante los efectos *erga omnes* o publicidad material, propios de un derecho real inscrito.

Posteriormente, la STS de 19-5-97 declara que el anotante no goza de la protección del principio de fe pública registral, por lo que prevalece la transmisión anterior al embargo, aunque aquélla se inscriba con posterioridad a la anotación de éste. Sí goza de protección el adjudicatario, por lo que no le será oponible la transmisión que, siendo anterior al embargo, no se hubiera inscrito.

Y las STS de 16-2-90, 19-2-92, 22-2-95, 27-1-97 y 19-5-97 declaran que la anotación de embargo no atribuye a su titular la condición de tercero protegido por el artículo 34 LH. El anotante no adquiere ningún derecho real sobre un inmueble; por ello su anotación puede decaer ante una tercera de dominio..., si se demuestra que la cosa embargada no pertenece al titular registral..., aún con base en un documento privado... Todo documento privado es apto para en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito.

(27) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

Se plantea la operatividad del precepto RAFAEL RIVAS TORRALBA (28): La anotación de embargo no cierra el Registro, pero el derecho adquirido con posterioridad a la anotación se halla supeditado al resultado del proceso; es decir, los actos dispositivos que efectúe el ejecutado serán válidos y eficaces, pero resultarán inoponibles respecto de la ejecución. La anotación de embargo contamina los asientos posteriores cubriéndolos con un velo de cancelabilidad.

El autor completa esta regla general con una serie de supuestos concretos, según el orden que sigan los distintos negocios jurídicos procesales y registrales:

1. *Embargo. Anotación. Acto dispositivo. Inscripción.* Supuesto de típica aplicación de los artículos 44 y 71 LH, produce los siguientes efectos: el adquirente no puede interponer tercería de dominio, pues no es dueño en el momento en que se decreta la traba; el asiento extendido a su favor podrá ser cancelado por la vía del artículo 175.2.^a RH (R. 16-7-87); no es necesario que el adquirente haya sido notificado de la existencia del procedimiento, aunque la inscripción de su título sea anterior a la fecha de la expedición de la certificación de cargas (R. 3-6-89).

2. *Acto dispositivo. Inscripción. Embargo.* Si el acto dispositivo es anterior a la traba y es objeto de presentación (e inscripción posterior) antes de que llegue al Registro el mandamiento ordenando la anotación, ésta será denegada, si bien la traba no pierde eficacia por la denegación de la anotación. Y será el propio adquirente y titular registral anterior al embargo el que habrá de solicitar el alzamiento de la medida procesal, para lo cual el artículo 38.III LH le ofrece la vía simplificada de la «tercería registral».

3. *Acto dispositivo no inscrito. Embargo por deudas del titular registral. Anotación. Inscripción del acto adquisitivo anterior a la traba.* La solución generalizada es que el adquirente anterior a la traba debe quedar a salvo de las consecuencias del embargo y su anotación: solamente deben embargarse bienes del deudor (art. 1.911 del Código Civil); la eficacia de la anotación es relativa y no alcanza a los actos dispositivos anteriores (art. 44 LH); el adquirente rezagado no es tercer poseedor de bienes anotados (art. 38 *in fine*); no cabe, pues, cancelar la inscripción del adquirente anterior (que inscribe después de la anotación); y esta inscripción impide la inscripción a favor del adjudicatario en la subasta (art. 20 LH).

Las discrepancias de la doctrina sobre los medios de defensa del adquirente anterior —hay, en cambio, unanimidad en cuanto a que no debe resultar afectado por la traba— las resuelve estimando que, frente al embargo indebido, el adquirente retrasado cuenta con los siguientes recursos: la tercería de

(28) *Anotaciones de embargo II*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994, págs. 61, 69, 87 y 95 y sigs.

dominio; el juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones, cuando no haya tenido conocimiento ni oportunidad de intervenir en el juicio ejecutivo, viéndose privado de acudir a la tercería; las acciones declarativas del dominio y reivindicatoria contra el adjudicatario (STS 11-4-92); las acciones indemnizatorias, por enriquecimiento sin causa, contra el deudor ejecutado, cuyo pasivo disminuye por el pago hecho al acreedor ejecutante con la realización de bienes pertenecientes a un tercero.

4. *Embargo. Acto dispositivo. Anotación. Inscripción.* Aunque cabe aplicar los argumentos anteriores, la posición del adquirente está más debilitada, al ser la adquisición posterior a la traba y, por tanto, todo dependerá de la eficacia que se reconozca al embargo no anotado. Si no se le reconoce eficacia real, el acto dispositivo posterior al embargo y anterior a su anotación no resulta afectado ni por ésta ni por aquél (R. 13-12-74).

Sin embargo, la DGRN (RR. 6-9-88 y 12-6-89) no sigue este criterio. Admitida la trascendencia real del embargo y negado el carácter constitutivo de la anotación declara:

- La preferencia que a la anotación otorgan los artículos 44 LH y 1.923 del Código Civil frente a créditos y actos dispositivos posteriores, no significa que los anteriores a la anotación hayan de ser preferentes siempre.
- La colisión entre embargo no anotado y acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, al afectar al campo de los derechos reales, según el principio *prior in tempore*, a salvo el derecho del tercero hipotecario.
- Puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prioridad ni por la fe pública (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta), no cabe denegar la inscripción del auto de adjudicación, siempre que previamente se cancele el asiento relativo a la venta intermedia por la vía legalmente establecida.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS (29) afirma la indudable preferencia de la adquisición anterior sobre la anotación de embargo practicada. La vía oportuna para decidir la cuestión es la judicial y el lugar el artículo 38 LH al que propone añadir algunos párrafos que recojan el procedimiento y cuya esencia es la siguiente:

«Si la adquisición que se inscriba en el Registro después de la anotación fuera anterior a la fecha de ésta, una vez que tal circunstancia conste en el Juzgado que entienda del procedimiento, bien por haberse cumplido lo establecido

(29) «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», en *RCDI*, enero-febrero 1994, núm. 620, págs. 53 a 90.

en el artículo 1.453, párrafo dos LEC, bien porque al llegar al Registro la adquisición producida en aquel procedimiento el Registrador debió comunicar al Juzgado la existencia de aquella inscripción de adquisición, la autoridad judicial con citación y audiencia de todos los interesados, decidirá lo procedente, con determinación de los asientos que hayan de practicarse o cancelar.»

Esta resolución sería ejecutiva, sin perjuicio del declarativo correspondiente y de la anotación de la demanda de éste, que si hubieran de promoverlo el anotante o el adjudicatario, podrán solicitar también la indemnización de los daños y perjuicios causados.

La misma solución se aplicaría a las anotaciones de demanda cuando existan asientos posteriores pero basados en títulos de fecha anterior.

ALFONSO RENTERÍA AROCENA (30) parte de la que llama *tesis tradicional*: El artículo 1.911 del Código Civil dice que «Del cumplimiento de las obligaciones responde *el deudor* con todos sus bienes presentes y futuros». En consecuencia, cuando se embargan bienes que no son propios del deudor, no responde con ellos frente a los acreedores, sino con los suyos propios. Se dice: El que no ha reflejado diligentemente su derecho en el Registro (adquirente anterior que inscribe después) no puede pretender apoyarse en el mismo para invocar su defensa; el retraso desleal en el ejercicio de los derechos es un supuesto de abuso contrario a la buena fe (art. 7 del Código Civil). El Registro de la Propiedad no es la institución llamada a resolver las cuestiones de preferencia sustantiva, que están reservadas a la jurisdicción ordinaria. El adquirente anterior, para la conservación de su derecho, debe ejercitar la acción de tercería de dominio (arts. 1.532 y sigs.) o, en su defecto, el juicio declarativo contra quien corresponda.

La llamada *tesis innovadora* o renovadora se ha visto apoyada por algunas RR de la DGRN que consideran procedente la cancelación, en virtud del oportuno mandamiento, de la inscripción posterior a la anotación de embargo aunque publique aquélla enajenaciones anteriores a la fecha de esta última.

En consecuencia:

- La cancelación de la inscripción de una enajenación anterior a la anotación preventiva de embargo ordenada por el artículo 175.2.^a RH no viene exigida por la reforma del artículo 1.518 LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril.
- El nuevo artículo 175.2.^a RH consagra reglamentariamente una opinión doctrinal contraria a las tesis de la DGRN hasta 1988.
- La reforma del artículo 175.2.^a no impide que el adquirente anterior a

(30) «Efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de enajenaciones anteriores a la anotación preventiva de embargo». Libro *Homenaje a José María Chico Ortiz*

la anotación acuda a la jurisdicción ordinaria en demanda de su preferencia sobre el rematante o adjudicatario que podrán ver cancelada su inscripción.

- El artículo 175.2.^a actual es nulo de pleno derecho por infringir el artículo 82.1 y 2 LH. De los artículos 44 y 71 LH y 1.923.4 del Código Civil parece deducirse una solución contraria al artículo 175.2.^a
- Se obliga al titular registral a iniciar una tercería de dominio cuando el mismo está proclamado *prima facie* frente a todos como propietario ex artículo 38 LH.

Por último, JUAN SARMIENTO RAMOS (31), el problema de las *enajenaciones anteriores a la traba que se inscriben después de la anotación*, lo resuelve recordando que el anotante no está protegido por la fe pública registral y, por tanto, dichas enajenaciones gozan de prioridad sustantiva. No obstante, para hacerla efectiva, no basta la sola inscripción de la enajenación, sino que debe hacerse valer mediante la oportuna tercería de dominio. La ejecución por una acción personal conlleva la cancelación de toda carga o gravamen posterior, aunque proteja un crédito preferente. La ejecución de una hipoteca permite la subsistencia de un embargo anterior en garantía de un crédito de peor condición.

IV. DURACION Y CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El problema de la duración y caducidad de las anotaciones viene siendo una cuestión de gran importancia práctica para la efectividad de las anotaciones en general y muy especialmente de la de embargo, que ha dado lugar a varias reformas de la LH y del RH (arts. 86 LH, 199 y 355 RH), al establecimiento de un régimen especial de caducidad, introducido por la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley de 1946, y más recientemente a la reforma del artículo 86 LH (Disposición Final octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Al comentar el Reglamento Hipotecario de 1947, decía RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (32) que la doctrina de la cancelación de las anotaciones había

(31) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

(32) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Segunda Parte: Modificaciones, pág. 237. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1949.

perdido importancia, toda vez que la nueva legislación, consecuente con el carácter de asiento provisional, ha ordenado categóricamente su caducidad y consiguiente cancelación transcurrido cierto lapso de tiempo: El artículo 77 LH declara la extinción de las anotaciones por caducidad, entre otras causas, y el artículo 86 LH dispone la caducidad general de las anotaciones a los cuatro años de su fecha, prorrogables por cuatro años más.

Al problema de la duración de las anotaciones preventivas dedica en 1940 en la REVISTA CRÍTICA un breve trabajo FEDERICO CASTEJÓN (33). Explica que, entre los anteproyectos de leyes que, en plena guerra civil (1938), preparó la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS, se encontraba un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que trataba el tema de la duración de las anotaciones preventivas.

Según los artículos 82 de la LH de 1909 y 164.7.º RH de 1915, las anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial sólo se cancelaban por providencia ejecutoria; y si bien la duración máxima del embargo no debía de exceder de los plazos marcados para la caducidad de la instancia, lo cierto es que la caducidad unas veces no se declara de oficio, cual se debiera (art. 413 LEC), y otras se olvida de extinguir las medidas provisionales acordadas.

En el anteproyecto (art. 745) se establece una duración máxima para toda medida precautoria, alcanzada la cual caducará. Este plazo no podría ser superior a *seis meses*, pasado el cual cesaría «automáticamente la medida acordada...», si no se hubiese entablado procedimiento para ratificarla o revocarla».

Medida útil y perentoria, con la que se contribuía a «sanear» nuestros Registros territoriales.

2. LA CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS, UN LOGRO DE LA LEY DE REFORMA HIPOTECARIA DE 1944-46

Introduce en los nuevos artículos 86 LH y 199 RH la caducidad general de las anotaciones preventivas a los cuatro años de su fecha, prorrogables por cuatro años más y con la posibilidad de que dicha caducidad pueda hacerse constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado. El artículo 355 (hoy 353.3) reguló, además, la cancelación «de oficio» por el Registrador, y la reforma del RH de 17 de marzo de 1959 introduce un segundo párrafo al artículo 199, estableciendo la caducidad indefinida de las anotaciones decretadas por la autoridad judicial hasta que

(33) FEDERICO CASTEJÓN, «De la duración de la anotación preventiva en el proyecto falangista para enjuiciamiento civil», en *RCDI*, núm. 141, febrero de 1940, págs. 34 y 35.

recaiga resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación y su prórroga hubieren sido decretadas.

El establecimiento de la caducidad de las anotaciones preventivas fue uno de los logros más importantes de la Ley de Reforma de 1944, con vistas al saneamiento del Registro (34). Sus instrumentos legales generales (aparte la caducidad especial de algunas anotaciones), en el Texto Refundido de 8 de febrero de 1946, son principalmente dos:

- Disposición Transitoria segunda: «Habrán incurrido en caducidad y, por tanto, se cancelarán, a instancia de parte interesada, las anotaciones preventivas que en 1 de julio de 1945 cuenten quince años o más de fecha. Las anotaciones preventivas que en el mismo día tengan dos o más años y menos de quince de fecha podrán ser objeto de una prórroga cuatrienal única, dentro de los dos años siguientes, y, transcurrido este plazo o la prórroga en su caso, caducarán y serán canceladas a instancia de parte interesada. Las anotaciones preventivas de menos de dos años de fecha, al entrar en vigor esta Ley, se regirán por las prescripciones del artículo 76 (se recoge erróneamente el número de la Ley de Reforma de 1944; debe decir 86) de la misma.»
- Artículo 86: «Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo aquéllas que ten-

(34) En el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Españolas por el Consejo de Ministros, el 26 de mayo de 1944, se decía: «Con idéntica aspiración (acabar con el farragoso lastre de cargas que continúan mencionándose y arrastrándose) se admite la caducidad de las anotaciones, pasado cierto plazo,..., coadyuvando así a la urgente e imprescindible tarea de saneamiento del Registro.» Este texto se reproduciría después literalmente en la Exposición de Motivos de la Ley.

En el discurso del Presidente de la Comisión de Justicia, al presentar el Proyecto de Ley de Reforma a las Cortes, se justificaba la implantación de la caducidad de las anotaciones de la siguiente manera: «Las anotaciones preventivas, tanto por su naturaleza como por su fin, son asientos de carácter transitorio. Lo mismo si se acepta la teoría de que reflejan meras vocaciones al derecho real, como la de que son supervivencias de antiguas cauciones, es indudable que se trata de situaciones provisionales, inaptas para perpetuarse en el Registro. El régimen ahora vigente admite ya, en algunos casos, la caducidad de las anotaciones; pero la cancelación de la mayoría de ellas exigía una providencia de la misma autoridad que hubiese ordenado su constitución, lo que generalmente daba lugar a que el titular de la finca o derecho sobre el cual se había impuesto la anotación se viese obligado, supliendo una manifiesta negligencia, a solicitar la cancelación de un acto que, sobre no haberlo solicitado, perturbaba su propia situación hipotecaria. Era pues necesario, tanto por el carácter provisional de dichos asientos, como para obviar las anomalías mencionadas, que se estableciera un plazo de caducidad lo suficientemente largo a fin de evitar que quedasen indefensas situaciones dignas de protección, pero impidiendo a la vez que por la pasividad o mala fe del que las hubiese solicitado, llegasen a perturbarse situaciones jurídicas que razones de interés particular y del tráfico inmobiliario imponen considerar como meramente transitorias.»

gan señalado en la Ley un plazo de caducidad más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento. La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.»

Una de las más importantes novedades de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 fue, ciertamente, someter a caducidad, por primera vez en nuestro Derecho Registral, el asiento de anotación preventiva: «Las anotaciones preventivas, cualesquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de su fecha, salvo que sean objeto de caducidad especial. No obstante, a instancia de los particulares o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento. La extinción por caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado» (art. 76, párr. 2.º y 3.º, que pasarían a ser el art. 86 del Texto Refundido de 1946).

Las cuestiones de Derecho intermedio se resolvían en la Disposición Transitoria 6.^a que, sustancialmente, pasaría a ser la Disposición Transitoria segunda del Texto de 1946, antes transcrita. Es de observar que el plazo de caducidad de quince años que se fija para las anotaciones de quince o más años es el genérico de las acciones personales del artículo 1.965 del Código Civil.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (35) explicaba que la reforma era plausible, por responder a las razones de purga del Registro, y no había argumentos para mantener la legislación anterior que, a pesar del carácter transitorio, temporal y efímero de las anotaciones preventivas, no regulaba su caducidad, con lo cual se eternizaban asientos sin eficacia posible.

Se quiso ver contradicción —decía BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ (36) — entre el artículo 83 de la Ley —en cuanto exige mandamiento judicial y providencia ejecutoria para la cancelación— y el artículo 86, al establecer la caducidad de las anotaciones a los cuatro años de su fecha «cualquiera que sea su origen». Sin embargo el artículo 83 regula una cancelación procesal y

(35) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Segunda Parte: Modificaciones*, pág. 237. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1949.

(36) De BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ deben citarse dos trabajos en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*:

— *Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto*, núms. 243-244, agosto-septiembre 1948, págs. 567 a 571.

— *La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas*, núms. 414-415, noviembre-diciembre 1962, págs. 812 a 839.

se refiere al juego normal de los títulos que producen cancelación. El artículo 86 contempla el caso anormal o especial de cancelación por caducidad, sin título, que es también aplicable a las anotaciones decretadas por la Autoridad judicial (Sentencia TS de 28 de enero de 1960).

Dos Resoluciones muy posteriores de la DGRN confirmarían esta interpretación. La Resolución 7-2-86 declara que la cancelación de la anotación practicada en virtud de mandamiento judicial sólo puede llevarse a cabo por igual documento. La de 26-6-86, por su parte, expresa que la cancelación por caducidad es también aplicable a las anotaciones practicadas en virtud de mandamiento judicial.

Respecto del cómputo del plazo de caducidad, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (37) estudia las que llama «fecha propia» y «fecha efectiva» de los asientos, a la vista, de una parte, de los artículos 24 y 25 («Se considera como fecha de la inscripción la del asiento de presentación...»); y, de otra, las que se exigen para las distintas clases de asientos en los artículos 9.7.º LH, 51.14 RH (inscripciones), 156 RH (notas marginales) y 166 RH (anotaciones). Aunque la regla general en orden a la producción de efectos es la atención a la «fecha efectiva» o fecha del asiento de presentación (38), hay determinadas excepciones en favor de la «fecha propia», entre las que se encuentra la caducidad de las anotaciones en general (art. 86 LH) (39).

(37) «Meditaciones hipotecarias. Fecha de los asientos registrales», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1954, núms. 318-319, págs. 872 a 885. De todas formas, defiende el criterio de «unidad de fecha» (y no las varias que correspondan a la efectiva conclusión de los respectivos asientos) en el caso de número extraordinario de inscripciones o diversas operaciones producidas por un mismo título y un solo asiento de presentación, para evitar problemas, dudas y vacilaciones que, reconoce, se dan con mayor frecuencia en materia de anotaciones (duración, suspensión, prórrogas).

Puede verse sobre esta cuestión mi libro *La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad (Principios. Rogación. Presentación)*, Atelier Civil, Barcelona, 1999, págs. 135 y sigs.

(38) La Resolución de 11-11-94 declara que el plazo de cuatro años de vigencia de las anotaciones ha de entenderse, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.º del Código Civil, en el sentido de que el día equivalente al inicial del cómputo forma parte de él, de modo que hasta las 24 horas del mismo no puede tenerse por caducada la anotación. Y la STS de 16-6-98, mantiene, en contra del criterio consolidado de la doctrina y de la DGRN, que «el plazo de caducidad de la anotación, según los artículos 24, 25, 17 y 86 de la Ley Hipotecaria, comienza en la fecha del asiento de presentación...»

(39) Otras excepciones (DE LA RICA, cita anterior) recogidas por el mismo autor en favor de la «fecha propia» que cumplen un importante papel en el cómputo de plazos son: plazo del retracto legal (art. 1.524 del Código Civil); suspensión de efectos de las inscripciones de inmatriculación (205 y 206 LH); caducidad de las inscripciones de inmatriculación (art. 205 LH, en relación con el art. 298 RH, anterior a la reforma del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre); caducidad de inscripciones de hipotecas (Disposición Transitoria tercera de la LH); y duración de las anotaciones de suspensión por defecto (art. 96 LH) o de legados (art. 87 LH).

JESÚS ACEDO PÉREZ (40) plantea el problema de la retroactividad de la norma que estableció su caducidad en 1944-46. Según el sistema de la LH de 1909, las anotaciones preventivas sólo se extinguían por su cancelación en virtud de mandamiento judicial firme, por consentimiento del anotante o por su caducidad (las que eran caducables, pues ni había un plazo general de caducidad como el del actual art. 86 LH, ni existía la cancelación de oficio del art. 355, actual 353.3 RH).

La Disposición Transitoria 2.^a de la Ley de 1946 establece la caducidad de las anotaciones preventivas que en 1 de julio de 1945 cuenten con quince o más años de fecha. El efecto retroactivo de la Disposición Transitoria 2.^a LH es de los llamados fuertes y se funda en una presunción *iuris et de iure* establecida por la ley: la presunción de que las relaciones jurídicas que formaban parte de su contenido se han agotado y, al tratarse de un asiento de duración limitada que consigna situaciones muertas para el mundo del Derecho, lo procedente es cancelarlas.

3. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 199 RH POR EL DECRETO DE 17 DE MARZO DE 1959

El plazo de cuatro años —e incluso la prórroga por otros cuatro— era un plazo breve en relación con la duración de algunos procedimientos. La Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, por esta razón, estableció la duración de las anotaciones ordenadas y prorrogadas por la autoridad judicial «hasta que haya recaído resolución definitiva firme».

Comentaba BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ (41) que, respecto de estas anotaciones, se acabó la caducidad propiamente dicha, porque ¿quién se acordará de traer al Registro la resolución definitiva firme necesaria para cancelar por caducidad? Hay que dar plenamente la razón al autor: esas resoluciones no aparecen nunca por los Registros (42).

(40) «Retroactividad de las Leyes. Anotaciones preventivas formalizadas durante el imperio de la ley antigua», en *RCDI*, marzo-abril 1958, núms. 358-359, págs. 227 a 229.

(41) De BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ deben citarse dos trabajos en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*:

— «Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto», núms. 243-244, agosto-septiembre 1948, págs. 567 a 571.

— «La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas», núms. 414-415, noviembre-diciembre 1962, págs. 812 a 839.

(42) La Resolución de 24-5-90 reitera la exigencia de que tratándose de anotación ordenada y prorrogada por la autoridad judicial o administrativa, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 199 RH, la cancelación requerirá la justificación del término del proceso en que fueron decretadas.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO (43) recoge el pensamiento de ROCA SASTRE sobre el nuevo párrafo 2.º del artículo 199 RH en relación con la prórroga de anotaciones preventivas decretadas por la autoridad judicial (precepto introducido por la reforma del RH del Decreto 17 marzo 1959). Prácticamente, se ha eliminado la caducidad de estas anotaciones, al establecer el precepto reformado que estas anotaciones «...no se cancelarán por caducidad... hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas.» Hubiera sido más adecuado adoptar la fórmula de permitir prórrogas sucesivas cuatrienales, pues como la prórroga debe ser decretada por el Juez del procedimiento, éste no la concedería si ya estuviese concluso por haber dictado resolución firme y ejecutoria (curiosamente, al cabo de los años, ésta es la fórmula que adopta el nuevo art. 86 LH, reformado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, que veremos).

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (44) ha planteado la cuestión de la posible inconstitucionalidad del artículo 86 LH, al establecer una sola prórroga por cuatro años más de las anotaciones —lo cual puede crear indefensión—, y la constitucionalidad del artículo 199.2.º RH, en cuanto permite la prórroga indefinida. Como soluciones había propuesto, o establecer que una vez solicitada la primera prórroga sea indefinida hasta que termine el proceso, o reformar la LH estableciendo que caben prórrogas sucesivas sin que sea una sola prórroga de cuatro años más (esto es, justamente, lo que ha hecho la Disposición Final octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Por otra parte, es evidente que la exigencia de que la cancelación por caducidad hubiera de hacerse «a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado» o «a instancia de parte interesada» (art. 86 y Disposición Transitoria segunda de la Ley), pero no de oficio por el Registrador, originaba una caducidad *sui generis*, sin mucha explicación. Pero este requisito quedaría mitigado por el artículo 355 RH (hoy 353.3), al considerar como parte interesada al que solicite una certificación del Registro.

En cualquier caso, es de reseñar que el nuevo artículo 86 LH, Disposición Adicional 21.ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 enero, en vigor al año de su publicación), puede decirse que ha recogido las deficiencias señaladas reiteradamente por la doctrina, al establecer que, se trate de anotaciones prorrogadas a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, «la anotación

(43) «El pensamiento de Ramón María Roca Sastre sobre la reforma del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1960, núms. 390-391, págs. 732 y 733.

(44) «La inconstitucionalidad de la caducidad de anotaciones judiciales, artículo 86 LH, y la constitucionalidad de la prórroga de anotaciones judiciales del artículo 199.2.º RH», en *Lunes* 4.30, 222, 1997.

prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga», si bien «podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos». Y como regla general para ambas modalidades de prórroga, se mantiene la norma de que «la caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.»

No cabe duda de que, con esta nueva fórmula, se hará efectiva la caducidad de las anotaciones decretadas y prorrogadas por la Autoridad judicial que, hasta ahora, por las razones que han quedado apuntadas, era puramente simbólica.

4. EL ARTÍCULO 355 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1947 (HOY 353.3), INSTRUMENTO EJECUTOR DE LA CADUCIDAD (45)

a) *Fundamento.* En sus breves pero espléndidos trabajos sobre la Reforma de 1947, en lo relativo al saneamiento del Registro, tanto JUAN RUIZ ARTACHO (46) como BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ (47), criticaban duramente la exigencia de que la caducidad sólo pudiera hacerse constar en el Registro a instancia de los interesados. Su crítica la apoyaban en contundentes argumentos, que siguen teniendo plena actualidad, y que justifican la amplitud de las facultades cancelatorias que al Registrador otorgaría el artículo 355 RH de 1947.

MENCHÉN BENÍTEZ rechazaba la necesidad de rogación expresa para la cancelación de cargas caducadas, apoyándose en las diferencias entre caducidad y prescripción. La caducidad supone la extinción tajante de un derecho por el transcurso del plazo previamente fijado para su ejercicio. Cuando la Ley Hipotecaria afirma que una carga está caducada, lo que quiere decir es que ha dejado de existir para el Derecho por el mero transcurso del tiempo,

(45) Puede verse mi estudio «El saneamiento del Registro en la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944. Madrid, 1995, págs. 325 y sigs. En especial, págs. 336 y sigs.

(46) JUAN RUIZ ARTACHO, «La caducidad del derecho inscrito y la de las menciones y asientos del Registro de la Propiedad. Causas que dificultan la aplicación de las tres primeras disposiciones transitorias de la vigente Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 227, abril 1947, págs. 242 a 251.

(47) BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, trabajos citados en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*:

— *Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto*, núms. 243-244, agosto-septiembre 1948, págs. 567 a 571.

— *La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad y algunos de sus problemas*, núms. 414-415, noviembre-diciembre 1962, págs. 812 a 839.

sin necesidad de cumplir ningún otro requisito, ni de intervención de nadie. En la prescripción, en cambio, el derecho solo está paralizado mediante una excepción. Resulta ilógica, desairada y hasta absurda, por totalmente ineficaz, la actuación del Registrador al arrastrar en asientos nuevos cargas caducadas. O que las certificaciones fueran repletas de gravámenes caducados, por la sola causa de que el interesado, tal vez con su malicia, no hubiese solicitado la cancelación.

RUIZ ARTACHO resumía su tesis, favorable a la cancelación de oficio por el Registrador de las cargas caducadas, con la siguiente argumentación:

- Porque no puede darse al consentimiento del interesado más importancia que al precepto legal que decreta la caducidad.
- Porque la validez y subsistencia de los asientos no es negocio privado sino de carácter público, de modo que no tiene fundamento que la sola voluntad individual pueda prolongar la vida de los asientos cuando la misma ley quiso que desaparecieran en interés general.
- Porque confiar al cuidado y diligencia (o mejor, negligencia) de los propietarios la gran obra de saneamiento del Registro es hacerla interminable.
- Porque el temor al pago del impuesto llevará también a rehuir la petición de constancia registral de la caducidad.

Faltaba el instrumento legal que autorizara a los Registradores a sanear los libros de las cargas y gravámenes caducados. Este medio fue el artículo 355 del Reglamento de 1947.

b) *Antecedentes del artículo 355 RH.* Tiene su precedente en la Real Orden de 22 de febrero de 1919, sobre cancelación de gravámenes mencionados en el Registro y procedentes de las antiguas Contadurías de Hipotecas. El texto primitivo, que estaba incluido dentro del epígrafe «Certificaciones de cargas» y que ha sido objeto de dos reformas posteriores, decía así: «Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación. A este efecto se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación y se practicará mediante la extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla.»

El Decreto 353/1959, de 17 de marzo, añadió lo siguiente: «Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.»

Este nuevo supuesto lo había propuesto MENCHÉN BENÍTEZ (en el primero de sus trabajos sobre estas cuestiones que data de 1948: ver bibliografía al final) y tuvo su justificación inmediata en el criterio de la Resolución de

9-11-55 que, en relación con el caso ya recogido de expedición de certificaciones, señaló que «la razón es idéntica y, de lo contrario, en perjuicio de la claridad del Registro, se obligaría a arrastrar unas cargas que, al certificar, deberán ser canceladas.»

Introdujo también la Reforma de 1959 un nuevo párrafo relativo a la conversión en inscripciones de dominio de las de posesión, si hubiesen transcurrido más de diez años desde que ésta fue inscrita y no existiere asiento contradictorio.

El Real Decreto 3503/1983, de 21 de diciembre, vació el artículo 355 en el artículo 353.3, quedando con la siguiente redacción: «Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipoteca o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación. A este efecto se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación y se practicará mediante la extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.»

«Cuando se solicite certificación de fincas que hayan obtenido la calificación definitiva de “Viviendas de Protección Oficial”, no se comprenderán en aquélla, y se podrá proceder a su cancelación en la forma prevenida en el párrafo anterior, las afecciones que por este concepto sean anteriores a la nota marginal por la que se haya hecho constar en el Registro dicha calificación definitiva.»

«Cuando se extienda alguna inscripción relativa a las fincas o se expida una certificación a solicitud del titular de la misma, se convertirán en inscripciones de dominio las de posesión, si hubiesen transcurrido más de diez años desde que ésta fue inscrita y no existiere asiento contradictorio.»

c) *Eficacia*. RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (48) comentaba que el nuevo texto era el medio más eficaz para que el saneamiento del Registro llegara ser una realidad, pues obliga al Registrador a no incluir en las certificaciones de cargas que expida asientos y menciones caducados y, para hacerlo así, es imprescindible que antes de expedir aquéllas proceda a la cancelación. Aunque el procedimiento sea un tanto violento, desarticulador de nuestro sistema voluntario de rogación.

Esta preocupación es, a mi juicio, excesiva, pues se trata de una consecuencia tasada del procedimiento registral, en el que siempre existe una petición o impulso inicial extrarregistral, limitándose el Registrador, según las

(48) Vid. *Libro Homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*. Tomo II, págs. 122 y sigs. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1976.

incidencias del respectivo procedimiento, a practicar las operaciones que, previamente, le vienen ordenadas o permitidas por el ordenamiento jurídico general que, como tal, no puede ser desconocido por los interesados.

V. TERCER POSEEDOR DE BIENES ANOTADOS: LA LLAMADA «TERCERIA REGISTRAL»

JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (49) estudia las consecuencias de los *actos dispositivos del deudor respecto de la finca embargada* (de los que surge el tercer poseedor de bienes embargados, aunque no siempre este concepto se entiende así), según hayan o no tenido acceso al Registro.

- Cuando no han tenido acceso al Registro, la cuestión se resuelve en el terreno del Derecho civil puro y los adquirentes de las fincas embargadas, para defender sus preferentes derechos dominicales, tienen que promover el juicio de tercería o el declarativo correspondiente. En otro caso, si el título del rematante en la subasta se presenta a Registro con anterioridad al suyo, sus posibles derechos preferentes quedan definitivamente perjudicados. Se ha producido el fenómeno —por aplicación de las normas hipotecarias: arts. 17, 20, 32 LH— de que el *derecho personal* asegurado por la anotación (*ius ad rem*), por la inactividad del verdadero dueño, ha producido un verdadero y perfecto *derecho real* de dominio en favor del adquirente que, aunque derivado de un titular aparente se sobrepone al de aquél por efecto de la *fides pública*.
- Cuando el tercero ha inscrito su título de dominio, hay que distinguir:
 - a) Que la inscripción sea anterior a la presentación en el Registro del mandamiento de embargo. Entonces entra en juego la llamada *tercería registral del artículo 38, párrafo 3.º LH*, denegándose la anotación (arts. 20 LH y 143 RH).
 - b) Que el mandamiento se presente antes que el título de propiedad del tercer adquirente. En cuyo caso se tomará la anotación del embargo, inscribiéndose después el título del tercero, sin perjuicio del derecho de éste para hacer valer su derecho anterior a la anotación. Si la inscripción del tercero se hubiere practicado en virtud de un título anterior a la anotación, no parece sea posible la ins-

(49) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

cripción del título del rematante mientras no se cancele el asiento contradictorio y cuya cancelación requiere consentimiento del titular registral o resolución judicial.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (50) explica que el medio automático de sobreseimiento del procedimiento de apremio establecido en el artículo 38, párrafo 3.º LH (*tercería registral*) sólo es aplicable cuando la anotación de embargo no ha sido todavía practicada.

Cuando ha sido practicada, el tercer adquirente en virtud de título posterior a la fecha de la anotación, ha de sufrir las consecuencias de ésta como adquirente de bienes gravados. Si inscribe antes de expedirse la certificación de cargas, deberá ser citado como tercer poseedor, sin cuyo requisito no podrá cancelarse su inscripción ni inscribirse el título de venta o adjudicación dimanantes del apremio. Si inscribe después, se le desconocerá en el procedimiento y su inscripción se cancelará por la referencia genérica en el mandamiento.

Si el tercer poseedor adquirió en virtud de título anterior a la fecha de la anotación, pero lo inscribió después, conservará la preferencia sobre el anotante, pero para hacerla valer tiene que acudir a la tercería de dominio promovida antes de la venta o adjudicación de los bienes embargados.

Si su inscripción es anterior a la certificación de cargas, deberá acreditarse su citación y el requerimiento de pago para que pueda cancelarse su inscripción e inscribirse el título de venta o adjudicación. Si es posterior, no serán necesarios estos requisitos para la cancelación ni para la inscripción de la venta o adjudicación.

En cualquiera de los supuestos anteriores, el tercer adquirente conservará el derecho para ejercitar las acciones reivindicatorias por la preferencia de su derecho, siempre que hubiera inscrito su título, pues, en caso contrario, puede perder la propiedad de los bienes conforme al artículo 1.473 del Código Civil.

ENRIQUE MOLINA Y RAVELLO (51) se ocupa del escaso rendimiento obtenido del párrafo 3.º del artículo 38 LH: «...se sobreseerá todo procedimiento de apremio... en el instante en que conste en autos...»

De tres maneras, en orden al tiempo, puede encontrarse en el Registro un embargo y el título anterior de la adquisición por un tercero de la misma finca embargada, presentado con posterioridad al mandamiento para la anotación del embargo:

(50) «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1958, núms. 366-367, págs. 762 a 797.

(51) «De la llamada tercería registral», en *RCDI*, enero-febrero 1958, núms. 356-357, págs. 55 a 63.

1.º Al pretenderse la anotación de embargo, la finca ya está registrada a nombre de quien no es el demandado. El artículo 140.1.ª impide la anotación.

2.º Al anotarse el embargo aparecía el inmueble en el Registro como del ejecutado, pero ya se había enajenado a un tercero quien inscribe después de la anotación su título anterior al embargo.

3.º Después de anotado el embargo sobre la finca inscrita a nombre del deudor, éste la transmite. La finca se inscribe a nombre del adquirente (art. 71 LH). Este tercer poseedor, acreditando la inscripción de su título, puede subrogarse en el lugar del deudor (art. 38, último párrafo, en relación con el art. 134).

El párrafo 3.º del artículo 38 es la norma precisa y adecuada aplicable al supuesto segundo. ROCA SASTRE dice que dicho párrafo 3.º del artículo 38 presupone que no se ha practicado anotación de embargo.

La aplicación del precepto al supuesto segundo dará el mismo resultado que una sentencia favorable de tercería. El verdadero tercerista es el propietario distinto del ejecutado que ya era dueño al producirse el embargo.

La dicción del precepto es clara («en el instante»): no limita con relación al embargo el momento en que han de estar inscritos los bienes a favor de la aludida persona extraña. La única excepción surge del propio orden jurídico, de la preferencia del embargo anotado sobre cualquier derecho adquirido con posterioridad y, por esto, si la inscripción de adquisición es de adquisición posterior a la anotación, no cabe el procedimiento.

Conclusión: procede el sobreseimiento instantáneo, como manda la ley, supliendo a la tercería, aunque el asiento del tercer adquirente sea posterior al embargo, con tal de que su título sea anterior.

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS (52) distingue el tercer adquirente de bienes antes del embargo y después de practicado el embargo y su anotación. Es decir, el *pre-embargaticio*, dueño del bien antes de la traba por una deuda ajena, provisto de tercerías y demás mecanismos de paralización del proceso; y el *post-embargaticio*, carente de ellos, pero habilitado para un cierto papel procesal. Ambos, por otra parte, se pueden ver «arrollados» por la purga que conlleva la ejecución consumada (art. 175.2.ª RH, Real Decreto 1368/92 y RR 23-3-93 y 5-5-93).

(52) «El tercer poseedor de bienes embargados: su posibilidad legal y no sólo real y sus facultades tras las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Reglamento Hipotecario», en *Lunes* 4.30, núm. 129, segunda quincena, julio 1993, págs. 42 y sigs.

Del mismo autor y sobre esta cuestión pueden verse:

— «Más sobre anotaciones de embargo y previa liquidación de gananciales (Comentario a las RR de 25 y 18 de marzo de 1998)», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 245, mayo 1988, págs. 957 y sigs.

— «Jurisprudencia sobre fincas “ex-gananciales” (Comentario a la STS de 20-III-89)», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 261, noviembre 1989, págs. 2239 y sigs), 1989.

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS (53) destaca la recomendación de que el momento más oportuno para que el Juzgado conozca la existencia del tercer poseedor es el del artículo 1.489 LEC, así como la propuesta de nueva redacción del artículo 143 RH en el sentido de introducir en la certificación de cargas «la última inscripción de dominio vigente con expresión de su titular o titulares y de los títulos de adquisición».

JUAN SARMIENTO RAMOS (54), frente a la concepción tradicional que exige el *requerimiento de pago al propietario actual* para pasar a la fase de apremio, sostiene que no exige ser notificado —aunque puede comparecer a su instancia—, pues no ostenta legitimación pasiva en el juicio declarativo (embargo preventivo) ni en la fase de cognición del juicio ejecutivo. Sólo tiene facultades en la fase de apremio en concepto, no de deudor, sino de propietario (tesis en desacuerdo con el art. 1.489-1.º LEC).

El derecho a ser notificado se consagra por la Ley 10/1992, de 8 de diciembre, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (art. 1.490 LEC).

El artículo 659 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero, en vigor el 8 de enero del 2001) dispone que «El Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro».

También se le reconocen otros derechos: subrogarse en la posición del ejecutado (arts. 38 *in fine* y 134.I LH aún vigente, y art. 659.3 de la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil actual); pagar liberatoria o subrogatoriamente (arts. 1.489 LEC y 1.210 del Código Civil); intervenir en el avalúo y en la subasta (arts. 1.490, 1.498 y 1.506 LEC).

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (55) explica que la tercería de mejor derecho hace valer el mejor rango de un crédito y el privilegio ante una ejecución comenzada. El orden de prelación de los créditos está presente durante todo el procedimiento ejecutivo, pues el embargo no otorga, por sí mismo, rango al crédito; y el embargo de un bien no sólo separa del patrimonio del deudor, ni lo afecta al pago del crédito del ejecutante.

La tercería permite liberar un bien de la traba procesal del embargo. Existen dos tercerías: la realizada en el contexto de una ejecución comenzada

(53) «El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio», en *RCDI*, noviembre 1952, núm. 294, págs. 785 a 804, en especial 803 y 804.

(54) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

(55) «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso». Libro *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, págs. 595 y sigs.

(civil, laboral o administrativa); y la reclamación de dominio o mejor derecho ejercitada en procedimiento ordinario, que se funda en la declaración de propiedad o la prueba del rango de un crédito.

La tercería en el procedimiento ejecutivo puede ejercitarse hasta la aprobación del remate y la de mejor derecho hasta el pago efectivo (art. 1.533 LEC). La aprobación del remate transmite la propiedad del bien embargado que, por tanto, sale del patrimonio del deudor (56).

VI. CARACTER OBLIGATORIO Y/O CONSTITUTIVO DEL EMBARGO

El artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «Del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad». Y el artículo 43 de la Ley Hipotecaria: «En el caso del número

(56) Las Resoluciones de 22-11-88, 15-12-94; 23 y 24-4 y 3-6/96 tratan de la relación *tercería-rango registral*. Existiendo sobre una misma finca dos anotaciones de embargo, letras A y B, el anotante letra B vence en una tercería de mejor derecho interpuesta en el procedimiento que motivó la anotación letra A. Presentado en el Registro mandamiento judicial ordenando que se haga constar la preferencia del embargo letra B sobre el de la letra A, confirma la Dirección General la nota denegatoria del Registrador, que entendió que las tercerías de mejor derecho no pueden provocar asiento alguno en el Registro, pues sólo determinan una preferencia de cobro entre los créditos en litigio, cuestión esta de carácter personal que queda fuera del Registro. Se basa el Centro Directivo en que el embargo es un acto procesal cuyo objetivo no es el de constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva, sino el de asegurar el buen fin de la ejecución... a su vez el objeto exclusivo de la tercería de mejor derecho es precisamente la determinación de ese orden, sin que de ello pueda deducirse una alteración de la prioridad respectiva entre los embargos... recomendando la Dirección la conveniencia de que la sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho sea reflejada en el Registro mediante nota al margen de la anotación de embargo ordenada en el procedimiento en que se interpuso la tercería.

Las Resoluciones de 23 y 24-4/96 (reiteradas 3-6-96; y ver 22-11-88) se ocupan de la cuestión de *constancia registral*. El Registrador deniega la constancia registral de la preferencia de un embargo derivado de una tercería de mejor derecho. La DGRN confirma la nota. En su favor podía argumentarse (recurrente): la no constancia hace inútil la interposición y estimación de la tercería; debe admitirse el negocio de posposición de un embargo anterior a otro posterior, como se hace en la hipoteca. En contra, se argumenta: la posposición se adapta mal a la anotación de embargo en relación con la hipoteca; el embargo es un acto procesal, de trascendencia jurídico-real, pero cuya finalidad no es constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva; la colisión entre embargos no debe confundirse con la existente entre los créditos subyacentes; el objetivo exclusivo de la tercería es la determinación del orden en que, con el precio obtenido, se efectuará el pago de los créditos concurrentes, sin que pueda deducirse de aquí una alteración de prioridad. No obstante sería conveniente que la sentencia estimatoria de la tercería de mejor derecho se reflejara por medio de una nota al margen de la anotación.

segundo del mismo artículo —es decir, embargo que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor— será obligatoria la anotación según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El nuevo artículo 629 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero, en vigor el 8 enero 2001) dice: «...el Tribunal, a instancia del ejecutante, librará mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad...»

El carácter gramaticalmente imperativo de estos preceptos ha dividido a la doctrina sobre la naturaleza obligatoria y, en su caso, constitutiva del embargo, de la anotación preventiva. Recogemos distintas posiciones doctrinales.

1. *Lo obligatorio no es la anotación, sino la presentación del mandamiento al Registro.* JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (57) se plantea el problema de la naturaleza de la anotación respecto a la constitución del embargo, partiendo de dos cuestiones:

- Las anotaciones de embargo pertenecen al grupo de las denominadas *anotaciones constitutivas*, tomada la expresión, no en el sentido de que sea necesaria la anotación para la constitución y validez del embargo, sino para hacer constar que a la relación básica anotada se une un elemento nuevo, un derecho de garantía sobre el valor en cambio de la finca. La anotación no se limita a publicar el crédito asegurado, con vistas a los futuros adquirentes de la finca embargada, sino que dota al mismo de una garantía de efectos semi-hipotecarios, que ha hecho decir al profesor PRIETO CASTRO que la anotación tiene carácter constitutivo.
- Si la anotación es o no constitutiva del embargo es problema resuelto negativamente por el TS y la DGRN desde la Resolución de 22-11-29- que declaró que las anotaciones de embargo no tienen carácter de obligatorias para que las enajenaciones decretadas como consecuencia del juicio ejecutivo sean válidas.

Propone una solución intermedia: en vista de la legalidad vigente es obligatoria la expedición al Registro del mandamiento de embargo y la unión a los autos del mandamiento calificado, pero sin que el embargo no anotado suspenda el curso de los autos ni influya en la validez de la enajenación realizada. Es decir, en resumen, que lo *obligatorio no es la anotación, sino la presentación del mandamiento al Registro* y, mediante esta fórmula interpretativa, se hace factible el

(57) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

embargo de fincas no inscritas, no siendo necesaria la anotación para la constitución del embargo.

2. *La anotación es obligatoria cuando se decreta el embargo en juicio ejecutivo.* MANUEL VILLARES PICO (58) dice que el «Podrán pedir anotación preventiva...» del artículo 42 LH, no debe interpretarse en el sentido de que en todos los casos del artículo la anotación sea voluntaria. Constituye una excepción el artículo 43, párrafo 2.º LH: «En el caso del artículo 42.2.º cuando se trate de juicio ejecutivo, será obligatoria la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1.543 de la Ley de Enjuicimiento Civil.» El artículo 953 de la Ley Procesal anterior exigía la anotación del embargo. El artículo 43 LH, si no ha de carecer de contenido, o imprime carácter constitutivo a la anotación de embargo o se establece la anotación como requisito procesal, al igual que el artículo 1.453 LEC. MANRESA entendía que el trámite de expedición del mandamiento es obligatorio como trámite procesal, aunque luego haya dificultades para la práctica de la anotación, siendo inscribible la adjudicación de la finca embargada (R. 22-11-29). No obstante, la STS de 14-10-65 prescinde de la esencial obligatoriedad de la anotación preventiva, con infracción del artículo 43 LH y en contradicción con el artículo 69 LH y merma de los derechos de terceros.

La anotación de embargo, como la de crédito refaccionario, no es un asiento provisional ni transitorio porque, como la inscripción de hipoteca, cumplen su cometido hasta hacerse efectivo el crédito que garantizan, sin esperar a otro asiento definitivo, y refuerzan un derecho personal con la realización del valor de la finca gravada.

3. *El embargo es ineficaz sin la anotación preventiva.* JUAN MIGUEL OSSORIO SERRANO (59) defiende la tesis de la ineficacia del embargo si falta la anotación preventiva. Entiende que la anotación preventiva de embargo está revestida de caracteres constitutivos, en el sentido ya explicado por CAPO BONNAFOUS de que «publica constituyendo», y como resultado de la conjunción de tres presupuestos: que la obtención de la garantía registral presupone la existencia de un verdadero procedimiento; que el embargo como afección de los bienes con finalidad garantizadora es la situación jurídica a que da lugar en su totalidad ese procedimiento; y que si atendemos a los fines que pretende y a los efectos a que tiende esa actividad garantizadora, sin el requisito registral el embargo trabado resultaría ineficaz.

(58) «Anotaciones preventivas», en *RCDI*, enero-febrero 1968, núm. 464, págs. 36, 38 y 39.

(59) *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*. Universidad de Granada, 1986, pág. 97 y sigs.

En parecida línea, JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (60) enseña que el embargo es una medida preparatoria de la ejecución y, por sí mismo, no otorga preferencia ni privilegio alguno (RR 6-9-88, 22-11-88 y 10-5-89). Pero también supone la desposesión del titular y la puesta del bien en administración (STS 4-4-80, art. 1.921). El embargo debe anotarse preceptivamente en el Registro de la Propiedad si se refiere a inmuebles (art. 1.453 LEC) y con ello adquiere el rango propio de la anotación preventiva. No obstante, una reiterada Jurisprudencia declara la eficacia y validez del embargo aunque no se anote en el Registro.

4. *La anotación de embargo ni es obligatoria ni tiene carácter constitutivo.* RAFAEL RIVAS TORRALBA (61), autor de uno de los estudios más completos sobre la anotación de embargo, mantiene que *la anotación de embargo no tiene carácter constitutivo*. A favor de este carácter —dice— se suelen citar determinadas expresiones legales: artículos 1.409.I y 1.453 LEC; y artículo 43.II LH, que han llevado a buen número de autores (COSSÍO, ROCA SASTRE, inicialmente, PRIETO CASTRO, LORCA GARCÍA, PUIG BRUTAU, VIDAL FRANCÉS) a afirmar el carácter constitutivo de la anotación de embargo. La opinión mayoritaria, no obstante, es contraria al mismo (DE LA RICA, CARRE-RAS LLANSANA, MAZUELOS CARMONA, LACRUZ-SANCHO, Díez-PICAZO, CAMY, RIFA SOLER, CHICO ORTIZ, CANALS BRAGE, ROCA SASTRE en un segundo momento, SARMIENTO RAMOS).

El TS afirma reiteradamente que el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta (vid. RDGR de 12-6-89) y la anotación no puede condicionar su existencia (62).

La DGRN argumenta también en contra (RR. 6-9-88 y 12-6-89):

- Ningún precepto establece el carácter constitutivo.
- El carácter obligatorio de la anotación (arts. 43 LH y 1.453 LEC) debe conjugarse con el principio de rogación.
- La expresión legal (arts. 764 y 1.409 LEC) de limitarse el Juez a librar mandamiento al Registrador «para que extienda la correspondiente anotación preventiva», sólo quiere decir que acordado el embargo, no

(60) «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso». Libro *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, págs. 595 y sigs.

(61) *Anotaciones de embargo II*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994, págs. 61, 69, 87 y 95 y sigs.

(62) La STS de 7-1-92 declara que no es obligada ni necesaria la anotación. La fecha decisiva a efectos de que un tercerista pueda demostrar que la finca estaba o no gravada cuando la adquirió es la de la traba judicial. La anotación sólo otorga prioridad sobre los actos dispositivos y créditos posteriores a aquella fecha, pero no sobre los anteriores.

proceden otras medidas como el secuestro o la intervención en la administración.

- Por el contrario, hay datos que abonan la tesis de que el embargo se constituye enteramente en la esfera judicial (art. 1.403 LEC) y existe antes de la anotación: artículos 1.373 del Código Civil y 144.1 RH: notificación del embargo, luego ya existe, antes de la anotación; artículo 38.III LH: el embargo no anotado puede dar lugar a la terceraía registral; artículos 1.493 y 1.497 LEC y 140 RH: el embargo puede ser actuado hasta el remate, aún sin anotación.

El autor, en definitiva, señala, muy atinadamente, las absurdas consecuencias a que llevaría el mantenimiento a ultranza del carácter constitutivo de la anotación de embargo: las fincas no inmatriculadas serían inembargables (argumento STS 17-11-96); la vía de apremio no podría iniciarse sin que antes se practicara la correspondiente anotación; la cancelación por caducidad de la anotación acarrearía la extinción del embargo.

En el mismo sentido, JUAN SARMIENTO RAMOS (63) afirma —en torno al *carácter constitutivo de la anotación* para la existencia del embargo o para su eficacia frente a terceros—, que el embargo existe y produce todos sus efectos sustantivos y procesales, incluida la prevalencia sobre los actos dispositivos posteriores desde el momento en que se practica la diligencia judicial (arts. 1.442 y 1.454 LEC), excepto el efecto de preferencia creditual, que no es inherente al embargo, sino inherente a la anotación *ex* artículos 44 LH y 1923.4.º del Código Civil.

5. *Aunque el embargo exista, los efectos reales de garantía exigen la anotación.* JUAN SARMIENTO RAMOS (64) si bien critica la concepción dominante sobre el pretendido carácter constitutivo de la anotación, que acentúa el riesgo de inoperatividad del embargo, al dejarlo indefenso frente a las enajenaciones efectuadas entre la traba judicial y su reflejo registral, aunque no se inscriban, no obstante, propugna distinguir entre los efectos procesales y sustantivos que, como regla general, se producen desde que se efectúa la diligencia judicial de embargo, y los efectos de preferencia creditual a que aluden los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923.4.º del Código Civil, que quedan supeditados a la extensión de la anotación en el Registro.

Una solución también intermedia es la que propone JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (65): la distinción enérgica entre los actos procesales concordantes

(63) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993.

(64) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, cit. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, págs. 14 y sigs.

(65) Trabajos y págs. citados.

con la acción personal planteada en el pleito (embargo procesal), y los actos relacionados con el efecto real de la garantía que supone la anotación del embargo.

Por mi parte, criterio contrario al carácter constitutivo de la anotación de embargo había recogido en trabajos anteriores (66). Además de los estudios doctrinales que han quedado citado, aludía a la Jurisprudencia que ahora me permito reiterar:

- La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1967, declaró tajantemente que quien obtenga mandamiento de embargo es libre de pedir o no la anotación, pero, si no lo hace, aquél no producirá efectos *erga omnes*, que sólo el Registro asegura. En reiterados fallos tiene, además, declarado que el embargo existe desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente y la anotación no puede condicionar su existencia.
- La DGRN ha declarado (RR. 6-9-88 y 12-6-89) que «en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva», que la anotación de embargo es obligatoria, pero no constitutiva, y que el «carácter obligatorio de la anotación de embargo debe conjugarse con el principio de rogación y con la realidad positiva de que nuestra legislación supone que el embargo existe y puede ser actuado aún sin anotación preventiva». Hay, por el contrario, en nuestro Derecho datos positivos que abonan la tesis de que el embargo es una medida que se constituye enteramente en la esfera judicial: artículos 63-12 y 1.403 LEC; el asiento de anotación procede a petición del que «obtuviere mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo (hecho pasado) en bienes inmuebles del deudor»: artículo 42.2.º LH; antes de la anotación puede proceder la notificación del embargo (luego ya existe): artículos 1.373 del Código Civil y 144.1 RH; el embargo no anotado —y, por hipótesis, no anotable— es el que puede dar lugar a la llamada tercería registral: artículo 38.III LH; aún sin la anotación preventiva (porque no esté inmatriculada la finca, porque caduque la anotación de suspensión de la anotación de embargo o la misma anotación), el embargo puede ser actuado hasta el remate, a salvo los derechos de los interesados: artículos 1.493 y 1.497 LEC y 140 RH.

Esta posición —siguen diciendo las Resoluciones— está apoyada en doctrina reiterada del Tribunal Supremo, conforme a la cual el embargo existe

(66) *Derecho Registral Inmobiliario. Para iniciación y uso de universitarios*. Vol. II, págs. 851 y sigs. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1994.

jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro oportuno y la anotación no puede condicionar su existencia ni tener respecto de ella un valor constitutivo (sentencias de 14-10-65, 19-4-71, 27-7-77, 4-4-80 y 24-11-86). Es también la solución más conforme con la doctrina del Alto Tribunal respecto de la tercería de dominio que, al ser una cuestión de preferencia, se precisa invocar un título dominical vigente al efectuarse judicialmente la traba para que pueda el tercerista obtener el respeto y protección que reclama (sentencia de 7-7-88, 25-11-26, 15-3 y 22-6/28, 4-4-80, entre otras) y no tendría sentido que la protección de las adquisiciones posteriores a la traba (y anteriores a la anotación de la traba en el Registro) fuera excluida de la vía de la tercería y se dejara, en cambio, abierta la acción reivindicatoria en proceso independiente que, de prosperar, haría inútil toda la ejecución ultimada.

VII. LOS PRIVILEGIOS PATRIMONIALES Y LA ANOTACION DE EMBARGO

JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (67), en relación con *los privilegios patrimoniales*, recoge doctrina extranjera sobre si son derechos subjetivos o derechos reales.

- No son derechos reales ni de crédito, sino simples *cualidades* de un derecho, o *propiedades* de un derecho en términos folosóficos (BONNAECASE).
- Son propios y verdaderos derechos subjetivos: intereses jurídicamente protegidos (IHERING); poderes o facultades del titular (SAVIGNY, WINSCHIED); poderes atribuidos a una persona por el ordenamiento jurídico, de origen legal (KELSEN, ENNECERUS, GOLDSCHMIDT).

En cualquier caso:

- No constituyen una relación jurídica independiente de aquélla de que dimanen, sino que son derechos satélites de ella.
- Deben su origen a la ley.
- Están en relación de interdependencia con las relaciones o instituciones jurídicas.

(67) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

Nuestro Código Civil establece dos clases de privilegios: especialísimos con relación a determinados bienes muebles o inmuebles del deudor (arts. 1.922 y 1.923); generales en relación con los demás bienes del deudor (art. 1.924). El privilegio especial se antepone al general.

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (68), estima que, aunque los privilegios crediticios se consideran una materia confusa y caótica, existen unas líneas dominantes claras y sencillas:

- Preferencia del comprador sobre el acreedor.
- Oponibilidad del contrato de venta en la tercería de dominio.
- Régimen particular de la oponibilidad de contratos de venta frente a la ejecución hipotecaria.
- Oponibilidad de la adquisición de la propiedad en subastas judiciales que implica la liberación de gravámenes en la enajenación judicial de los bienes. Como consecuencia de la transmisión de la propiedad del bien éste se libera de todas las cargas anteriores no inscritas.
- Si la propiedad real y efectiva correspondía a un tercero distinto del embargado, nada adquiere el adjudicatario en la subasta judicial. Como declara la STS 19-11-92, el que embarga al titular registral y anota su embargo en el Registro de la Propiedad no adquiere la condición de tercero hipotecario y, en consecuencia, cabe demostrar aún después de la enajenación judicial que la cosa no pertenecía al titular registral. La adquisición en subasta judicial no es un acto originario de adquisición de la propiedad, por lo que el verdadero propietario siempre puede hacer valer su propiedad en el juicio declarativo correspondiente.

La inscripción en el Registro es un sistema de determinación del rango crediticio (69). El moderno Registro de la Propiedad como mecanismo único de determinación del rango de los créditos inmobiliarios. En este contexto, la anotación de embargo aparece con una doble función:

- Reserva de rango (art. 44 LH y 1.923.4 del Código Civil). Es decir, el reconocimiento de la ineficacia relativa de los actos de disposición o créditos constituidos con posterioridad a la anotación y aunque se trate de créditos privilegiados.

(68) «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso». Libro *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, págs. 595 y sigs.

(69) JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, «Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en *RCDI*, marzo-abril 1995, núm. 627, págs. 291 a 358.

- Preferencia crediticia. Otorga a la anotación preventiva rango crediticio distinto del rango originario del crédito reclamado, al reconocerle, en consonancia con la eficacia de las antiguas hipotecas judiciales, una preferencia similar a la de la hipoteca en función de la fecha de su inscripción (art. 1.927 del Código Civil).

Esta tesis se apoya:

- En los orígenes históricos de la anotación de embargo como heredera de la antigua hipoteca judicial.
- En la identidad de naturaleza entre la inscripción de hipoteca voluntaria y la anotación preventiva (art. 1.927.2 del Código Civil).
- La naturaleza del Registro como instrumento general de ordenación del crédito, evitando maniobras fraudulentas, dando seguridad a las relaciones patrimoniales y limpiando las cargas ocultas de la titulación (sistema de inoponibilidad de títulos no inscritos: art. 32 LH y 1.473 del Código Civil), todo lo cual está al servicio de la credibilidad y eficacia de los procedimientos judiciales de ejecución.
- La propia coherencia del proceso ejecutivo se contradice si la anotación de embargo no cierra el Registro a la escritura pública anterior de venta, lo que implica que no puede inscribirse la escritura de remate después de un complejo proceso ejecutivo, pues basta que el adquirente anterior a la anotación preventiva haya inscrito su derecho en cualquier momento anterior a la inscripción de la adjudicación judicial para que se cierre el Registro a la venta judicial (R. 3-10-85). Sin necesidad siquiera de terceraía, toda la larga y costosa actividad procesal de ejecución merece ser arrojada a la basura.

La Jurisprudencia, sin embargo, ha realizado, desde la misma publicación del Código Civil, una interpretación restrictiva de la eficacia de la anotación de embargo, a la que sólo le reconoce la reserva de rango, pero no los efectos ofensivos propios de la antigua hipoteca judicial, siguiendo los planteamientos de la más prestigiosa doctrina civil e hipotecaria.

Desde luego, el reconocimiento de la eficacia ofensiva de la anotación de embargo supondría una auténtica revolución en el régimen de los privilegios crediticios que agrupa JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (70) de la siguiente manera:

I. *Privilegios especiales*, que tienen preferencia absoluta sobre los generales (arts. 1.926, 1.927, 1.929 del Código Civil). Incluye aquí:

(70) «Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en *RCDI*, marzo-abril 1995, núm. 627, págs. 291 a 358.

1. Los *superprivilegios*: El superprivilegio de la Hacienda Pública (estatal, municipal, provincial, regional); el superprivilegio de los aseguradores; el superprivilegio del crédito salarial; el superprivilegio de los créditos por gastos de comunidad en la PH (art. 9.5 LPH); los créditos por avituallamiento, reparación y contratos de servicio de capitán y tripulación en el contrato de transporte naval (Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930).

2. La *inscripción registral* como privilegio inmobiliario: La inscripción como sistema de determinación del rango crediticio; la anotación preventiva como mecanismo único de determinación del rango de los créditos inmobiliarios; las cédulas hipotecarias.

3. Los privilegios *refaccionarios*.

II. *Privilegios generales*, que son de segundo rango y personales, pues sólo se pueden hacer efectivos contra la persona del deudor.

El Código Civil (art. 1.924) distingue tres órdenes de privilegios generales, graduados entre sí y que se constituyen en órdenes excluyentes de preferencia:

1. Créditos tributarios (art. 71 LGT).
2. Privilegios concursales.
3. Privilegios escriturarios.

Privilegios generales en otras leyes:

4. Privilegio de los créditos salariales (art. 32.3 ET). Dicen las SSTs 25-9-85 y 12-2-92 que el crédito salarial común es preferente entre los privilegios generales, aunque haya anotación preventiva de un crédito distinto. No obstante, para que la preferencia sea efectiva es necesario que se devenguen con anterioridad a la anotación del embargo del ejecutante (STS 26-3-91).

5. Créditos derivados de la propiedad intelectual.

6. Créditos por cuotas de la seguridad social (Ley 40/1980, de 5 de julio).

VIII. EL ARTICULO 44 DE LA LEY HIPOTECARIA Y LOS ARTICULOS 1.923.4.º Y 1.927.2.º DEL CODIGO CIVIL

En general, todos los autores reconocen la existencia de una literal antinomia entre los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, aunque tratan de superarla con diversas interpretaciones (71).

(71) Para extraer las conclusiones que, bajo mi responsabilidad, enumero, he seguido sustancialmente el esquema propuesto por RAFAEL RIVAS TORRALBA en su libro *Anota-*

1. EL ARTÍCULO 1.923 REGULA LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS
Y EL ARTÍCULO 1.927 SU PRELACIÓN

JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (72) estudia *el artículo 44 LH en relación con los artículos 1.923.4.º y 1.927.2.º del Código Civil*. En la LH de 1.861, el artículo 44 decía: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, será preferido en cuanto a los bienes anotados solamente a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación». Es decir, mal que bien, señalaba los efectos de las anotaciones de embargo. En cambio, en las dos Leyes Hipotecarias siguientes el precepto queda en blanco, limitándose a hacer remisiones al Código Civil.

En la LH de 1909 decía: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en los artículos 1.923 y siguientes del Código Civil».

En la LH vigente de 1946 se reitera la LH de 1909, salvo en el inciso final del artículo 44, que dice: «...la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil».

Estima que la modificación carece de trascendencia y no ha modificado la doctrina de la LH anterior al centrar la protección de los derechos anotados exclusivamente en el artículo 1.923 del Código Civil. El artículo 1.923 se fija en los créditos para determinar su preferencia entre los anotados sobre una misma finca; el artículo 1.927 atiende a las fechas de las diferentes anotaciones para determinar la preferencia entre ellas conforme al principio *prior in tempore...*, sin tener en cuenta para nada la antigüedad de los créditos.

El artículo 1.923 soluciona la colisión con arreglo a los principios de derecho sustantivo, conforme al cual las anotaciones de embargo no crean rango alguno de preferencia en favor del anotante en cuanto al pasado. El artículo 1.927 determina que las anotaciones de embargo crean un rango específico de preferencia en favor del anotante sobre todo lo inscrito o anotado con posterioridad, cualquiera que sea la fecha de constitución de los crédito o derechos.

Ante esta divergencia entre los dos artículos, ¿cuál de las posiciones debe prevalecer?

ciones de embargo II, págs. 84 y sigs., libro reiteradamente citado en este trabajo y auténtico tratado sobre la materia, al que añado escasas aportaciones personales.

(72) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

Para el TS las anotaciones de embargo sólo conceden preferencia al crédito anotado sobre los créditos y actos dpositivos contraídos con posterioridad a la propia anotación. Es decir, da preferencia a la prioridad sustantiva del artículo 1.923.4.º sobre la hipotecaria del artículo 1.927.2.º

La DGRN, en general, sigue la doctrina del TS. No obstante, en la Resolución de 24-6-44 hizo prevalecer una anotación de embargo sobre una inscripción de dominio practicada con posterioridad a la anotación pero en virtud de un título de fecha anterior a la misma, fundándose en que el tercer poseedor no había interpuesto en tiempo la correspondiente tercería de dominio.

Los hipotecaristas resuelven generalmente la divergencia entre los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil a favor del primero de ellos. Para el autor, los dos textos, aunque literalmente son contradictorios, no son incompatibles entre sí, sino que ambos se complementan mutuamente porque examinan los hechos a que se refieren en terrenos jurídicos distintos. Hay que partir de la distinción entre *clasificación* de créditos (arts. 1.921 a 1.925 del Código Civil) o distribución de los créditos reconocidos contra un mismo deudor en grupos para determinar el orden con que han de ser pagados; y *prelación* de créditos (arts. 1.926 a 1.929 del Código Civil) o determinación del orden de pago de los acreedores dentro de cada grupo.

El artículo 1.923 del Código Civil lo que hace es respetar en el artículo 1.927.2.º el sistema de privilegio de la LH en tanto no se hallan clasificados debidamente los créditos por los interesados o por el Juez, dentro del juicio universal o particular (tercería), en base a la presunción legitimadora del Registro.

Respecto de la *situación de los créditos personales de igual o simultáneo rango*, explica que, en relación con la hipoteca, el problema lo ha resuelto el artículo 227 RH (en relación con los arts. 127, 131, 135, 157 y 195 LH) que los considera preferentes a efectos del procedimiento ejecutivo: la finca se transmite al adquirente con la carga correspondiente a la parte de la hipoteca no ejecutada, la cual queda subsistente.

¿Son aplicables estas reglas a la anotación de embargo? Los créditos garantizados con anotaciones de embargo tendrán el rango (simultáneo o preferente) que corresponda al asiento de anotación, mientras no sea alterado por los interesados o por el Juez.

Puede ocurrir: a) Si se trata de una sola anotación en favor de varios acreedores (independientes o en régimen de mancomunidad), surgen tantas anotaciones simultáneas como acreedores, si del título o mandamiento no resulta otra cosa, tomándose la anotación a favor de todos ellos en la proporción correspondiente a sus respectivos créditos. b) Si se trata de varias anotaciones sobre una misma finca, tendrán, en principio, el rango que corresponda a su fecha, a no ser que los interesados o el Juez las consideren todas del mismo rango.

En armonía con su tesis, plantea JUAN MARÍA MAZUELOS CARMONA (73) el problema cancelatorio, distinguiendo:

a) *Cancelación de asientos de cargas y gravámenes anteriores a la anotación de embargo*. La regla general es que la preferencia de los asientos se determina por su fecha, sin que el carácter privilegiado de los derechos en ellos contenidos influya en la alteración del rango hipotecario, salvo preceptos expresos de la ley.

Esta regla general es aplicable a las anotaciones de embargo, sin que la norma del artículo 1.923.4.º del Código Civil en relación con el artículo 44 LH la modifique, a no ser que los presuntos perjudicados por un asiento anterior hagan uso de la preferencia sustantiva del Código Civil.

En resumen, las cargas y gravámenes *anteriores* a la del ejecutante quedan subsistentes; y las inscripciones y anotaciones *posteriores* se cancelan, sin perjuicio de que algunas puedan quedar subsistentes. La preferencia del artículo 175.2.º RH es una preferencia de asientos, no de créditos o derechos, que se fija por las fechas de las respectivas inscripciones o anotaciones (74).

b) *Cancelación de asientos de cargas y gravámenes posteriores a la anotación de embargo*. Se extinguen por consecuencia de la enajenación de la finca (regla aplicable a todos los procedimientos de ejecución), sin perjuicio de la subsistencia de las preferentes que hayan hecho uso de su derecho de preferencia, y los asientos posteriores se cancelan (art. 1.516 LEC y 175.2.º RH). Se exceptúan:

- Hipotecas legales tácitas a favor del Estado... (art. 194 LH).
- Hipoteca legal a favor de los aseguradores... (art. 196 LH).
- Anotaciones por créditos salariales.
- Hipotecas a favor del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional (Reglamento 27-7-39).
- Anotaciones o inscripciones antepuestas convencional o judicialmente.

(73) «Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1955, núms. 330-331, págs. 657 a 699. Y continuación en *RCDI*, marzo-abril 1956, núms. 334-335, págs. 145 a 205.

(74) La Resolución de 28-7-89 declara que inscrita la enajenación judicial durante la vigencia de la anotación de embargo, se consume su virtualidad y ha de cancelarse (art. 206-2 RH). La prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación y, por eso, las cargas y gravámenes posteriores sufren la subordinación respecto de la enajenación judicial, lo que determina la extinción de tales cargas y la consiguiente cancelabilidad. Es indudable la eficacia cancelatoria del mandamiento dictado por el Juez.

2. PREFERENCIA SOBRE LOS CRÉDITOS POSTERIORES Y SOBRE LOS ANTERIORES
NO PRIVILEGIADOS

Para JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (75), la anotación de embargo concede preferencia sobre los créditos posteriores a la anotación; sobre los créditos anteriores que no tengan una razón especial de prelación sobre el anotado, es decir, que, en caso de concurso y no interviniendo la anotación, se liquidarían a la vez.

3. EL ARTÍCULO 1.923 ES UNA NORMA SUSTANTIVA Y EL ARTÍCULO 1.927
UNA NORMA REGISTRAL

Para JOSÉ MARÍA RIFA SOLER (76), no existe incompatibilidad entre los artículos 1.923.4.º y 1.927.2.º del Código Civil que están llamados a operar en campos distintos. El primero contiene normas de prelación civil de créditos basados en criterios de derecho sustantivo. Su aplicación corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales a través del juicio declarativo correspondiente. El segundo acude a los principios del derecho registral, concretamente a los de prioridad y legitimación, para resolver la preferencia entre distintos créditos.

JUAN SARMIENTO RAMOS (77) opina, en este sentido, que la *preferencia* a que aluden los artículos 131.8.ª y 133, párrafo 2.º LH no es la de los *créditos* subyacentes, sino la de los *gravámenes*, que se resuelve por el principio *prior in tempore*.

4. EL ARTÍCULO 1.927 REGULA UN CONFLICTO ENTRE CRÉDITOS,
NO ENTRE DERECHOS REALES

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (78) partió de la antinomia entre los artículos 1.923.4.º y 1.927 del Código Civil que debía resolverse a favor de este último. Posteriormente (79), ha estimado: en los conflictos entre créditos

(75) *Derecho Inmobiliario Registral. Elementos de Derecho Civil, III bis*. Librería Bosch, Barcelona, 1984, págs. 225 y sigs.

(76) *La anotación preventiva de embargo*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 272 y sigs.

(77) *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

(78) *El tópico de los efectos limitados...*, cit., págs. 235 y sigs.

(79) En su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo II, págs. 768 y sigs. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1993. El propio autor habla de «Nuestra matizada posición actual».

que pretenden satisfacerse sobre el bien embargado, debe aplicarse el artículo 1.927.2 del Código Civil, sin que los créditos escriturarios del artículo 1.924 puedan pretender anteponerse, ya que los anotados tienen preferencia especial y los escriturarios sólo preferencia general.

5. EL ARTÍCULO 1.923 REGULA LA PREFERENCIA SOBRE LOS CRÉDITOS POSTERIORES; EL ARTÍCULO 1.927 SOBRE LOS NO ANOTADOS O ANOTADOS DESPUÉS

Para FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO (80), la anotación de embargo concede preferencia: respecto de los créditos posteriores a la anotación (art. 1.923); y respecto de los créditos anteriores del mismo rango no anotados o anotados después (art. 1.927). Por otra parte, estima incluida en el ámbito de la calificación registral la apreciación de la preferencia creditual, en tanto no se decida en el correspondiente juicio ordinario.

6. EL ARTÍCULO 1.923 CONCEDE UNA PREFERENCIA CONDICIONADA SOBRE CRÉDITOS POSTERIORES

Para JOSÉ MANUEL REY PORTOLÉS (81), el artículo 1.923.4.º del Código Civil debe interpretarse como establecedor de una preferencia condicionada a que se haga valer de modo exclusivo frente a créditos nacidos con posterioridad a la anotación preventiva. Aceptado esto, estima que no hay contradicción entre los artículos 1.923.4.º y 1.927.II.2.ª del Código Civil, pues los créditos comprendidos en el primero sólo entrarán en la pugna que el segundo resuelve con el criterio de prioridad.

7. EL ARTÍCULO 1.923 REGULA EL ORDEN SUSTANTIVO DEL PRIVILEGIO; EL ARTÍCULO 1.927, EL ORDEN PROCESAL DE COBRO

FERNANDO CANALS BRAGE (82) no encuentra antinomia entre los artículos 1.923.4.º y 1.927.2 del Código Civil: el primero se ocupa del aspecto sustantivo del privilegio; el segundo, del orden procesal, del orden de cobro.

(80) En su trabajo *Anotaciones de embargo y principio de prioridad*. Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña y Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1987, págs. 105 y sigs.

(81) *Prelación de créditos con embargo anotado*, cit., págs. 345 y sigs.

(82) Trabajo citado.

8. DISTINCIÓN ENTRE PRIVILEGIO Y RANGO HIPOTECARIO

RAFAEL RIVAS TORRALBA (83) concreta así las ideas que estima más acertadas y seguras:

- Hay que partir de la clara delimitación de los conceptos de privilegio crediticio y de prioridad o rango hipotecario. El privilegio es una cualidad del crédito, no negociable, atribuida por normas jurídicas diversas (civiles, mercantiles, laborales o administrativas). Sólo origina una anteposición en el pago en caso de concurrencia con otros créditos y siempre que se haga valer por la vía procesal oportuna. No es un derecho real que alcance su plena eficacia por la publicidad registral. La prioridad o rango hipotecario deriva del orden registral de los asientos (salvo los supuestos de hipoteca legal tácita y de carga real), pero también de la voluntad de los particulares, en la medida en que el rango es negociable. Es una situación registral. Su función consiste en determinar cuáles son los asientos registrales que han de subsistir o ser cancelados como consecuencia de un proceso de ejecución, partiendo de la regla general en nuestro Derecho (arts. 131 LH, 1.518 LEC, 175 y 236.1.3 RH, 161 RGR) que impone la cancelación de los asientos posteriores al gravamen que se ejecuta y la subsistencia de los anteriores.
- No deben interferirse los planos personal y real trasvasando a los embargos las preferencias entre los créditos respectivos: ni el embargo altera la naturaleza personal del crédito que lo motiva, convirtiéndolo en real, ni éste confiere a aquél su preferencia (R. 22-11-88).
- El acreedor que obtenga anotación de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos posteriores a la fecha misma en que la anotación se produce (art. 44 LH y 1.923 del Código Civil). Pero ello no quiere decir que los créditos anteriores a la anotación hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo, o al embargo mismo todavía no anotado. La colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las normas sobre concurrencia y prelación de créditos (RR. 6-9-88 y 12-6-89).

Más concretamente, el crédito garantizado con anotación de embargo goza de preferencia sobre:

1. Los créditos posteriores, anotados o no, aunque sea alguno de los que gozan de preferencia general, ya que ésta cede frente a la especial derivada

(83) Obra citada, págs. 92 y sigs.

de la anotación. No obstante, gozan de preferencia sobre el anotado, aunque sean de fecha posterior: los créditos salariales del artículo 32.1 ET; los tributarios protegidos por hipoteca legal tácita; los créditos por gastos comunes de la propiedad horizontal, amparados en la afección real del artículo 9.52 LPH.

2. Los créditos anteriores no anotados que no gocen de especial prelación sobre el anotado. El mejor derecho al cobro vendrá determinado por la aplicación de las normas de derecho sustantivo, anteponiéndose en consecuencia al crédito anotado, siempre que éste no goce de preferencia con independencia de la anotación:

- Los créditos salariales amparados por el artículo 32.3 ET.
- Los créditos de derecho público (arts. 31 y 32 LGP y art. 34.1 RGR).
- Los créditos por cuotas de la seguridad social y conceptos de recaudación conjunta (art. 15, Ley 5 de julio de 1980 y art. 29 RGRSS).
- Los créditos incluidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 1.924 del Código Civil.
- Los créditos que, aún siendo de fecha anterior a la anotación, no disfruten de preferencia frente al anotado ni consten en alguno de los títulos mencionados en el número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, no prevalecen sobre el crédito anotado.

9. EL ARTÍCULO 1.924 ESTABLECE PREFERENCIA SÓLO SOBRE CRÉDITOS POSTERIORES; EL ARTÍCULO 1.927 DETERMINA LA PRELACIÓN ENTRE LOS INSCRITOS O ANOTADOS

CELESTINO PARDO NÚÑEZ (84) resume su opinión sobre la posible antinomia entre los artículos 1.923.4 y 1.927.2 del Código Civil —que entiende no existe— sobre la siguiente base discursiva:

— Según el artículo 1.923.4 del Código Civil, los **créditos preventivamente anotados** en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, **por embargos**, secuestros o ejecución de sentencia, gozan de preferencia sobre los bienes anotados, pero **sólo en cuanto a créditos posteriores**.

Por el contrario, según el artículo 1.927.2, los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados o inscritos (que se expresan en el número 3 del citado art. 1.923), y los créditos preventivamente anotados por embargos, secuestros o ejecución de sentencias (comprendidos en su número 4), gozarán de prelación entre sí **por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad**.

(84) *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Estudios Jurídicos. Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Madrid, 1997, págs. 91 y 92.

— La antinomia no existe. Los ámbitos de los artículos 1.923.4 y 1.927.2 del Código Civil son diferentes y, en consecuencia, no se ocupan de la misma cuestión: el artículo 71 LH, como eslabón que es entre ellos, permite explicar la aparente contradicción. Según su texto, **la enajenación o gravamen de inmuebles o derechos anotado únicamente deja de perjudicar a los acreedores a cuyo favor se ha practicado la anotación.** Por tanto, la enajenación o gravamen sí perjudica a todos los demás acreedores: en concreto a aquéllos que, por la razón que sea, no han anotado los bienes o derechos de embargo.

— De este modo, la preferencia que dispone el artículo 1.923.4 del Código Civil únicamente operará entretanto el inmueble o derecho anotado no haya sido todavía transmitido o gravado por el deudor, por lo que su valor se lo disputan solo créditos, estén o no anotados.

En cambio, el artículo 1.927.2 entrará en acción cuando el derecho anotado ha sido gravado, *a fortiori* cuando fue transmitido. En este caso, los créditos que no estén anotados automáticamente quedan postergados: los derechos de naturaleza real por hipótesis, precisamente por razón de su naturaleza real, no pueden admitir que disputen el valor de la finca o derecho embargado créditos de su causante que no estén anotados.

En resumen, la eficacia del crédito anotado, si concurren al cobro sólo créditos (anotados o no), será sólo personal. Por el contrario, se volverá real si concurren derechos reales. El artículo 71 LH formula así una regla general que, para el caso de colisión del crédito anotado con derechos de realización de valor, concreta el artículo 1.927.2 del Código Civil.

IX. DOS CUESTIONES HIPOTECARIO-PROCESALES: COMPETENCIA JUDICIAL Y DEMANDA CONJUNTA

1. COMPETENCIA JUDICIAL

Tratándose de anotaciones ordenadas por la autoridad judicial, como es el caso de la anotación de embargo, el artículo 165.2.º párrafo RH disponía que «el mandamiento será siempre expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro donde deba extenderse la anotación preventiva al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces o Tribunales».

La reforma de la LEC por Ley 34/1984, de 6 de agosto, disponiendo en su artículo 299 que «los mandamientos se cursarán para su cumplimiento directamente por el Juez o Tribunal que los hubiese librado, sin necesidad de exhortar a aquél en cuyo término jurisdiccional radique el Registro», planteó el problema de la subsistencia del citado texto del RH.

La DGRN, a partir de la Resolución de 31-10-85 (confirmada por las de 7, 8, 11, 12 y 13, 12/85, 20-2-86 y 27-10-87) entendió que el término «directamente» utilizado por el nuevo artículo 299 LEC implica la supresión no sólo de intermediarios portadores del despacho, sino también de cualquier otro órgano que se interponga entre quien lo expida y su destinatario, siendo la remisión del artículo 1.453 a las disposiciones de la LH y del RH exclusivamente a las de alcance registral, pero no a las del procedimiento o tramitación procesal, por lo cual debe entenderse derogado tácitamente el citado párrafo 2.º del artículo 165 RH.

El Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario y del Reglamento Notarial, suprime el mencionado párrafo 2.º del artículo 165 RH.

Estudian el problema MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, JORGE SALAZAR GARCÍA y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (85). La reforma del artículo 299 LEC por la Ley citada en el título del trabajo, permitiendo que los mandamientos se cursaran directamente por el Juez o Tribunal que los hubiera librado, sin necesidad de exhortar a aquél en cuyo término radique el Registro donde deba extenderse la anotación, planteó el problema de la subsistencia del párrafo 2.º del artículo 165 RH, que disponía que el mandamiento será siempre expedido por el Juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro donde deba extenderse la anotación preventiva, al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces o Tribunales».

El Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, suprimió el mencionado segundo párrafo del artículo 165 LH y, por lo tanto, actualmente, no hay contradicción entre ambos textos. Pero antes de esta supresión los autores del trabajo reseñado manifestaron un profundo desacuerdo con la reforma del artículo 299 LEC y llegaron a la conclusión de mantener el texto del ahora derogado párrafo 2.º del artículo 165 RH y la necesidad del exhorto pues, al carecer de jurisdicción el juez del procedimiento en el lugar en que se encuentra la finca ha de recabar el auxilio judicial del Juzgado con jurisdicción. Distinguen igualmente entre la competencia para decretar el embargo y competencia para expedir el mandamiento decretando la anotación.

Ahonda en la cuestión JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (86). Todos los actos procesales significan un «curso procesal» que cuando afecta a derechos subjetivos de la persona —como el patrimonio y su inviolabilidad— no cabe hablar de «diligencias de ordenación», pues no se trata de ordenar el proceso

(85) «Competencia para la expedición de mandamientos de anotación preventiva de embargo: ¿Ha sido reformada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto?», en *RCDI*, julio-agosto de 1985, núm. 569, págs. 1083 y sigs.

(86) «Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, julio-agosto 1986, núm. 575, págs. 1173 a 1187.

simplemente sino de mucho más: afectar los derechos de la persona sin su consentimiento, y eso sólo lo puede hacer el Juez, como órgano al que la sociedad encomienda la jurisdicción y suplencia de la voluntad del titular. En las «propuestas de resolución», al menos el Juez ha dado su «conforme» con lo que cabía entender que se ha convertido en «providencia».

En consecuencia, la anotación debe decretarla el Juez a través de la correspondiente resolución judicial (providencia o auto), y no el Secretario (a través de una «diligencia de ordenación» o «propuesta de resolución»).

En cuanto al mandamiento es una figura jurídica que no es de simple comunicación, sino de «ejecución», realizada por el mismo Juez, y no se trata de un asunto de trámite, sino afectante al derecho de la persona. Es, además, un acto procesal de rogación registral que suple la voluntad del titular registral en el procedimiento registral. En consecuencia, un mandamiento expedido por el Secretario es una *contradictio in terminis*.

RAMÓN DE LA RICA MARITORENA (87) estudia el contenido de los mandamientos tras la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyas novedades resume así:

1. El mandamiento se expide siempre por el Juez o Tribunal que está conociendo del juicio de que deriva el embargo, aunque no sea el de la jurisdicción del Registro de la Propiedad donde deba anotarse.
2. Puede ser remitido al Registro directamente o mediante persona interpuesta: Procurador, mandatario, interesado, propio, etc.
3. Puede estar librado por el Secretario al ostentar carácter de autoridad.
4. La providencia que decreta la anotación del embargo puede adoptar la forma de propuesta de resolución, que dicta el Secretario y el Juez le da el «conforme» o, al menos, debe estar visado por el Juez el mandamiento.
5. No es necesaria la constancia de la firmeza de la resolución ordenando la anotación.

El mismo autor (88) analiza las diversas formas en que pueden constar inscritas en el Registro de la Propiedad las fincas adquiridas por los cónyuges

(87) «Los mandamientos judiciales para la práctica de anotaciones preventivas de embargo», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 230, enero 1987, págs. 5 y sigs.

(88) RAMÓN DE LA RICA MARITORENA, «Posibilidad de anotación preventiva de embargo sobre fincas inscritas como propias del cónyuge no deudor ni demandado en virtud de escritura de capitulaciones matrimoniales», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 265, marzo 1990, págs. 467 a 476. Pueden verse también los dos trabajos siguientes:

MARÍA TERESA BENITO CAÑIZARES, *La anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*. Editorial Trivium, Madrid, 1993, propone incluir en el artículo 144 RH,

y la anotación de embargos sobre los mismos, atendiendo a la naturaleza de la deuda y a la titularidad de los bienes embargados.

2. EL REQUISITO DE LA DEMANDA CONJUNTA

La colisión de intereses legítimamente protegidos —del acreedor y del cónyuge no deudor— en el régimen de la sociedad legal de gananciales es problema que trató ya de resolver el artículo 144 RH en la reforma del Decreto de 17 de marzo de 1959 (89), consecuencia de la previa reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958 —en especial su art. 1.413— que, aunque seguía reservando al marido las facultades de administración y disposición de los gananciales, impuso el consentimiento de la mujer, o en su defecto, autorización judicial, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. La reforma introduce en el artículo 144 RH dos importantes novedades en la reclamación de deudas a cargo de la sociedad de gananciales contraídas antes de su disolución: que «haya sido dirigida la demanda contra ambos»; y que «llegado el caso de enajenación de estos bienes, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil...»

Las dificultades de cumplimiento de la exigencia de la demanda conjunta, principalmente problemas de tracto y de legitimación pasiva procesal determinaron la doctrina del DGRN (RR 11, 20 y 21 de febrero de 1964; 9, 13, y 14 de diciembre de 1966) de que la exigencia puede cumplirse «si se extiende la demanda a la mujer al solo efecto de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la futura enajenación».

El problema vuelve a plantearse con la reforma del RH por Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, como consecuencia también de las Leyes de modificación del Código Civil de 2 de mayo de 1975 y de 13 de mayo de 1981, en lo relativo al régimen económico del matrimonio. Y la historia se

como supuesto especial, la anotación del embargo recaído cuando la fecha de admisión a trámite de la demanda sea anterior a la de la inscripción de la adjudicación por efecto de las capitulaciones en el Registro (problema resuelto por la DGRN: fecha de la inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil).

RAMÓN ABELLO MARGALEF, «Los mandamientos de embargo en causa criminal», en *RCDI*, marzo-abril 1998, núm. 645, págs. 353 a 363. Analiza las circunstancias especiales de estos mandamientos: número del sumario o diligencias abreviadas, circunstancias que permitan calificar la competencia de los jueces, en atención al lugar de comisión de los hechos delictivos, identificación del procesado y del perjudicado, cuantía de las responsabilidades pecuniarias y firmeza del auto.

(89) Puede verse MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y ANTONIO MANZANO SOLANO, *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales. Comentarios al nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario*. Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1985, págs. 835 y sigs.

repite, pues el nuevo artículo 144.1.º RH exige para que sea anotable el embargo, «incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor», que «deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges». Como ocurrió tras la reforma reglamentaria de 1959, la inseguridad corrió entre Registradores y profesionales. De nuevo la DGRN, a partir de las Resoluciones de 28 de marzo y 15 de abril de 1983 resuelve el dilema demanda conjunta-notificación a favor de esta última, rechazando el texto literal del artículo 144 RH, al que claramente desautoriza, y dando lugar a la que se ha dado en llamar «doctrina de la notificación» frente a la «doctrina de la demanda» (90).

No voy a insistir en las razones de la DGRN (91), y me voy a limitar a recoger la opinión resumida ya expuesta en otra ocasión (92): Sin perjuicio de las evidentes diferencias entre «ser demandado» y «ser notificado», el problema, en términos procesales, es más aparente que real, siempre que se admita al cónyuge no deudor alegar las excepciones del artículo 1.464 LEC. Caso contrario, nos hallaríamos ante graves problemas registrales al chocar con el principio, hipotecaria fundado (arts. 1.º, 20, 40, 38, etc., LH), de que el titular registral debe ser demandado, no bastando la notificación.

En relación con el problema de la demanda conjunta, termino citando uno de los últimos trabajos publicados en *Revista Crítica*, del que es autor JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA (93). Estudia las reformas e importantes cambios introducidos en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, como

(90) Confirman la doctrina de la DGRN las 27-5, 27 y 28-11/86; y las STS 20-3-89 y 2-12-94: Tratándose de obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la ley (art. 1.365 del Código Civil), basta para anotar el embargo la notificación al otro cónyuge, no siendo preciso que también éste sea demandado.

La Resolución de 11-12-91 exige la *constancia de la notificación al cónyuge*: Está justificada la prevención del Registrador que exige se haga constar el nombre del cónyuge notificado, por si, como ocurría en el caso debatido, resulta de otro documento presentado con posterioridad (mandamiento dictado en otro juicio ejecutivo) que el cónyuge, según Registro, del demandado, había fallecido con anterioridad a la interposición de la demanda.

La STS de 22-1-95 declara que tratándose de finca inscrita como ganancial y de deuda que, aunque contraída sólo por el esposo, era ganancial, basta con demandar a éste y notificar a la esposa a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, sin que pueda ésta alegar infracción del artículo 1.373 del Código Civil, por ser aplicable este precepto sólo a las deudas privativas de uno de los cónyuges, de las que responde éste con su patrimonio privativo y la parte que le pueda corresponder en los gananciales.

(91) En el trabajo citado en la nota anterior, las hemos expuesto y comentado ampliamente, en las págs. 875 y sigs.

(92) Trabajo citado en las dos notas anteriores, pág. 880.

(93) «El artículo 144 del Reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros», en *RCDI*, septiembre-octubre 1990, núm. 600, págs. 39 y sigs.

consecuencia del nuevo texto constitucional de 1978, estableciendo la igualdad de los cónyuges y proclamando, como regla general, la necesidad de la actividad conjunta de ambos esposos, así como la consiguiente modificación del artículo 144 RH por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, de una parte; y de otra parte, la doctrina de la RDGRN de 28 de marzo de 1983, en particular la sustitución del principio de la demanda conjunta por el de la notificación, que no comparte (94).

Frente a las bien conocidas reformas del Código Civil y del RH y su desarrollo jurisprudencial, su propuesta «progresista» se resume así:

- Si los cónyuges contrataron conjuntamente, es imprescindible para la anotación de los bienes gananciales que la demanda se haya dirigido contra ambos.
- Si el marido asumió personalmente la deuda, la demanda se dirigirá contra él y se dará traslado a la mujer; pero solamente cuando se acredite que son insuficientes los bienes propios del deudor, se practicará la anotación sobre los gananciales.
- Si el marido contrata con intención de obligar directamente los gananciales, invocando alguna norma excepcional del Código Civil (vid. arts. 1.362 y sigs.), habrá de acreditarse la excepción.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad y Mercantil

(94) Especialmente, critica el trabajo sobre el artículo 144 RH de MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y ANTONIO MANZANO SOLANO en el libro homenaje a TIRSO CARRETERO, cuyo esquema —lo reconoce y eso le honra, pero llega tarde— fue después seguido por MANUEL DE LA CÁMARA, y el propio CÁMARA lo manifiesta en su conocido trabajo. No obstante, argumenta que CÁMARA lo hace «con mayor seriedad»: Plagio con asesinato, se llama esa figura en el campo literario; en el campo jurídico y, en este caso, siempre es un honor que un gran maestro se digne seguir caminos abiertos —mire usted qué cosas—, por «dos moros cristianizados» —«mozárabes» que llaman los eruditos— tocados con babucha, chilaba y turbante, pues el turbante solo, dejaría las vergüenzas al descubierto...

La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL EMBARGO DE BIENES GANANCIALES CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: 1. EMBARGO POR DEUDAS GANANCIALES (RESPONSABILIDAD) CONTRAÍDAS POR UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES O POR DEUDAS PRIVATIVAS: 1.1. *Breve referencia a los criterios establecidos sustantivamente en el Código Civil, en relación con el sistema de responsabilidad y carga en tales casos.* 1.2. *La regulación hipotecaria anterior a la reforma del RH en 1998. 144.1 RH conforme a la redacción otorgada por Real Decreto de 12-XI-1982.* 1.3. *Regulación tras la reforma de 1998. Deudas contraídas por uno solo de los cónyuges. ¿Triunfo de la tesis procesalista?* 2. DEUDAS CONTRAÍDAS POR AMBOS CÓNYUGES.—III. EMBARGO DE BIENES TRAS LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: 1. SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA PERO NO LIQUIDADADA, O CUYA LIQUIDACIÓN NO CONSTA EN EL REGISTRO. EL PROBLEMA DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO: 1.1. *Deudas gananciales contraídas por uno solo de los cónyuges o por ambos. La solución del Código Civil en cuanto al sistema de responsabilidad y carga.* 1.2. *Deudas privativas anteriores o posteriores a la disolución.* 1.3. *Sistema de responsabilidad sustantiva tras la liquidación de la sociedad de gananciales.* 2. EMBARGO DE BIENES GANANCIALES TRAS LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD: 2.1. *La solución registral del problema. Artículo 144.4 anterior a la reforma de 1998. Sociedad disuelta y no liquidada.* 2.2. *La solución registral tras la reforma del RH por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Reforma procesal.*—IV. EMBARGO DE BIENES TRAS LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD. ANALISIS DE LA SOLUCION REGISTRAL: 1. AUSENCIA DE SOLUCIÓN EXPRESA EN EL ARTÍCULO 144.4 ANTERIOR A LA

(1) Nota de la autora: Este trabajo ha sido realizado dentro del ámbito y financiación del proyecto «El Registro de la Propiedad español: situación actual y transformaciones necesarias». Programa PB98-0091, bajo la subvención del Ministerio de Educación (DGESIC).

REFORMA DEL RH DE 1998. 2. LA SOLUCIÓN OFRECIDA EN EL RH TRAS LA REFORMA DE 1998: 2.1. *Presupuestos de su aplicación*.—V. BIBLIOGRAFIA.

I INTRODUCCION

Numerosas son las obras y estudios que sobre el embargo de los bienes gananciales se han realizado, se realizan, y pensamos que se seguirán realizando, a la vista de la problemática que esta cuestión específica ha venido planteando por la discordancia que en determinados momentos ha existido entre las soluciones propuestas desde el punto de vista sustantivo (la determinación de los supuestos de carga y responsabilidad de la sociedad de gananciales tanto durante la vigencia del consorcio en el período posterior a su disolución y antes de liquidación —comunidad postganancial— (cfr. arts. 1.362 y concordantes, 1.365, 1.367, 1.369...), o en el período posterior a la liquidación (cfr. arts. 1.317, 1.401...), y las soluciones ofrecidas desde el punto de vista de la legislación hipotecaria, y procesal, junto con la postura divergente igualmente mantenida por la jurisprudencia, por un lado del TS, y por otro de la Dirección General de los Registros.

En esos numerosos estudios que se han ido sucediendo, se ha venido plasmando, en muchos casos, un conflicto casi permanente suscitado ante la interpretación normativa (civil, hipotecaria y procesal) y jurisprudencial, sobre la base, en el fondo de toda esta discusión, que creemos subyace como punto clave (unas veces manifestado expresamente, y otras, las más, de forma implícita), de la especial configuración o naturaleza de la Sociedad de Gananciales, sobre la que en su momento dedicamos nuestra actividad investigadora (2).

No vamos a referirnos aquí a tal problema directamente, porque realmente nos interesa analizar, con tal telón de fondo, algunas cuestiones relacionadas con la anotación de embargo sobre bienes gananciales y que derivan fundamentalmente de las reflexiones suscitadas como consecuencia de la reciente reforma del RH operada en 1998, y que afecta parcialmente al precepto objeto de nuestro estudio. Debiendo tener en cuenta también, en nuestra aproximación al tema, la más aún reciente reforma procesal operada por Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero (BOE de 8 de enero) que entrará en vigor en enero de 2001 (3), en la que «se trata» de

(2) No en vano fue objeto de la tesis doctoral de quien redacta el presente trabajo, posteriormente publicada como estudio monográfico: *Naturaleza de la Sociedad de Gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1993.

(3) Disposición Final vigésimo primera. Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE de 8 de enero).

dar una regulación, en esta materia, que pueda encajar con los planteamientos sustantivos e hipotecarios.

El objeto de nuestro estudio no es exhaustivo, sino tan sólo reflexivo sobre el estado de la cuestión, a la vista de la trayectoria existente y la interpretación que deba darse a las alteraciones legislativas señaladas.

II. EL EMBARGO DE BIENES GANANCIALES CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. EMBARGO POR DEUDAS GANANCIALES (RESPONSABILIDAD) CONTRAÍDAS POR UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES O POR DEUDAS PRIVATIVAS (4)

1.1. *Breve referencia a los criterios establecidos sustantivamente en el Código Civil, en relación con el sistema de responsabilidad y carga en tales casos*

A) Los criterios establecidos civilmente en relación con el sistema de responsabilidad en la sociedad de gananciales por *deudas gananciales* vienen determinados básicamente por los artículos 1.365, 1.366, 1.367, 1.368 y 1.369 del Código Civil.

De conformidad con los citados preceptos, los bienes gananciales responden de las obligaciones contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno con el consentimiento del otro (art. 1.367 del Código Civil), así como en los supuestos de obligaciones contraídas por uno *solo* de los cónyuges en el ámbito de su legitimación legal o paccionadamente conferida.

De las deudas así contraídas, responden los bienes gananciales, y por tanto, como se ha apuntado, los acreedores consorciales pueden afectarlos directamente, así como los bienes privativos del deudor, cuando la obligación se contrae por uno *solo* de los cónyuges. Y, en contraposición, el cónyuge del deudor tiene que soportar la vinculación de los bienes gananciales (5).

(4) Vid., al respecto, el estudio evolutivo que realiza MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Responsabilidad patrimonial de la Sociedad de Gananciales*, 1995, págs. 155 y sigs.

(5) Apunta al respecto SANCINENA ASURMENDI que el cónyuge no deudor no podrá interponer la tercería de dominio para reducir la traba de la mitad de los bienes embargados y salvar su parte en la sociedad de gananciales. Lo que es consecuencia del propio derecho sustantivo que extiende la responsabilidad de los gananciales por las deudas consorciales, así como de la especial configuración y naturaleza de la sociedad de gananciales (SANCINENA ASURMENDI, C., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 170).

Problema ampliamente analizado por quien escribe este artículo, BENAVENTE MOREDA, P., en *Naturaleza de la Sociedad de Gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993.

Numerosas son las obras en que se ha acometido, desde el punto de vista a que nos referimos el problema de la responsabilidad de los bienes gananciales, por lo que aquí nos limitamos a esbozarlo para centrarnos en el aspecto hipotecario relativo a la anotación de embargo de los bienes gananciales cuando son éstos los que, como indicamos, han de responder de las deudas contraídas por uno o ambos cónyuges (6).

(6) Vid., al respecto, BELLO JANEIRO, «Responsabilidad de los bienes gananciales ante fianza prestada por uno de los cónyuges», en AC, 1993, VII. Id., *La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, 1993. BENAVENTE MOREDA, P., *Naturaleza de la Sociedad de Gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, 1993. BENDITO CAÑIZARES, M. T., *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*, 1993. CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en ADC, XXXIX, II (abril-junio 1986). Id., «El embargo de bienes gananciales», en ARAJL, 16, 1986. Id., «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», en ASN, 1989. CHICO Y ORTIZ, «La ganancialidad pasiva», en RDN, 117-118, 1982. Id., «La anotación preventiva de embargo», en RCDI, 563, 1984. DE LA RICA Y ARENAL, «La tercería de dominio sobre bienes gananciales», en RCDI, 1963. Díez AMBRONA BARDAJI, «La responsabilidad de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica en el sistema del artículo 1.319 del Código Civil», en AC, 1988, ref. 194. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia, vol. II (arts. 1.315 a 1.324 y 1.375 a 1.410)*, Tecnos, 1984. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La ganancialidad pasiva», en RDN, XXX, núm. 117-118, 1982. Id., «La dinámica patrimonial de la Sociedad de Gananciales», en RDN, XXXII, núm. 128, 1985. Id., «Sobre el embargo ganancial», en ADC, XXXIV, núm. 133-134, 1986. GIMÉNEZ DUART, «Cargas y obligaciones de la comunidad conyugal», en RCDI, LXVI, 1982. Id., «La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias», en ADC, XXXIX, III, 1986. GIMENO PÉREZ DE LEÓN, «Breves consideraciones sobre la tercería de dominio interpuesta por uno de los cónyuges (en reivindicación de bienes gananciales) solicitando el alzamiento del embargo trabado por deudas exclusivas del otro cónyuge», en RGD, 517-518, 1987. GÓMEZ DE LA ESCALERA, «Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge y el nuevo régimen de responsabilidad de los bienes gananciales», en *La Ley*, 1995, T. I. GUILARTE GUTIÉRREZ, «Fraude de acreedores consorciales, exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones. Crítica de la STS de 6-12-1989», en AC, 1991, XVIII. Id., «El tratamiento de las adquisiciones onerosas de bienes gananciales en los artículos 1.362 y 1.365 del Código Civil», en *Centenario del Código Civil. E.C.E. Ramón Areces*, T. 1, 1990. Id., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991. LACRUZ/SANCHO/LUNA/RIVERO, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, 1997. MAGARIÑOS BLANCO, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en RCDI, 548, 1982. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVIII, 2, artículos 1.344 a 1.410, Edersa. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios al Código Civil* (Ministerio de Justicia), T. II, artículos 1.362 a 1.374. Id., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Deudas y Sociedad de Gananciales. Su proyección práctica en los procesos civil y penal*, Colex, 1992. PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», en AAMN, XXVIII, 1987. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, 1987. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, Civitas, 1992. REBOLLEDO VARELA, «Deuda y responsabilidad en la Sociedad de gananciales», en *La Ley*, 1996-2. SANCINENA ASURMENDI, C., *Régimen económico matrimonial del comerciante*, 1996.

B) Respecto de las *Deudas privativas*, el criterio aplicable lo marca con claridad el artículo 1.373 del Código Civil, conforme al cual, de las deudas privativas responden los bienes privativos del cónyuge que las contraiga, y subsidiariamente los bienes gananciales, lo que, como veremos, ha creado no pocos problemas desde el punto de vista estrictamente registral y procesal para determinar los criterios en relación con la anotación de embargo sobre bienes gananciales (7).

1.2. *La regulación hipotecaria anterior a la reforma de 1998. 144.1 RH conforme a la redacción otorgada por Real Decreto de 12-XI-1982 (8)*

Como punto de partida hemos de arrancar del análisis de los requisitos necesarios para que procediera el embargo de bienes gananciales en tales circunstancias. En función de ello era necesario:

(7) Se ha discutido tradicionalmente cual podía ser la vía procesal adecuada para hacer aplicable el artículo 1.373 del Código Civil que, como veremos, la nueva LEC de 2000 trata de solventar en su artículo 541. Apuntamos, no obstante, sin centrarnos en ello, las posibilidades que se han barajado por doctrina y jurisprudencia:

Tradicional ha sido acudir al procedimiento de tercería que sin embargo venía siendo desestimada por los tribunales, y rechazada por el TS sobre la base de la configuración tradicional de la sociedad de gananciales como comunidad germánica, lo que ha venido impidiendo que uno sólo de los cónyuges pudiera evitar, como titular exclusivo y excluyente de los citados bienes embargados por la deuda privativa (BELLO JANEIRO, CÁMARA ALVAREZ, DELGADO ECHEVERRÍA, GUILARTE GUTIÉRREZ, RAMS ALBESA, REBOLLEDO VARELA. Vid., *ob. cit.*, nota anterior).

Como cauces alternativos se ha apuntado en algunos casos la posibilidad de acudir al procedimiento declarativo correspondiente, que no obstante no serviría para paralizar la ejecución sobre los bienes.

Se ha apuntado también la posibilidad de comparecer ante el juez ejecutor pidiendo la aplicación del 1.373 (PEÑA, RIVAS TORRALBA), posibilidad que, como veremos, resulta coincidente con la ofrecida procesalmente por el artículo 541 de la nueva LEC.

Igualmente se abogó por la utilización del incidente de previo y especial pronunciamiento (CARRASCO PERERA, RAGEL SÁNCHEZ, SANCHO ARROYO...).

Apuntaba por su parte ACHÓN que si se embargan bienes gananciales que no han de responder de la deuda, el mecanismo a seguir es la oposición a la ejecución, argumentando que la misma se extralimita, al alcanzar a una persona que no figura como parte en el título ejecutivo, posibilidad difícil de encajar en las causas de oposición a la ejecución, pero no en los procesos de ejecución de sentencias (ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (comentario a la S. Sala Primera del TS de 29 de abril de 1994)», en ADC 1996, 49.I).

Solución, esta última, que como veremos es precisamente la que ofrece el artículo 541 LEC de 2000.

(8) Establecía el artículo 144.1 RH 1982:

«1. Para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra

A) *Existencia de una deuda que desde el estricto punto de vista de la responsabilidad (puesto que es éste en el ámbito en el que nos movemos, y no en el de la carga) deba ser afrontada por el patrimonio ganancial.* Hemos de partir de que la tendencia jurisprudencial en los momentos actuales parte de la presunción de la privatividad de las deudas, frente a la presunción de ganancialidad de los bienes y derechos conforme al artículo 1.361 del Código Civil o deuda definitiva. Nos hemos de mover, por otro lado, en el ámbito de los artículos 1.365, 1.366, 1.368 y 1.386 en relación con el artículo 1.369, todos ellos del Código Civil.

En todo caso, y respecto al primer supuesto que analizamos, nos encontramos ante la existencia de una deuda contraída exclusivamente por uno solo de los cónyuges, lo que nos sitúa en el ámbito de preceptos como el 1.365, 1.368 y 1.371 en relación con el artículo 1.369 del Código Civil (conforme al cual resulta evidente que los acreedores del citado cónyuge, aparte de poder dirigirse contra el patrimonio del cónyuge deudor, podrán hacerlo igualmente contra los bienes gananciales. Y es precisamente en este punto en el que nos situamos para analizar los preceptos hipotecarios).

B) *Carácter ganancial de los bienes objeto de embargo.* Lo que implica una remisión a la normativa reguladora de la composición del patrimonio ganancial (arts. 1.347 y sigs. del Código Civil y básicamente el art. 1.361) en relación con los preceptos hipotecarios referentes a la inscripción de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales (arts. 93.1 y 4 y 94.1 RH).

C) *Exigencia de la demanda conjunta cuando la deuda es ganancial. Fundamento de la exigencia de la demanda conjunta* (conforme a la literalidad del precepto). Con anterioridad al RH de 1947, faltaba una regulación específica legal al respecto. La tendencia del Centro Directivo, por su parte, era la de mantener que sólo era posible el embargo cuando la demanda se dirigiese contra el titular registral, como salvaguarda del principio de legiti-

ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en supuesto del párrafo siguiente.

Cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.373 del Código Civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor... Vid. resumen de las diferentes posturas en MORALES IMBERNÓN, N., «El embargo de bienes gananciales. Algunas reflexiones sobre la reforma del RH...» *Aranzadi Civil*, núm. 19, págs. 27 a 31.

(9) RDGRN 17-8-1866 (ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia Registral*, I, pág. 295).

Estableciendo al respecto que «Visto el expediente instruido con motivo de la consulta ...sobre si procede la anotación preventiva o la suspensión de un mandamiento de embargo de bienes que se hallan inscritos a favor de una mujer casada, con ocasión de deudas contraídas por el marido, ha resuelto que debe suspenderse la expresada anotación, en razón a que los bienes no están inscritos a favor de la persona contra la que se ha decretado el embargo...»

mación y tracto sucesivo [Resoluciones de 17 de agosto de 1866 (9) 6 20 de septiembre de 1884 (10)].

En función de la especial configuración y naturaleza de la sociedad de gananciales posteriormente se admitió la anotación de embargo por deudas contraídas por el marido aunque los bienes se encontraran a nombre de la mujer o al revés. Solución que se plasma en Resoluciones como la de 6 de marzo de 1897 (11), donde decae el argumento registral prosperando el argumento sustantivo.

(10) RDGRN de 20-9-1884 (ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia Registral*, II, pág. 169).

Se parte en ella de la pretensión de anotación preventiva de embargo sobre la mitad de una finca rústica por deudas de una mujer casada, no siendo admitida por el Registrador por aparecer a nombre de persona diferente del deudor, en concreto a nombre del marido de aquélla. Por ello se pretendía por el demandante la inscripción de la mitad a nombre del cónyuge deudor para posteriormente poder anotar el embargo.

Resuelve la DGRN en cuanto nos interesa:

CDO... «Que si bien es cierto que con arreglo a la Ley 1.^a, título 4.^o, libro 10 de la Novísima Recopilación, los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal «a título oneroso se reputan de ambos cónyuges» por mitad, también lo es según la Ley 5.^a del mismo título y libro, sólo el marido puede disponer de aquéllos, y consecuencia de esto, que mientras no conste que por contrato entre vivos o *mortis causa* ha pasado el dominio de la finca a otra persona, no puede reputarse a ésta como dueña para el efecto de tomar anotación del embargo decretado Registro se hubiese acreditado la disolución del matrimonio por fallecimiento del marido, este hecho no probaría por sí solo que a la mujer pertenecía la mitad de todas las fincas inscritas a nombre de aquél, ni autorizaría al Registrador para practicar la indicada anotación, ya que, antes es preciso que se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal para depurar si hay o no bienes gananciales y su importancia, que se hagan las adjudicaciones correspondientes, y que respecto a inmuebles se inscriban en el Registro para que surtan efecto con relación a tercero...»

(11) RDGRN 6-3-1897 (ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia Registral*, III, pág. 194).

El origen de la misma se encuentra en las actuaciones penales seguidas contra una mujer casada por injurias, como consecuencia de las cuales, y para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivar, se decretó el embargo y consiguiente anotación preventiva de una finca adquirida por el marido de la procesada constante matrimonio. La finca embargada tenía carácter ganancial.

El Registrador desestimó la anotación por aparecer inscrita la finca a nombre de persona diferente a la deudora, no constando que la finca perteneciese a la sociedad de gananciales de la deudora, puesto que hasta el momento de la disolución de la sociedad se desconocía si existían o no bienes gananciales.

Alegada por la parte recurrente la ganancialidad de los bienes embargados, el Registrador alegó que debía considerarse a la mujer como persona distinta del marido durante el matrimonio.

El Juez de Primera Instancia decretó el embargo de la finca descrita sobre la base de su pertenencia a la sociedad de gananciales. El Centro Directivo estimó que:

«...CDO. que según el artículo 1.407 del Código Civil, se presumen gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer.

CDO... Que habiéndose decretado de una manera clara y terminante dicho embargo contra la finca adquirida por el referido..., y hallándose inscrita la propiedad de la misma a nombre de éste, no puede denegarse la anotación del mandamiento expedido al efecto

El Reglamento de 1947 mantuvo el criterio del respeto al principio de tracto sucesivo, pero no planteó el problema de la legitimación registral (12).

Por su parte, el artículo 144 del RH de 1959 (13) añade por primera vez la exigencia de la demanda conjunta a ambos cónyuges, para el embargo de bienes gananciales, a la vista de la exigencia establecida por el artículo 1.413 del Código Civil del consentimiento de la mujer para la realización de determinados actos dispositivos por el marido.

Se establece esta doble exigencia. Por un lado *por razones registrales*. Así, para poder proceder al embargo de los bienes y posterior enajenación forzosa, el juez lo realizaría en nombre de los cónyuges, debiendo suplir los consentimientos del marido y la mujer, lo que resultaría imposible en el caso de no dirigirse la demanda contra ambos cónyuges.

Por otro lado, *sustantivamente se* trataba de impedir, al exigir la demanda conjunta, que el marido pudiese burlar el mandato del artículo 1.413 del Código Civil por el artilugio de contraer una obligación simulada que después daría lugar a un juicio o expediente amañado (14).

La exigencia reglamentaria convertía a la esposa en parte, pudiendo invocar las mismas armas que el esposo para defenderse en el procedimiento, pero iba a vulnerar un principio esencial en materia de procedimiento: el hecho de que no puede ser parte en él quien no es parte en la relación jurídico-obligatoria de que dimana el mismo, lo que fue objeto de duras críticas, fundamentalmente si se trataba de un juicio ejecutivo.

con arreglo a lo dispuesto en el citado artículo 42, párrafo 1.º del Reglamento... a pesar de que no se trate de asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por éste, sino por su esposa durante el matrimonio...».

(12) Establece al respecto el artículo 144 RH, 1947: «Cuando por deudas u obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decreta embargo sobre bienes pertenecientes a esta sociedad, de extender la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero».

(13) Artículo 144 RH, 1959: «Cuando por deudas u obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales, y antes de su disolución, se decreta embargo sobre bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiera tenido lugar a título oneroso durante el matrimonio, no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges y *haya sido dirigida la demanda contra ambos*. Llegado el caso de la enajenación de estos bienes, se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil, en relación con el artículo 96 de este reglamento.

(14) En tal sentido DE LA RICA en los *Comentarios a la Reforma del RH*, 1959, pág. 121 y sigs.

La posición del RH en este momento fue jurisprudencialmente contravenida al plantearse con una clara interpretación *contra legem*, una posición favorable a la suficiencia de la notificación de la demanda al cónyuge no deudor (la esposa). Tal y como se puso de manifiesto en Resoluciones como las de 11, 20 y 21 de febrero de 1964, en que si bien se hace referencia a la necesidad de demandar a la esposa, no se hace sino a los efectos de darle a conocer la existencia de la litis, pero no al objeto de ser tenida como parte efectivamente. Se va apuntando pues, tenuemente hacia la validez de la notificación (15). Igualmente en Resolución de 13 de abril de 1964 (16), 9, 13 y 14 de diciembre de

(15) RDGRN 11-2-1964 (ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia Registral*, XI, pág. 15), en la que, como en la inmensa mayoría de los supuestos, se parte de una situación de impago de cambiales por parte del marido, que determina la interposición del correspondiente procedimiento ejecutivo, consecuencia del cual se intenta trabar embargo contra determinados bienes gananciales, sin haber procedido a demandar más que al cónyuge deudor.

Al respecto resuelve el Centro Directivo:

«CDO: ...Que al reconocer nuestra legislación civil al marido como administrador y representante de la sociedad legal de gananciales, le atribuye la facultad de disposición, a título oneroso, de los bienes de la misma, si bien, por la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, cuando los actos dispositivos recaigan sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles, será también necesario el consentimiento de la mujer.

CDO... que inspirada la modificación del artículo 1.413 del Código Civil, en la protección de los intereses de la mujer, se pondría en peligro la finalidad legal al requerir exclusivamente su consentimiento para los actos de disposición voluntaria, exceptuando las enajenaciones forzosas, porque tal interpretación permitiría con facilidad simular un carácter obligatorio en múltiples actos dispositivos.

CDO... Que modificada la facultad de disposición a título oneroso del marido sobre los bienes gananciales por la Reforma del Código Civil, y hasta tanto que por el legislador no se configure con la minuciosidad y claridad necesarias su repercusión en los ámbitos procesal, civil y mercantil dentro de los escasos límites que ofrece el recurso gubernativo, es inexcusable reconocer que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959, ordena que la demanda ejecutiva se haya dirigido contra marido y mujer, con lo cual aparece reforzada la cotitularidad legal de disposición sancionada en el artículo 1.413 del Código Civil, *exigencia que en la práctica puede cumplirse si se extiende la demanda a la mujer al solo efecto de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la enajenación futura, sin que con ello se pretenda decidir las delicadas y complejas cuestiones procesales que se derivan de la posición del deudor obligado...*»

La doctrina planteada por la citada resolución se reitera en las de 20 y 21 de febrero de 1964 (ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia Registral*, XI, págs. 19 y 22).

(16) RDGRN 13-4-1964 (ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia Registral*, XI, pág. 27).

En el supuesto de que dimanara la presente resolución, el embargo se había decretado de causa criminal, seguida contra el marido, habiéndose notificado a la esposa en la pieza de responsabilidad civil, entendiéndose el Centro Directivo que se entienden cumplidas las exigencias del artículo 144, dados los íntimos lazos que unen al marido y la mujer y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.410 del Código Civil. Si bien en este caso parece claro que la deuda tenía carácter privativo del marido, y el embargo sobre bienes gananciales se produce ante la ausencia de privativos con los que afrontarla.

Así resuelve el Centro Directivo:

«...Que los múltiples e íntimos lazos que unen al marido y a la mujer necesariamente han de reflejarse sobre los bienes comunes de la sociedad legal de gananciales, como se

1966 (17), donde se sigue un criterio procesalista en la interpretación del artículo 144 citado.

No obstante observamos cómo, cuando en 1982 se reforma nuevamente el artículo 144 RH, y pese a lo reiterado de la postura favorable a la suficiencia de la notificación frente a la exigencia de la demanda conjunta, se sigue manteniendo la misma tesis que tradicionalmente mantuviera el legislador hipotecario. Así de conformidad con el artículo 144.1, para proceder al embargo de bienes comunes debía constar que la demanda se había dirigido contra ambos cónyuges.

Nuevamente sigue el legislador los criterios anteriores, y si bien ello no planteaba mayores problemas cuando las deudas eran contraídas por ambos cónyuges, no ocurría lo mismo en el caso de que sólo uno de ellos apareciese como deudor, en el ámbito de sus poderes de actuación exclusiva o en virtud de legitimación conferida por el otro.

Eran precisamente las deudas gananciales contraídas por un cónyuge exclusivamente las que mayor número de problemas planteaban en orden a la interpretación del artículo 144.1 RH, y fundamentalmente las derivadas de procedimiento ejecutivo como consecuencia de la obligación asumida por uno solo de los cónyuges en virtud de título ejecutivo, y no de procedimiento declarativo, ni siquiera en su fase de ejecución.

Tales deudas, como hemos tenido ocasión de señalar, serán las contraídas en el ámbito de preceptos como el 1.365, 1.368 y 1.371 en relación con 1.369, como supuesto diferente al previsto por el artículo 1.373.

Aún en tales casos de deuda contraída exclusivamente por uno solo de los cónyuges exigía el artículo 144, para proceder a la anotación del embargo de bienes gananciales por deudas contraídas constante la sociedad de gananciales, dirigir la demanda contra ambos cónyuges.

Posición que había sido claramente defendida por autores como LACRUZ BERDEJO que estimaba la necesidad de demandar a ambos cónyuges en «Juicio

desprende de lo perpetuado en el artículo 1.410 del Código Civil, que si bien exceptúa del cargo de la sociedad las multas y condenas que se impusieran a los cónyuges, termina por reconocer que, cuando no existan bienes propios, podrán repetirse contra dichos bienes una vez cubiertas las atenciones enumeradas en el artículo 1.408 del mismo cuerpo legal y, *como en este expediente aparece que el embargo ha sido notificado a la mujer, cabe estimar cumplida la exigencia del artículo 144 RH, precepto que esencialmente regula el cumplimiento de las obligaciones contraídas, con arreglo a las leyes, por el marido...*»

(17) En igual sentido que las anteriores resoluciones se pronuncia el Centro Directivo en las de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966 (ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia Registral*, XI, págs. 219 a 229).

En ellas ya, expresamente se da por válida, en el ámbito del artículo 144 RH, la notificación de la demanda a la esposa, en vez de la demanda, ante el embargo de gananciales por deudas contraídas por el marido (en los tres supuestos en virtud de juicio ejecutivo entablado contra el marido).

declarativo», aun cuando la deuda hubiese sido contraída por uno solo de los cónyuges, porque estimaba que previamente es necesario proceder a la calificación de la misma, en la cual ha de intervenir el cónyuge no deudor, sin cuya intervención se abriría una puerta al fraude. Considerando además que la necesidad de llamada al juicio del cónyuge no deudor se hace más precisa aun cuando los bienes gananciales embargados se encuentren a su nombre o en su poder, porque en tal caso tales bienes no le podrán ser arrebatados sin ser vencido en juicio (18). Considerando igualmente que cuando lo que origina la reclamación es un juicio ejecutivo, en que sólo puede ser demandada la persona contra la que existe título (letra de cambio, póliza o documento semejante suscrito por uno solo de los cónyuges), al faltar términos hábiles para que se declare en el mismo procedimiento que la deuda es carga de la sociedad de gananciales, no podrán ser objeto de embargo los bienes gananciales (19).

Postura semejante mantenía PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, al estimar que son muy fuertes los argumentos para defender la necesidad de demandar conjuntamente a ambos cónyuges, a lo que contribuye el hecho de que en el procedimiento no sólo se encuentra interesado el deudor sino también el otro, que quizá tenga como única fortuna los bienes gananciales. Tal solución además armoniza con el sistema de cogestión establecido en el artículo 1.375 y siguientes, así como con la doctrina jurisprudencial de la comunidad, conforme a la cual, lo realizado por uno solo de los comuneros aprovecha a los demás si es favorable, pero no les perjudica si es adversa (20).

RIFA SOLER plantea igualmente la diferencia entre el tratamiento que haya de darse al problema en juicio declarativo, donde parece pertinente la demanda conjunta, aunque sólo uno aparezca como deudor, frente al supuesto del

(18) LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ/ RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, 4.^a ed., 1997, pág. 315.

(19) La postura que el autor había mantenido años difiere ostensiblemente de la que posteriormente se apunta, al indicarse por el mismo LACRUZ que ya antes de 1982 había criticado el sistema previsto por el artículo 144 que exigía la demanda conjunta en tales casos, entendiendo que ello resultaba inviable sobre todo cuando el marido era demandado en un ejecutivo donde la esposa no podía ostentar la cualidad de parte.

Respecto de la legislación vigente tras la reforma del RH de 1982, que permitía el embargo de bienes comunes, bien porque la deuda la hubiesen contraído ambos, bien porque la deuda fuese común, consideraba que lo normal era que el embargo se produjese como primer acto de un juicio ejecutivo, donde la cualidad de deudor la ostenta exclusivamente quien ha suscrito el documento o contra quien se ha dictado sentencia ejecutiva. En tales casos, obligar al acreedor a que demandase a ambos cónyuges se prestaba a las mismas críticas que la legislación anterior.

La demanda conjunta debería exigirse exclusivamente cuando ambos cónyuges hubiesen suscrito el documento ejecutivo (*ob. cit.*, pág. 316).

(20) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 249.

juicio ejecutivo, en cuyo caso la demanda ejecutiva sólo podrá dirigirse frente a la persona que venga relacionada en el título ejecutivo, en virtud del cual se proceda como deudor (21).

CÁMARA ALVAREZ mantuvo sin embargo que siendo el precepto aplicable cualquiera que sea el procedimiento que determine el embargo (declarativo, ejecutivo o derivado de expediente administrativo, por ejemplo), en el caso de que el mismo derive de un procedimiento ejecutivo, ha de entenderse sustituida la demanda conjunta por la suficiencia de la notificación de la misma al cónyuge no deudor, conforme al criterio establecido jurisprudencialmente (22). No obstante, se apunta que atendiendo a las normas civiles y procesales, habría que seguir, en cuanto a la legitimación para demandar, al criterio de valoración estricta de la obligación contraída, de forma que si la deuda la contrajeron ambos (supuesto del art. 1.367), a ambos habría que demandar, y si la contrajo uno sólo, sólo a éste. No obstante, el RH seguía un criterio diferente, al exigir que si la deuda era ganancial, se demandase a ambos, y sólo cuando la deuda fuese propia (privativa), y se quisiesen embargar bienes gananciales bastase con la notificación de la demanda al cónyuge no deudor.

Hay que analizar por ello la razón que guió al RH a seguir este sistema.

Debemos partir del hecho indudable que supone que en la mayoría de los casos las reclamaciones tienen su origen en un título ejecutivo, en el que no consta además (sobre todo a partir de la ley del cheque y cambiaria de 16 de julio de 1985) del tenor del título la condición de la deuda. Entendiendo algunos autores (ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, por ejemplo) que existe una presunción de ganancialidad de las deudas de la misma forma que se presumen en la sociedad de gananciales la ganancialidad de los bienes (23).

CAMY SÁNCHEZ CAÑETE parece seguir sin embargo una interpretación claramente procesalista, cuando al analizar los requisitos objetivos de la anotación de embargo hace prevalecer la tesis de diferentes Resoluciones de la Dirección General de los Registros como las de 10, 20 y 21 de febrero y 13 de abril de 1964, y 9, 13 y 14 XII 1966, en las que se mantiene ya la idea de la suficiencia de la notificación de la demanda al cónyuge no deudor, criterio que posteriormente será el generalizado en la doctrina del Centro Directivo. Según el autor, ni registral ni civilmente se ha de configurar la

(21) RIFA SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Montecorvo, 1983, pág. 383.

(22) CÁMARA ALVAREZ, M., «La Sociedad de Gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986, pág. 490.

(23) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La ganancialidad pasiva», en *RDN*, XXX, núms. 117-118, 1982.

titularidad registral como una copropiedad, a la vista de lo cual ha de interpretarse el artículo 144, evitando el absurdo procesal (24).

Observamos por tanto, a la vista del desarrollo doctrinal indicado que debemos establecer una diferencia entre aquellos procedimientos declarativos en que sí cabe entablar demanda conjunta contra ambos cónyuges, sobre la base de que aunque sólo uno de ellos fuese deudor, la extensión de la responsabilidad a los bienes gananciales provoca la determinación de la legitimación pasiva del cónyuge no deudor. Frente a aquellos supuestos en que, como en el juicio ejecutivo, el embargo deriva de la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, no pudiendo demandarse conjuntamente a ambos cónyuges.

En este último caso se planteaban auténticos problemas desde el punto de vista procesal para hacer aplicable la norma del 144.1. Ante lo cual existían dos posiciones divergentes:

A) La planteada por la DGRN (seguida posteriormente por la reforma del RH de 1998), entendiendo que en aquellos casos en que uno de los cónyuges contraiga la deuda basta con la notificación del embargo al otro, al objeto de que pueda hacer aplicación, si cabe, de las posibilidades que le ofrece el artículo 1.373 del Código Civil. Es el argumento mantenido en las anteriormente citadas resoluciones de 1964 y 1966, y que posteriormente se plasma en resoluciones como las de 28 de marzo y 15 de abril de 1983 (25),

(24) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, vol. VI, Pamplona, 1983, pág. 113 y sigs.

(25) RDGRN de 28-3-1983 (RJ 1662) y 15-4-1983 (RJ 2266).

Ambas resoluciones tienen su origen en el problema que se plantea ante la anotación de embargo pretendida contra una finca ganancial, tras haber demandado al cónyuge deudor, y notificado exclusivamente al no deudor. El Registrador suspendió la anotación de embargo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65, 1.375 del Código Civil, y 144 RH. La DGRN resolvió admitiendo la validez de la demanda contra el deudor y suficiencia de la notificación al otro, sobre la base de que:

a) Pese al establecimiento de un régimen de cogestión en la sociedad de gananciales, tras la reforma de 1981 se habían establecido excepciones donde, como en el artículo 1.365 se admiten supuestos de válida actuación unipersonal de uno solo de los cónyuges, de los que resultan obligados los bienes gananciales.

Cuando actúe uno solo de los cónyuges en tales condiciones, aparecer también vinculado como copartícipe en la sociedad de gananciales el otro cónyuge, debiendo cohonestarse los derechos que el tercero ostente sobre la sociedad de gananciales con los derechos que ostente el cónyuge no deudor.

b) Debe diferenciarse en este orden de cosas entre las relaciones externas que existen entre los cónyuges con los terceros, regidas por el artículo 1.369, y que permiten a éstos actuar contra los bienes gananciales, y las relaciones internas, regidas por el artículo 1.319 y 1.364, en orden a la existencia y determinación de los derechos de reintegro entre los cónyuges.

A la vista de lo indicado se señala la existencia de diferentes tipos de deudas: 1) Las contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, en cuyo caso ha de demandarse a ambos para embargar los bienes gananciales. 2) Las contraídas privativamente por uno de los

27 de mayo y 28 de noviembre de 1986 (26), 15 de julio de 1988 (27), 20 de mayo, 4, 6 y 9 de julio de 1998 (28) y STS de 22 de diciembre de 1995 (29) en que se mantiene con carácter tajante la suficiencia de la notificación al cónyuge no deudor, aun siendo ganancial la deuda contraí-

cónyuges, en cuyo caso basta con la notificación de la demanda al no deudor para que haga entrar en juego la regla del artículo 1.373 del Código Civil. 3) Las contraídas por uno solo de los cónyuges en el ámbito de sus poderes de actuación, que suponen la mayor dificultad.

c) En el último supuesto señalado, hay que considerar que la exigencia de la demanda conjunta no guardaría armonía con la cualidad individual de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que se encuentren sujetas a responsabilidad, ya que cuando la ley permite que uno solo de los cónyuges pueda obligar la sociedad de gananciales hay que llevar este mandato hasta sus últimas consecuencias, que es poder hacer responsables unos bienes sin que el acreedor tenga la carga de tener que demandar a los dos cuando sólo uno de ellos ha contraído la deuda, ni tampoco puede obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en un proceso cuando, aunque se vea obligado, no ha intervenido en él ni siquiera como fiador.

d) Sobre la base de que consta que se trata de una obligación contraída por uno solo de los cónyuges, está válidamente realizado el embargo con la mera notificación al cónyuge no deudor...»

(26) RDGRN de 27-5-1986 (RJ 3045) y 28-11-1986 (RJ 16881).

En ambas resoluciones se parte de parecidos HECHOS: En juicio ejecutivo seguido contra una persona casada, en virtud de la devolución impagada de letras de cambio aceptadas por el demandado, se libró por el Juzgado mandamiento dirigido al Registrador de la Propiedad, en el que se ordenaba la anotación preventiva de embargo acordado sobre un piso propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial, expresándose en el mandamiento haberse efectuado la notificación a la esposa.

Presentado dicho mandamiento judicial en el Registro, fue calificado con la siguiente nota: «Se suspende la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, por los defectos subsanables de que: 1.º Siendo la deuda presuntivamente de la sociedad conyugal, no se cumplen los requisitos del nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor debe acreditarse que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges, no bastando con la notificación posterior que se hiciere a la esposa; 2.º Caso no muy probable de que la obligación fuere personal del marido, tampoco se cumplen los requisitos del precitado artículo por las razones: a) No se acredita que se hayan perseguido bienes propios del pretendido deudor y que, siendo insuficientes, se dirige el embargo contra los comunes. No se solicita anotación de suspensión.

Interpuesto correspondiente recurso gubernativo contra la anterior calificación, el Presidente de la Audiencia Territorial de Burgos dictó auto que revocó la nota del Registrador y ordenó la práctica de la anotación preventiva, invocando la jurisprudencia registral posterior a la reforma. La Dirección General acordó confirmar el auto apelado RESOLVIENDO en sentido idéntico a la Resolución de este Centro Directivo de 28 de marzo de 1983, citada anteriormente.

(27) RDGRN 15-7-1988 (RJ 6352).

Tiene su origen la presente resolución en los siguientes HECHOS:

El día 5 de julio de 1986, el Notario de Valencia don Francisco B. G., autorizó escritura de compraventa judicial. En dicho documento el Ilmo. señor Magistrado-Juez de Primera Instancia número 3 de los de dicha ciudad, don Eduardo M. M., vendió a la Sociedad Petrolífera Española Shell, S. A., además de una finca rústica, una finca urbana. La escritura dimanaba de los autos de juicio ejecutivo sobre reclamación de capital y

gastos de protesto de 18 letras de cambio, de los que es actor la sociedad referida y demandados la mercantil «GUILLEM Y RUIZ, S. A.» y sus avalistas solidarios don Luis R. T. y don Diego G. P.

El embargo practicado fue notificado a las esposas de los señores citados. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Torrente, se suspendió la inscripción en cuanto a dos de las fincas, por el defecto subsanable de que siendo la finca ganancial, y conforme al artículo 1.377 del Código Civil, es preciso para su transmisión el consentimiento voluntario o suplido de ambos consortes, siendo necesario por tanto, que el señor Magistrado actúe en representación de los dos y no sólo del esposo.

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación. El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia revocó la nota del Registrador. La Dirección General acordó confirmar el auto apelado, en cuanto revoca la nota del Registrador.

La DGRN RESUELVE:

PRIMERO.—La única cuestión discutida es si puede inscribirse la escritura en la que se documenta una enajenación judicial y que es otorgada por el Juez, «de conformidad con el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», cuando resulta: 1.º La finca objeto de la enajenación aparece en el Registro como presuntamente ganancial el demandado y de su mujer. 2.º Consta en el Registro que la finca fue embargada en los autos del juicio ejecutivo de que dimana la escritura; el Juez, dentro de la misma escritura afirma, también, que se hizo notificación del embargo a la esposa del demandado y ejecutado. 3.º La escritura se otorga «en nombre y por rebeldía» del demandado.

SEGUNDO.—El Registrador suspende la inscripción de ese título porque, según él, es necesario «el consentimiento voluntario o suplido de ambos consortes, siendo necesario, por tanto, que el señor Magistrado actúe en representación de los dos y no sólo del esposo». Para decidir si ello es así, debe precisarse la naturaleza de la actuación judicial en relación con la enajenación y su documentación notarial. Pues bien, cuando el Juez otorga de oficio una escritura en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no actúa propiamente en representación del deudor o del dueño de la finca sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyos resultados se imponen a los dueños, con, sin o contra su voluntad. De acuerdo con esta idea, la Ley de 14 de mayo de 1986 (RCL 1986/1585 y 2754) elimina del artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/342, 886 y NDL 18732), las palabras que aluden a la «representación» del dueño de los bienes que se enajenan judicialmente. Como se trata de un acto judicial no incumbe al Registrador, de acuerdo con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947/476, 642 y NDL 18733), verificar si se han cumplido en el procedimiento de que emana todas y cada una de las prescripciones establecidas sino que, en relación con la tramitación previa, debe ser sólo calificar la congruencia del mandato judicial con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Ciertamente el Registrador, en aplicación de sus facultades calificadoras, debe, también, decidir si, para la inscripción de tal enajenación forzosa, hay obstáculos registrales, y más concretamente, si se cumplen en la enajenación las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo. Mas como se trata de un acto —la enajenación forzosa— que se verifica sin necesidad del consentimiento del titular registral lo que debe verificar es si consta que las actuaciones judiciales quedaron entabladas debidamente contra el titular registral. Tratándose del embargo de un bien ganancial por deuda que se reclama sólo al marido, si la esposa —como ocurre en el presente caso— fue debidamente notificada del embargo (cfr. arts. 1.273 del Código Civil y 144.1 del Reglamento Hipotecario), tuvo ya la oportunidad legalmente prevista para defenderse en relación con el embargo, ateniéndose, en otro caso, a las consecuencias, del mismo, las cuales, en el desenvolvimiento natural del procedimiento, conducen a la enajenación por un acto de autoridad, es decir, sin necesidad esencial de que los dueños presten en ese momento su consentimiento.

da (30). En todas ellas la deuda había sido contraída por el marido dentro de un ámbito en que procesalmente resultaba inviable plantearse la actuación contra ambos cónyuges —(impago de letra de cambio, obligación asumida en póliza mercantil intervenida por agente de cambio y bolsa...)—, chocando la normativa hipotecaria frontalmente con las normas procesales, conforme a las cuales resultaría imposible demandar a quien no tiene la condición de parte jurídico material en la relación contractual de que dimana la deuda contraída.

Los argumentos para mantener tal postura los analizó detenidamente BENDITO CAÑIZARES (31).

Así, en primer lugar, habría que aludir a los *argumentos de tipo procesal*, debido a la imposibilidad de demandar en juicio ejecutivo a quien no fue parte jurídico-material en el procedimiento (antes conforme a los arts. 444, 480 y 516 del Código de Comercio), posteriormente conforme a la Ley del Cheque y Cambiaria de 1985 (32).

Había que resaltar al respecto aquí, el difícil si no imposible papel que dentro del procedimiento ejecutivo podía jugar quien no había sido librado o

(28) RDGRN de 20-5-1998 (RJ 4454), 4-7-1998 (RJ 5960), 6-7-1998 (RJ5419), y 9-7-1998 (RJ 5964).

En las citadas resoluciones, todas ellas referidas a supuesto de anotación de embargo sobre bienes gananciales por deudas subsidiarias contraídas por el marido como consecuencia del impago de tributos, aunque no se entra directamente en la cuestión de la validez o no de la notificación o demanda al cónyuge no titular por el embargo pretendido, puesto que el fondo de la discusión se centra en otros términos, se viene a admitir la validez de la mera notificación de forma indirecta.

(29) STS 22-12-1995 (RJ 9432).

En la misma se partía de la responsabilidad por deudas a cargo de uno de los cónyuges, contraídas en la explotación regular de negocio común. El TS estima la inaplicabilidad del artículo 1.373 del Código Civil, considerando la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en el juicio ejecutivo cambiario, en que para proceder al embargo de los bienes gananciales, resulta innecesario demandar al cónyuge del librado-aceptante, bastando con la notificación del procedimiento en aplicación del artículo 144 del RH.

Se sigue, por tanto, el mismo criterio que marcó el Centro Directivo en sus resoluciones de 1983, en relación con la interpretación del artículo 144.1 del RH.

(30) Realiza un estudio pormenorizado de algunas de las resoluciones citadas VAQUER SALORT, MIGUEL, «El embargo de bienes gananciales a través de la Jurisprudencia», en *RCDI*, 653, 1999, pág. 1338 y sigs.

(31) BENDITO CAÑIZARES, M. T., *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*, Trivium, 1999, pág. 187 y sigs.

(32) En este punto habrá que tener en cuenta, cuando en enero de 2001 entre en vigor la LEC de 7 de enero de 2000, la modificación que en la Ley del Cheque y Cambiaria introduce la Disposición Final décima de aquélla, en cuanto al sistema de ejecución de la letra de cambio (art. 66 de la Ley de 16 de julio de 1985), respecto del cual se establece la remisión a la normativa aplicable al Juicio Cambiario que regula la propia LEC de su capítulo II, título III del Libro IV (arts. 819 a 827 LEC).

Igualmente se modifica el artículo 68 de la citada Ley, conforme al cual se establece la remisión del procedimiento en el ejercicio de la acción cambiaria a lo dispuesto en la nueva LEC.

suscriptor del título (33). Resultando imposible, tanto para el acreedor tener que demandar a quien no fue parte, como para el cónyuge defenderse en un procedimiento no siendo deudor (34).

Se aludía por la autora, igualmente, a *argumentos de jerarquía normativa*, debido a la existencia de una clara colisión entre la normativa prevista en el Reglamento Hipotecario, la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil (35), puesto que conforme al artículo 144 del RH se exigía para proceder al embargo de bienes gananciales codemandar a ambos cónyuges, mientras que conforme a la LEC, al menos en los procedimientos ejecutivos no era posible tal actuación contra quien procesalmente no se encontraba legitimado pasivamente. Por otro lado, la colisión se producía igualmente con el Código Civil, al exigir la demanda contra el cónyuge no deudor, cuando desde un punta de vista sustantivo, sobre todo tras la reforma operada en 1981, se concedía un amplio ámbito de gestión exclusiva a los cónyuges, con la consiguiente posibilidad de, con tal actuación exclusiva comprometer el patrimonio ganancial, por lo que parece que carecía de sentido permitir que un cónyuge pudiese comprometer con su gestión exclusiva el patrimonio ganancial y que, cuando efectivamente lo viese comprometido tuviese que acudir el otro cónyuge al procedimiento situándose en el mismo plano que el gestor...

Resulta evidente que la interpretación que en ese punto se estaba haciendo resultaba ser claramente *contra legem* del 144.1. Conforme a la postura de la DGRN, en los casos en los que aparece uno sólo de los cónyuges como deudor (básicamente en los que la condición de deudor viene incorporada a un título ejecutivo), resultaba suficiente con demandar al cónyuge deudor, notificando la demanda al no deudor. Se abogaba, pues, jurisprudencialmente por otorgar la misma solución a todos los supuestos previstos en el párrafo 1

(33) Cuestión que como más adelante analizaremos, ha tratado de solucionar la nueva LEC de 2000 (en vigor a partir de enero de 2001), en su artículo 541.

(34) En igual sentido MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, para quien cuando la deuda ganancial la contrae un solo cónyuge, en el marco de sus posibilidades legales, el otro cónyuge no es deudor, por lo que es suficiente que se le notifique (MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Responsabilidad patrimonial de la Sociedad de Gananciales*, 1995, pág. 197).

(35) Apuntaba al respecto VAQUER SALORT, con referencia a la normativa prevista en el vigente artículo 144.1 del RH —posterior a la reforma operada en 1998— y en relación con la normativa procesal (refiriéndose en este caso a la todavía vigente LEC) que, a pesar de que la norma reglamentaria no puede modificar otra de rango superior, como sería la LEC, es de lamentar que el legislador reglamentario, en la persecución de sus fines encuentre obstáculos en otra norma precedente —del siglo pasado, en este caso— cuando es sabido que las leyes se derogan por otras posteriores (art. 2.2 del Código Civil). (VAQUER SALORT, MIGUEL, «El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia de la Dirección General de R.N.», en *RCDI*, núms. 652 y 653, pág. 2011).

Se anticipa en tal postura lo que posteriormente ha sido objeto de regulación específica en la nueva LEC a través de su artículo 541, que tendremos ocasión de analizar posteriormente.

del artículo 144. Tanto si la deuda era ganancial, como privativa, bastaba con notificar el embargo al cónyuge no deudor.

B) La postura planteada por algunos autores y postulada en diferentes resoluciones como las de 6 de noviembre de 1987 ó 5 de enero de 1988 (36),

(36) Resolución de 6-11-1987 (RJ 1987/8732).

Se discutía sobre la procedencia o no de la anotación preventiva de embargo, sobre una finca inscrita a nombre de la esposa del deudor, demandada en el juicio ejecutivo a los únicos efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Teniendo en cuenta que la Sociedad de Gananciales se extinguió con posterioridad al nacimiento de la deuda.

La deuda y el correspondiente procedimiento ejecutivo derivaban del impago de ciertas cambiales por el marido, consecuencia de lo cual, ante el impago se trabó embargo de una finca urbana.

Presentado el correspondiente mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó la anotación preventiva de embargo ya que los bienes estaban inscritos a nombre de la esposa del demandado, en virtud de escritura de disolución de sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes a aquélla y en tanto no fuese demandada la actual titular, de conformidad a los artículos 20 y 38, párrafo 2.º, inciso 1.º y a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981, no procedería la anotación.

Contra la anterior declaración se interpuso recurso gubernativo. El Registrador de la Propiedad mantuvo la calificación. El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota del Registrador. Apelado el auto presidencial, la Dirección General de los Registros acuerda desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota del Registrador sobre la base de los siguientes fundamentos:

«...TERCERO.—Al no constar que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil: “cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias”. Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual “la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil)”, pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, según se razonó en la Resolución de 16 de febrero de 1987 (RCL 1987/1067). Y si cuando se procede contra un bien concreto, resulta del Registro que la sociedad de gananciales está disuelta y que el bien fue adjudicado a la mujer, lo único que les queda a los acreedores —si es que son puramente privativos del marido— en cuanto a ese bien, es la impugnación, si procede, de la partición, lo que, en su día, podrá provocar la correspondiente anotación preventiva de demanda...»

Sobre la base de unos planteamientos semejantes a los anteriores resuelve la DGRN en su Resolución de 5-1-1988 (RJ 1988/207):

«PRIMERO.—El Registrador deniega la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de una persona distinta al demandado. En el embargo concurren las circunstancias siguientes:

1.ª No consta en el mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad de gananciales. Se dicta el mandamiento en juicio ejecutivo seguido únicamente contra el marido, en virtud de letra de cambio librada en 9 de abril de 1984, sólo con la firma del marido. El marido, además de firmar la letra por sí, la firma también por su esposa (pero ésta no aparece como demandada ni se ha acreditado el poder del marido).

que encuentra su origen en la idea de que nuestro ordenamiento presume la ganancialidad de los bienes y derechos, pero no de las deudas, por lo que en aquellos casos en que la deuda derive de título ejecutivo, donde, en el procedimiento correspondiente no se pueda demostrar el carácter ganancial de la deuda (por falta de trámite procesal al respecto), habrá que partir de la presunción de su privatividad (37), en cuyo caso la misma sigue el régimen del 144.1 2º, y no del inciso 1º, es decir, basta con la notificación al cónyuge no deudor, pero porque la deuda es de las recogidas civilmente en el artículo 1.373 del Código Civil (38).

2.^a La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita en favor de la mujer del demandado por haber sido adquirida en virtud de adjudicación consiguiente a la disolución de la sociedad de gananciales.

3.^a La escritura de disolución de la sociedad y adjudicación de los bienes fue otorgada en 29 de marzo de 1985 e inscrita, en cuanto a la finca en cuestión, en 1 de abril de 1985. La demanda del juicio ejecutivo se interpuso en 2 de junio de 1985, y el mandamiento de embargo se dictó en 25 de julio de 1985. En 10 de septiembre siguiente se da traslado de la demanda a la esposa a los solos efectos del artículo 114 del Reglamento Hipotecario (RCL 1974/476, 642 y NDL 18733).

SEGUNDO.—Como no se presume hoy que las deudas contraídas sólo por el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la sociedad, ha de estimarse a efectos del Registro, que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado en tanto no conste que la deuda es, además, deuda de la sociedad de gananciales.

TERCERO.—Al no constar que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil: “cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias”. Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual “la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, según se razonó en la Resolución de 16 de febrero de 1987. Y si, cuando se produce contra un bien concreto, resulta del Registro que la sociedad de gananciales está disuelta y que el bien fue adjudicado a la mujer, lo único que les queda a los acreedores —si es que son puramente privativos del marido— en cuanto a ese bien, es la impugnación, si procede, de la partición, lo que, en su día, podrá provocar la correspondiente anotación preventiva de demanda...”

(37) Así afirma GUILARTE GUTIÉRREZ que en tales casos nos encontramos ante una deuda que, a efectos del Registro, y no otros, ha de considerarse privativa, pero que al amparo del artículo 144.1 párrafo 2º y 1.373 del Código Civil hubiera propiciado la traba de bienes comunes con la mera notificación al cónyuge no deudor. Sin embargo, apunta, quizá un innato temor a tal precepto —art. 1.373— hizo que la Dirección General distorsionara tanto la valoración del supuesto de hecho como la consecuencia normativa a aplicar en términos que entiende improcedentes y que, sin embargo, al menos parcialmente, ulteriormente va rectificando (GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, págs. 532/33).

(38) Resume por todos la citada postura BLANDINO GARRIDO. Afirmando al respecto que quienes mantienen esta postura estiman que cuando el acreedor pretende em-

Criterio considerado como adecuado por autores como GUILARTE GUTIÉRREZ al criticar la primera de las resoluciones (en relación con el RH tras la reforma de 1982) en las que la del Centro Directivo adoptó el criterio de la suficiencia con la notificación de la demanda al cónyuge no deudor, pese a tratarse de deuda ganancial (39).

En función de lo anteriormente señalado, habría que entender que a las deudas derivadas de un título ejecutivo (por demás, las más problemáticas a la vista de la abundante y polémica jurisprudencia existente sobre el particular) se les aplicaría el régimen de las deudas privativas previsto en el artículo 1.373 C (40). En virtud de lo cual se mantenía la validez de la solución dualista ofrecida por el artículo 144 RH de 1982, que era la correcta. De forma que, aquellos supuestos en los que la dificultad de la demanda conjunta existe, como cuando la deuda deriva de un título ejecutivo, lo que ocurre es que hay que entender que la deuda citada tiene la condición de externamente privativa (41) salvo que del mandamiento de embargo se desprendiese la ganancialidad de la deuda (42).

bargar bienes gananciales, al no existir presunción de ganancialidad de las deudas contraídas por los cónyuges, criterio que considera admite la mayoría de la doctrina, sólo demandando a ambos sería posible probar el carácter ganancial de la deuda. Para ello, apunta, sería necesario acudir a un juicio declarativo plenario, porque en el juicio ejecutivo no es posible demandar a quien no aparece como deudor en el título que fundamenta que se despache ejecución. Y en ejecución de sentencia —arts. 919 y sigs. LEC— existe la misma imposibilidad de dirigir la ejecución sobre persona diferente del deudor.

Por otro lado, la llamada al cónyuge no deudor, no le convierte en parte ejecutada. Por ello, se señala que las deudas externamente gananciales contraídas por uno solo de los cónyuges recibirán igual tratamiento que las privativas, y se les aplicará el artículo 1.373 del Código Civil cuando no se demande más que al cónyuge deudor.

En cualquier caso, la autora considera más factible en la práctica seguir el criterio jurisprudencial que veremos se confirma con la reforma del RH en 1998.

BLANDINO GARRIDO, M. A., *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la Sociedad de Gananciales* —1999—, págs. 12-122 y notas citadas.

(39) Así apunta el autor que la Resolución de 28 de marzo de 1983 contiene, «una doble quiebra de la adecuada interpretación de la normativa vigente, por un lado sanciona la ganancialidad de unas deudas respecto de las cuales parece debiera predicarse su carácter externamente privativo para, a continuación, aplicar a tales deudas unilateralmente concertadas —que ha considerado como gananciales— un régimen que no es el que según el artículo 144.1 les pertenece...» (GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, pág. 532).

(40) Así se apunta por BENDITO CAÑIZARES que cuando se sigue un procedimiento ejecutivo, como el título es mudo en orden a la calificación de la deuda, ha de prevalecer la presunción de privatividad de la misma bastando la notificación de la demanda al cónyuge no deudor a los efectos del artículo 1.373 del Código Civil (*ob. cit.*, pág. 188).

(41) Criterio mantenido igualmente por autores como ACHÓN BRUÑEN que consideraba más adecuado seguir la literalidad del artículo 144 cuando se pretende embargar bienes gananciales por deudas gananciales, aunque se hayan contraído por uno solo de los cónyuges, entendiéndose que tal postura es consecuencia de la dificultad procesal de de-

Como tendremos ocasión de analizar a continuación, creemos que la situación actual nos pondrá de manifiesto cómo existe una tendencia a combinar los dos criterios recogidos en las páginas anteriores. Ello se observará al tratar de cohonestar la normativa civil con la hipotecaria, fruto de la reforma del RH en 1998, y la reciente aparición de la nueva LEC que trata de dar una respuesta procesal al acuciente problema del embargo de gananciales por deudas derivadas de título ejecutivo. De la coordinación de toda la normativa observaremos la trascendencia que las posturas tradicionales recogidas han tenido.

1.3. *Regulación tras la reforma de 1998. Deudas contraídas por uno solo de los cónyuges (43). ¿Triunfo de la tesis procesalista?*

De conformidad con el artículo 144.1 reformado, se establece actualmente una regulación acorde con los postulados mantenidos por la jurisprudencia

mandar a ambos cónyuges en juicio ejecutivo cuando sólo uno de ellos ha contraído la deuda.

Considera sin embargo la autora que no es necesario transgredir el tenor del artículo 144.1 en estos casos, pues no es el precepto que se aplica cuando la deuda se contrae por un cónyuge como consecuencia del juicio ejecutivo, sino que habrá que aplicar el párrafo 2 del número 1 del 144 previsto para las deudas privativas, porque toda deuda contraída por un cónyuge debe reputarse privativa, salvo que se demuestre su ganancialidad, y como en el juicio ejecutivo no existe trámite para tal demostración, habrá que entender que *ad extra*, la deuda es privativa, aunque *ad intra* se considere ganancial.

En tal caso el cónyuge no deudor será notificado simplemente de la demanda en curso, al objeto de hacer aplicable el artículo 1.373, precepto que no establece ningún plazo para comparecer solicitando su aplicación. Por ello apunta, deberá comparecer ante la autoridad judicial (juez ejecutor) solicitando un pronunciamiento expreso, aunque no se indica el plazo en que ha de realizarla, no considerando adecuado la postura mantenida por RAGEL, que considera que tal comparecencia deberá hacerse en el término de tres días a contar desde el siguiente a la notificación (por analogía con lo dispuesto en el 1.461 LEC para que se persone el demandante que quiere anunciar la oposición en el juicio ejecutivo), puesto que supone aplicar por analogía una norma en detrimento del cónyuge no deudor (vid., «Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge. Comentario a la sentencia. Sala Primera del TS de 29 de abril de 1994», en *ADC*, 1996, 49.I, pág. 429 y sigs., en concreto vid., pág. 436).

(42) Estima CABALLERO GEA que, aunque un cónyuge con su actuación exclusiva puede comprometer el patrimonio ganancial, esto no empece para entender que existe una presunción de que las deudas contraídas por un solo cónyuge son privativas, de forma que para que la ejecución se extienda también a los gananciales es necesario que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado declare de forma indubitada su responsabilidad directa [CABALLERO GEA, J. A., *Comunicación. Anotación preventiva de embargo por responsabilidades de los bienes gananciales y privativos. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993 (10), pág. 530].

(43) Establece el nuevo artículo 144.1 RH (redactado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre):

que reiteradamente había venido interpretando con claro carácter *contra legem* el precepto redactado conforme a la reforma de 1982 (44), básicamente a partir de la ya citada R.DGRN de 28 de marzo de 1983 (45).

Para que sea anotable el embargo de bienes gananciales o presuntivamente gananciales por deudas contraídas por un cónyuge (46) (los inscritos conforme a los arts. 93.1 ó 4 y 94.4 del RH, a nombre de ambos cónyuges para la sociedad de gananciales, adquiridos por ambos para la sociedad y a costa del caudal común, los adquiridos por uno solo de los cónyuges para la sociedad, y los adquiridos por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad, que se inscribirán como presuntivamente gananciales), debe constar que se ha demandado a ambos cónyuges (cuando ambos aparezcan como deudores formalmente) o que si aparece demandado uno sólo, se ha notificado el embar-

«1. Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto por los apartados 1 o 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo...»

(44) Triunfa, según parece, la primera de las tesis apuntadas más arriba —vid. pág. 13 y sigs.— mantenida por la DGRN, no sólo a partir de las resoluciones citadas de 1983, sino, como hemos podido comprobar en resoluciones anteriores derivadas de la exigencia de aplicación del artículo 144 conforme a la redacción que se le otorgó tras la reforma de 1959.

(45) Así lo apunta expresamente MARTÍN MARTÍN, A. J., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y de Registro Mercantil (por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre)*, Centro de Estudios Registrales, 1998, pág. 199.

(46) Apunta VAQUER SALORT, cómo al admitir la anotación de embargo sobre bienes presuntivamente gananciales se superaba la duda manifestada doctrinalmente respecto del embargo de bienes que, adquiridos por un cónyuge, se hallaban inscritos a su nombre. La admisión del embargo en tales casos en que formalmente podría pensarse que existía una fractura con los principios de tracto y legitimación desaparece, haciendo prevalecer la norma sustantiva que atribuye el bien a la sociedad de gananciales, sobre la norma procesal (VAQUER SALORT, MIGUEL, «El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia de la Dirección General de R.N.», en *RCDI*, núms. 652 y 653, pág. 2012).

Idéntico criterio mantiene MARTÍN MARTÍN para quien con la nueva regulación desaparecen los posibles obstáculos, discutidos doctrinalmente, derivados del principio de legitimación y tracto registral. Considerando que en tales casos no bastará con la notificación de la demanda al no deudor, sino que será necesario que le haya sido notificado el embargo, MARTÍN MARTÍN, A. J., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y de Registro Mercantil (por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre)*, Centro de Estudios Registrales, 1998, pág. 204.

Consideramos, no obstante, que no era necesario que el legislador hiciese tal matización, puesto que, si en algo ha existido más o menos unanimidad desde el punto de vista registral (estemos o no de acuerdo con ello), es de la especial configuración de la sociedad de gananciales como una comunidad germánica, y ello desde que el Centro Directivo lo viniera señalando desde Resoluciones como la de 30-6-1927 (Col. Leg. T. 93, pág. 1089) donde se señala que o por aparecer inscrito un bien a nombre de uno de los cónyuges, no pertenecía a la sociedad de gananciales y al otro con un derecho expectante.

go al otro (cuando formalmente aparezca como deudor uno sólo aunque la deuda constituya una autentica carga de la sociedad de gananciales). Parece que el legislador toma en consideración exclusivamente el aspecto puramente formal, de quién tiene la cualidad de parte en la relación contractual y jurídico procesal (47). De tal suerte que si fueron parte ambos cónyuges, habrán de ser demandados ambos, mientras que si fue parte uno sólo, porque la deuda fue contraída formalmente por uno solo de ellos, o porque la deuda es privativa (puesto que no se diferencia en absoluto siendo el tratamiento el mismo para ambos supuestos), bastará que conste que se ha notificado el embargo al otro cónyuge (48).

No se establece, por tanto, un planteamiento como el del RH en su redacción, basado exclusivamente en la condición ganancial de la deuda, sino que se toma en consideración el aspecto externo de la misma, tomando en cuenta quién la ha contraído formalmente.

No obstante, quizá haya influido también en la postura del RH en su nueva redacción la segunda de las posturas mantenidas en los últimos años en relación con la configuración del pasivo ganancial (presunción de privatividad cuando no se puede acreditar, como en los procedimientos ejecutivos, la naturaleza ganancial de la deuda contraída por uno solo de los cónyuges), a la que aludíamos más arriba (49). Ello podría justificar la necesidad de demandar exclusivamente al cónyuge que contrajo la deuda, notificando la misma al cónyuge no deudor, al objeto de que se ponga en marcha, si así se estima por el mismo, el mecanismo del artículo 1.373 del Código Civil, mientras el acreedor no demuestre que la deuda tiene tal carácter ganancial (50).

(47) Con independencia de si se trata de un procedimiento declarativo o ejecutivo. Así MORALES IMBERNÓN, N., *El embargo de bienes gananciales*, pág. 33.

(48) Así lo considera VAQUER SALORT, para quien la notificación en el caso de embargo de gananciales por deudas privativas es una clara consecuencia lógica del artículo 1.373 del Código Civil. Se notifica con la finalidad de que el cónyuge no deudor ponga en funcionamiento el mecanismo del citado precepto sustantivo) (*ob. cit.*, pág. 2012).

(49) Vid. *supra* pág. 792 ss.

Obsérvese que como ya apuntó CÁMARA ALVAREZ, que la mayor parte de los embargos que se traban sobre bienes gananciales proceden de juicios ejecutivos, y que probablemente la mayoría de los títulos ejecutivos son letras de cambio, de forma que del tenor del título no se sigue ningún dato que permita encasillar la obligación reclamada como obligación ganancial (CÁMARA ALVAREZ, M., «La Sociedad de Gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986, pág. 491).

(50) Cosa que le puede interesar al acreedor, por un lado, a los efectos de ampliar el ámbito de la responsabilidad de los bienes gananciales, pero que por otro, puede que no le interesase si, al acreditarse la ganancialidad de la deuda tiene que demandar a ambos cónyuges en vez de a uno sólo, si se entiende estrictamente que lo que el legislador hace es mantener la demanda conjunta cuando la deuda es ganancial, y la notificación al no deudor cuando la deuda es privativa (presumiendo que toda deuda contraída por uno solo de los cónyuges lo es mientras no se demuestre lo contrario).

Lo cierto es que a la vista del precepto que comentamos seguían planteándose una serie de interrogantes no resueltos sino a raíz de la reciente modificación procesal que supone la aún no vigente LEC de 2000, a través, básicamente, de preceptos tales como el artículo 541, al que ya hemos aludido en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo.

Los interrogantes planteados, fundamentalmente iban dirigidos a cuestiones de índole procesal:

- Si basta con la notificación de la demanda al cónyuge no deudor ante el embargo de bienes gananciales, y la deuda es ganancial, ¿qué puede hacer el cónyuge notificado, al no poder poner en marcha el mecanismo del artículo 1.373?
- Si partimos de presumir la privatividad de las deudas contraídas, salvo que se demuestre la ganancialidad. Y teniendo en cuenta que el problema tradicionalmente se planteaba en los procedimientos ejecutivos donde no cabía incidente alguno para acreditar la ganancialidad (salvo como se ha apuntado la admisión de tal discusión en la discutidísima vía de la tercería de dominio reiteradamente desestimada por nuestros tribunales) ¿Dónde podía o debía demostrar el acreedor ejecutante la ganancialidad de la deuda para hacer posible el embargo sobre los bienes gananciales?

No sin problemas, a los que nos referiremos a continuación, trata el nuevo artículo 541 de la LEC de dar respuesta a los interrogantes que acabamos de hacer (51).

Parece, si admitimos tal postura que, al menos hasta el momento en que ha aparecido la nueva LEC de 2000 con su artículo 541, lo más coherente sería admitir la idea de la privatividad de todas las deudas, para considerar que la única finalidad que tiene la notificación (y sobraría con ella no siendo necesaria la coodemanda) es poner en marcha el mecanismo del artículo 1.373, lo que sólo puede ocurrir si la deuda es privativa. Pero si la deuda es ganancial ¿para qué notificar al cónyuge del deudor, si no le queda más remedio que aceptar el embargo?

(51) Establece el artículo 541 LEC 2000: Ejecución en bienes gananciales.

«1. No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales.

2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.

El precepto procesal, en principio parece tratar de cohonestar las diferentes posiciones que han ido surgiendo en torno al problema del embargo de bienes gananciales:

1. Se diferencia entre el embargo por deudas contraídas por uno de los cónyuges, de las que deba responder la sociedad de gananciales, que sean DEUDAS GANANCIALES (aún contraídas, insistimos por uno sólo) (pfo. 1.º), y deudas de las que también puedan responder los gananciales, pero tratándose de DEUDAS PROPIAS —privativas— pfo. 1.º y 2.º

2. Se trata de dar respuesta procesal a la determinación del momento en que, en trámite de ejecución, puede determinarse la naturaleza de la deuda (sup. pf 1.º).

3. Se trata, igualmente, de dar respuesta a las posibilidades u opciones con que cuenta, procesalmente hablando, el cónyuge no deudor, cuando se le notifica la existencia del embargo, y que como veremos, pueden ir más allá de la mera puesta en marcha del mecanismo del artículo 1.373 del Código Civil (pfos. 3 y 4) (52).

Nos referimos por tanto, a continuación, a cada uno de los supuestos mencionados:

A) *En el supuesto de ejecución seguida por deudas contraídas por un solo cónyuge de las que deba responder la sociedad de gananciales.*

— Tales deudas pueden ser tanto las de carácter ganancial en que se permite a un cónyuge actuar individualmente —supuestos de gestión exclusiva—, como las privativas en que se permite por vía del artículo 1.373 del Código Civil, el embargo subsidiario de bienes gananciales.

Procesalmente en ambos casos basta con que se dirija la demanda contra el cónyuge deudor, notificándole la misma al cónyuge no deudor (criterio coincidente, por tanto, con el establecido en el nuevo art. 144 RH).

3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge al que se haya notificado el embargo podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales.

(52) El artículo 541 LEC parece responder a la pregunta que VAQUER SALORT se hacía, siguiendo la inquietud generalizada por el hecho de que tampoco el artículo 144 del RH contestaba a la pregunta de para qué servía la notificación al no deudor. El autor abogaba en su obra por una solución parecida a la que presenta ahora el artículo 541 LEC (*ob. cit.*, pág. 2011, nota 110).

El cónyuge no deudor, al que se notifica y da traslado de la demanda, así como del auto por el que se despacha ejecución, puede oponerse a la ejecución por dos vías diferentes:

1.^a Fundándose en las mismas causas que pueda argumentar el ejecutado. Para ello deberá actuar dentro del plazo ordinario (53).

En principio parece que contará con tal posibilidad el cónyuge no deudor, aunque de las deudas deban responder los bienes gananciales, y aunque la deuda sea efectivamente ganancial. No se trata, pues, de excluir de la traba los bienes, afectos a responsabilidad, sino de defenderlos con las mismas armas con que pueda contar el ejecutado. La notificación le permite jugar como auténtica parte procesal. Prueba de lo cual es que, conforme al párrafo 4.º del citado precepto, el cónyuge notificado cuenta con los mismos recursos y medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales.

Pero es que, además, tampoco se descarta, y ello nos parece erróneo, la posibilidad de que tal oposición, fundada en los argumentos procesales de oposición con que cuenta el ejecutado, sean utilizados por el cónyuge no deudor en aquellos casos en los que la deuda es privativa. Ello es así porque el artículo 541 permite acumular la oposición con el argumento de la privatividad de la deuda como veremos, y además con los argumentos generales de oposición citados (54).

2.^a Fundando la oposición en la falta de responsabilidad de los bienes gananciales embargados. Es decir, la oposición en este caso se apoyaría en el carácter privativo de la deuda y por ende, en la irresponsabilidad del patrimonio ganancial.

En tal caso, la oposición habrá de realizarse en el mismo plazo señalado para formular oposición por las causas ordinarias aludidas anteriormente.

B) *Respecto al momento en que se determina la naturaleza de la deuda*, el precepto permite, frente a las dudas que tradicionalmente se venían planteando, que se produzca en el mismo proceso de ejecución.

(53) Conforme al nuevo artículo 824 LEC (dentro del juicio cambiario aplicable conforme a la Disposición Final 10.^a de la LEC de 2000 en sustitución de los preceptos de la Ley del Cheque y Cambiaria de 1985), la oposición deberá hacerse en los diez días siguientes al requerimiento de pago, pudiendo oponer (pfo 2.º) al tenedor de la letra, el cheque o pagaré, todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

(54) Que el cónyuge del deudor pueda oponerse a la ejecución por los mismos cauces que el que es ejecutado, puede entenderse sobre la base de que procesalmente se llegue a admitir que al ser la deuda ganancial cualquiera de los cónyuges puede defender el patrimonio ganancial. Pero sin embargo resulta incomprensible que al cónyuge no deudor (ni formal ni materialmente deudor) se le permita tal posibilidad, resulta altamente incomprensible.

Así, siguiendo con las posibilidades señaladas en los apartados anteriores, en el caso de que el cónyuge al que se notifica el embargo opte por oponerse a la ejecución por la falta de responsabilidad del patrimonio ganancial, el acreedor deberá demostrar la responsabilidad de los citados bienes, lo que pone de manifiesto cómo, en este punto, parece aceptarse la tendencia generalizada hacia la presunción de privatividad de las deudas (55).

En el supuesto de que se acredite la responsabilidad de los bienes porque la deuda contraída sea ganancial, continuará el procedimiento de ejecución iniciado (teniendo en cuenta que previamente la oposición puede haberse planteado por el cónyuge no deudor notificado, no sólo apoyándose en la falta de responsabilidad, sino también como hemos indicado, en las causas normales de oposición con que cuenta el ejecutado).

Si no se acredita la ganancialidad citada —la responsabilidad— el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal (pfo. 1.º), consecuencia de la aplicación estricta de los criterios del artículo 1.373 del Código Civil, que ponen de manifiesto el carácter privativo de la deuda.

La disolución de la sociedad en tal caso, y la consiguiente liquidación de la misma como veremos, no queda relegada a un procedimiento posterior declarativo, que, como tradicionalmente hemos venido comprobando, provocaba un claro perjuicio para los acreedores que veían postergados sus derechos sobre la parte que al deudor pudiera corresponder tras el procedimiento de liquidación social, a un momento liquidatorio que en las más de las veces, cuando llegaba —tarde o nunca— no recaía efectivamente sobre bien alguno.

Para paliar el problema apuntado (no sin crear otros problemas a su vez) el legislador ha tratado de agilizar la solución en beneficio de los acreedores. Por ello, el precepto procesal que comentamos prevé que, una vez que el cónyuge no deudor pida la disolución de la sociedad de gananciales, si por insuficiencia de privativos, se persiguen bienes gananciales, el propio tribunal (pfo. 3.º), oídos los cónyuges, *resolverá lo procedente sobre división del patrimonio, y en su caso acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta ley, suspendiendo entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes*.

A la vista de las propias normas procesales, lo indicado anteriormente implicará que si el propio tribunal ha de resolver lo procedente sobre la división, una vez que se ha disuelto la sociedad en el propio procedimiento

(55) Solucionando, al menos aparentemente la discusión respecto al cauce procesal para tal acreditación (la tercería, el incidente...). Primero porque se parte de la presunción de privatividad de la deuda, razón por la cual es el acreedor el que tiene que demostrar su ganancialidad. Segundo, porque se permite, quizá como incidente del propio procedimiento de ejecución, que antes de procederse a la ejecución sobre los bienes embargados, se tenga que demostrar la naturaleza de la deuda que determina su embargo, tras la oposición a la ejecución presentada por el cónyuge no deudor.

de ejecución, por remisión a las normas sobre liquidación de la sociedad de gananciales previstas en el articulado de la misma LEC —arts. 806 a 811— se está atribuyendo al propio tribunal ejecutor que está resolviendo sobre la responsabilidad de un cónyuge por deudas, la competencia para liquidar la sociedad de gananciales conforme a las previsiones de los artículos 808 y siguientes de la propia LEC (56), lo cual entendemos creará no pocos problemas en la práctica. Ello implica la apertura de un paréntesis en el procedimiento de ejecución hasta que se resuelva sobre la liquidación.

C) Por último, como ya hemos indicado más arriba, el artículo 541 LEC viene a resolver el problema del *Alcance de la notificación al cónyuge no deudor*, en la medida en que, no sólo le permite oponerse a la ejecución, planteando la falta de responsabilidad del patrimonio consorcial, en aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 1.373 (posibilidad que tradicionalmente se ha apuntado como la única con la que contaba el citado cónyuge), sino que se le permite fundar su oposición en las mismas causas que correspondan al ejecutado, contando además con los mismos recursos y los mismos medios de impugnación de que dispone éste para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales.

Se justifica ahora claramente la notificación al cónyuge no deudor (o más bien lo que el citado cónyuge puede hacer cuando se le notifica), que le separa del cónyuge demandado en cuanto no puede ser condenado con él, pero le aproxima en cuanto a la posibilidad de defensa de sus derechos (de los de la comunidad).

2. DEUDAS CONTRAÍDAS POR AMBOS CÓNYUGES

Poco hemos de apuntar en relación con las deudas de tal tipo, que sustantivamente se someten a lo dispuesto en el artículo 1.367 en relación con el artículo 1.369 del Código Civil, conforme a los cuales se establece la responsa-

(56) Ello es así debido a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 807 de la LEC de 2000, será competente para liquidar la sociedad de gananciales, el Juzgado de Primera Instancia que haya conocido del procedimiento de nulidad, separación o divorcio, o *aquél ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil*.

Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.393 y 1.373 del Código Civil, es causa de disolución la petición de sustitución de la traba por embargo de gananciales por deudas privativas que, como vemos, en este caso se va a producir, conforme al artículo 541 LEC, en el procedimiento de ejecución por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges. Luego, será el propio Juez ejecutor, el que, previa suspensión de la ejecución, y de forma incidental, tenga que proceder a la liquidación del consorcio conforme a los criterios establecidos al respecto por los artículos 808 y sigs. LEC de 2000.

bilidad de los bienes gananciales, y la de los patrimonios del o los cónyuges que la contraigan.

Siguiendo a CÁMARA podemos diferenciar entre el régimen aplicable a las deudas contraídas por ambos cónyuges conjuntamente (responsabilidad de los bienes gananciales y los privativos de ambos cónyuges, cfr. art. 1.369 del Código Civil), y las contraídas por uno sólo con el consentimiento del otro, en cuyo caso el autor citado señala que respondería el patrimonio común y el privativo de ambos —incluido el que sólo consintió— cuando la deuda se contrajera en interés de la familia (57), habiéndose apuntado por otros autores como RIFA SOLER, que en tal caso tan sólo responde el patrimonio ganancial y el privativo del que contrató, pero no el privativo del otro que tan sólo consintió a los efectos de hacer aplicable el artículo 1.367 del Código Civil (58).

En cualquier caso lo que nos interesa destacar aquí es que, en aquellos casos en que hayan actuado ambos cónyuges conjuntamente, y creemos que sólo en ellos, desde un punto de vista registral será aplicable el régimen de la exigencia de demanda conjunta que establecía el anterior artículo 144 RH y ahora continúa estableciendo el vigente precepto, mientras que cuando la actuación haya sido de un cónyuge, pero con el consentimiento del otro, el régimen aplicable será el de la notificación, sirviendo lo dicho al respecto con anterioridad.

III. EMBARGO DE BIENES TRAS LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA PERO NO LIQUIDADA, O CUYA LIQUIDACIÓN NO CONSTA EN EL REGISTRO. EL PROBLEMA DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO
- 1.1. *Deudas gananciales contraídas por uno solo de los cónyuges o por ambos. La solución del Código Civil en cuanto al sistema de responsabilidad y carga*

Desde una perspectiva estrictamente civil, hay que tener en cuenta que, no habiéndose liquidado la sociedad de gananciales, y mientras no se hayan pagado las deudas sociales, los acreedores de aquélla podrán seguir persi-

(57) CÁMARA ALVAREZ, M., «La Sociedad de Gananciales y el Registro de la Propiedad», en ADC, 1986, pág. 478.

(58) RIFA SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Montecorvo, 1983, pág. 377.

guiendo los bienes gananciales (ahora de la comunidad postganancial), si se trata de deudas contraídas constante la vigencia de la sociedad de gananciales con independencia de si la deuda la contrajo uno solo de los cónyuges o la contrajeron ambos (59).

No constituye elemento determinante de la atribución del carácter ganancial de la deuda el hecho de que ésta se contraiga por uno o ambos cónyuges, sino la finalidad de la misma y la materia sobre la que versa (60).

El sistema de responsabilidad, tras la disolución de la sociedad, respecto de las deudas contraídas con anterioridad a tal momento, sigue rigiéndose por los mismos criterios aplicables durante su vigencia, de forma que el criterio de responsabilidad de la deuda viene determinado por los artículos 1.365 y siguientes (y básicamente por el art. 1.911 del Código Civil) con independencia de que tras la disolución se produzca una extinción de la ampliación de la responsabilidad a los bienes gananciales por actuaciones individuales de uno solo de los cónyuges.

Parece pues adecuado manifestar, desde un punto de vista estrictamente sustantivo, que por las deudas gananciales contraídas con anterioridad a la disolución del régimen de gananciales, responden los bienes gananciales solidariamente con los bienes del cónyuge que contrajo la deuda, ampliándose el sistema de responsabilidad a los bienes del cónyuge no deudor con carácter subsidiario en el supuesto del artículo 1.319 del Código Civil (61).

El criterio anteriormente descrito respecto a la responsabilidad es consecuencia directa de la aplicación del artículo 1.317 del Código Civil, no sólo en aquellos casos en que la sociedad de gananciales se modifica como consecuencia del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales sino, como se ha indicado, en todos los supuestos de disolución, puesto que a los acreedores no les afecta el motivo por el que los cónyuges disolvieron su

(59) Apunta al respecto CERDÁ GIMENO que el patrimonio ganancial persiste individualizado como unidad abstracta a la que se atribuyen como propios derechos y obligaciones y persisten hasta la total extinción de las deudas a que está afecto (CERDÁ GIMENO, J., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 119).

(60) MATA PALLARÉS, «Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada», en *AAMN*, 1982, pág. 332.

(61) Tal es el criterio marcado por el TS en sentencia de 28 de septiembre de 1993 (RJ A 6657) al indicar, en relación con el sistema de responsabilidad en la comunidad postganancial que: «...el patrimonio de la comunidad sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad, pero las que contraiga con posterioridad cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio...».

Vid. BLADINO GARRIDO, M. A., *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la Sociedad de gananciales* —1999—, pág. 131; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La liquidación de la Sociedad de gananciales*, 1999, pág. 301.

sociedad (62). Habiéndose indicado, no obstante, que mientras la disolución de la sociedad de gananciales no conste en el Registro Civil, tanto los acreedores por deudas anteriores, como los que lo sean por deudas posteriores a la disolución, podrán desconocer la modificación del régimen económico matrimonial (63).

1.2. *Deudas privativas anteriores o posteriores a la disolución*

Respecto de las deudas privativas, contraídas con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, al igual que en aquellos casos en que la responsabilidad se determinase antes de disolverse la sociedad de gananciales, responderá el cónyuge deudor.

Ahora bien, en tales casos, resulta problemático determinar si cabe también la responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales (ahora de la comunidad postganancial) y, en todo caso, si procede la aplicación, una vez producida tal disolución de lo dispuesto al respecto en el artículo 1.373 del Código Civil.

Las posturas han sido divergentes, si bien la jurisprudencia, que en todo caso admite en estos supuestos la tercería de dominio (64) interpuesta por el cónyuge no deudor (65), ha abogado en numerosos supuestos de deuda contraída por un cónyuge con posterioridad a la disolución de la Sociedad de Gananciales, por la aplicabilidad analógica del artículo 1.373 del Código Ci-

(62) SANCINENA ASURMENDI, C., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 172.

Hay que indicar que realmente a los acreedores no les ha de afectar el cambio de régimen de los bienes (por todos, vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La Liquidación de la Sociedad de gananciales*, Valencia, 1999, pág. 199 y sigs.

(63) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 305.

(64) Vid. MÁS BADÍA, M. D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, 1999, pág. 350.

(65) Lo que como hemos tenido ocasión de manifestar en alguna ocasión, no deja de ser criticable desde el punto de vista «férreo» de la postura jurisprudencial que rechazaba sistemáticamente la tercería de dominio apoyada en la especial configuración de la Sociedad de Gananciales que, como reiteradamente se ha señalado, no confiere a ninguno de los cónyuges un derecho actual sobre los bienes gananciales, sino una mera expectativa de derecho, que se traducirá en un derecho concreto en el momento de la liquidación y adjudicación a cada uno de los bienes y derechos que puedan corresponderles tras haber satisfecho por entero las deudas sociales.

Ello implica, si se quiere ser fiel a los planteamientos expuestos, que mientras no se liquide la Sociedad de Gananciales, el argumento que sirve de base al TS PARA DES-ESTIMAR LA TERCERIA, tendría que seguir siendo aplicable para desestimarla posteriormente, puesto que las circunstancias respecto de los bienes son las mismas. No obstante, observamos que el criterio se altera.

vil, como ocurre en la STS de 23 de enero de 1987 (66), 8 de octubre de 1990 (67), 14 de marzo de 1994 (68), y las de las Audiencias de Albacete de 24 de mayo de 1995 (69), o Palencia, de 8 de noviembre de 1995 (70), en relación, todas ellas con supuestos de deuda contraída por el cónyuge/excónyu-

(66) SENTENCIA de 23-1-1987 (RJ 1987/348) (don ADOLFO CARRETERO PÉREZ).

Los HECHOS de la misma arrancan de la tercería de dominio interpuesta como consecuencia del embargo de un bien ganancial por deuda del marido, posterior a la separación canónica de los cónyuges, contraída en interés propio, no en interés de la sociedad conyugal, levantamiento del embargo. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que, desestimando en todas las partes la pretensión deducida, declaró no haber lugar a la tercería de dominio. Apelada la sentencia por la representación de la parte demandada, la Audiencia desestimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia apelada. La representación de la actora formalizó recurso de casación. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y casó y anuló la sentencia recurrida.

Resuelve el TS:

— En una primera sentencia:

V. ...Sin embargo, el motivo tercero de casación, con el mismo fundamento procesal que los anteriores, por infracción del artículo 1.408.1.º en relación con el 1.413 del Código Civil, debe ser acogido, puesto que no puede apreciarse que el marido obrase en interés de la familia, soporte ético de sus facultades para obligar los bienes gananciales, al que se refiere abundante jurisprudencia de esta Sala —sentencias de 28-VI-1963 (RJ 1963/3506), 6-X-1980 (RJ 1980/3616), 7-XI-1984 (RJ 1984/5370), 12-VI-1985 (RJ 1985/3109), 2-VII-1985 (RJ 1985/3638), 8-XI-1985 (RJ 1985/5520), 21-XII-1985 (RJ 1985/6615), entre otras— cuando consta de forma no controvertida que la deuda cuya ejecución pretende el acreedor aquí demandado nace en fecha 3-X-1977, y la separación de los cónyuges data, de modo ininterrumpido, al menos desde el 28-IV-1976, fecha de la primera sentencia canónica de separación, de tal manera que la adquisición del bar, origen de la deuda, contraída para el pago del precio de un traspaso, no puede reputarse sino en interés propio de su único adquirente, el marido no de la sociedad conyugal, en cuyo inventario, a su liquidación, no figura como bien ganancial ni como deuda ganancial, el importe de lo debido por el traspaso del establecimiento que el marido, ya separado, adquirió para sí.

— En la segunda sentencia:

I. Por los anteriores razonamientos, se ha estimado que el contrato que concertó el marido, origen de la deuda de cuya ejecución se trata y que tuvo como consecuencia el embargo impugnado, no tenía fuerza para vincular los bienes gananciales, por haberse contraído en exclusivo interés del marido en situación de separación legal, por lo cual se producen los efectos propios de la tercería que, en ocasiones análogas, ha sido apreciada por esta Sala —sentencias de 13-XII-1915, 24-V-1932 (RJ 1932/1069), 4-III-1933 (RJ 1933/1525), 28-III-1940 (RJ 1940/274) y 23-XI-1957 (RJ 1957/3568)—, ya que no pueden quedar sujetos los bienes gananciales al pago de deudas contraídas en interés exclusivo de uno de los cónyuges, por lo cual la tercería de la actora —hoy recurrente— debe ser estimada en beneficio de la comunidad de gananciales.

(67) TS (Sala 1.ª). Sentencia 8 de octubre de 1990 (P.: MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ) (RA 1990/7482).

Tiene su origen la misma en los HECHOS que a continuación se mencionan: Interpuesta demanda de tercería de dominio para evitar la traba de determinado bien perteneciente a la comunidad postganancial como consecuencia de una deuda contraída por el cónyuge viudo con posterioridad a la disolución de la Sociedad, argumentándose por tanto que el bien embargado pertenecía, al menos parcialmente, a persona diferente de quien

era efectivo deudor, y considerando inaplicable el artículo 1.373 del Código Civil. La demanda es desestimada en ambas instancias. Prospera el recurso de casación.

Resuelve el TS en sus Fundamentos, en la parte que nos interesa resaltar:

Octavo. Que... en consecuencia, y por último, habiendo de mantenerse el embargo en lo referente a la cuota en abstracto que sobre la finca trabada corresponda a la viuda, alzándose en el resto —lo que se comparte en el mismo recurso, en su segundo motivo, penúltimo párrafo— y al margen de que, entonces, no se concreten los bienes embargados, sin embargo, la citada posibilidad encuentra su apoyo analógico en el artículo 1.373 del Código Civil que aquí sí es atendible al contemplarse *ope legis* esa particularidad —«...exigir en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta...»— que, claramente, aduce a una contingencia de que sea objeto de embargo no ya bienes individualizados sino la parte o cuota que pueda corresponder al destinatario de la acción (aparte, claro es, de que tal posibilidad también se contempla en los artículos 42.6.º de la LH en relación con el 146 de su Reglamento), siendo, por ello, y en otro sentido rechazable el argumento que, siguiendo esa misma analogía, aduce la Sala *a quo* de que este precepto condiciona la posibilidad de embargar bienes gananciales una vez disuelta la sociedad, ya que su recto entendimiento, y al margen de la problemática discusión sobre esa creación llevada a cabo por la Ley 13-5-1981 del denominado «embargo ganancial», con una serie de defectos o críticas que no es ocasión de pormenorizar constriñe que su proyección aplicatoria, exclusivamente, ha de privar cuando el supuesto contemplado tiene lugar durante el tracto de aquella ganancialidad y viven ambos cónyuges, y no cuando, como en autos, la misma se ha disuelto hace tiempo por fallecimiento de uno de los consortes.

Noveno. En conclusión, con todo lo anterior, habiendo, por las incidencias constatadas de liberar, en lo atinente, el embargo trabado sobre la finca litigiosa por la eventual cuota que sobre la misma pueda corresponder a los actores hoy recurrentes al no ser deudores de la obligación que fundó esa medida ejecutiva, no obstante y siguiendo la misma proyección del precedente razonamiento, acreditado que la deudora, cotitular en su caso de la citada finca, sí es la responsable de la inmisión patrimonial a results del juicio ejecutivo, habrase de mantener el embargo de dicha finca en lo que concierna a la previsible adjudicación que sobre la misma le pueda corresponder tras la liquidación de la sociedad de gananciales y, mientras tanto, dicha medida cautelar se mantendrá en torno a la cuota abstracta que, como tal, le pertenece en tanto se mantenga esa situación provisional de vigencia de la repetida comunidad postmatrimonial...»

(68) TS (Sala 1.ª). Sentencia de 14 de marzo de 1994 (P.: BARCALA y TRILLO-FIGUEROA) (R. A1994/1776).

Los HECHOS reproducen los planteados en anteriores decisiones en que se procede al embargo de bienes de la comunidad postganancial por deudas contraídas con posterioridad a su disolución por el cónyuge sobreviviente. Se interpone demanda de Tercería de Dominio, que es desestimada en ambas instancias. Prospera el recurso de casación en los términos del fundamento de derecho 7.º

El TS resuelve al respecto:

«...Séptimo. Proyectando las puntualizaciones acabadas de exponer al caso concreto de autos y dado que, a tenor de las mismas, don Juan M. M. había enviudado ya a las fechas de creación de las cambiales, sin posibilidad de obligar, por tanto, a la estricta sociedad de gananciales al ser titular, no de cada uno de los bienes que la integraban, sino de la cuota abstracta que le correspondía en la masa ganancial en liquidación, cuota que era la que propiamente quedó obligada, máxime, cuando el crédito reclamado en el ejecutivo no podía tener la condición de ganancial, y dado que, consecuentemente, don Juan no estaba facultado, sin el concurso de los herederos de su esposa, para responsabilizar la masa de la tan repetida comunidad postmatrimonial a la que pertenecían las fincas embargadas, es de llegar a la conclusión de que tales fincas tan sólo debieron haber sido objeto de la traba en la cuota que correspondía al ejecutado en la comunidad post-

matrimonial del mismo y de los herederos de su fallecida esposa, así como en la cuota privativa que tenía atribuida en determinadas fincas de las embargadas...»

(69) A. P. Albacete (Sección 1.ª). Sentencia de 24 de mayo de 1995. P.: GARCÍA BLEDA (Base de datos Actualidad Civil-Jurisprudencia a1669/1995, Marginal 2460).

Los HECHOS arrancan de la tercería de dominio interpuesta contra la traba realizada sobre un bien ganancial para responder de deuda privativa del esposo contraída después de la disolución del régimen por capítulos matrimoniales de la sociedad ganancial y no realizada aún la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales.

La Audiencia resolvió:

«Segundo. Que... ha de determinarse si es posible que el cónyuge no deudor, en este caso la esposa, puede solicitar que quede libre de embargo la mitad correspondiente del bien ganancial —inmueble que se corresponde con el domicilio familiar—, tal como interesa en el suplico de su demanda. Al respecto es criterio jurisprudencial consolidado en sentencias del Tribunal Supremo de 21-11-1987, 8-10-1990 y 17-2-1992, que durante el período intermedio entre la disolución, y en este caso consta la existencia de capitulaciones otorgadas el 7 de septiembre de 1988, y la definitiva liquidación surge una comunidad sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no se corresponde con el de la sociedad de gananciales y por lo tanto no le son aplicables los preceptos que regulan ésta sino con el de una comunidad ordinaria en la que por lógica cada partícipe en la primitiva sociedad ganancial ostenta el derecho a una cuota abstracta sobre el acervo común que conformaba el remanente ganancial, por lo que ha de concluirse que no puede hablarse hasta que no se liquida la sociedad ganancial de la individualización o materialización del posible derecho de un cónyuge en una cuota concreta, y de aquí que haya de descartarse la posibilidad de exigir definitivamente como *petitum* la liberalización proporcional y concreta del 50 por 100 como solicita la actora, pues obvio es que tal concreción e individualización sólo se produciría con la liquidación... Ahora bien, de contrario, es evidente que si bien existe el derecho de cualquier acreedor de embargar la cuota abstracta que corresponde al cónyuge deudor, pues de entenderse lo contrario los supuestos de hecho similares al de autos sería campo propicio para mantener de modo indefinido la imposibilidad de traba sobre bienes gananciales y favorecer maniobras fraudulentas, carece el acreedor de facultades para extender la traba (como ocurre en este caso) sobre la totalidad del bien ganancial como si fuera de la propiedad exclusiva del cónyuge deudor, pues es obvio que subsiste el derecho de otro cónyuge a su cuota abstracta correspondiente. Podría pensarse, y en este sentido reflexiona el Juzgador de Instancia, que la indeterminación que supone el derecho a una cuota abstracta podría favorecer ulteriores maniobras fraudulentas de los cónyuges encaminadas a concretar la cuota abstracta de referencia en favor del cónyuge no deudor, lo que podría suponer perjuicio para el acreedor, ahora bien no ha de olvidarse que en cualquier caso subsisten las acciones penales y civiles que puedan asistirle, y en el supuesto de hecho que contemplamos tal posibilidad queda enormemente paliada por el suplico de la demanda que al no interesar más que la liberación de la mitad del bien ganancial trabado exige establecer por congruencia procesal con el *petitum* y aplicación de la doctrina de los actos propios que el derecho a la cuota abstracta a favor de la esposa no ha de superar en cualquier caso el 50 por 100 del bien ganancial a que se refiere la presente litis, por lo que, de una parte, persiste la traba sobre la otra mitad, lo que permite proseguir la ejecución en tal porcentaje sin perjuicio del derecho que pudiera corresponder al acreedor, de una parte, de exigir que los cónyuges concreten la cuota abstracta que a la esposa pudiere corresponder sobre la otra mitad, y, en que pudiera resultar a favor de su deudor de éste u de otro bien ganancial una vez liquidada la sociedad si la ejecución sobre la mitad indivisa no resultara suficiente para satisfacer su crédito...»

(70) A. P. Palencia. Sentencia de 8 de noviembre de 1995 (P.: MUÑOZ DELGADO). Base de datos Actualidad Civil —Jurisprudencia— (a136/1996, Marginal 205). En la misma se considera que las deudas asumidas por un solo cónyuge que no son incluibles en el ejerci-

ge, una vez disuelta la sociedad de gananciales, y tratándose por tanto de deudas propias del mismo. En otras ocasiones, no obstante, se ha abogado por la inaplicación del mismo, como en la STS, de 20 de noviembre de 1991 (71), la

cio ordinario de la profesión o explotación regular de los negocios, son deudas privativas de ese cónyuge. Cuando se produce el embargo de un bien ganancial por una deuda privativa de un cónyuge, cuando la sociedad estaba disuelta pero no liquidada, el cónyuge no deudor puede pedir que el embargo se limite a la cuota abstracta del otro cónyuge.

El tema en cuestión, se apunta, ha sido resuelto por nuestro Tribunal Supremo, en sentencias de 8 de octubre de 1990 y 17 de febrero de 1992, de forma afirmativa, admitiendo la prosperabilidad de la tercería de dominio en tal sentido, argumentado como «durante el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma, surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria y en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial, que subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial. El acreedor, si bien puede embargar la cuota abstracta que al cónyuge deudor corresponda sobre el referido piso, carece de facultades para extender la traba sobre la totalidad del mismo, como si fuera de la propiedad exclusiva del referido cónyuge deudor, y desconocer, con ello, la cuota abstracta que sobre el piso le corresponde al cónyuge no deudor y aquí tercerista».

Consecuentemente al criterio jurisprudencial antes citado, no cabe sino revocar la sentencia impugnada y estimar la demanda rectora del procedimiento con acogimiento del recurso de apelación, apareciendo dicha solución como lógico equilibrio de los intereses contrapuestos del acreedor privativo, de su privativo deudor y del cónyuge de este no deudor, conforme al espíritu que informa el artículo 1.373 del Código Civil, que permite a este último solicitar se sustituyan en el embargo los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal no disuelta hasta entonces.

(71) TS (Sala 1.ª). Sentencia de 20 de noviembre de 1991 (P.: VILLAGÓMEZ RODIL).

Los HECHOS arrancan igualmente de la demanda de tercería interpuesta para evitar la traba de un bien ganancial por deudas contraídas por el cónyuge viudo tras la disolución de la Sociedad de Gananciales. El Juzgado número 1 de Zamora estimó la demanda, declarando la propiedad de ésta sobre la finca y canceló la anotación de embargo. La Audiencia de Valladolid, el 12-6-89, revocó la sentencia y desestimó la tercería. El TS casó la sentencia y confirmó la de primera instancia.

Resuelve al respecto el TS:

«...Ocurrida la muerte del padre de los recurrentes, don Andrés S. G., el 2 de octubre de 1980, constituyeron con su madre, pendiente la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales y partición hereditaria de dicho causante, una comunidad postmatrimonial, ...La referida comunidad opera con estructuración analógica a la comunidad hereditaria y se gobierna bajo la titularidad del cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, sin que le afecten en consecuencia las obligaciones o responsabilidades contraídas por éste en dicha situación de interinidad, a falta de división y adjudicación definitiva de los bienes gananciales y hereditarios pro indivisos, frente a los cuales responderá con sus bienes propios, que, consecuentemente, no pueden gravar a la sociedad de gananciales, por lo que no resulta de correcta aplicación el artículo 1.373 del Código Civil, que tuvo en cuenta el Tribunal de Apelación, ya que dicho precepto tiene aplicación cuando está subsistente la sociedad ganancial, así el artículo 144 del Reglamento Hipotecario se refiere a la vigencia de esta sociedad conyugal, pero cuando se trata de deudas propias, surgidas y creadas fuera del marco común que ya dejó de regir y tener vigencia.

Por lo expuesto, el embargo practicado por el B. de S. sobre la totalidad de la finca controvertida, no se ajusta a la legalidad, en cuanto la traba alcanza a bienes afectos a la

de la Audiencia Provincial de Valladolid de 6 de febrero de 1992 (72), o Pontevedra, de 18 de junio de 1997 (73).

En tal sentido entendimos nosotros precisamente al comentar la resolución

titularidad de los sucesores del padre fallecido don Andrés S. G., conforme a los artículos 657, 658, 659 y 661 y concordantes del Código Civil.

Lo correcto era haberlo efectuado sobre la posible cuota participativa que en los mismos pudiera corresponder a doña Socorro P. P. y, en su caso, a su hijo don Francisco Javier S. P., como directamente obligado y deudor del B. De referencia.

De ahí que a los recurrentes les asista legitimación bastante para reivindicar y traer a la masa común hereditaria, la finca de la que se les desposeyó por el embargo practicado sobre su totalidad...»

(72) A. P. Valladolid (Sección 3.ª). Sentencia de 6 de febrero de 1992 (P.: DE PEDRO MIMBRERO). Base de datos Actualidad Civil (a209/1992).

Las actuaciones dimanar, al igual que en los casos anteriores, de la tercería de dominio interpuesta por un cónyuge como consecuencia del embargo practicado sobre bienes pertenecientes a la comunidad postganancial, y por deudas contraídas en el ámbito laboral con posterioridad a la separación del matrimonio y por tanto con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, aún no liquidada. Entendiendo la Audiencia que los acreedores únicamente podrán solicitar el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre la masa común, no aplicándose el 1.373 del Código Civil por estar este artículo pensado para una sociedad de gananciales en funcionamiento.

(73) A. P. Pontevedra (Sección 3.ª). Sentencia de 18 de junio de 1997. P.: PÉREZ QUINTELA. (Base de datos Actualidad Civil —Jurisprudencia— (a1619/1997, Marginal 2466).

En el supuesto que plantea la sentencia, igualmente se parte de la existencia de una deuda contraída por un cónyuge tras la separación matrimonial, y consiguiente disolución de su régimen económico —sociedad de gananciales—, como consecuencia de diversos préstamos personales concertados con entidad bancaria, formalizados en la correspondiente póliza intervenida por corredor de comercio colegiado por importe de un millón de pesetas. No desconociendo la entidad prestamista la situación de separación matrimonial al tiempo de contratar las operaciones de préstamo mencionadas.

Ante el impago por parte del cónyuge deudor, la entidad bancaria interpone correspondiente juicio ejecutivo. Versando el presente procedimiento sobre la posibilidad o no de embargar bienes gananciales concretos pertenecientes a la extinta pero no liquidada sociedad de gananciales.

La AUDIENCIA estimó la respecto que:

«...Tercero. ...No acreditándose... que el importe de los préstamos concertados... se hubieran invertido en beneficio de la disuelta y no liquidada sociedad de gananciales, es evidente que la deuda contraída por dicho señor es estrictamente personal y de ella no pueden responder los bienes gananciales (los adquiridos durante el matrimonio con esta condición), sino únicamente los bienes privativos del esposo deudor y los que a éste se le adjudiquen en la liquidación de la disuelta sociedad de gananciales. Recuérdese que según el artículo 1.911 del Código Civil, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

Queda claro, por tanto, que los créditos reclamados... no pueden hacerse efectivos sobre los singulares bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad de gananciales sin liquidar. En consecuencia, sólo procede embargar la cuota indivisa que al esposo deudor le corresponde sobre la abstracta masa patrimonial resultante de la disuelta y no liquidada sociedad de gananciales; cuota aquélla que no puede confundirse con una inexistente cuota ideal en cada uno de los concretos bienes que durante la situación normal del matrimonio tuvieron el carácter de gananciales, pues sólo después de la liquidación y

de 1994 citada (74), que en aquellos casos en que se hubiese disuelto, pero no liquidado la sociedad de gananciales, y uno de los cónyuges hubiese contraído deudas posteriormente, privativas (o más bien propias), devenía inaplicable, como tendremos ocasión de analizar más adelante, el artículo 144 del RH, precepto que consideraba aplicable, en su párrafo 4, para aquellos supuestos en que, subsistiendo una deuda consorcial tras la disolución del régimen económico, los acreedores pretendiesen cobrar la deuda sobre el patrimonio antes ganancial (masa común pendiente de liquidación), pero no respecto

adjudicación es posible saber a cuál de los cónyuges (o sus herederos) correspondió (y en qué proporción, en su caso) cada uno de los bienes que ostentaron la condición de gananciales.

Cuarto. Partiendo, pues, de que la deuda ...es de carácter privativo y no ganancial, porque no se constituyó durante la vigencia de la sociedad de gananciales, sino después de estar ésta disuelta, y porque no se contrajo tampoco en beneficio de la masa patrimonial pendiente de liquidar, es indudable que el embargo trabado sobre la finca «Coltela» o «Campiña do roxo» y vehículo Renault X, es improcedente en los términos en que se llevó a cabo, pues sólo podría acordarse la anotación de embargo por la cuota abstracta que al señor R. S. corresponde en la masa común, que quedará especificada en bienes concretos al producirse la liquidación de la misma, con la consiguiente adjudicación a los partícipes. Por ello, no es aplicable al caso litigioso el artículo 1.373 del Código Civil, concebido para una sociedad de gananciales en funcionamiento, esto es, no disuelta.

La demandante ... ostenta, frente a su esposo y Banco ejecutante, la condición de tercero, ya que no contrajo la deuda que se ejecuta ni está obligada a responder de ella, ni con sus bienes privativos ni con los que le correspondan como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales.

No es aplicable al caso de litis la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que, en líneas generales, niega a uno de los cónyuges la condición de tercero legitimado para interponer la demanda de tercería de dominio en procesos de ejecución sobre bienes gananciales por deudas contraídas por el otro cónyuge.

La fundamentación jurídica de esa doctrina general del Tribunal Supremo gira en torno a la concepción de la sociedad de gananciales como un patrimonio en mano común, al estilo de la «Gesamnte hand» germánica, del que son indistintamente titulares, sin asignación de cuotas ideales, el marido y la mujer, de suerte que al no poder singularizarse, ni siquiera en cuotas ideales, el derecho de cada cónyuge sobre ese patrimonio y menos sobre cada uno de los bienes singulares que lo integran, no es posible atribuir a un cónyuge, respecto del otro y del ejecutante, la condición de tercero. Además, el Tribunal Supremo niega incluso esta condición a quien, aún no habiendo contraído personalmente la deuda objeto de ejecución, resulta de algún modo obligado a responder de ella, como acontece con el cónyuge no contratante respecto de deudas de las que debe responder la sociedad de gananciales (confrontar sentencias 19-10-1984, 15-2-1985, 21-11-1987, 11-4-1988 y 21-6-1994, entre otras).

Pero tal doctrina general no es aplicable —con razón— cuando se trata de deudas privativas de uno de los cónyuges, contraídas con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales (caso de litis), en que nada obsta al ejercicio de la tercería de dominio por parte del otro cónyuge, y así lo tiene establecido la jurisprudencia (sentencias 23-1-1987, 8-10-1990 y 17-2-1992, entre otras varias)...»

(74) Vid. BENAVENTE MOREDA, P., «Comentario a la STS de 14 de marzo de 1994», en CCJC, 36.954.

de otros supuestos en que como el que nos ocupa, la deuda es posterior a la disolución, no pudiendo quedar comprometida la masa común, cuestión apuntada igualmente por RAGEL SÁNCHEZ (75).

Resultaba inaplicable, igualmente, el artículo 1.373, puesto que dicho precepto tan sólo entra en funcionamiento durante la vigencia de la sociedad de gananciales (76), provocando precisamente la disolución de la misma, pero no cuando aquélla ya está disuelta (77).

Por ello, en tales casos de deuda privativa, parece que lo procedente es demandar al cónyuge deudor, solicitando el embargo de sus bienes privativos, así como la cuota abstracta que corresponda al mismo sobre la comunidad postganancial (78) (no necesariamente los bienes embargados), una vez liquidada la sociedad (79).

En fase de liquidación, apunta LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, el acreedor privativo cuenta con una posición más endeble que los acreedores consorciales porque no puede sino embargar «la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales» tras la liquidación, su remanente. No pudiendo tampoco alegar la inoponibilidad de la disolución porque, considerada en abstracto, no les perjudica aunque antes de la misma pudieran embargar bienes gananciales concretos ante la insuficiencia de privativos (cfr. art. 1.373 del Código Civil). Lo que ocurre es que en tal caso el cónyuge no deudor cuenta con la posibilidad de provocar la disolución de la sociedad por vía de tal precepto (80).

(75) Comentario a la RDGRN de 28 de febrero de 1992. CCJC 30 (1992), núm. 783.

(76) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, pág. 601.

SANCIÑENA ASURMENDI, C., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 173 y sigs.

(77) En contra M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La Comunidad postganancial*, Bosch, Barcelona, 1997. Vid., igualmente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 295.

(78) Así afirma ALVAREZ OLALLA que si constante la sociedad puede el cónyuge optar por la sustitución del embargo del bien ganancial, en caso de disolución anterior al embargo por otras causas, con mayor razón recaerá este último —directamente y sin necesidad de solicitud alguna— sobre dicha cuota si la disolución resulta publicada en el Registro (ALVAREZ OLALLA, P., *Responsabilidad patrimonial en el Régimen de Separación de bienes*, Aranzadi, 1996, pág. 217).

(79) SANCIÑENA ASURMENDI, C., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 173. Para la autora, el no perjuicio para el acreedor que implica el artículo 1.317 se pone de manifiesto con la posibilidad de vincular la cuota que el cónyuge deudor ostente en la comunidad postganancial.

(80) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La liquidación de la Sociedad de Gananciales...*, cit., págs. 321 a 324.

1.3. Sistema de responsabilidad sustantiva tras la liquidación de la sociedad de gananciales

El sistema de responsabilidad que rige tras la liquidación de la sociedad de gananciales es el establecido por los artículos 1.401 y 1.084 del Código Civil por remisión del artículo 1.402 del Código Civil, conforme a los cuales, por las deudas consorciales pervive la responsabilidad sobre el que fue patrimonio consorcial, sobre los bienes del patrimonio del deudor, haciéndose extensiva en determinadas circunstancias al propio/privativo del no deudor (81). Lo que resulta una clara consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.317 del Código Civil (82).

Es por ello que, como ha apuntado CERDÁ GIMENO, los acreedores consorciales gozan de una serie de facultades, que les permitirán cobrar sus créditos anteriores a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Así, la posibilidad de ejercer una serie de acciones derivadas de la combinación de

(81) Vid., al respecto, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, pág. 554 y sigs.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA considera incluso que si los bienes adjudicados al cónyuge no titular han sido sustituidos por otros, deberá entrar en juego el principio de subrogación real como medio de evitar el enriquecimiento injusto del cónyuge no deudor. Afirmando su responsabilidad *cum viribus* hasta el límite del valor de los bienes gananciales adjudicados, aunque con cargo a sus propios bienes (*ob. cit.*, pág. 318).

PEÑA habla de la posibilidad de que los acreedores reclamen «el entero» de la deuda al cónyuge del deudor cuando se ha perdido el beneficio de inventario. Y si no se ha perdido el beneficio de inventario y ya se ha hecho la partición, pueden reclamar del cónyuge «el entero de la deuda» hasta donde alcance la porción de los bienes adjudicados, y el citado cónyuge paga más cantidad de lo que le fuera imputable, podrá repetir contra el otro (cfr. 1.401.2 y 1.085 del Código Civil) (PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia...*, 1989, pág. 295).

(82) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 291.

Al respecto, ha indicado OCAÑA RODRÍGUEZ que cuando se produce el cambio capitular a que alude el precepto, contraviniendo lo dispuesto en él, el negocio capitular no es nulo, sino que en base al artículo 6.4 del Código Civil, debe considerarse hecho en fraude de ley, dando lugar a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.401 del Código Civil y concordantes, o al ejercicio de la acción revocatoria (OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Deudas y Sociedad de gananciales. Su proyección práctica*, 1997, pág. 257).

SACIÑENA ASURMENDI ha señalado que el artículo 1.317 del Código Civil tiene en sede de liquidación de gananciales un precepto específico para los acreedores consorciales, cual es el artículo 1.401. Reconociendo así el derecho sustantivo dos niveles de responsabilidad. Por un lado, se reconoce la responsabilidad de todos los bienes gananciales después de la disolución y liquidación, con independencia de su posterior adjudicación al cónyuge deudor o al otro cónyuge. Y por otro, se deduce de los artículos 1.401 y 1.084 del Código Civil, la responsabilidad *ultra vires* del cónyuge no deudor cuando no pueda acogerse al beneficio de inventario por no haberse realizado de manera debida. Supuesto en que el citado cónyuge responde de manera ilimitada con los bienes que la hayan sido adjudicados y los suyos propios (*ob. cit.*, págs. 178 y 180).

Vid., igualmente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 315 y sigs.

los artículos 1.317, 1.401, 1.402 (83) en conexión, por analogía con los artículos 1.082, 1.083, 1.084 del Código Civil, como puede ser la oposición a la división hasta que se les afiance o paguen sus créditos, pudiendo incluso promover juicio de testamentaría y la intervención del patrimonio ganancial, o la intervención en la liquidación para evitar que se haga en fraude y perjuicio de sus derechos (84) o la posibilidad que a nosotros nos interesa resaltar, de demandar en juicio declarativo para exigir el pago de sus deudas por entero respecto de cualquiera de los cónyuges, una vez efectuada la disolución y liquidación correspondiente de los bienes gananciales. Teniendo en cuenta que el demandado tendrá derecho a hacer que se notifique de la demanda a su cónyuge, a no ser que la deuda fuera personal suya (85).

Ciertamente lo anterior implica, según se ha destacado sobradamente (86), el mantenimiento de la responsabilidad, lo que desde un prisma práctico se ha traducido en la sistemática desestimación de las Tercerías de Dominio interpuestas por los cónyuges no deudores (normalmente venía siendo la mujer), ante el embargo de bienes, originariamente gananciales, adjudicados a ellos tras el correspondiente procedimiento de liquidación por considerar la responsabilidad de tales bienes por las deudas contraídas con anterioridad a la disolución del consorcio.

La liquidación, referida en un innumerable número de supuestos a la practicada mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, resulta por tanto, como ya hemos destacado anteriormente, inoponible a los acreedores consorciales que podrán seguir actuando contra el patrimonio ganancial, aunque haya pasado a manos de uno de los cónyuges (87).

(83) Pone de manifiesto OCAÑA RODRÍGUEZ que la acción emprendida por los acreedores contra ambos cónyuges, cuando se haya acreditado la ganancialidad de la deuda, tendrá como punto de apoyo, precisamente, los artículos 1.317 y 1.401 del Código Civil, puesto que por el hecho de que la deuda se presuma originariamente privativa, ello no va a impedir que el débito tenga carácter ganancial, debiendo por tanto extenderse la responsabilidad (*ob. cit.*, pág. 341).

(84) En tal sentido, vid., igualmente, SANCINENA ASURMENDI, C., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 176.

(85) CERDÁ GIMENO, J., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, págs. 128 y 129.

(86) Vid., recientemente, MÁS BADÍA, M. D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales* —1999—.

(87) Es el criterio que se reitera en innumerables sentencias del TS, como las de 28-4-1988 (RJ 3299), 8-11-1988 (RJ 8609), 5-6-1990 (RJ 4733), 15-3-1991 (RJ 2261), 17-7-1997 (RJ 6018), 4-2-1999 (RJ 639), 3-7-1999 (RJ 4902), 5-6-1999 (RJ 4244), 18-11-1998 (RJ 9693), 7-11-1997 (RJ 7937), 26-6-1992 (RJ 5478), 9-3-1993 (RJ 1845), 6-6-1994 (RJ 4585), 21-6-1994 (RJ 7937), 25-9-1999 (AC 2000, núm. 2-20).

Cuestión diferente será determinar cómo ha de procederse procesalmente por parte de los acreedores para hacer responder los bienes gananciales adjudicados al cónyuge no deudor (88) o para que proceda la correcta anotación de embargo sobre un bien que, originariamente ganancial, fue a parar al patrimonio de uno de los cónyuges (fundamentalmente el no deudor/el que no contrajo la deuda materialmente) tras la liquidación, sin haberse procedido previamente al pago de las deudas (89), máxime cuando el bien objeto de embargo figura inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del cónyuge que no contrajo la deuda, aunque como deuda ganancial le afectase también al citado cónyuge (90).

(88) Recoge SANCINENA ASURMENDI de forma completa los diferentes cauces aceptados por la jurisprudencia para que los acreedores puedan ejercitar la responsabilidad por los bienes gananciales, que van desde la inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales cuando son éstas las que determinan la alteración del régimen de los bienes, a la acción rescisoria o revocatoria por fraude del artículo 1.111 en relación con el artículo 1.291.3 del Código Civil, barajándose, aunque en menor medida, la impugnación de las capitulaciones o de la liquidación (*ob. cit.*, pág. 183 y sigs.).

(89) Al respecto conviene tener en cuenta lo establecido, por un lado, en el artículo 140 RH, al indicar: «1. Si la propiedad de la finca embargada apareciese inscrita a favor de una persona que no sea aquélla contra quien se hubiese decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos. Los Registradores conservarán uno de los duplicados del mandamiento judicial y devolverán el otro con arreglo a lo prevenido en el artículo 133...»

Igualmente hemos de tomar en consideración lo dispuesto por la nueva LEC 1/2000, de 7 de enero (*BOE* de 8 de enero) en su artículo 658, al establecer:

«Bien inscrito a nombre de persona diferente del ejecutado. Si de la certificación que expida el registrador resultare que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, el tribunal, oídas las partes personadas, ordenará alzar el embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciere como dueño en el Registro o que el embargo se hubiere trabado teniendo en cuenta tal concepto.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, si la inscripción del dominio a nombre de persona distinta del ejecutado fuera posterior a la anotación de embargo, se mantendrá éste y se estará a lo dispuesto en el artículo 662».

Estableciendo por su parte el artículo 662 citado: Tercer poseedor. 1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquél bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores.

(90) Respecto a las diferentes situaciones resueltas jurisprudencialmente en relación con la anterioridad o posterioridad del embargo sobre la liquidación y adjudicación de bienes anteriormente gananciales el autor apunta, en relación con el supuesto a que venimos esencialmente aludiendo, en que nacida la deuda con anterioridad, se procede a la anotación del embargo con posterioridad a la liquidación y consiguiente atribución al cónyuge no deudor, que en tales casos debe negarse la anotación del embargo si la deuda es individual y no viene calificada como consorcial en procedimiento previo adecuado, es decir, en juicio ordinario en que la demanda haya sido notificada al otro cónyuge. En tales casos, y salvo que se acredite la consorcialidad de la deuda, se denegará la anotación de

En función de lo señalado, los acreedores consorciales tendrán:

- a) Antes de la liquidación, derecho a cobrarse sobre los bienes ex gananciales.
- b) Tras la liquidación podrán cobrarse contra el patrimonio privativo del cónyuge deudor, y los bienes que le hayan sido adjudicados, así como contra los adjudicados al no deudor, y los privativos de éste si perdió el beneficio de inventario. Esta es la solución que ofrece el artículo 1.401 respecto de las deudas consorciales subsistentes tras la liquidación, de las que se hace responder incluso al patrimonio privativo del cónyuge no deudor (entendiendo por tal concepto el hecho de que tal cónyuge no contrajese materialmente la deuda, aunque la misma le afecta dado su carácter ganancial) (91), lo que implica una extensión de la responsabilidad.

Los acreedores privativos de cada cónyuge, sin embargo:

- a) Antes de la liquidación podrán cobrar sus créditos, aparte de sobre el patrimonio privativo del cónyuge deudor, sobre la parte que al deudor le corresponda en la sociedad, embargo que puede ser objeto de anotación preventiva por aplicación analógica de lo dispuesto en el 166.1.II RH, discutiéndose la aplicación del 1.373 del Código Civil (92).
- b) Tras la liquidación sólo pueden embargar los bienes adjudicados al deudor aunque quepa el ejercicio de las acciones de impugnación de

embargo, puesto que se encuentra en juego el principio de tracto registral (vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Deudas y Sociedad de gananciales. Su proyección práctica*, 1997, págs. 279 y sigs., y pág. 321).

(91) Otro criterio parece mantener SANCINENA ASURMENDI al afirmar que el cónyuge «no deudor» responde en el supuesto del artículo 1.401 por una «deuda ajena» contraída por su consorte, ampliándose de esta manera el principio de responsabilidad universal (*ob. cit.*, pág. 181). No parece, sin embargo, que la deuda a que alude el precepto se trate de una deuda ajena al citado cónyuge, en cuanto que deuda ganancial y no privativa del otro cónyuge, lo que justifica la extensión de la responsabilidad, que realmente es consecuencia de la confusión de patrimonios que se puede producir al no haberse realizado correctamente inventario de los bienes de la comunidad.

(92) CURIEL LORENTE parece claramente abogar por la inaplicación del citado precepto, sobre la base fundamental del alcance que ha de darse a la norma contenida en el artículo 1.317 del Código Civil. La facultad que los acreedores ostentan después de la liquidación, apunta, derivan del artículo 1.401 y no del 1.317, y la facultad que el artículo 1.373 concede a los acreedores privativos se condiciona precisamente a la subsistencia de la sociedad de gananciales, pues sólo mientras no se ha disuelto puede hablarse de una cuota de interés de cada cónyuge en el patrimonio ganancial, integrante en su patrimonio personal [*«El Registro de la Propiedad y las pretensiones de los acreedores sobre bienes inmuebles ex gananciales»*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995 (6) pág. 287].

la partición realizada en fraude, lesión o perjuicio de sus derechos (93).

Procede, no obstante, analizar cuál es el sistema seguido para permitir el embargo de bienes gananciales.

2. EMBARGO DE BIENES GANANCIALES TRAS LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

Nos aproximamos ahora directamente al objeto fundamental de nuestro estudio, para analizar el antes y el ahora en cuanto a la coordinación o descoordinación existente entre el derecho sustantivo y el registral en relación con el sistema previsto para proceder a la sujeción de los bienes antes gananciales, por las deudas de este carácter contraídas con anterioridad a la disolución del consorcio (94).

2.1. *La solución registral del problema. Artículo 144.4 anterior a la reforma de 1998. Sociedad disuelta y no liquidada*

Conviene, como primera medida, realizar una breve aproximación al sistema regulado en las disposiciones reglamentarias precedentes:

— El artículo 144 del RH 1947, tan sólo tomó en consideración la posible disolución de la Sociedad de Gananciales por fallecimiento de los cónyuges, diferenciando según estuviese o no inscrita su liquidación.

Así, en el supuesto de encontrarse *disuelta pero no liquidada*, para que procediese la anotación de embargo sobre bienes ex gananciales, era necesario demandar conjuntamente al cónyuge supérstite y a los herederos del difunto, o en su caso a los herederos de ambos. Sin embargo, *en el caso de constar registralmente la liquidación*, para anotar el embargo debía dirigirse la demanda contra el titular registral.

— Conforme al artículo 144 del RH 1959, se establecería la misma regulación que posteriormente desaparece en la reforma de 1982, donde para nada se

(93) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 293. CURIEL LORENTE, F., «El Registro de la Propiedad y las pretensiones de los acreedores sobre bienes inmuebles ex gananciales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995 (6), pág. 286 y sigs. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Deudas y Sociedad de gananciales. Su proyección práctica*, 1997, pág. 343.

(94) Vid., al respecto, BENAVENTE MOREDA, P., «Embargo de bienes gananciales tras la disolución de la Sociedad de gananciales y antes de su liquidación (comentario a la RDGRN de 9 de octubre de 1998 —RJ 1998, 7221—)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, 3.

resuelve sobre el embargo de bienes tras la liquidación o su inscripción en el Registro. En relación con la regulación del RH de 1959, RIFA SOLER (95) planteaba, igual que lo hiciera posteriormente CÁMARA ALVAREZ (96) la improcedencia de la necesidad de demandar conjuntamente al cónyuge sobreviviente y los herederos del otro para embargar bienes gananciales por deudas anteriores a la disolución, tras la disolución, entendiendo que debería seguirse el mismo régimen de notificación que cuando está vigente la sociedad de gananciales.

— Conforme a la redacción que en la reforma del RH se le dio al artículo 144.4 en 1982, se establecía que... «*Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos...*»

El Reglamento, tras 1982, otorgaba pues solución al problema del embargo de gananciales por deudas consorciales una vez disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, o al menos no constando la liquidación registralmente (97).

En tales casos parecía clara la solución del RH en el sentido de admitir su literalidad, por cuanto, para que fuese anotable el embargo sobre bienes de la comunidad postganancial, debían ser demandados ambos cónyuges o al sobreviviente y los herederos del premuerto (98).

Tal es la postura que siguiendo dicha literalidad se desprende de Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado como la de 22 de mayo de 1986 (99), 3 de junio de 1986 (100), de 11 de diciembre de 1991 (101) ó 9 y 10 de octubre de 1998 (102) en que se exigía la demanda conjunta a ambos cónyuges o a uno y los herederos del otro para proceder al embargo de bienes de la comunidad postganancial.

(95) RIFA SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Montecorvo, 1983, pág. 392.

(96) CÁMARA ALVAREZ, M., «La Sociedad de Gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986, pág. 516 y sigs.

(97) ÁVILA ALVAREZ, *Comentarios a las Reformas Hipotecarias de 1982-1984*, Centro de Estudios Hipotecarios, 1984, pág. 186 y sigs.

(98) Al haber dejado de operar el estatuto que regía la sociedad de gananciales, apunta BLANDINO GARRIDO que es ahora otro el poder de los cónyuges, o de los causahabientes en relación con el patrimonio ganancial, por lo que han de ser aplicables los criterios establecidos para la satisfacción de las deudas del causante sobre los bienes hereditarios en indivisión. De tal forma que los acreedores consorciales deberán dirigir sus acciones contra todos los que estén interesados en el concepto de cotitularidad en la masa (BLANDINO GARRIDO, M. A., *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la Sociedad de gananciales*, 1999, pág. 123).

(99) *RJAz* 1986, 3042.

(100) *RJAz* 1986, 3838.

(101) *RJAz* 1991, 9594.

(102) *RJAz* 1998, 7221 y 7223.

En ellas se plantean, por un lado, los mismos problemas de legitimación, o mejor dicho de ausencia de ésta, que en los casos de embargo de gananciales por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, cuando el embargo se producía vigente la sociedad de gananciales si la condición de deudor la ostentaba uno solo de los cónyuges. Incurriendo por otro lado, creemos, en el error de invocar la aplicación del artículo 144.4 del RH, tanto si las deudas determinantes del embargo eran gananciales, como si eran privativas (supuesto este último en que, como venimos manifestando consideramos inaplicable el art. 144.4 del RH).

Así, en la resolución de mayo de 1986, las actuaciones se habían iniciado como consecuencia de la demanda ejecutiva dirigida contra el marido, una vez disuelta la sociedad de gananciales, *por deudas que según parece eran gananciales*.

Como consecuencia del citado procedimiento, el ejecutante solicitó anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de una finca que fue ganancial.

La DGRN desestimó la pretensión de anotación, por cuanto de ser consorcial la deuda, de conformidad con el artículo 144.4 y 166.1 del RH debería haberse demandado al cónyuge y a los herederos del premuerto. Estimando que habría procedido la anotación (sin demandar a los herederos) si se hubiese pretendido el embargo sobre la parte que al deudor le correspondiese en la liquidación (y esto es lo que nos parece más discutible).

En la segunda, de junio de 1986, nos encontramos ante una *deuda privativa*. Así, por impago de ciertas cambiales protestadas con posterioridad a la disolución del matrimonio por fallecimiento de la esposa, se procedió al embargo de un bien ganancial del matrimonio, notificando la demanda a los herederos de la esposa.

La DGRN desestimó la pretensión de anotación de embargo, considerando que tras la disolución se atribuye a los cónyuges o excónyuges un derecho a la mitad del conjunto patrimonial existente, pero no sobre bienes concretos, derecho que existirá cuando se liquide la sociedad. Nuevamente entiende la Dirección General que cabría la anotación de embargo contra bienes concretos si la demanda se hubiese dirigido contra todos conforme al 144.4 RH y 166.1 (criticable nuevamente porque la deuda no era ganancial, con lo cual ya no resultaba aplicable a nuestro entender el 144 RH). Apuntándose que de la misma manera cabría la anotación de embargo sin demandar a todos si se embargaba sólo la parte que al deudor correspondiese tras la liquidación de la sociedad de gananciales.

Por su parte, la resolución de 1991 se refiere igualmente a un supuesto de anotación preventiva *por deudas contraídas con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales*, resolviéndose, igualmente que, para proceder al embargo de bienes exgananciales tras la disolución de la sociedad por el

fallecimiento de uno de los cónyuges era necesario demandar al cónyuge viudo y a los herederos del premuerto.

Por último, en las más recientes Resoluciones de 1998 y como consecuencia del correspondiente juicio ejecutivo seguido contra un cónyuge viudo, por deudas de carácter propio de éste, al haberse producido con carácter previo la disolución de la sociedad por fallecimiento de la esposa, se solicitaba *la anotación preventiva de los derechos que pudieran corresponderle al cónyuge viudo en determinados bienes*.

El Registrador suspendió la anotación solicitada, al no constar, una vez disuelta y sin liquidar la sociedad de gananciales, que la demanda había sido dirigida contra ambos cónyuges o sus herederos. Posteriormente, ante el recurso presentado por la entidad ejecutante, aparte de ratificarse en la aplicación del artículo 144.4 citado, se invocó la invalidez de la solicitud de embargo en la forma pretendida, partiendo de la especial naturaleza de la sociedad de gananciales, en la que, mientras no se produzca la liquidación, los derechos de un cónyuge recaen sobre la totalidad de los bienes que tengan carácter ganancial, pudiendo ocurrir que de solicitar el embargo de los derechos sobre bienes concretos, una vez liquidada la sociedad resulte imposible la ejecución sobre los mismos si el cónyuge deudor no resulta ser su adjudicatario.

De los planteamientos deducidos anteriormente podemos extraer la idea de lo indiferente que parece, a simple vista, la calificación de la deuda determinante del embargo, siempre que, de una u otra manera se vean satisfechas las exigencias reglamentariamente. Es decir, al Registro poco parece importarle la naturaleza ganancial o privativa de la deuda determinante del embargo. Lo decisivo parece ser (con independencia de la naturaleza de la deuda), si se pretende anotar el embargo sobre bienes gananciales, que se dirija la demanda conjuntamente contra ambos cónyuges.

En función de lo indicado, creemos, pese a la postura de los Registradores, que había que descartar de raíz la aplicación del artículo 144.4 del RH, precepto aplicable exclusivamente cuando nos encontramos ante el posible embargo de bienes de la comunidad postganancial por la subsistencia de una deuda consorcial (contraída, por tanto, antes de disolverse la sociedad de gananciales) una vez disuelto, aunque no liquidado el consorcio conyugal, pero no cuando la deuda nace con posterioridad a la citada disolución. Ello, y no otra razón justificaba, creemos, la necesidad de demanda conjunta a ambos cónyuges o sus herederos, para coordinar lo dispuesto sustantiva y registralmente.

En este caso de las Resoluciones de 1998, DGRN desestimó la petición de embargo solicitada sobre la base de que lo correcto para proceder al embargo había sido, bien demandar a todos en caso de pretensión de que aquél recayese sobre bienes ex gananciales concretos, o en su caso (demanda sólo de cónyuge deudor) que la pretensión recayese sobre la parte que al

citado cónyuge le pudiera corresponder tras la liquidación sobre la totalidad del patrimonio, pero no sobre la cuota —inexistente— sobre bienes concretos (103). Planteamiento que a nuestro entender implica la imposibilidad de anotar embargo alguno, desapareciendo por tanto la garantía para el acreedor.

(103) Establece la DGRN en su Resolución de 9 de octubre de 1998:

«SEGUNDO.—Es doctrina reiterada de este centro directivo que disuelta, pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1.058 y 1.401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1.067 del Código Civil; 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1, *in fine* del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.º *in fine*, del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otras hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1.404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. arts. 1.410, 1.083 y 1.058 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y, lógicamente, así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), por lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

Ahora bien, del documento calificado no hay elementos para inferir de modo inequívoco ante cuál de los tres supuestos nos hallamos; se dice en él que se extienda la

Doctrinalmente se ha admitido mayoritariamente la exigencia de la demanda conjunta en los supuestos de embargo de bienes gananciales que venimos señalando (104).

Así se ha apuntado que el régimen aplicable a tales deudas anteriores, gananciales, es el mismo que antes de la disolución, si bien al haber surgido como consecuencia de la disolución una comunidad, la demanda ha de dirigirse contra todos los miembros de tal comunidad (105). Se ha señalado, igualmente, que al cesar con la comunidad postganancial los poderes orgánicos de los cónyuges en relación con el patrimonio ganancial, la gestión y defensa de la comunidad se rigen ahora por las reglas ordinarias de la comunidad. De tal forma que el cotitular no demandado no podría ser afectado por un proceso en el que no haya sido parte (106).

Se ha abogado igualmente por la validez de la postura mantenida por el RH, al considerar que en tal momento, una deuda asumida por uno de los cónyuges lo habrá sido en el pasado para necesidades de la sociedad conyugal en general, y en el momento de su disolución coexistiendo la pendencia de su pago, deberá ser traída a colación del reparto de los gananciales. Por lo cual resulta preciso y exigible que ambos cónyuges estén personados en autos para alegar lo que a su derecho conviniere. Y lo alegable podría ser, desde que tal deuda ha sido ya cubierta con bienes gananciales, o que no fuese una deuda ganancial, o cualquier otra hipótesis a defender en autos por el cónyuge o herederos del mismo. Tal justificación de la demanda conjunta no existe, sin embargo, en el caso de vigencia de la sociedad de gananciales (107).

La solución del Reglamento fue, no obstante, criticada por autores como CÁMARA ALVAREZ, para quien, no constando en el Registro la liquidación, la solución a seguir debería ser la misma que en el caso de que la sociedad aún no se encuentre disuelta, es decir, demandar a ambos cuando ambos contra-

anotación sobre los derechos que puedan corresponder al cónyuge deudor en determinados bienes gananciales, y de aquí no puede deducirse sin más que se esté embargando sólo esos derechos, máxime cuando, como se ha señalado, esta fórmula empleada sería la apropiada para la hipótesis del embargo de la global cuota ganancial del deudor. No procede, por tanto, confirmar el defecto impugnado que se produce sobre la inteligencia de que lo embargado son esos derechos especificados en el mandamiento, si bien no procede acceder a su despacho hasta que se especifique en el mandamiento cuál es el verdadero objeto de la traba».

En el mismo sentido, la Resolución DGRN de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7223).

(104) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991., pág. 601, donde se aboga claramente por la necesidad de la demanda conjunta, sin que baste la mera notificación al otro cónyuge.

(105) CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, vol. VI, Pamplona, 1983, pág. 118 y sigs.

(106) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 294.

(107) CASADO COCA, P. M., «La interpretación del Reglamento Hipotecario en relación con la ejecución de bienes gananciales», en *La Ley*, 1984, 1, pág. 1171.

jerón la deuda, y notificar al que no contrajo la deuda cuando sólo uno de los cónyuges se obligó (108), solución que como más adelante veremos, nos parece la más adecuada, aunque el legislador, incluso en la nueva LEC de 2000, haya tenido en cuenta, como veremos el problema de la falta de legitimación pasiva en estos casos para tratar de dar una solución procesal que compagine con los criterios hipotecaristas.

De lo que venimos indicando observamos pues, cómo el artículo 144.4 RH tan sólo ofrecía solución para la anotación de embargo sobre bienes gananciales cuando la sociedad aún no se había liquidado. Para este último supuesto, y al no existir regulación concreta, cabían varias posibilidades: *a)* Por un lado, que los bienes susceptibles de ser embargados hubiesen sido adjudicados al cónyuge deudor. En cuyo caso, a tenor de lo establecido por el propio RH (art. 140) no parece que existiese problema alguno respecto de la posibilidad de anotar el correspondiente embargo sobre el bien concreto ya adjudicado (109), solución que en el fondo venía a coincidir con lo que se establecía en la redacción del precepto en el RH de 1947, y que como veremos coincide con lo dispuesto en el vigente texto legal tras la reforma de 1998. *b)* Por otro lado, que los bienes embargados hubiesen sido adjudicados al cónyuge no deudor, en cuyo caso, no procedería la anotación del embargo (art. 140.1 RH), por no ser el cónyuge titular aquél contra el que se dirigiese el embargo.

El precepto que comentamos, por otro lado (110) no se ocupó del supuesto en que la demanda se hubiese entablado contra un cónyuge antes de disolverse la sociedad de gananciales. No indicándose tampoco si su regulación era para el caso de que no se estuviera en el supuesto del artículo 1.373 del Código Civil, o si una vez disuelta la sociedad, ya no sería suficiente con haber notificado el embargo al cónyuge no deudor conforme al artículo 144.1, párrafo 2.

2.2. *La solución registral tras la reforma del RH por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. Reforma procesal* (111)

De conformidad con el vigente artículo 144.4 del RH: «*disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo*

(108) CÁMARA ALVAREZ, «La Sociedad de Gananciales y el Registro de la Propiedad»..., *ob. cit.*, pág. 516.

(109) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 294, nota 223.

(110) Así lo indica AVILA ALVAREZ, *Comentarios a las Reformas Hipotecarias de 1982-1984*. Centro de Estudios Hipotecarios, 1985, pág. 186 y sigs.

(111) Nos referimos a la operada por Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE de 8 de enero), que de conformidad con su Disposición Final 21, entrará en vigor en enero de 2001.

será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla».

La solución, en cuanto se refiere al embargo de gananciales disuelta pero no liquidada la sociedad, sigue siendo la misma que la establecida en su anterior redacción: para embargar bienes ex gananciales debe demandarse a ambos cónyuges o a sus herederos, y ello con independencia de si la deuda fue contraída por uno o por ambos cónyuges.

Ciertamente, al disolverse la sociedad de gananciales desaparece la comunicación existente durante su vigencia, cesando los poderes de gestión atribuidos en exclusiva a los cónyuges como excepción a las reglas generales de cogestión (112), lo que sería causa suficiente para, conforme exige el RH, demandar conjuntamente a ambos cónyuges o sus herederos. Sin embargo con la disolución no desaparecen los inconvenientes procesales que impedían entablar acción contra ambos cónyuges cuando sólo uno de ellos había contratado, o cuando uno sólo aparecía con la calidad de tomador de la letra de cambio a los efectos de entablar el correspondiente juicio ejecutivo contra ambos, por ejemplo.

Como hemos visto con anterioridad, la nueva LEC tan sólo regula procesalmente el procedimiento de ejecución sobre bienes gananciales constante la sociedad en su artículo 541, cuando lo que se entabla es una acción ejecutiva contra uno de los cónyuges, poniéndose de manifiesto la imposibilidad de despachar ejecución contra la sociedad de gananciales, fundamentalmente porque la misma no constituye una persona jurídica con personalidad independiente de la de cada uno de los cónyuges.

Tanto en el texto del precepto en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil —art. 543— (113), como de la vigente redacción dada al actual artícu-

(112) Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentarios a los artículos 1.396 y sigs. del Código Civil», en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, pág. 786; BLANDINO GARRIDO, *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución...*, cit..., pág. 123.

(113) Proyecto de Ley 121/000147 de LEC (BOCG de 13 de noviembre de 1998), que en su artículo 543 trata de dar solución al problema de la legitimación pasiva cuando se entabla ejecución contra bienes gananciales, estableciendo al respecto que:

«1. No se despachará ejecución frente a la sociedad de gananciales.

2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge.

lo 541, parece quedar clara su aplicabilidad cuando se embargan bienes gananciales, vigente la sociedad de gananciales, pero no cuando la misma ya se encuentra disuelta, fundamentalmente por el hecho de que se concluye en la posible petición de disolución de la sociedad cuando la ejecución recaiga sobre bienes gananciales por deudas propias, dando solución al problema, ampliamente discutido y resuelto contradictoriamente por doctrina y jurisprudencia, relativo al cauce procesal a seguir por el cónyuge no deudor ante el embargo de gananciales por deudas privativas al amparo del artículo 1.373 del Código Civil, como ya hemos visto.

A la vista de lo indicado, podemos pensar, bien que el legislador sigue sin dar solución procesal al problema del embargo de bienes gananciales tras la disolución de la sociedad, que el RH resuelve erróneamente, según nuestro criterio, exigiendo la demanda conjunta a ambas partes con el argumento de la ganancialidad de la deuda y de la falta de legitimación de un cónyuge para actuar con carácter exclusivo más allá de la disolución (114).

O podemos considerar que el párrafo 1.º del precitado artículo procesal se hace extensivo a cualquier supuesto en que deban responder los bienes gananciales (deudas que subsistan tras la disolución), por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, en cuyo caso la solución contravendría claramente la exigencia del RH que exige la demanda conjunta, bastando, según la norma procesal, la mera notificación al cónyuge no deudor, a los efectos, conforme establece el párrafo 4.º precitado, de interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para defender los inte-

3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges, y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge al que se haya notificado el embargo podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales y, en particular, para acreditar que los bienes trabados no responden de las deudas por las que se despachó ejecución...»

(114) Vid., al respecto, CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la STS de 26 de septiembre de 1986», en *CCJC*, núm. 12, 1986, págs. 4005 y sigs.

MÁS BADÍA, por su parte, considera que la exigencia de la demanda conjunta sólo va a ser aplicable en relación con las deudas con posterioridad a la disolución por las que procede el embargo de bienes gananciales (deudas contraídas en situación de comunidad postganancial). No obstante, la propia autora matiza posteriormente que, en tales casos, como la deuda posterior, ya será una deuda propia del deudor que la contraiga, sólo podrá él ser demandado y condenado, pudiendo embargarse tan sólo su cuota abstracta (MÁS BADÍA, M. D., *La tercería de dominio ante en embargo de bienes gananciales*, 1999, págs. 326 y 363).

reses de la comunidad de gananciales (postganancial en este caso), y en concreto para acreditar que los bienes gananciales no responden de las deudas contraídas.

Pues bien, pensamos, y nos da la clave para ello el citado párrafo 4.º del artículo 541 de la LEC de 2000, que aunque en el vigente artículo 144.4 del RH se postule la demanda conjunta para proceder al embargo de bienes exgananciales por deudas anteriores a la disolución, pero una vez producida ésta, el resultado práctico en orden a las posibilidades de actuación del cónyuge no deudor o en su caso los herederos del premuerto, se reducirán (se les demande o tan sólo se les notifique) al ámbito de actuación del citado párrafo 4.º del artículo 541 de la LEC.

IV. EMBARGO DE BIENES TRAS LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD. ANALISIS DE LA SOLUCION REGISTRAL

1. AUSENCIA DE SOLUCIÓN EXPRESA EN EL ARTÍCULO 144.4 ANTERIOR A LA REFORMA DEL RH DE 1998

El artículo 144, en la redacción que le otorgó el RH en 1982, no ofrecía una solución expresa reguladora del supuesto, pese a que, como hemos indicado, tanto en 1947 como en 1959 se estableció la diferencia entre los supuestos de sociedad liquidada y sin liquidar.

En tal caso la regla aplicable, desde el punto de vista estrictamente civil, era y es la prevista en el artículo 1.401 del Código Civil, como ya indicábamos más arriba, de tal forma que, mientras no se hayan pagado por entero las deudas sociales, el acreedor conserva su crédito contra el cónyuge que contrajo la deuda (si fue uno sólo, podrá actuar contra su patrimonio privativo y contra los bienes que le hayan sido adjudicados, y si contrajeron la deuda ambos conjuntamente, podrá dirigirse contra el patrimonio privativo de cada uno de ellos y contra los bienes que le hayan sido adjudicados). Pudiendo dirigirse contra los bienes que le hayan sido adjudicados al otro cónyuge (bienes ex gananciales) si se hubiese formulado debidamente inventario, excluyéndose los bienes privativos de tal cónyuge en caso contrario. Apuntando al respecto CABALLERO GEA que no existe incompatibilidad entre la titularidad registral y la anotación pretendida, pese a la no coincidencia entre el cónyuge que aparece como deudor y el que figura como titular registral, si bien se impone la observancia de determinadas garantías para la exacción de aquella responsabilidad (115).

(115) CABALLERO GEA, J. A., «Comunicación. Anotación preventiva de embargo por responsabilidades de los bienes gananciales y privativos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993 (10) págs. 519 a 544, págs. 526/527.

¿Cómo debe proceder el acreedor procesalmente para poder anotar el embargo sobre bienes anteriormente gananciales y ahora adjudicados al cónyuge no titular o al titular?

La solución al respecto variará según las diferentes situaciones:

- a) *Si por deudas gananciales contraídas por uno solo de los cónyuges antes de disolverse la sociedad se pretendía el embargo de los bienes adjudicados al propio deudor*, parece que sería suficiente con demandar al citado cónyuge, criterio que CABALLERO GEA considera igualmente aplicable cuando la sociedad se haya disuelto por fallecimiento de uno de los cónyuges y se pretenda el embargo sobre la parte que tras la liquidación corresponda al cónyuge sobreviviente.
- b) *Si por deudas gananciales contraídas por uno sólo de los cónyuges se pretendía anotar el embargo sobre bienes ex gananciales adjudicados al cónyuge no deudor* (posibilidad prevista civilmente como hemos señalado conforme al art. 1.401 del Código Civil).

En tal caso, el problema fundamental que al respecto se planteaba desde el punto de vista estrictamente registral era el de la discordancia entre quien tenía la cualidad de deudor (uno sólo de los cónyuges), aunque de la deuda hubiese de responder los bienes gananciales, y quien tenía la condición de titular registral del bien anteriormente ganancial, pero ahora propio de quien no era formalmente deudor.

Así se planteaba en la STS de 21 de julio de 1987, donde se aboga por una de las posibles soluciones al problema: la demanda conjunta a ambos cónyuges (el deudor y el titular registral). Los orígenes de la misma se encuentran, al igual que en otras ocasiones, en la demanda de tercería de dominio interpuesta por la esposa ante el embargo practicado sobre ciertos bienes adjudicados a ella tras la liquidación de la sociedad, como consecuencia de la subsistencia de deudas —consorciales— contraídas por el marido antes de la disolución del consorcio.

En este caso, el TS desestimó la tercería interpuesta por tratarse de una deuda de la que debía responder la sociedad de gananciales, considerando además que no era obstáculo el principio de legitimación registral previsto en el artículo 38 LH, cuando se hubiese dirigido la demanda contra ambos (116).

(116) STS de 21-7-1987 (RJ 1987/5806) (P. RAFAEL PÉREZ GIMENO).

Establece el TS al respecto:

2. El motivo segundo se ampara en el ordinal quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos, y denuncia la infracción del artículo mil quinientos treinta y dos de la Ley Procesal, argumentando, al efecto, que si la tercería actuada ha de fundarse en el dominio de los bienes embargados y tal dominio, que no se discute, aparece acreditado con la escritura pública de Capitulaciones Matrimoniales y liquidación de sociedad de ganancia-

Se trata, en definitiva, de un problema de tracto registral como apuntó CURIEL LORENTE (117) en relación con la aplicación del principio recogido en el artículo 20 LH, conforme al cual se cierra el acceso al Registro a los títulos que no traigan causa del titular registral y se asegura la inscripción o anotación de los otorgados por dicho titular o en su nombre.

El requisito del tracto sucesivo se traducía procesalmente en la exigencia de que el titular registral fuese parte en el procedimiento en que se dictó la resolución [RDGRN 6-XI-1991 (118)], y concretamente que hubiese sido formalmente demandado en el procedimiento, no siendo suficiente la mera notificación al cónyuge titular no deudor (formalmente no deudor), tal y como planteó la DGRN en Resoluciones como las de 6 y 10 de noviembre de 1981, en las que resultaba de aplicación la regla establecida en el artículo 144.4, párrafo 2 del RH conforme a su regulación anterior a la reforma de 1982, en que se otorgaba solución al problema del embargo de bienes tras la liquidación del consorcio (119). Siendo concreta aplicación

les, es manifiesto, se concluye, que la tercería debe prosperar; conclusión a todas luces insostenible, pues no puede olvidarse que en el presente caso no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos, sobre ellos, los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, modificación que, a tenor del entonces artículo mil trescientos veintidós, hoy artículo mil trescientos diecisiete del Código Civil, no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, por lo que si la sentencia afirma, afirmación no desvirtuada en este recurso, que los créditos por los cuales se embargaron los bienes cuyo dominio exclusivo alega la tercerista, eran anteriores a la escritura de capitulaciones matrimoniales en virtud de la cual se pasó del régimen legal de gananciales al de separación de bienes, con adjudicación a la esposa de las fincas reivindicadas, que eran gananciales, y si no se ha discutido la facultad del marido para obligarlos en el ejercicio de su profesión, es manifiesta la improcedencia de la tercería para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos, conclusión que se robustece si se tiene en cuenta, por una parte, que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho por el cambio de régimen económico-matrimonial, artículo mil cuatrocientos treinta y tres (hoy artículo mil trescientos noventa y dos) y por otra que, en el supuesto aquí contemplado, no entran en juego los principios hipotecarios que se mencionan, en cuanto ni la esposa actora es tercero hipotecario al no concurrir los requisitos del artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/342, 886 y NDL 18732), ni el principio de legitimación registral proclamado en el artículo treinta y ocho de dicha Ley es obstáculo a lo expuesto ya que, precisamente, en garantía de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales, la Ley faculta para perseguir los bienes que ostentaran tal naturaleza aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos en virtud del cambio de régimen económico matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva de embargo el artículo ciento cuarenta y cuatro del Reglamento Hipotecario (RCL 1947/476, 642 y NDL 18733) siempre que, como ocurre en este caso, se haya dirigido la demanda contra ambos cónyuges.

(117) *Ob. cit.*, pág. 294 y sigs.

(118) RJ 1991/8627.

(119) Resolución de 6-11-1981 (RJ 1981/4745), Resolución de 10-11-1981 (RJ 1981/4746).

del principio al caso de la anotación preventiva de embargo, el artículo 140 RH conforme al cual se suspenderá o denegará la anotación si la demanda no se dirige contra el titular registral de la finca cuyo embargo se preten-

Reproducimos aquí los argumentos fundamentales de la primera de las resoluciones citadas, coincidiendo la segunda con el contenido de los mismos.

En ambos casos se trataba de resolver acerca de si inscrita en el Registro una finca con el carácter de privativa de la mujer, como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales por haber pactado los esposos en escritura de modificación de capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes, podía anotarse un mandamiento de embargo sobre la mencionada finca por deudas contraídas durante la vigencia del régimen económico anterior, al haberse dirigido la demanda sólo contra el esposo y haberse hecho también la notificación de la existencia del procedimiento y embargo trabado a la esposa del demandado.

Resuelve la DG:

«CDO.: Que el principio de tracto sucesivo, uno de los fundamentales en que aparece basado el sistema inmobiliario español, y que aparece recogido en el artículo 20 de la Ley, ordena a los Registradores, con carácter general, denegar la inscripción de aquellos títulos en los que resulte inscrito el derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, y en el mismo sentido se muestra el artículo 38 de la misma Ley al recoger uno de los aspectos del principio de legitimación en sus dos primeros apartados y establecer en el tercero el sobreseimiento de todo procedimiento de apremio sobre aquellos bienes inmuebles que consten inscritos a favor de persona distinta de la que se decretó el embargo, salvo que se hubiere dirigido la acción contra ella en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro.

CDO.: Que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario... desarrolla los anteriores principios en el caso concreto de anotación de embargo por deudas y obligaciones contraídas por los cónyuges a cargo de la sociedad de gananciales, y distingue en su primer párrafo el supuesto de que la sociedad no esté todavía disuelta, mientras que el segundo se refiere al caso de que la disolución de la sociedad hubiera ya tenido lugar, y exige, para que el embargo pueda anotarse, que si se ha inscrito la participación de bienes la demanda se haya dirigido contra los respectivos adjudicatarios, y si no se hubiese inscrito la participación de bienes la demanda se haya dirigido al supérstite y los herederos del premuerto, exigencia similar a la establecida en el artículo 166, 1.º para el caso de procedimientos seguidos contra los herederos del deudor por responsabilidades contraídas por el mismo.

CDO.: Que la Ley de 2 de mayo de 1975... que modificó el entonces artículo 1.320 del Código Civil y permitió la alterabilidad del régimen económico-matrimonial, introdujo, según declaró la Resolución de 29 de septiembre de 1978 (RJ 1978/2934), una nueva causa de disolución de la sociedad de gananciales, que no estaba prevista en el artículo 1.417 de aquel texto legal, modificación que supuso un cambio importante del rígido criterio anterior, al quedar esta materia sujeta a la autonomía de la voluntad con las consecuencias que ello comportaba, alguna ya prevista en la propia reforma al establecer el entonces artículo 1.323 que tales modificaciones no perjudicarían en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, así como la conexión de estos pactos modificativos con el Registro de la Propiedad.

CDO.: Que al haber tenido acceso a los libros registrales en 31 de mayo de 1979, la escritura de modificación de capitulaciones matrimoniales y disolución y liquidación de sociedad ganancial y aparecer desde esa fecha como única titular del dominio del bien la esposa del demandado, la aplicación de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria... 140, 1.º, del Reglamento para su ejecución, así como del 144, 2.º, que responde a una situación

de (120). Debiendo atenderse igualmente por tanto a lo previsto en los artículos 20 y 38 LH, criterio que se mantiene en aquellas resoluciones en que se parte de la privatividad de la deuda contraída por un cónyuge, consecuencia de la cual se pretende el embargo de bienes anteriormente gananciales, adjudicados al cónyuge no deudor (121).

El problema, no obstante, en tales casos se encontraba (y como veremos se sigue encontrando) en determinar si al tener que demandar al titular registral, aunque no hubiese contraído la deuda, se llegaría a plantear procesalmen-

similar a la aquí planteada —sociedad de gananciales disuelta—, impiden la anotación del mandamiento calificado, en tanto no sea demandada la actual titular.

(120) Así apuntaba SANCINENA ASURMENDI que la legislación hipotecaria acogía un precepto general conforme al cual, para practicar la anotación preventiva de embargo sobre un bien, éste debe figurar a nombre del ejecutado, conforme establece el artículo 140.1 RH, pero no contenía una regulación específica que actualizase el principio de no perjuicio al acreedor recogido por los artículos 1.317 y 1.401 del Código Civil. Por ello pone de manifiesto como en la práctica el criterio generalizado es negar la anotación preventiva de embargo cuando se traba con posterioridad a la inscripción en el Registro, con apoyo fundamentalmente en los artículos 20 y 38 LH, así como 140 del RH («La protección del acreedor en la liquidación de la sociedad...», *ob. cit.*, pág. 189).

(121) En igual sentido que las Resoluciones citadas anteriormente, del año 1981, y ya con posterioridad a la entrada en vigor de la Reforma del RH en 1982, nos referimos nuevamente a una serie de resoluciones en que se discutía sobre la prosperabilidad del embargo de bienes antes gananciales adjudicados a la esposa, por deudas contraídas por el marido (en unas ocasiones como consecuencia del libramiento de ciertas cambiales, en otras por deudas derivadas de la seguridad social...) con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, y consideradas como presuntivamente privativas por el Centro Directivo, frente a la presunción general de ganancialidad que rige respecto al activo social.

Es el supuesto de las Resoluciones de 16-2-1987 (RJ 1067), 29-5-1987 (RJ 3932), 6-11-1987 (RJ 8732), 12-11-1987 (RJ 8735), 5-1-1988 (RJ 207), 4-6-1991 (RJ 4518) y 8-2-1996 (RJ 1027).

En los supuestos planteados en las mismas se parte de la presunción de privatividad de la deuda contraída, derivada en unos casos del impago de letras de cambio por el marido bien como deudor principal o avalista de las mismas, en otros del impago de cuotas de la seguridad social, pero en todo caso por deudas anteriores a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

Ante la pretendida anotación de embargo sobre bienes inscritos a nombre de la esposa tras la liquidación, y teniendo en cuenta que a la misma tan sólo se le había notificado la demanda a los efectos del artículo 144 RH, se desestima la anotación por aparecer el bien a nombre de persona diferente al demandado, conforme a los artículos 20 y 38 LH y las resoluciones anteriormente analizadas de 1981.

En las citadas resoluciones se parte de la base de que no se puede partir de la presunción de la ganancialidad de las deudas contraídas, rigiendo lo establecido en el artículo 1.373 del Código Civil, debiendo los acreedores dirigirse contra patrimonio privativo del deudor, pero no contra bienes concretos gananciales, por aplicación del artículo 1.317 del Código Civil. Por ello se apunta que cuando los acreedores pretendan dirigirse contra un bien que aparece a nombre de quien no es deudor, lo único que les queda es impugnar las operaciones particionales, lo que podrá provocar la anotación preventiva de la demanda.

te un problema de falta de legitimación pasiva (máxime, entendemos, cuando queda claro que las deudas por las que se pretende el embargo eran privativas del cónyuge deudor), que impediría realmente embargar bienes ex gananciales por deudas gananciales anteriores a la disolución, con clara vulneración de lo dispuesto en los artículos 1.317 y 1.401 del Código Civil (122).

Sin embargo, nos encontrábamos, según CURIEL LORENTE, ante una aparente contradicción entre los preceptos civiles y registrales, en la medida en que, al establecerse desde un punto de vista sustantivo la responsabilidad de tales bienes, se permitía llegar a demandar a quien inicialmente no era deudor (123).

Tal contradicción se puso de manifiesto en resoluciones como la de la DGRN de 25-1-1993, en que pese a admitir la condición de responsable de la mujer, se deniega el embargo de bienes de la misma, porque para que tal procediese había de ir referida a actuaciones en que estuviese directamente implicada (124).

(122) Un examen pormenorizado de la jurisprudencia de la DGRN respecto del problema que apuntamos, se encuentra en autores como SANCINENA ASURMENDI, C., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 169 y sigs. Y, recientemente, VAQUER SALORT, MIGUEL, «El embargo de bienes gananciales a través de la Jurisprudencia», en *RCDI*, 653, 1999, pág. 1335 y sigs.

(123) *Ob. cit.*, pág. 301.

(124) RDGRN 25-1-1993 (RJ 446).

Los HECHOS de los que arranca la misma son los siguientes:

El 7-1-1990 fue expedido por el recaudador de la Tesorería General de la Seguridad Social, mandamiento ordenando anotación preventiva de embargo a favor de dicha Tesorería, sobre una finca inscrita a favor de la esposa del deudor por débitos de Seguros Sociales. El Registrador denegó la inscripción por el defecto insubsanable de aparecer la finca inscrita a favor de persona diferente al deudor, la esposa, a la que fue adjudicada por liquidación de su sociedad conyugal, en capitulaciones matrimoniales, el 6-12-1985. Interpuesto recurso gubernativo por el Letrado de la Seguridad Social, se confirmó la nota del Registrador por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

La Dirección General del Registro y del Notariado desestimó el recurso sobre la base de los Fundamentos de Derecho siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (Vistos los arts. 1.317, 1.362, 1.365, 1.399 y 1.402 del Código Civil; 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 140 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 24 de septiembre de 1987, 5 de enero, 18 y 25 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1989 y 18 de julio de 1991).

Primero. Nos encontramos en el presente caso con un mandamiento de embargo sobre la finca que aparece inscrita a favor de una persona —la mujer del deudor en régimen de separación de bienes— que, según el mismo mandamiento, no es la persona contra la que se han seguido las actuaciones, porque la deuda cuyo cumplimiento se exige en concepto de deudor. Procede, en consecuencia, la denegación en aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en particular, de las prescripciones establecidas en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1 del Reglamento Hipotecario.

Segundo. La Administración recurrente en el escrito de recurso viene a invocar que la normativa hipotecaria no puede constituir obstáculo a la persecución de los bienes objeto de embargo, ahora tenía el carácter de deuda de la sociedad de gananciales, y los

Apunta CURIEL que el hecho de hacer extensiva la responsabilidad por la actuación de un cónyuge a los bienes gananciales, determina y justifica la admisión de la legitimación pasiva en orden a poder ser demandado el cónyuge que resulta ser titular registral (es necesario demandar al cónyuge titular registral) (125).

La necesidad de demanda conjunta no puede ser suplida, una vez disuelta la sociedad de gananciales, por la mera notificación del embargo al cónyuge no deudor, y ello porque al disolverse la sociedad han cesado ya los poderes individuales de un cónyuge de endeudar la sociedad y de gestión individual, tal y como apuntaba la citada resolución de 1993) (126).

bienes objeto del embargo eran bienes gananciales que fueron adjudicados a la mujer al disolverse la sociedad por haberse pactado el régimen de separación de bienes. No hay duda de que la corresponsabilidad de la mujer por las deudas de la sociedad no termina con la disolución de la sociedad, y de que siempre responderá de esas deudas, cuando menos, con los bienes que le hayan sido adjudicados; e incluso si no se hubiera formulado debidamente en tiempo oportuno el inventario, responderá, además, con sus propios bienes. Pero esta realidad sustantiva no puede ser apreciada en este recurso. *Ahora únicamente se puede enjuiciar la documentación presentada para la calificación, y en ella consta sólo que el embargo fue decretado en actuaciones seguidas contra el marido, cuando por estar ya disuelta la sociedad, no puede ostentar ningún poder unilateral de gestión y defensa de los bienes que anteriormente eran gananciales pero que, a la sazón, pertenecían ya a la mujer. El embargo de bienes que son ya de la mujer sólo es posible en actuaciones en que la mujer sea directamente parte.* (La cursiva la señala quien realiza el presente trabajo.)

(125) Obviamente entendemos que ello hace excluir claramente tal legitimación en aquellos casos en los que no se deba extender tal responsabilidad por tratarse de una deuda privativa, lo que en principio parece ser el criterio mantenido jurisprudencialmente, descartándose la presunción de ganancialidad de las deudas. En tales supuestos creemos que no cabe en modo alguno, ni demandando al cónyuge no deudor, ni notificándole, hacer extensiva tal responsabilidad, siendo posible tan sólo al acreedor impugnar la atribución del bien al cónyuge no titular, por haberse realizado en fraude de sus derechos, pero nunca pedir directamente el embargo del bien, aunque se haya procedido a demandar a ambos cónyuges.

(126) En sentido contrario, la STS de 20-3-1989 (RJ 2186).

Según se desprende de la misma, los HECHOS arrancan de un supuesto en que el marido, con anterioridad a la disolución de la sociedad, libró una letra de cambio para el pago de un préstamo solicitado en 1984, resultando impagada a su vencimiento.

La disolución y liquidación de la sociedad se produjo en septiembre de 1984 por medio de la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales, interponiéndose dos días después demanda ejecutiva contra el marido que fue notificada a la esposa a los efectos del artículo 144 RH (aplicando como vemos el criterio del pfo. 1.º y no del 4.º del citado precepto, pese a encontrarse ya disuelta la sociedad).

Se solicitó a tal fin anotación de embargo contra finca —ex ganancial— adjudicada a la esposa, que interpuso la correspondiente tercería de dominio para alzar el embargo.

El TS desestimó la tercería por los motivos tradicionales, al considerar a la esposa vinculada con el crédito (es decir, aquí se parte de la ganancialidad la deuda), estimando que no podía exigirse la demanda conjunta porque conforme al artículo 144.1 bastaba con la mera notificación según la doctrina jurisprudencial marcada por el propio Centro Directivo.

Lo que justificaba, en palabras de CURIEL, la postura de la DGRN de permitir el embargo de bienes exgananciales por deudas, era, por un lado, la ganancialidad de la deuda, y por otro la anterioridad del embargo a la disolución de la sociedad de gananciales.

Respecto de la primera de las cuestiones (*Ganancialidad de la deuda*) es necesario que la misma quede acreditada y se funde en sentencia que así lo declare, porque en nuestra legislación no existe una presunción de ganancialidad de las deudas, sino la presunción contraria (Resolución de 28-10-1987) (127).

El TS sigue, pues, la postura de la DGRN al interpretar el 144.1 (suficiencia de notificación), pero yendo más allá de la citada interpretación, dado que la hace extensiva a los supuestos en los que ya se ha disuelto la sociedad de gananciales, y ello al amparo del 1.317, que permite excepcionar el principio de legitimación, o más bien el de tracto. (127) RDGRN 28-10-1987 (RJ 766).

Arranca la presente resolución de los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO:

a) En octubre de 1986, se presenta en el Registro mandamiento de embargo trabado en octubre de 1985, dictado en fase de ejecución de sentencia recaída en juicio declarativo entablado en octubre de 1981 contra el marido. En dicho mandamiento se transcribe un otrosí de la parte actora en el que se invoca que se trata de una deuda común a ambos cónyuges, según se deduce de la demanda y de la sentencia.

b) El bien trabado se inscribe en 1972, a favor del demandado y su esposa para su sociedad ganancial, y en mayo de 1985, se inscribe como privativo de esta última, en virtud de escritura de disolución y liquidación de su sociedad de gananciales de febrero de 1985.

c) El Registrador deniega la anotación pretendida por aparecer el bien trabado inscrito a favor de persona distinta del demandado.

A la vista de tal situación se resuelve:

«Segundo. Con posterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, los bienes adjudicados a uno y otro cónyuge siguen respondiendo de las deudas de la sociedad, aun cuando fueron contraídos por uno solo de ellos (arts. 392 II, 405, 1.003, 1.021, 1.023, 1.084, 1.369, 1.401, 1.402 y 1.410 del Código Civil). Es posible, por tanto, la anotación del embargo trabado en garantía de estos últimos sobre los bienes ya adjudicados e inscritos a favor del cónyuge no deudor, ninguna incompatibilidad existe entre esta titularidad registral y la anotación pretendida; no obstante, la no coincidencia entre el cónyuge que aparece como deudor y el que figura como titular registral, impone la observancia de determinadas garantías para la exacción de aquella responsabilidad.

Tercero. Si bien es cierto que la actuación individual de un cónyuge puede comprometer no sólo su patrimonio personal, sino también el ganancial (art. 1.365 del Código Civil), no lo es menos que no existe ninguna presunción de que las deudas de un cónyuge sean además deudas de la sociedad, lo que es conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra (arts. 1.827 y 1.911 del Código Civil); por tanto, al margen de la hipótesis prevista en el artículo 1.373 del Código Civil, cuando el embargo se produce vigente la sociedad de gananciales la genérica condena de pago, dictada contra un cónyuge, sólo podrá hacerse efectiva sobre sus propios bienes, precisamente para que la ejecución se extienda también a los gananciales que la sentencia dictada en el procedimiento adecuado (art. 100 del Reglamento Hipotecario) declare de forma indubitada su responsabilidad directa.

Resultaba difícil, no obstante, que tal ganancialidad de las deudas fuese declarada en un procedimiento ejecutivo. Tal posibilidad, defendida por algún autor como REY PORTOLÉS, aunque fuera mediante una mínima cognición, seguida por los trámites de los incidentes, parece admitirse en la nueva LEC en el citado artículo 541 (previsto, como venimos indicando, a los embargos practicados constante la sociedad de gananciales), al permitir que en el procedimiento de ejecución sobre bienes gananciales, el cónyuge del deudor pueda oponerse a la misma sobre la base de la falta de responsabilidad de los gananciales, en cuyo caso corresponde al acreedor —en el mismo procedimiento de ejecución— demostrar la responsabilidad de aquéllos para poder trabar el embargo correspondiente sobre los mismos.

Por otro lado, en el supuesto de no poder acreditar la ganancialidad de la deuda, la única forma de poder anotar embargo, según mantiene la propia DGRN, sobre bienes ex gananciales adjudicados a uno de los cónyuges, proviene del cumplimiento de la segunda de las exigencias (*Anterioridad del embargo*), por vía del 1.373 (que consideramos, no obstante, aplicable tan sólo antes de la disolución de la sociedad de gananciales), aun teniendo su origen en una deuda privativa. Criterio mantenido en Resoluciones como la de 18-9-1987, 24-9-1987 ó 25-3-1988.

En la primera de ellas —18-9-1987— el embargo se produce en marzo de 1985, las capitulaciones matrimoniales alterando el régimen económico en abril de 1985, la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en junio de 1985 y, posteriormente, en enero de 1986, el correspondiente mandamiento de embargo, que es objeto de inscripción en abril de 1986. En la misma se pone de manifiesto que para hacer aplicable el artículo 1.373 del Código Civil y proceder al embargo de bienes exgananciales inscritos a nombre del cónyuge no deudor, debe ser el embargo de fecha anterior a la disolución de la sociedad (128).

Cuarto. *En el presente supuesto, como del mandamiento presentado al que ha de atenderse el Registrador y ahora esta Dirección General, no resulta si está fundado en sentencia que en procedimiento adecuado y de forma patente, haya declarado la responsabilidad directa de los bienes comunes por la deuda que la motiva; y puesto que la sociedad de gananciales estaba ya disuelta al tiempo de la traba, lo que excluye la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil, no cabe practicar la anotación pretendida.* (La cursiva es obra del autor.)

Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota recurrida y declarar que procede la suspensión de la anotación ordenada en tanto no se acredite el adecuado pronunciamiento judicial antes indicado».

(128) Resolución de 18-9-1987 (RJ 6568).

Habiéndose denegado por el Registrador la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de una persona distinta al demandado, se constata además, que: 1.º No consta en el mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad de gananciales. 2.º La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita como

En la segunda —Resolución de 24-9-1987—, se apunta que, en aquellos casos en que el embargo sea anterior a la disolución de la sociedad, bastará con que se haya notificado a la esposa, adjudicataria del bien tras la liquidación de la sociedad al otorgarse capitulaciones matrimoniales, la existencia del embargo no siendo necesario demandar a ambos cónyuges (supuesto de procedimiento iniciado antes de la disolución, en que se produce en primer lugar el embargo, después se otorgan las capitulaciones matrimoniales que son inscritas posteriormente, tras lo cual se procede a la inscripción del embargo en el Registro (129).

privativa de la mujer del demandado por haber sido adquirida en virtud de adjudicación consiguiente a la disolución de la sociedad de gananciales. 3.º El mandamiento de embargo, objeto de la calificación, fue expedido el día 22 de enero de 1986, pero el Juez informa que el embargo fue acordado en 14 de marzo de 1985. La escritura de disolución de la sociedad de gananciales, en la que se adjudica la finca a la mujer, tiene fecha de 17 de abril de 1985 y causó inscripción en el Registro el 7 de junio de 1985. El mandamiento de embargo de 22 de enero de 1986 se presenta en el Registro el 5 de abril de 1986.

Resuelve por tanto el CENTRO DIRECTIVO:

«Segundo. Por deudas privativas de un cónyuge, sólo es posible el embargo de bienes gananciales concretos, en cuanto comunes de los dos cónyuges, si cuando el embargo fue acordado estaba todavía en vigor la sociedad de gananciales. Y, por el contrario, es obligado conforme a doctrina reiterada de este Centro directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero y 29 de mayo de 1987) denegar la anotación si al acordar el embargo la sociedad de gananciales estaba disuelta y el bien constaba inscrito como privativo de la mujer (a salvo las posibles acciones de impugnación de la partición de los gananciales que en su día podrán provocar anotación preventiva de demanda).

Tercero. De documento que no tuvo a la vista el Registrador al proceder a la calificación del mandamiento parece resultar que el embargo a que el mismo se refiere fue en verdad acordado en 14 de marzo de 1985, fecha anterior a la disolución de la sociedad de gananciales. Pero las cuestiones que puedan plantearse por tal razón no pueden ser abordadas ahora conforme a lo dispuesto en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, que impide tener en cuenta documentos no presentados en tiempo y forma para ser objeto de la calificación que ahora se discute».

(129) Resolución de 24-9-1987 (RJ 6572). (Vistos los arts. 392, 405, 1.373 del Código Civil; 17, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 140.1 y 144 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981, 16 de febrero y 29 de mayo de 1987.)

La resolución arranca de la denegación por parte del Registrador de la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo porque la finca a que se refiere consta inscrita en favor de una persona distinta al demandado. En el embargo concurrían las circunstancias siguientes:

Primero. No constaba en el mandamiento que la deuda reclamada contra uno de los cónyuges fuese, además, deuda de la sociedad de gananciales.

Segundo. La finca a que se refería el mandamiento de embargo constaba inscrita como privativa de la mujer del demandado, por haber sido adquirida en virtud de adjudicación consiguiente a la disolución de la sociedad de gananciales.

Tercero. El mandamiento de embargo fue expedido el día 14 de marzo de 1985. La escritura de disolución de la sociedad de gananciales, en la que se adjudica la finca a la mujer, es del siguiente 16 de abril, con entrada en el Registro en 17 de mayo. El mandamiento de embargo se presenta en el Registro el 21 de agosto siguiente.

Por último, en la Resolución de 25-3-1988, las capitulaciones matrimoniales fueron otorgadas en primer lugar. Posteriormente, en septiembre de 1985, se produce la notificación del embargo a efectos de la aplicación del artículo 1.373. Siendo objeto de inscripción las capitulaciones matrimoniales en octubre de 1985.

En función de lo indicado se resuelve por el CENTRO DIRECTIVO: «Segundo. No se presume que las deudas de un cónyuge sean, además, deudas de la sociedad de gananciales. Esta conclusión es la más conforme con el principio de que las deudas de una persona no afectan a otra de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de la responsabilidad (cfr. arts. 1.911 y 1.827 del Código Civil). Es también la más conforme con la regla imperante hoy para la sociedad de gananciales, conforme a la cual la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde, conjuntamente, a ambos cónyuges (cfr. art. 1.375 del Código Civil). Y es la conclusión exigida por el criterio legal sobre presunciones: No hay presunción legal si la Ley no la establece (cfr. arts. 1.250 y 1.251 del Código Civil).

Por tanto, a efectos del Registro, ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo, es privativa del cónyuge demandado, en tanto no conste debidamente en el mandamiento que el embargo ha recaído en actuaciones que tienen como objeto la reclamación de una deuda que es además deuda de la sociedad.

Tercero. En el presente supuesto, cuando se decreta judicialmente el embargo de un bien ganancial concreto por deuda del marido, el embargo era posible conforme al artículo 1.373 del Código Civil, porque entonces estaba en vigor la sociedad de gananciales. Ciertamente y según este mismo precepto, el que el embargo persista sobre bienes concretos o pase a recaer sobre la parte que al cónyuge deudor (el marido) corresponde en la sociedad es algo que va a depender de la voluntad del otro cónyuge (en este supuesto, la mujer).

Pero el modo de liberar del embargo a los bienes gananciales concretos no consiste en ponerse de acuerdo los cónyuges para precipitar la disolución de la sociedad, sino en dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor de la sociedad, mientras el Juez no ordene la sustitución seguirán, para los cónyuges, trabados aquellos bienes concretos.

Cuarto. Tampoco ha podido poner fin al embargo la adjudicación del bien embargado al cónyuge no deudor otorgada en la escritura de disolución de la sociedad de gananciales, puesto que conforme al artículo 405 del Código Civil, aplicable a todo tipo de comunidades (cfr. art. 392.II del Código Civil), el embargo, como, en general, los derechos reales o personales de un tercero sobre las cosas comunes, conservará su fuerza no obstante la división, sin que el cónyuge del demandado pueda invocar ignorancia puesto que consta que tenía conocimiento de que estaba entablado juicio ejecutivo contra su marido.

Quinto. *Resuelto el problema sustantivo, queda por resolver el problema registral, es decir, si la inscripción del bien en favor de la mujer del deudor es obstáculo formal, conforme a los artículos 20 y 38.III de la Ley Hipotecaria, y 140.1.º del Reglamento Hipotecario, que impide, en este caso, la anotación del embargo. Como se desprende de la misma inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adjudicación en la participación de los gananciales. Así, pues, el Registro proclama un derecho y una titularidad perfectamente compatibles, en cuanto al tracto, con el embargo acordado por la autoridad judicial en un momento en que la mujer, en cuanto cotitular o condueña, había de soportarlo, si bien para la anotación pueda practicarse es necesario que respecto de ella se cumpla con la garantía procedimental que la legislación establece: Que la esposa haya sido notificada no genéricamente de que existe un juicio ejecutivo contra*

De conformidad con esta última resolución, es posible anotar el embargo sobre el bien inscrito a nombre de la mujer puesto que el Registro proclama un derecho y una titularidad que por recaer sobre bienes gananciales son perfectamente compatibles, en cuanto al tracto, con el embargo acordado por la Autoridad judicial en un momento en que la mujer, en cuanto miembro de la sociedad de gananciales vigente respecto de terceros, habría de soportarlo, siempre que, por lo demás, se cumplan los requisitos previstos por los artículos 1.373 del Código Civil y 144 del Reglamento Hipotecario (130).

su marido, sino que por la autoridad judicial se ha acordado trabar por el embargo, precisamente, el bien ganancial respecto del que se ordena la anotación. Pero el cumplimiento de esta garantía no ha sido todavía objeto de calificación». (La cursiva es obra del autor.)

(130) RDGRN 25-3-1988 (RJ 2567). (Vistos los arts. 1.333 y 1.373 del Código Civil; 77 de la Ley del Registro Civil; 17, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 140.1.º y 144 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 21 de septiembre y de 6 y 12 de noviembre de 1987.)

En el presente supuesto, el Registrador había denegado la anotación preventiva ordenada en el mandamiento de embargo, porque la finca a que se refería constaba inscrita a favor de una persona distinta del demandado. En el embargo concurrían las circunstancias siguientes: 1.º) Se dicta el mandamiento en juicio ejecutivo seguido contra el marido en virtud —según informa el recurrente— de letras de cambio aceptadas en noviembre de 1984. No consta debidamente de la documentación presentada que la deuda reclamada contra el marido sea, además, deuda de la sociedad de gananciales; para ello no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo, dado que la tramitación previa a este embargo no es procedimiento adecuado al efecto. 2.º) La esposa —según se afirma en el traslado del mandamiento— fue notificada del procedimiento y embargo a los efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario en 28 de septiembre de 1985, día en que se produjo la traba. 3.º) La finca a que se refiere el mandamiento de embargo consta inscrita en favor de la mujer por adjudicación en virtud de capitulaciones matrimoniales de disolución de la sociedad de gananciales otorgadas en 16 de mayo de 1985 y presentadas en el Registro en 8 de octubre de ese año (la inscripción se practicó al día siguiente).

Resuelve el CENTRO DIRECTIVO al respecto que:

«Segundo. El principio es que “cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias”. Pero el artículo 1.373 establece una excepción a este principio pues, en supuestos determinados, “el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales que será inmediatamente notificado al otro cónyuge” (cfr. artr. 1.373). Esta regla excepcional forma parte del régimen de la sociedad de gananciales, y, por tanto, tiene aplicación en tanto siga vigente este régimen. Y, en cambio, deja de regir desde que los cónyuges queden sometidos al régimen de separación de bienes, pues entonces los acreedores privativos de uno de los cónyuges tendrán sólo facultades sobre la parte o los bienes que correspondan al cónyuge deudor.

Tercero. El momento relevante para el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1.373 del Código Civil será, pues, el del cambio del régimen. Pero, puesto que se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre los cónyuges (esto es, la fecha de las capitulaciones correspondientes que permanece bajo el secreto del Protocolo Notarial), sino a aquél en que dicho acuerdo produce efectos respecto de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 77.2 de la Ley del Registro Civil en paralelismo con el 1.219 del Código

Parece pues que es la fecha de la diligencia de embargo, y no la de la notificación, ni la de la resolución judicial despachando ejecución, la que se toma en consideración para entender que la deuda es o no anterior a la disolución de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta que lo que realmente interesa, a efectos de los terceros, es la fecha en que la disolución deba tener efectos frente a ellos.

Así, observamos, por ejemplo, en la Resolución de 4-10-1993, cómo el Centro Directivo considera que no procede embargar bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges, antes bienes gananciales, cuando el embargo sea posterior a la inscripción de los citados bienes en el Registro a nombre del

Civil, impone un requisito de publicidad registral (la indicación correspondiente al margen de la inscripción de matrimonio) para que las modificaciones en el régimen económico matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe. En definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración será, pues, la fecha de la citada indicación.

Cuarto. De acuerdo con esta doctrina, el Registrador habrá de dar efectividad frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de una de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en concreto el artículo 1.373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor se había producido con eficacia contra terceros de buena fe el cambio del régimen de gananciales, y en el supuesto contemplado no se le ha acreditado, ni resulta de su registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria) que al trabarse el embargo que se pretende anotar y notificarse al cónyuge del deudor se había tomado la antedicha indicación en el Registro Civil de las capitulaciones otorgadas; ni siquiera se había producido, respecto al concreto bien afectado por el cambio de régimen, la publicidad individualizada de dicho cambio en el folio particular abierto a aquél en el Registro de la Propiedad.

Quinto. Por otra parte, y según el mismo precepto 1.373 del Código Civil, el que el embargo persista sobre bienes concretos o pase a recaer sobre la parte o los bienes que al cónyuge deudor corresponden en la sociedad, es algo que va a depender de la voluntad del cónyuge no deudor (en este supuesto, la mujer). Pero el modo de liberar el embargo a bienes gananciales concretos no consiste en promover precipitadamente la inscripción de una disolución del régimen mantenido, hasta entonces, fuera del Registro, sino en dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituya el bien común, a ella adjudicado, por la parte o los bienes que ostente el cónyuge deudor en la sociedad, y mientras el Juez no ordene la sustitución seguirá trabado aquel bien concreto.

Sexto. *Resuelto el problema sustantivo, queda por resolver el problema registral, es decir, si la inscripción del bien en favor de la mujer del deudor es obstáculo formal que, conforme a los artículos 20 y 38.III de la Ley Hipotecaria y 140.1.º del Reglamento Hipotecario, impide, en este caso, la anotación del embargo. Como se desprende de la misma inscripción, la mujer es propietaria del bien en virtud de adjudicación en la participación de gananciales a consecuencia de una disolución de la misma que, por falta de la adecuada publicidad, no puede menoscabar las facultades de los acreedores ejercitadas en tiempo anterior. Así pues, el Registro proclama un derecho y una titularidad que por recaer sobre bienes gananciales son perfectamente compatibles, en cuanto al tracto, con el embargo acordado por la Autoridad judicial en un momento en que la mujer, en cuanto miembro de la sociedad de gananciales vigente respecto de terceros, habría de soportarlo, siempre que, por lo demás, se cumplan los requisitos previstos por los artículos 1.373 del Código Civil y 144 del Reglamento Hipotecario».*

citado cónyuge (la fecha de la inscripción de las adjudicaciones es de 11 de febrero de 1985, y el juicio ejecutivo se entabla en 1988) (131).

Observamos por tanto, que la regla de protección del tracto presenta variantes importantes cuando los bienes están inscritos a nombre de persona casada bajo el régimen de gananciales. Conforme a los criterios antes expuestos, y para que el principio de tracto se cumpliera, sería necesario cuando se pretendiese el embargo de bienes gananciales, demandar conjuntamente a ambos cónyuges (apoyado por precepto como el 24 CE, el 1.375 del Código Civil, o 1.385 del Código Civil), o como se ha señalado en Resoluciones como las de 3-7-1998 y 28-12-1998, debería ser demandado el cónyuge que aparece como titular registral por aplicación de lo dispuesto en el artículo 140.1 RH (132).

(131) RDGRN 4-10-1993 (RJ 7629). (Vistos los arts. 24 de la Constitución Española, 1.º, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, 140 y 144 del Reglamento Hipotecario y las sentencias de 23 de noviembre de 1984, 17 de noviembre de 1987 y 28 de abril de 1988).

En el presente supuesto, el Registrador denegó la inscripción del mandamiento de embargo solicitado, por haberse dirigido el procedimiento contra persona distinta del titular registral. El interesado interpuso recurso que fue desestimado por la Dirección General del Registro y del Notariado.

Resuelve el CENTRO DIRECTIVO indicando:

«Segundo. El Registrador en su nota de calificación invoca como causa única de la denegación que el procedimiento en que se acuerda el embargo está entablado contra persona distinta del titular registral, que lo es sólo la mujer en virtud de la inscripción y del embargo, el defecto observado es suficiente para fundamentar la denegación, pues así lo exigen los principios registrales de legitimación y de tracto sucesivo y así lo prescribe expresamente el artículo 140.1.º del Reglamento Hipotecario con regla que rige sin excepciones cuando en el Registro de la Propiedad constaba ya al tiempo del embargo que había quedado disuelta la comunidad conyugal de bienes que regía inicialmente entre los cónyuges. El mismo precepto constitucional que invoca el recurrente, el artículo 24 de la Constitución Española impone ahora que en las presentes actuaciones (extrajudiciales) se mantenga inalterada la situación jurídica del titular registral no demandado, pues las situaciones jurídicas registrales están por Ley bajo la salvaguardia de los Tribunales y, por tanto, prevalecerán en tanto los mismos Tribunales no acuerden otra cosa en ejercicio de su función jurisdiccional, por consiguiente, en procedimiento entablado contra el titular registral a fin de que éste no sufra en las actuaciones la indefensión prosrita por el artículo 24 de la Constitución».

(132) Resolución de 28-12-1998 (RJ 1998/10488).

Se plantea como punto de arranque de la resolución, la posibilidad de anotar embargo sobre bienes antes gananciales, adjudicados tras la correspondiente liquidación a la esposa no deudora por deudas del marido a la TGSS en período anterior a la disolución y liquidación de la sociedad.

— El Registrador denegó la anotación pretendida por observarse que apareciendo la finca embargada inscrita en favor de la esposa del deudor, como bien privativo de ella, en virtud de la adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales, la demanda ha de dirigirse contra ambos cónyuges, ella por ser titular registral y él por el cónyuge deudor, todo ello con independencia del carácter ganancial de la deuda, que no habiéndose probado, rige la presunción de privatividad.

Curiosamente el TS había venido aplicando en estos casos la doctrina del artículo 144.2 en relación con el artículo 95.4 del RH, entendiendo en tales casos, que por analogía con el supuesto previsto en los citados preceptos, cuando estuviese liquidada la sociedad de gananciales, e inscrita tal liquidación, procedería el embargo de bienes anteriormente gananciales cuando la demanda se hubiese dirigido contra el adjudicatario de los mismos (133).

— El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación.

— El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó la nota del Registrador, fundándose en lo alegado por éste.

Resuelve el Centro Directivo:

«— Estando inscrito a nombre de la esposa el bien cuestionado, y sin prejuzgar su responsabilidad por deudas gananciales contraídas antes de la disolución y liquidación del régimen (arts. 1.317 y 1.401 al 1.410 del Código Civil), es lo cierto que el principio de tracto sucesivo, en paralelo con el artículo 24 de la Constitución Española, impone la necesidad de que el procedimiento en que se pretende hacer efectiva esa responsabilidad se dirija contra el cónyuge hoy titular, sin que resulte suficiente la notificación del embargo, por ser éste un instrumento previsto para el caso de embargo de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal, lo que no ocurre en el presente caso».

Por su parte la de 3-7-1998 (RJ 1998/5959) igualmente arranca de la denegación de anotación de embargo sobre ciertas fincas inscritas a nombre de la esposa, y por deudas contraídas por el marido, resolviendo igualmente el Centro Directivo, con invocación expresa del artículo 140.1 RH que:

Vistos los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1.^a y 144 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 26 y 30 de junio de 1986 y 16 de febrero, 29 de mayo, 18 de septiembre y 6 y 12 de noviembre de 1987.

«...— La aplicación al supuesto debatido de los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), así como del principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos a intereses legítimos (cfr. art. 24 de la Constitución Española [RCL 1978/2836 y ApNDL 2875]), obligan a confirmar el criterio del Registrador, al no ser parte en la relación procesal constituida el titular registral del bien a embargar, sin que la mera notificación, a éste de la existencia del procedimiento base para subsanar tal defecto, pues, por un lado, al no ser sujeto pasivo de la deuda reclamada, carecería de legitimación para intervenir en el procedimiento, y, por otro, ni del Registro ni del documento presentado (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria) resulta el carácter ganancial o presuntivamente ganancial del bien trabado, lo que excluye el juego del artículo 1.373 del Código Civil».

(132) Solución admitida como válida por autores como GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 598. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS apunta igualmente que si ya se encontraba inscrita la liquidación, podían ser embargados los bienes concretos adjudicados al cónyuge deudor (*ob. cit.*, pág. 294, nota 223).

Considera MÁS BADÍA que la referencia al citado precepto se refería en todas las resoluciones a una versión anterior a la reforma del RH de 1982, que exigía la demanda conjunta, pero que nada tenía que ver con la confesión de privatividad (MÁS BADÍA, M. D., *La tercera de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, 1999, págs. 306 y 307).

Así lo observamos en sentencias tales como la de 15 de febrero de 1986 (134), 13 de junio de 1986 (135), o 17 de noviembre de 1987 (136).

(134) STS 15 de febrero de 1986 (RJ 681).

Constituyen ANTECEDENTES DE HECHO de la misma, los siguientes:

El demandado don José E. L., en 22 de septiembre de 1978, suscribió con el Banco Central, S. A., una póliza de afianzamiento mercantil en virtud de la cual garantizaba, entre otras operaciones, el buen fin de las letras de cambio de las que dicho Banco fuera tenedor legítimo y en las que José E., S. L., figurara como librador, aceptante, endosante o avalista. Por el impago en 1980 de efectos librados por esta sociedad limitada, y con apoyo en la citada póliza, la entidad de crédito interpuso demanda de juicio ejecutivo en la que recayó sentencia condenando al demandado al pago. Los cónyuges demandados habían contraído matrimonio el año 1972 en Zaragoza, bajo el régimen de sociedad conyugal tácita, y el día 2 de marzo de 1981 otorgaron capitulaciones matrimoniales adoptando para el futuro la separación absoluta de bienes, procediendo, en consecuencia, a liquidar la sociedad de gananciales y adjudicando a la esposa el piso en dicha ciudad de Zaragoza, 4.º D, de la casa número 20 de la calle de Fita, los muebles y enseres y un automóvil, y al esposo las 500 participaciones sociales de la entidad José E., S. A., de las que no consta tengan valor alguno.

En la demanda que inicia la litis, de la que este recurso dimana, se ejercita la acción rescisoria, alegando como fundamento fáctico que el único bien del deudor era el referido piso y que al adjudicarse a la esposa se hacían ilusorios los derechos del actor, y como fundamento jurídico los artículos 1.111 y 1.291.3.º del Código Civil, solicitando, en consecuencia, la rescisión de las referidas capitulaciones matrimoniales por haberse otorgado en fraude de acreedores y el reintegro al patrimonio de don José E. L. del repetido inmueble, a fin de poder cobrar lo que se le debe, con las consiguientes cancelaciones de dominio en el Registro de la Propiedad; y subsidiariamente, en caso de ser imposible dicha rescisión, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Zaragoza estimó la demanda; pero su sentencia fue revocada por la Audiencia, que pronunció la absolución de los demandados. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación entablado por el Banco demandante.

Resuelve el TS en cuanto nos interesa:

«Tercero. Lo anteriormente expuesto conduce a la desestimación de los seis motivos del recurso, amparados en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, excepto el sexto, que lo es en el número 4.º, y así: c) el motivo segundo, en el que se acusa la violación de ciertos artículos de la Ley Hipotecaria, como el 18, relativo al principio de legalidad, actuado a través de la calificación del Registrador, el 20 referente al principio de tracto sucesivo, y el artículo 38.3, en el que se dispone el sobreseimiento del procedimiento de apremio sobre bienes inscritos a favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, no puede prosperar, ya que el obstáculo registral que los invocados preceptos pudieran significar para perseguir los bienes adjudicados a la esposa queda obviado, demandando a ambos cónyuges a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, en relación con los artículos 1.401 y 1.402 del Código Civil...»

(135) STS 13-6-1986 (RJ 3547).

Constituyen ANTECEDENTES DE HECHO de la misma, los siguientes:

— Por la representación del Banco Exterior de España se dedujo demanda contra doña Soledad Z.R.C. y su esposo, don Joaquín O.C., interesando la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y subsiguiente adjudicación de bienes efectuada por los demandados.

— En la referida escritura de capitulaciones matrimoniales habían sido adjudicados a la esposa determinados bienes, convenientemente inscritos en el Registro de la Propiedad.

— El esposo, en su condición de Consejero Delegado de la Compañía M. M. del N., S. A., convino con el Banco Exterior de España una operación de «crédito con pignoración de mercancías» mediante póliza autorizada por Corredor de Comercio en 24 de marzo de 1976, en cuya virtud se prevé un préstamo hasta el límite de 395 millones de pesetas, con prenda constituida por 1.000 Tm. «de mineral de estaño casiterita» y 13.700 Tm. «de escorias, chatarras y otras materias», con valoración que alcanza dicha suma.

— Vencido el plazo pactado con un saldo a favor de la entidad mutante de 274.202.967 pesetas, y dirigida demanda ejecutiva por el Banco Exterior de España contra don Joaquín O. G., fiador solidario en el referido contrato, la anotación preventiva de embargo sobre los bienes inscritos a nombre de la esposa del deudor, fue denegada por el Registrador, oponiendo «el defecto insubsanable de que las mismas figuran inscritas a nombre de persona distinta del embargado».

— El Juez de primera dictó sentencia desestimando la demanda, y cuya resolución fue confirmada por la pronunciada por la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Resuelve el TS en cuanto nos interesa resaltar:

«Tercero. El motivo primero, primero del recurso, amparado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia la infracción de los artículos 1.418, 1.421, 1.423 y 1.424 del Código Civil, según texto ordenado por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, cita plural en la que apoya su alegación de que se ha ocasionado la inobservancia de las normas que protegen los derechos de los acreedores en la liquidación, al haberse realizado las adjudicaciones sin atender previamente el pago de las deudas y las cargas y las obligaciones de la sociedad, entre ellas el crédito del Banco Exterior de España; argumentación inatendible, pues si bien, como ha hecho notar la doctrina del sentido general de los artículos 1.399, 1.403 y 1.404, se desprende que debe resolverse la situación del pasivo de la sociedad conyugal y, por tanto, la de los acreedores con precedencia a la división y adjudicación de los bienes, pues antes es pagar que partir, la circunstancia de que no se atiende a la liberación de las cargas y gravámenes y se pase a ultimar la liquidación no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte, a diferencia de lo que acontecía en el derecho anterior, responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1.401 y 1.402, en relación con el 1.084) tal responsabilidad será *ultra vires*, por lo que ha podido decirse que con independencia de la que alcanza al esposo deudor existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del aueedor contra los bienes consorciales, como también así lo ha previsto el artículo 144, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, lo que excluye, lógicamente, la procedencia de acudir a la vía de la nulidad negocial para preservar unos derechos que el propio precepto legal mantiene, posición ya adoptada por esta Sala en sus sentencias de 15 y 17 de febrero de 1986».

(136) STS 17-11-1987 (R. 8406).

Son ANTECEDENTES DE HECHO de la misma, los siguientes:

La representación legal de don Miguel N. N. dedujo demanda contra don Luis F. S. y doña Magdalena C. C., interesando la rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales, liquidación de la sociedad conyugal y modificación del régimen matrimonial entre los demandados, por haber sido realizada en fraude de acreedores, ordenando asimismo

la cancelación en el Registro de la Propiedad de la inscripción correspondiente a la adjudicación de la finca a que hace referencia a la demandada, y subsidiariamente, se declare no oponible para el acreedor la modificación del régimen matrimonial de los esposos demandados, confirmandose el embargo practicado.

Justificaba tal postura de los acreedores el hecho de haberse adjudicado a la esposa un bien antes ganancial, resultando imposible practicar la correspondiente anotación de embargo sobre el mismo por deudas contraídas por el esposo.

Prevía oposición de la parte demandada, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, y cuya sentencia fue confirmada por la pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma.

El TS desestima la petición principal de la demanda, acogiendo la subsidiaria, al declarar no oponible al acreedor demandante la modificación del régimen matrimonial de los esposos demandados, confirmando el embargo practicado sobre la finca a que se hace referencia, inscrita a nombre de la demandada, y ordenando al señor Registrador de la Propiedad que anote dicho embargo. Así resuelve:

«Tercero. El segundo motivo, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción de los artículos 1.111, 1.291-3.º y 1.294, todos del Código Civil, e insiste en la inexistencia de fraude y en que no hubo intención de perjudicar, al reservarse el esposo bienes suficientes, siendo la acción que se ejercita de carácter subsidiario. Todo ello —hay que repetirlo— va en contra de la apreciación de la Sala de Instancia, que contrasta el vencimiento de las letras con la fecha de otorgamiento de la escritura, la adjudicación a la esposa de los bienes de valor, el que no se contemplen en el inventario las deudas de la sociedad y el embargo de la finca sin que el marido dijese nada sobre su adjudicación —a pesar de haberse hecho varios meses antes—, ni señalase otros bienes, criterio que tiene que respetarse por ser materia de su exclusiva incumbencia, al ser cuestiones de hecho (sentencias de 12 de julio de 1940, 27 de abril de 1962 y 9 de noviembre de 1966); no obstante y cual señalan las sentencias de 15 y 17 de febrero de 1986, así como la de 13 de junio del propio año, uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291-3.º del Código Civil), pues, dado tal carácter subsidiario de la acción rescisoria, que proclama también el artículo 1.294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso jurídico para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis, dado que si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1.392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil), si el artículo 1.407 del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, respondiendo también el cónyuge no deudor, con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1.402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (art. 1.084), es visto que en el presente caso no puede afirmarse que el actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria, sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues al artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiese inscrito la participación de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la

Según apuntaba AVILA ALVAREZ (137) en caso de figurar la adjudicación a uno de los cónyuges, de los bienes embargados, habría que estar a las disposiciones generales, de forma que el embargo se podría anotar en el caso de ser demandado el cónyuge adjudicatario, como puso de manifiesto la Resolución de 10 de noviembre de 1981, citada.

Por su parte, MÁS BADÍA, tras descartar la aplicabilidad analógica del artículo 144.2 RH, y plantear la posibilidad de recurrir a las reglas de derecho sustantivo, apunta como solución acudir al artículo 144.1 (embargo de bienes gananciales durante la vigencia de la sociedad de gananciales), bien entendido que siguiendo la interpretación que del mismo había venido haciendo la jurisprudencia (conforme a la cual bastaba con notificar al cónyuge no deudor). En cualquier caso, parece que la solución sería la misma, al abogarse la suficiencia de la notificación del embargo al cónyuge no deudor que le permitiera reaccionar y defenderse (138).

c) *Si por deudas gananciales contraídas por uno solo de los cónyuges se pretendía el embargo subsidiario de bienes privativos del cónyuge no deudor, como consecuencia de la aplicación de tal posibilidad —sup. 1.401 del Código Civil— al no haberse formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial. Supuesto en que parece que la demanda debería igualmente dirigirse contra ambos cónyuges.*

d) *Si por deudas privativas (contraídas como tales por uno solo de los cónyuges antes de disolverse la sociedad de gananciales), o propias (contraídas por uno solo de los cónyuges tras disolverse la sociedad de gananciales, pero antes de su liquidación) se pretendía el embargo de bienes ex-gananciales adjudicados al cónyuge deudor o al cónyuge no deudor.*

demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios; y aunque el requisito de la anterioridad del crédito constituya la hipótesis ordinaria, tampoco pueden descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia, como ya declaró esta Sala en su sentencia de 2 de marzo de 1981; finalmente, la ya citada sentencia de 13 de junio de 1986 señala que, si bien debe resolverse con precedencia la situación de los acreedores a la división y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, pues antes es pagar que partir, el que se pase a ultimar la liquidación sin aquella previa prescripción no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aún después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción contra los bienes consorciales (art. 144, párf. 2.º del Reglamento Hipotecario)...»

(137) *Ob. cit.*, pág. 187.

(138) MÁS BADÍA, M. D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, 1999, pág. 308.

De las resoluciones que hemos venido analizando deducimos que la postura mantenida jurisprudencialmente ante la falta de regulación expresa en el RH no difiere de la mantenida en relación con aquellos supuestos en que la deuda era consorcial, en la medida en que se hace depender la solución de la anterioridad del embargo sobre la adjudicación del bien al cónyuge, con independencia de la calificación de la deuda, máxime cuando se parte de la presunción de privatividad de las mismas (139).

2. LA SOLUCIÓN OFRECIDA EN EL RH TRAS LA REFORMA DE 1998

Establece el artículo 144.4, párrafo 2.º del RH:

«...Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla».

2.1. Presupuestos de su aplicación (140)

De conformidad con la nueva regulación, hemos de tener en cuenta, en lo que se refiere a las exigencias del nuevo precepto, los siguientes presupuestos:

a) En aquellos casos en que exista coincidencia entre el titular del bien (tras la correspondiente liquidación de la sociedad) y el deudor, será anotable el embargo sobre el citado bien, antes ganancial, si la demanda o la ejecución se dirigen contra el cónyuge que aparece como adjudicatario de aquél.

Ningún problema plantea esta solución donde se mantienen los criterios estrictos de respeto al tracto registral (arts. 20 y 38 LH), siendo clara consecuencia del principio que se desprende del artículo 140.1 del propio RH.

b) El problema se plantea (como venía ocurriendo en todos los supuestos planteados y resueltos por la Jurisprudencia desde las resoluciones de 1981, comentadas) cuando existe discordancia entre el titular registral del bien cuyo embargo se pretende y el «titular» de la deuda. Es decir, en el

(139) RDGRN de 24-9-1987 (RJ 6572). Vid., nota 61, Resolución de 6-1-1987 y 12-11-1987 (RJ 8732 y 8735) cit., nota 54. Resolución de 5-1-1988 (RJ 27), así como las citadas en la nota anterior.

(140) Vid. MORALES IMBERNÓN, N., *El embargo de bienes gananciales*, cit., págs. 42 y ss

supuesto de que exista una discordancia entre la persona demandada o sobre el que recae la ejecución, y la persona que aparece tras la liquidación como adjudicataria del bien sobre el que se pretende anotar el embargo preventivamente.

Para que proceda la anotación sobre el citado bien, bastando con que se demande al cónyuge deudor y notifique al no deudor titular del bien (entendemos que sin que ello suponga una ruptura de los principios de legitimación y tracto), será necesario que se den, conforme señala MARTÍN MARTÍN, los siguientes requisitos, atendiendo a lo dispuesto en el vigente artículo 144.4 2.º (141):

1.º) *Que del mandamiento resulte que aquel bien responde de la deuda que motiva el embargo.* Es decir, debemos encontrarnos en un supuesto de aplicación del artículo 1.401 del Código Civil, en que pese a haberse liquidado la sociedad de gananciales con la correspondiente adjudicación de bienes entre los cónyuges, subsisten deudas consorciales, en este caso contraídas por el cónyuge que no aparece como titular registral del bien cuyo embargo se pretende.

Al respecto plantea MARTÍN MARTÍN si es necesario que dicha responsabilidad haya sido determinada previamente en procedimiento en que el titular registral haya sido parte, siguiendo la estela de la Resolución de 28-10-1987, en que se desestima la práctica de la anotación del embargo porque del mandamiento no constaba si estaba fundada la responsabilidad en sentencia que en procedimiento adecuado hubiese establecido la responsabilidad de los gananciales.

Según el autor, se considera suficiente la simple constancia de la existencia de dicha responsabilidad, sin precisarse de mayores acreditaciones a los fines de practicar la anotación de embargo, garantizando así el eventual resultado satisfactorio para los acreedores, mientras el cónyuge no interponga tercería de dominio para evitar el embargo del citado bien. Y ello es así, estima, por entender que la redacción utilizada claramente limita la exigencia a la constancia en el documento sin requerir que se acredite al Registrador el fundamento de dicha atribución de responsabilidad, porque de entenderse imprescindible el cumplimiento de los requisitos a que se refirió la Resolución de 1987, quedaría imposibilitada la utilización de este medio en su ámbito natural de aplicación que es el juicio ejecutivo pues, salvo que el cónyuge notificado interpusiese la tercería de dominio para liberar la finca de la traba,

(141) MARTÍN MARTÍN, A. J., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y de Registro Mercantil (por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre)*. Centro de Estudios Registrales, 1998, pág. 206 y sigs.

difícilmente podría evitarse tener que acudir a un juicio declarativo en que tal cónyuge fuese demandado.

Obviamente resulta dificultoso, sino imposible, determinar tal responsabilidad cuando el procedimiento de que dimanen las actuaciones que conducen al embargo es un ejecutivo (142) en que no cabe incidente en que tal responsabilidad quede concretada, sino es, como ha señalado MÁS BADÍA a través del procedimiento de tercería interpuesto por el cónyuge no deudor ante la notificación del embargo, aprovechando precisamente éste para determinar el carácter consorcial del débito, de forma que, siguiendo con la propia trayectoria jurisprudencial, mientras no se acredite tal extremo, la deuda se presume privativa (143).

En cualquier caso, si pensamos en la posible aplicabilidad de los criterios que la nueva LEC de 2000, en su artículo 541 (144) podemos considerar la posibilidad de que la determinación de la responsabilidad se produzca en el mismo proceso de ejecución del que dimana el embargo solicitado (145).

(142) Así lo apunta VAQUER SALORT, MIGUEL, «El embargo de bienes gananciales a través de la Jurisprudencia», en *RCDI*, 652-653, pág. 2014.

(143) MÁS BADÍA, *ob. cit.*, pág. 301 y sigs.

(144) Establece el artículo 541 LEC 1/2000 de 7 de enero:

«1. No se despachará ejecución frente a la sociedad de gananciales.

2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deban responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Si no se acreditara esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.

3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio.

4. En los casos previstos en los apartados anteriores, el cónyuge al que se haya notificado el embargo podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales».

(145) No obstante lo cual, no deja de ser contradictorio tal planteamiento con la trayectoria jurisprudencial casi unánime en el sentido de partir, tanto durante la vigencia de la sociedad como tras su disolución, de la presunción de privatividad de las deudas.

Ello nos conduce a plantear el absurdo al que se puede llegar en el supuesto del citado artículo 541 LEC en que se prevé la solución a la ejecución cuando se persigan gananciales por deudas de las que deba responder la sociedad. Y si partimos de que se ha de presumir la privatividad de la deuda, sólo en el propio procedimiento llegaremos a saber

Ciertamente el artículo 541 precitado resulta aplicable a los supuestos de embargo de bienes gananciales «vigente la sociedad de gananciales», como hemos tenido ocasión de manifestar anteriormente y como parece claramente desprenderse del tenor literal del mismo. No obstante pueden servir los criterios establecidos por la norma procesal sobre la base de que en la práctica de nuestros Tribunales se han venido aplicando incluso preceptos como el 144.1 RH para supuestos en que la sociedad de gananciales estaba disuelta, sobre el argumento del nacimiento de la deuda y práctica del embargo con anterioridad a tal momento.

Lo cierto es que el artículo 541 ofrece una solución por la que ya se había abogado doctrinalmente. Una vez que se notifica la demanda ejecutiva y se da traslado al cónyuge no deudor del auto en que se despacha ejecución, éste se podrá oponer a la misma en el plazo ordinario, fundándose bien en las mismas causas que correspondan al ejecutado, bien en la falta de responsabilidad de los bienes por la deuda por la que se ha despachado ejecución. Correspondiendo a partir de tal momento al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales. Todo ello, obviamente, se produce dentro del propio procedimiento de ejecución, y ante el propio juez que se encuentra resolviendo el mismo.

De la viabilidad de esta solución que se apunta como aplicable por vía del artículo 541 LEC de 2000, nos puede responder en cierta medida la solución al segundo de los requisitos que se desprende del artículo 144.2, párrafo al que aludimos a continuación.

2.º) En el supuesto de que el bien no se haya adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, será necesario, para anotar el embargo sobre el bien, *que conste la notificación del embargo al titular registral antes de otorgarse el documento en que se plasmó la liquidación de la sociedad conyugal*.

En concreto lo que el precepto exige es que «conste la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla».

— Ciertamente, el primer problema con que nos encontramos es determinar en qué momento se ha de producir la notificación del embargo al cónyuge titular. Y, al señalarse que ha de ser antes del otorgamiento... «DE AQUÉLLA» parece ir referido al documento en que se plasmó la liquidación y correspondiente atribución al cónyuge ahora titular, por lo que si se produce posteriormente no procedería anotar el embargo (146).

si debían embargarse o no tales bienes, o ello tendrá que haberse determinado en un procedimiento anterior.

(146) Este es el criterio manifestado por GARCÍA GARCÍA, J. M.^a, 20.^a edición de la *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil* —septiembre de 1999—, nota 14 al artículo 144.4 RH. Considerando que la remisión a «aquélla» que aparece ha de ir referida a la liquidación, pues no hay en el precepto más aquélla que la liquidación. Por ello,

Se cuestiona MARTÍN MARTÍN por qué no procederá la anotación de embargo cuando se notifica el embargo al cónyuge no deudor después del otorgamiento de la liquidación (147).

Al respecto nos parece muy adecuado tal interrogante, puesto que, según podría desprenderse de tal exigencia, la misma va vinculada con el conocimiento por parte del cónyuge no deudor, de la existencia de una deuda contraída por el otro cónyuge de la que han de responder los bienes exgananciales que, pese a tal conocimiento, permite le sean adjudicados a su nombre. Y nos cuestionamos, ¿es que acaso es el conocimiento o el fraude que parece desprenderse el determinante de la responsabilidad de los citados bienes, o más bien una correcta interpretación del artículo 1.401, la que guía la posible embargabilidad de los bienes adjudicados, con independencia de si el embargo se ha notificado antes o después de la liquidación y correspondiente adjudicación?

Tampoco encontramos, con el autor, la razón que justifique una exigencia tan limitada, que supone restringir, en detrimento de los terceros acreedores, el ámbito de responsabilidad que marca la legislación civil.

— Cuando la liquidación encuentra su origen en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (148), podría pensarse que la finalidad de la norma es clarificar las fechas que debemos tener en cuenta a la hora de calificar estos supuestos (la de la notificación del embargo antes de la liquidación), cuando según se ha indicado deberían tenerse en cuenta otras fechas (la del embargo, la fecha en que se ordena la práctica de la anotación, aquélla en que se expide el mandamiento de embargo, la fecha en que se presenta en el diario

se apunta, que si la notificación es posterior a la liquidación, no cabría practicar la anotación del embargo, sin perjuicio de las acciones de los acreedores para demandar a dicho cónyuge y hacerle responsable de la deuda o para anular o rescindir la liquidación.

En igual sentido MÁS BADÍA, para quien la exigencia de este requisito no parece plantearse como acumulativo del anterior —la demostración de la responsabilidad ganancial por la deuda contraída—. Ello parece así, al señalarse que si la notificación es anterior a la liquidación, sólo cabe anotar el embargo sobre el bien adjudicado cuando la deuda fuese privativa, pero no respecto de las consorciales.

Cuando una deuda es consorcial, señala, y se le acredita debidamente al Registrador, éste debe practicar la anotación preventiva de embargo (¿se entiende que aunque el bien se encuentre a nombre del cónyuge no deudor, y aunque se haya notificado el embargo al citado cónyuge?). Parece, y así parte la autora, que cabe la anotación de embargo: a) si se demuestra la ganancialidad de la deuda en cualquier caso, y ello porque conforme a la norma sustantiva que prevalece, los bienes consorciales responden siempre —con lo que anotar embargo sobre un bien que fue ganancial no supone sino modalizar el principio de tracto—; b) en caso de deuda privativa del cónyuge deudor podrá anotarse embargo sobre bien ex ganancial adjudicado al otro, si se le ha notificado el embargo antes de la liquidación (*ob. cit.*, págs. 305-306 y 318).

(147) *Ob. cit.*, pág. 209.

(148) MARTÍN MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 205.

del Registro, la de la disolución de la sociedad de gananciales, la de la inscripción de la misma en el Registro Civil o la de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la finca en favor del cónyuge adjudicatario).

— Con los planteamientos del RH, parece evidente que el devenir de los acontecimientos hace que, necesariamente se produzca la notificación del embargo al cónyuge no deudor antes de la liquidación, es decir, antes de que los bienes objeto de embargo fueran atribuidos al cónyuge no deudor.

Y, si seguimos con tal razonamiento, observaremos cómo la citada notificación se habrá de producir, por tanto, entre la disolución y la liquidación, lo que resulta claramente contradictorio con los planteamientos del propio precepto, puesto que, de conformidad con el párrafo 1.º del número 4 del artículo 144 del RH, para que proceda la anotación de embargo sobre bienes gananciales una vez disuelta la sociedad, pero no liquidada, es necesario que ambos cónyuges sean demandados, no bastando con notificar la demanda al cónyuge no titular. Existe, observamos, una clara contradicción entre lo exigido en ambos párrafos, aun refiriéndose al mismo momento temporal.

3.º) *Que del mandamiento de embargo resulte la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo.* Se ha apuntado lo superfluo que resulta tener que atender a las fechas del otorgamiento de la liquidación si se entiende que junto con este requisito es necesario que conste la responsabilidad del bien embargado por la deuda contraída, lo que se producirá sólo y exclusivamente en aquellos casos en los que la deuda fuese anterior a la disolución de la sociedad, siendo ganancial por tanto, siendo indiferente el momento en que se produjesen el resto de los acontecimientos.

Como consecuencia de la reforma operada en el precepto, se ha señalado lo restringido de los supuestos en que sea posible practicar la anotación del embargo, de una parte, porque la exigencia de que conste en el mandamiento de embargo la responsabilidad del bien no estaba prevista anteriormente, y de otra porque los supuestos en que antes el Centro Directivo admitió la anotación por ser el embargo anterior a la fecha de inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil o en el de la Propiedad respecto del bien embargado, quedan ahora proscritos (149).

Ahora bien, y como reflexión final, nos cuestionamos cuál podrá ser la conducta del cónyuge titular del bien embargado, cuando se le notifique el embargo, teniendo en cuenta que tal notificación se va a producir antes de que el citado cónyuge se adjudique el bien, y con una previa declaración de ganancialidad de la deuda en virtud de la cual se pretende la anotación del

(149) MARTÍN MARTÍN, A. J., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y de Registro Mercantil (por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre)*. Centro de Estudios Registrales, 1998, pág. 206 y sigs.

embargo. Obviamente parece que la posibilidad con que cuenta el cónyuge titular adjudicatario del bien cuyo embargo se pretende, que no lo es todavía cuando se le notifica el embargo, es alegar la privatividad de la deuda. Y si así procede, puesto que, insistimos, en tal momento aún no se ha producido la liquidación de la sociedad, creemos que el acreedor y el no deudor se situarán en el ámbito del artículo 541 LEC, al menos en cuanto respecta a la posibilidad de oponerse al embargo sobre la base de que los bienes gananciales no deban responder de la deuda contraída, correspondiendo entonces al acreedor acreditar la ganancialidad de la deuda, con independencia de que del mandamiento de embargo tuviese que resultar la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo, lo que pone de manifiesto, como se ha indicado, que en relación a este último requisito basta con la simple constancia de la existencia de tal responsabilidad, sin precisarse mayores acreditaciones (150).

Difiere de la aplicación estricta del artículo 541 LEC de 2000, el hecho de que en el caso de que no se acredite la responsabilidad de la sociedad de gananciales, no procederá el embargo, frente a la solución del artículo 541 LEC conforme al cual, el este último supuesto (si no se acredita la responsabilidad del patrimonio ganancial quiere decir que la deuda es privativa) se pone en marcha procesalmente la solución establecida en el artículo 1.373 desde el punto de vista sustantivo.

V. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge (Comentario a la S. Sala Primera del TS de 29 de abril de 1994)», en *ADC*, 1996, 49.I.
- ALEJANDREZ PEÑA, P., «Aspectos procesales de la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Revista de Derecho de Familia*, 1999, 4 págs., 53 y sigs.
- BELLO JANEIRO, D., «Los acreedores y la modificación del Régimen económico matrimonial», en *R. J. Notariado*, núm. 7 (julio/septiembre 1993), págs. 33 a 67.
- *La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la Sociedad de Gananciales*, Barcelona, 1993.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Embargo de bienes gananciales tras la disolución de la Sociedad de gananciales y antes de su liquidación (Comentario a la RDGRN de 9 de octubre de 1998, RJ, 1998, 7221)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, 3.
- BENDITO CAÑIZARES, M. T., *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*, Trivium, 1994.

(150) MARTÍN MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 206.

- *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: La Tercería de dominio*, 1996.
- BLANDINO GARRIDO, M. A., *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la Sociedad de gananciales*, 1999.
- BONILLA ENCINA, J. F., «El artículo 144 del Reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros», en *RCDI*, 600 —septiembre/octubre 1990—, pág. 39 y sigs.
- CABALLERO GEA, J. A., «Comunicación. Anotación preventiva de embargo por responsabilidades de los bienes gananciales y privativos», en *Cuadernos de Derecho Judicial* 1993 (10), págs. 519 a 544.
- CÁMARA ALVAREZ, M., «El embargo de bienes gananciales», en *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 16, 1986, págs. 96 y sigs.
- «La Sociedad de Gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, 1986.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, vol. VI, Pamplona, 1983.
- CASADO COCA, P. M., «La interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario en relación con la ejecución de bienes gananciales», en *La Ley*, 1984-1, pág. 1169 y sigs.
- CERDÁ GIMENO, J., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 87 y sigs.
- CUENCA CASAS, M., *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial*, 1999.
- CURIEL LORENTE, F., «El Registro de la Propiedad y las pretensiones de los acreedores sobre bienes inmuebles ex gananciales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995 (6).
- CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. II, 3.^a ed., 1994.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, III (las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión)*, Civitas, Madrid, 1995.
- ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «Sobre el embargo ganancial», en *RDN*, julio-diciembre, 1986, 9.1.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 1986.
- GARCÍA GARCÍA, M., *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, 10.^a ed., Madrid, 1989, 20.^a ed., 1999.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991.
- «La Sociedad de Gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis conyugal», en *AC*, 1999, XXI (núm. 14/1999), págs. 357 y sigs.
- GONZÁLEZ ACEVES, «El régimen jurídico de la comunidad postganancial», en *RCDI*, 1992, núm. 610, págs. 1181.
- GONZÁLEZ LAGUNA/MANZANO SOLANO, *Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales (Estudio Homenaje a Tirso Carretero)*, Madrid, 1985, pág. 833 y sigs.

- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/RIVERO HERNÁNDEZ/ RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, 4.^a ed., 1997.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario», en *AAMNM*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1986, 26, pág. 335 y sigs.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La liquidación de la Sociedad de Gananciales*, 1999.
- LÓPEZ PÉREZ, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la Sociedad de Gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges», en *ADC*, 1993, pág. 755 y sigs.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Responsabilidad patrimonial de la Sociedad de Gananciales*, 1995.
- MÁS BADÍA, M. D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, 1999.
- CERDÁ GIMENO, J., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales, en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 87 y sigs.
- MARTÍN MARTÍN, A. J., *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y de Registro Mercantil (por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre)*, Centro de Estudios Registrales, 1998, pág. 199.
- MARTÍN MELENDEZ, M. T., *La liquidación de la Sociedad de Gananciales*, 1995.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Responsabilidad patrimonial de la Sociedad de Gananciales*, 1995.
- MÁS BADÍA, M. D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, 1999.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., «El embargo de bienes gananciales. Algunas reflexiones sobre la reforma del artículo 144 del RH (RCL 1947, 476, 642, y NDL 18733) por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (RCL 1998, 2381)», en *Aranzadi Civil*, núm. 19.
- «Responsabilidad solidaria de los cónyuges que contratan conjuntamente y de consuno la ejecución de una obra en inmueble ganancial (Cometario STS de 11 de julio de 1998)» (*CCJC*, núm. 49, 1999), 1324, pág. 51.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Deudas y Sociedad de Gananciales. Su proyección práctica*, 1997.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989.
- PUIG BRUTAU, «Tercería de dominio sobre bienes gananciales», en *RDP*, 1963, pág. 419 y sigs.
- RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987.
- RIFA SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Montecorvo, 1983.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., «La protección del acreedor en la liquidación de la Sociedad de Gananciales», en *Actuación del Abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*, Dykinson, 1998, pág. 169 y sigs.
- VÁQUER SALORT, MIGUEL, «El embargo de bienes gananciales a través de la Jurisprudencia», en *RCDI*, 652 y 653, págs. 979 y sigs. y 1335 y sigs.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ, L., «Comentarios al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde la perspectiva del derecho de familia», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 3, abril 1999, pág. 21 y sigs.

PILAR BENAVENTE MOREDA
Profesora Titular de Derecho Civil —UAM—

El agrarismo en la publicidad registral

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ANTECEDENTES.—III. EL ASPECTO SOCIAL DEL REGISTRO.—IV. LA PROTECCION DEL SUELO RUSTICO.—V. LA DEFENSA DE LAS UNIDADES DE CULTIVO: A) CONSERVACIÓN DE LAS EXPLOTACIONES. B) EL REGISTRO EN LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA: a) *Período inicial*; b) *Inscripción de las fincas de reemplazo*; c) *Conservación de la concentración parcelaria*. C) LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: a) *Justificación y antecedentes*; b) *Régimen actual*; c) *Fijación de las unidades mínimas de cultivo*; d) *Criterios para la calificación*; e) *Constancia registral de la indivisibilidad*.—VI. EL ARRENDAMIENTO RUSTICO EN EL REGISTRO: A) SU INSCRIPCIÓN. B) LA CONTINUIDAD DEL ARRENDAMIENTO. C) LA TRANSMISIÓN DE FINCAS RÚSTICAS. D) ANOTACIÓN POR GASTOS Y MEJORAS. E) ACCESO A LA PROPIEDAD. LIMITACIONES POSTERIORES.—VII. MONTES PUBLICOS: A) SU INSCRIPCIÓN. B) DEFENSA DE INTROMISIONES COLINDANTES.—VIII. RESUMEN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

I. PLANTEAMIENTO

Es una idea generalmente admitida que la propiedad actualmente tiene una consideración muy distinta a la que antes tenía. No nos remontamos a Roma, ni siquiera a los tiempos de la codificación, en la que el dominio implicaba unas facultades prácticamente absolutas, sólo con muy excepcionales limitaciones. A partir de la Constitución de Weimar, ya avanzado el siglo xx, la función social de la propiedad pasa de ser una idea doctrinal a plasmarse en las normas positivas, y se generaliza la idea de que la propiedad impone no ya sólo limitaciones, sino incluso también obligaciones de carácter positivo.

Por otra parte, la escasez del suelo que tiene lugar por el estallido de las grandes urbes y la expansión incontrolada de las edificaciones origina la necesidad de regular su aprovechamiento más adecuado mediante toda una normativa, que se ha generalizado en la mayoría de los países, por lo que se ha procedido a la ordenación del territorio como algo imprescindible.

Y he aquí como el Registro de la Propiedad, que es un instrumento fundamental para conseguir la publicidad inmobiliaria en general, se ha revelado

también como medio necesario para centrar la de la ordenación territorial en particular, superponiendo a los cánones clásicos que concebían la publicidad registral sólo como soporte a la seguridad de los derechos y del tráfico, esa otra faceta de los libros registrales como eficaz medio de cooperación con los fines sociales y generales. El Registro de la Propiedad que sirvió para defender «aquella» propiedad, sirve también para basar y defender «esta otra» propiedad actual.

Ciertamente, la Ley Hipotecaria de 1861, promulgada en una época liberal, se dictó para defender la propiedad individualista según la idea por entonces imperante, corrigiendo las normas antes vigentes, «condenadas por la ciencia y por la razón», según se nos dijo en su luminosa Exposición de Motivos. Lo curioso es que aquella regulación, destinada a defender las adquisiciones de los titulares y asentar la seguridad jurídica para las transmisiones y el crédito territorial, se ha revelado, a través de los tiempos, como adecuada también para servir de cauce a las nuevas directrices funcionales y sociales del dominio del suelo que imperan en la ideología actual. Tanto las leyes urbanísticas como las agrarias, al ordenar el territorio y regular el uso del suelo, acuden a la publicidad registral y encuentran en el Registro el medio indispensable para orientar la política territorial y conservar las mejoras estructurales obtenidas mediante la actuación de las Administraciones. Quizá fue RAMON DE LA RICA el que más certeramente ha estudiado la evolución de la función social de la propiedad en el Registro y ha centrado mejor el tema en las tendencias actuales. En su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación («Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario», leído el 12 de marzo de 1962) dijo que los legisladores de 1861 concibieron su sistema en plena época de liberalismo capitalista y lo proyectaron sobre una propiedad quiritaria. Estaba además en marcha la obra de la desamortización que entregó a los particulares ingentes masas de fundos rústicos, y los legisladores se percataron de la necesidad de facilitar capital con base en la tierra y trataron de asegurar el crédito territorial y dar también seguridad al dominio. Pero ha transcurrido un siglo desde entonces y la propiedad no es idéntica; las doctrinas de la función social, del bien común, del abuso del derecho, del intervencionismo del Estado, del nuevo Derecho Agrario y de arrendamientos, del acceso a la propiedad, etc., han pasado de la esfera de la teoría al orden práctico de la legislación y los hechos. Y, desde otro punto de vista, también las necesidades sociales han cambiado enormemente y han obligado al Estado a una intervención creciente para controlarlas, ordenarlas y satisfacerlas: De una propiedad privada individual entregada a su libérrimo arbitrio por el liberalismo económico, se ha pasado a una propiedad en marcado matiz social o de interés público que impone nuevos deberes a los propietarios en aras del bien común y para satisfacción de aquellas necesidades sociales.

Sigue diciendo que la función social que la propiedad inmueble debe cumplir, la sujeción al bien común, que hoy nadie discute, halla en la institución del Registro de la Propiedad y en su sistema el instrumento más apto, el auxiliar más idóneo para el cumplimiento práctico de las funciones que esas modernas concepciones requieren. Su razonamiento es bien sencillo y convincente: la propiedad privada inscrita en el Registro cumple dócil y acata resignada los mandatos del Estado relativos al cumplimiento de la función social en los muy diversos órdenes que ésta abarca, por el contrario, la propiedad no inscrita vive en la clandestinidad y suele convertirse en anárquica y con facilidad rehuye o se exime de sus deberes sociales.

En resumen, concluye LA RICA que nada tienen de común las necesidades actuales con las razones jurídicas que en su día motivaron la implantación del sistema registral. Pero, por fortuna, dice, nuestro sistema posee la virtud de haber servido para las finalidades perseguidas por sus creadores en lo que tienen de permanentes (seguridad del dominio y seguridad del crédito territorial) y a la vez para servir a las nuevas exigencias de nuestro tiempo. Es un instrumento útil para el concepto actual de la propiedad; por eso la política social, al traducirse en aplicaciones prácticas como colonización, concentración parcelaria, política forestal, acceso a la propiedad y créditos sociales, encuentra en los libros del Registro una colaboración insustituible e indispensable.

II. ANTECEDENTES

El agrarismo, en su aspecto reformista del suelo, según opinión de BALLARÍN (1), se inicia bajo el reinado de Carlos III, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, a raíz de la exaltación hecha por la escuela de los fisiócratas, de la agricultura como fuente matriz y principal de todas las riquezas. Así se reflejó en los famosos «Informes» y «Expedientes» redactados en materia agraria por los ilustrados, que pretendían la doble finalidad de una mejor distribución de la riqueza y el aumento de la producción.

Como realizaciones prácticas, son hitos importantes de esta época de Carlos III las actuaciones que se inician en lo que después se ha venido a llamar reforma agraria y que consistieron en los repartos de tierras concejiles entre los labradores, de 1761 a 1768, y, sobre todo, en la gran obra de colonización y repoblación de Sierra Morena, encomendada a don Pablo de Olavide por Real Cédula de 5 de julio de 1767 (2).

(1) En su obra *Derecho Agrario*, Madrid, 1966, págs. 23 y sigs.

(2) En el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario hemos visto una copia de dicha Real Cédula impresa en Madrid «en la Oficina de don Antonio Sanz, Impresor del Rey Nuestro Señor y de su Consejo», en la que Carlos III hace saber a Olavide, a

Es curioso reseñar que aunque en aquella época aún no existía el Registro ni su antecedente, las Contadurías de Hipotecas, creadas un año después, ya se quiere echar mano de un incipiente sistema de publicidad registral, para garantizar la conservación de los lotes repartidos. Así, en el capítulo XII se establece que en cada pueblo habrá un Libro de Repartimiento, que contenga el número de las suertes o quíñones en que está dividido, y en el LXIV se ordena que «de las enajenaciones que se hicieren en personas hábiles, esto es, labradores, legos y contribuyentes, y enajenándose la suerte entera, y no por partes, se tomará la razón en el Libro de Repartimientos, para que conste la mutación de dueño».

La Guerra de la Independencia y los pendulazos políticos posteriores fueron factores negativos para el desarrollo de la agricultura. Tan sólo cabe señalar como disposiciones destacables la de 1813, que declaró cerradas a la ganadería todas las tierras de dominio particular, frente a los viejos privilegios de la Mesta, la de 1820, que declaró de libre enajenación las tierras sujetas a mayorazgos, vinculaciones y fideicomisos, y la de 1834, que legitimó las roturaciones arbitrarias, concediendo el acceso a la propiedad a los labradores que trabajasen las tierras.

Quizá el acontecimiento de mayor relevancia en esta época intermedia fue la legislación desamortizadora, mediante la cual se pusieron en venta numerosas tierras a bajo precio, que fueron adquiridas por quienes vinieron a formar una nueva clase no menos individualista y potente que la nobleza; según conocida frase, la desamortización hizo más ricos a los ricos y más pobres a los pobres.

No han faltado opiniones que han querido encontrar en el aseguramiento de estas propiedades adquiridas por la desamortización la base para que se urgiese la redacción de la Ley Hipotecaria, anticipándola al Código Civil, cuyo proyecto andaba por entonces paralizado por los obstáculos de los for-

quien nombra Superintendente General para la dirección de las nuevas poblaciones que se han de hacer en Sierra Morena, y a los demás Corregidores, Intendentes, Jueces, Justicias, Ministros y demás personas que, «habiéndome propuesto don Juan Gaspar de Thurriegel, de nación Bávaro, de Religión Católica, la introducción de seis mil Colonos Católicos Alemanes y Flamencos en mis Dominios, tube a bien admitir esta propuesta baxo de diferentes declaraciones, que reducidas a Contrata se expresan por menos en mi Real Cédula, expedida en el Pardo a dos de abril de este año (1767), encargando al mi Consejo, que para la referida introducción y establecimiento de los pobladores, formase, con acuerdo del Superintendente General de mi Real Hacienda, la Introducción competente». Siguen las 77 reglas o capítulos de esta colonización agraria que nos gustaría transcribir o comentar. Pero esto, por muy interesante que sea, excede de los límites y finalidad de este estudio. Puede verse íntegro el texto y un breve estudio en el trabajo de CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *Los reyes y la colonización interior de España desde el siglo XVI al XIX*, Madrid, 1929. Un resumen de los resultados de esta colonización se encontraría en el libro *Los latifundios en España*, Madrid, 1932, págs. 9 a 11, de PASCUAL CARRIÓN.

listas. No aceptamos esa idea, que ya es agua pasada de todos modos, pero lo cierto es que el 8 de febrero de 1861, se promulgó la Ley que ha supuesto el decisivo hito que todos conocemos en cuanto a la regulación del tráfico inmobiliario, función que se ha ampliado ahora a la cobertura y eficaz posibilidad de que la propiedad del suelo responda a su función social. El siglo XIX termina con la publicación, por fin, del Código Civil en 1889, que vino a configurar el dominio y reguló algunos interesantes aspectos de la propiedad rural, detallando los derechos que sobre ella pueden recaer.

Puesto en marcha el Registro de la Propiedad, es ya a partir del siglo XX cuando se acude repetidamente a su publicidad para mejor llevar a cabo y conservar varias de las actuaciones agraristas que con más o menos éxito se realizaron. En todas ellas se buscó y, por supuesto, se encontró la colaboración de los libros registrales para procurar la mayor efectividad de las mejoras estructurales acometidas.

Así ocurrió con la inscripción de las llamadas colonias agrícolas, reguladas en la Ley de Colonización y Repoblación Interior de 1907, y también con algunas disposiciones del Directorio del General Primo de Rivera, tal como el Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927, sobre compras de fincas a particulares para su reparcelación (que sigue vigente por haberlo absorbido la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario), las normas sobre riegos creadoras de las Confederaciones Hidrográficas, las regulaciones sobre arrendamientos y sobre la redención de foros.

En la reforma agraria republicana se tomó como base el Registro de la Propiedad, no sólo para la obtención de datos sobre las fincas expropiables, sino también como rueda del engranaje operativo, tanto en el inicio de sus operaciones como para la conclusión y mantenimiento de los resultados. En la base séptima de la Ley de 15 de septiembre de 1932, para proceder al inventario de bienes afectados por la reforma, se establecía la obligación de los propietarios de efectuar la correspondiente declaración ante el Registro donde radicasen las fincas, y eran los Registradores quienes debían notificar la inclusión de las mismas en el inventario, haciéndose constar esta circunstancia por nota al margen de la última inscripción de dominio vigente. Y en la base catorce se establecía la inscripción gratuita en el Registro de las actas levantadas para tomar posesión de las tierras que iban a ser objeto de asentamiento.

Este servicio pedido a los Registradores se cumple puntualmente, formándose el inventario en el que se detallan en las hojas correspondientes de las fincas, su descripción, derechos existentes, proindivisos, cargas y observaciones, donde se incluían breves pero certeros estudios jurídicos emitidos por los titulares de los Registros. Aprobada en 1935 la Ley llamada de «contrarreforma», se dispuso que los Registradores procedieran a anular el inventario que habían realizado con las consiguientes cancelaciones de asientos y notas en

los libros del Registro (3). Al ganar las elecciones el Frente Popular, en febrero de 1936, se produce un nuevo «pendulazo», y por la Ley de 18 de junio siguiente se deroga la «contrarreforma» y se repone en todo su vigor la Ley de Bases de 1932. Pero ya no hubo tiempo de rectificar nada porque vino la guerra a interrumpir todo.

Tras la guerra, a partir de 1939, la legislación referida a las estructuras agrarias se recoge en las Leyes de colonización, concentración parcelaria, unidades mínimas de cultivo y defensa de las explotaciones, después incluidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, texto en el que se articularon las citadas normas referentes al suelo rústico, que veremos, y que continúa básicamente vigente, con las modificaciones de la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

Por otra parte, y en defensa de la tierra rústica, también ha tenido intervención la legislación del Suelo, a partir de su primera redacción de 1956, y en las reformas posteriores de 1975, 1990, 1992 y la última, por ahora, de 1998. También las varias normas autonómicas sobre el particular han supuesto una defensa importante del suelo rústico frente a la invasión de las urbanizaciones ilegales.

Tras estos antecedentes, veremos como tanto la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, como la legislación del suelo, tanto nacional como en sus normas autonómicas, acuden al Registro de la Propiedad para asegurar la legalidad de las actuaciones sobre el suelo rústico, tanto en su realización como en la conservación consiguiente.

III. EL ASPECTO SOCIAL DEL REGISTRO

Tal como hemos visto, LA RICA nos dijo que la función social que la propiedad inmueble debe cumplir halla en la institución del Registro de la Propiedad y en su sistema el instrumento más apto para el cumplimiento práctico de las funciones requeridas por las modernas concepciones (4).

Y ello es porque mediante el Registro no sólo se consigue la publicidad inmobiliaria en su sentido general, sino también la especial que se centra en la ordenación del territorio. La inclusión de determinadas fincas en especiales ordenanzas o regulaciones que delimitan su estatuto normal implica la exis-

(3) Pueden verse los aspectos humanos y anecdóticos de la actuación de los Registros en esta época en nuestro trabajo «La aportación registral al agrarismo», en *RCDI*, 1985, págs. 604 y sigs.

(4) En su trabajo antes citado *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 12 de marzo de 1962.

tencia de un sistema que publique adecuadamente ese ordenamiento especial y avise sobre las consecuencias jurídicas de su infracción. Si esa ordenación con sus restricciones afecta a determinadas fincas, hay razones suficientes de seguridad jurídica que exigen una adecuada publicidad.

Junto a la publicidad ordinaria del Registro, sea publicidad-noticia o publicidad-efectiva, existe en este caso una publicidad que puede denominarse «control de legalidad», que tiene por objeto no sólo dar a conocer las limitaciones y deberes del dominio de unas fincas determinadas, sino también asegurar el cumplimiento de la planificación establecida y servir de instrumento de cooperación en la disciplina y corrector de actuaciones contrarias al orden público, para de este modo poder conservar y consolidar las mejoras obtenidas.

Aquí está el papel esencial del Registro (5). Si la sociedad emplea recursos y energías para conseguir una ordenación adecuada del territorio, es lógico que se adopten las medidas pertinentes para que esos esfuerzos no resulten después inútiles y baldíos y para que los beneficios logrados no queden anulados por actos contrarios. Si nuestro sistema inmobiliario proporciona publicidad, cooperación y seguridad jurídica a la ordenación territorial, igualmente constituye un buen instrumento para su conservación y consolidación; la sociedad dispone de un magnífico resorte con la calificación registral para hacer cumplir del modo más efectivo la planificación plasmada en los libros registrales; esas ordenaciones que constan en las respectivas hojas registrales de las fincas vinculan a todos y en especial al funcionario está obligado y tiene a la vez la facultad ineludible de calificar la validez de los actos que se le presenten documentados y, en consecuencia, inscribe o rechaza, el control no puede ser más eficaz, seguro y económico, para ser empleado al servicio de los fines públicos en los que la comunidad tiene todo el interés. La Administración no precisa montar un órgano especial, pues ya lo tiene, sin costes nuevos.

Ya hemos apuntado que tanto las leyes agrarias como las que regulan el suelo han acudido al control centrado en la calificación del Registrador para garantizar la legalidad de los diversos actos que pueden afectar a las fincas no urbanizables, cuyo destino ha de ser solamente el agrícola, ganadero o forestal. El Registro, por una parte, recibe y ampara las actuaciones destinadas a proteger el suelo rústico de las invasiones urbanísticas y, por otra, procura mantener la integridad de las explotaciones para conservar las adjudicadas en «colonización», la conservación de las fincas de concentración parcelaria, así

(5) Ver nuestro trabajo en colaboración con JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, «La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio», en *RCDI*, núm. 555, marzo-abril 1983, págs. 317 y sigs.

como evitar las divisiones de las fincas que puedan originar parcelas inferiores a las unidades mínimas de cultivo.

Estas medidas protectoras, basadas en la publicidad registral, son las que veremos a continuación.

IV. LA PROTECCION DEL SUELO RUSTICO

En otra ocasión (6), ya habíamos señalado la necesidad de impedir que el suelo rústico sea objeto de invasiones de tinte urbano que ocupan fincas, a veces situadas en parajes del mejor cultivo, para tratar de destinarlas a edificaciones bien aisladas o para formar verdaderos núcleos de urbanizaciones ilegales.

Ultimamente la expansión urbana se ha agudizado al cambiar la forma de su desarrollo; ahora, con el desenvolvimiento de los transportes y la vulgarización del vehículo particular, dicha expansión urbana se efectúa a distancias cada vez mayores del núcleo urbano, a lo largo de los ejes de comunicación, dando lugar a un consumo cada vez mayor del suelo agrícola. Ya en 1979, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), a la que España pertenece, aprobó un estudio sobre la ordenación de la agricultura en las áreas periurbanas y entre sus conclusiones se recomendaba expresamente que las medidas específicas, a respetar tanto por los servicios públicos como por los intereses privados, deben asegurar la mejor protección posible a las tierras agrícolas fértiles, vigilando las que deban ser conservadas.

En este aspecto de proteger al suelo rústico de las invasiones exteriores, el tratamiento normativo ha sido constante en nuestra legislación urbanística. Ya en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley del Suelo de 1956, se justificaba la necesidad de la ordenación territorial diciendo que la hacían precisa, entre otras causas, la irradiación desmesurada del perímetro de extensión de las ciudades, pues al construirse arbitrariamente, se crean superficies de urbanización desproporcionadas e inasequibles, originándose a la vez la especulación del suelo al exigirse precios de solar por tierras no urbanizadas.

Tanto en dicha Ley del Suelo de 1956 como en su Texto Refundido de 1976 se recogieron determinadas medidas para evitar tales anarquías y en el artículo 15 del Texto de 1992 se estableció que los terrenos no urbanizables no podrían dedicarse a fines distintos del agrícola, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales. En esta última Ley se prohibían de modo expreso las urbanizaciones ilegales

(6) Ver nuestro trabajo «Cuestiones del suelo periurbano», en *RCDI*, 1995, pág. 2017.

para preservar el ámbito rústico del peligro de un excesivo e irregular desarrollo urbano.

En el último texto, por ahora, de la Ley del Suelo de 13 de abril de 1998, se dispone, en su artículo 20, que en el suelo no urbanizable quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas, sin que, en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza.

Ya en el artículo 259-3 de la Ley del Suelo de 1992, uno de los pocos preceptos declarados vigentes por la famosa sentencia del Tribunal Constitucional, se establece que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de que no es necesaria.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha respaldado de modo firme las calificaciones denegatorias de los Registradores a inscribir actos en los que se denotaba un intento de invadir terrenos rústicos con finalidades urbanísticas.

Citemos las siguientes Resoluciones:

1. Resolución de 13 de mayo de 1994. En el Registro de la Propiedad de Málaga número 8 se deniega la inscripción de una escritura de segregación y venta de una parcela por constar en la finca matriz una anotación preventiva en la que aparece la pendencia de un expediente de disciplina urbanística iniciado por el Ayuntamiento.

2. Resolución de 5 de enero de 1995. En el Registro de Corcubión se deniega la inscripción de una obra nueva en un pinar por falta de la previa licencia municipal para segregar el suelo necesario para su edificación.

3. Resolución de 17 de enero de 1995. En el Registro de la Propiedad de Motril número 2 se denegó por falta de licencia la inscripción de una escritura por la que se dividía una finca en dieciocho parcelas de cuatro áreas cada una, calificadas como «huertas de riego», resultando además un sobrante de doce áreas que se decía destinado a ampliar la carretera de acceso. La Dirección General confirma la negativa del Registrador, declarando que toda parcelación urbanística exige la licencia correspondiente.

4. Resolución de 16 de junio de 1995. Se deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de Palencia número 2, de una escritura por la cual el dueño de una finca rústica, procedente de concentración parcelaria, segrega de la misma una parcela destinada, según se dice en el título, a «huerto familiar», porque al existir en el Registro diversas escrituras de otras segregaciones de la finca misma, esto puede implicar la existencia de una parcelación urbanística ilegal, y que no se acompaña la licencia o declaración municipal de su innecesariedad.

5. Resolución de 26 de junio de 1999. Se confirma la denegación del Registro de Alcalá de Guadaira de la inscripción de cinco escrituras de compraventa de cuotas indivisas de una finca, que quedan delimitadas con el correspondiente derecho de uso y disfrute exclusivos sobre porciones determinadas de la matriz, que se delimitan y señalan con un número del plano de situación que se adjunta y con derecho de enganche de luz al pie de las mismas. El Registrador suspende la inscripción por cuanto tales operaciones implican una parcelación urbanística, al suponer en realidad la división material del uso y disfrute de una finca rústica, lo que precisa la correspondiente licencia o justificación de su innecesariedad. Tanto el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía como la Dirección General confirman la plena vigencia del artículo 259-3 de la Ley del Suelo de 1992.

Las normas autonómicas sobre suelo y urbanismo que han sido promulgadas en Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra y Valencia, confirman la regla de la Ley nacional de proteger el suelo rústico y contienen normas expresas, prohibiendo las edificaciones en los suelos declarados no urbanizables.

En la calificación del Registrador descansa el control de la legalidad y se asegura, como hemos visto, el veto a las infracciones. He aquí la faceta social del Registro de la Propiedad, que sirve como garantía del cumplimiento de las planificaciones territoriales.

V. LA DEFENSA DE LAS UNIDADES DE CULTIVO

Desde el punto de vista subjetivo, la unidad básica de cultivo es la explotación, que gira alrededor de la titularidad del agricultor, y que puede ser de tipo familiar o asociativo. Desde la consideración objetiva, la explotación está constituida, entre otros, por los elementos reales, destacando la unidad finca, cuyo concepto nos resulta más cercano y no es preciso explicar.

La Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias, nos da en su artículo 2 un concepto de la explotación como conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no es fácil encontrar una regulación aplicable por igual al conjunto de los bienes y derechos que integran la empresa. Por ello, quizá la Ley deja a salvo la cuestión en el último inciso del número 2 del citado artículo 2, reconociendo que, si bien la explotación constituye una unidad, esto es sólo en el sentido técnico-económico.

Son elementos reales de la explotación, según el artículo 2-3 de la Ley citada, los bienes inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que son

objeto de aprovechamiento agrario permanente; la vivienda con dependencias agrarias, las construcciones o instalaciones agrarias, incluso de naturaleza industrial y los ganados, máquinas y aperos integrados en la explotación y afectos a la misma, cuyo aprovechamiento y utilización correspondan a su titular en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute e incluso por mera tolerancia de su dueño. Asimismo, constituyen elementos de la explotación todos los derechos y obligaciones que puedan corresponder a su titular y se hallen afectos a la explotación.

Como se ve, una gran amalgama de elementos, cada uno con su régimen jurídico diferente, según se trate de bienes inmuebles, muebles, derechos y hasta obligaciones, con el único cordón de enlace de su integración o afección a la explotación bajo la mano del titular. Es lo que los italianos llaman hacienda y nosotros explotación o empresa agraria, pero sin una regulación unitaria que enlace a todas sus posibles manifestaciones o situaciones jurídicas.

En nuestra legislación registral encontramos que el artículo 8-2 de la Ley Hipotecaria permite inscribir 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 los números 2.º y 3.º del artículo 44 del Reglamento desarrollan esta posibilidad contemplando, por un lado, las varias piezas de terreno con unidad orgánica de explotación y unidas a un edificio principal y, por otro, aquellas explotaciones que aún sin casa de labor y formando también una unidad orgánica, tengan un nombre propio que sirva para diferenciarlas, pero exige que esa organización no sea la puramente individual.

En el último inciso de este artículo 44-3.º se permite también la inscripción de las explotaciones familiares agrarias, que se añadió por el Estatuto ahora derogado. Creemos que este apartado reglamentario sigue vigente, toda vez que en la nueva Ley se sigue recogiendo este concepto de explotación familiar, de total y permanente vigencia, tanto en las leyes como en la realidad campesina.

De lo que no cabe duda es de que no hay en nuestro Derecho esa norma que abarque globalmente el tráfico de los elementos de la explotación como un todo. Se pueden inscribir como una sola finca y en consecuencia, enajenar y gravar conjuntamente los predios que integran una explotación; pero los muebles en general, aperos, ganados, créditos, derechos y obligaciones tienen una naturaleza diferente y se rigen por reglas distintas.

La configuración de la explotación agraria como empresa unitaria podrá aceptarse en el aspecto técnico y económico, pero en lo jurídico no parece tan claro, según opinión general de la doctrina.

Veamos cómo se regula en nuestra legislación la integridad de la explotación como ente global y la de las fincas como unidades individuales:

A) CONSERVACIÓN DE LAS EXPLOTACIONES

En realidad, sólo hay normas al respecto en lo que se refiere a las explotaciones familiares regidas por la legislación de la llamada «colonización».

Después de la guerra civil se ordenó la devolución de las tierras a los propietarios afectados por la reforma agraria, pero con la excepción de las fincas sitas en zonas regables que se declararon de alto interés nacional, las cuales quedaron en arrendamiento forzoso en favor del creado Instituto Nacional de Colonización y cuya finalidad era la constitución de colonias formadas por explotaciones destinadas al acceso a su propiedad para agricultores modestos.

Para regular estas operaciones se promulgó una prolija serie de disposiciones legales que después se incluyeron y articularon en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973. Los objetivos de la colonización eran dos: uno, económico, la puesta en riego de zonas susceptibles de tal transformación mediante obras hidráulicas realizadas por el Estado, y otro, social, que era la redistribución de la propiedad de las tierras adquiridas y transformadas por el Instituto, en las que habrían de establecerse nuevos cultivadores. Se les adjudicaba en «lotes» o explotaciones familiares indivisibles, primero transitoriamente o en régimen de «concesión», y después en propiedad, una vez que el colono acreditase su aptitud como agricultor para llevar la explotación y pagase el precio establecido, éste de módico montante y a largos plazos.

Al adjudicarse tales lotes en propiedad, se entregan a los nuevos dueños los títulos ya inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 34 LRDA), siendo también obligatoria la inscripción para los actos sucesivos (art. 28 de la misma Ley). La explotación transmitida continuaba, pues, sujeta a las prescripciones de la ley, mediante la constancia registral dicha, con lo cual se puso en manos de la calificación del Registrador el medio adecuado para evitar que se pueda deshacer una realización costosa y de importancia social indudable.

Así, pues, tendrá que exigirse, siempre que sea precisa según lo que diremos, la autorización administrativa, ahora de los órganos autonómicos que han sustituido al Instituto, para gravar o transmitir la explotación, impidiendo de este modo que ésta se desmembre, ya que en el Registro se exigirá el cumplimiento de los requisitos para mantener las líneas de su régimen especial.

Las normas para conservar la integridad de las explotaciones contenidas en los artículos 28, 32 y 35 de la LRDA, para regular su transmisión, *inter vivos* o por causa de muerte, fueron modificadas en 1981 por el llamado Estatuto de la Explotación Familiar Agraria, pero esta disposición tuvo escaso éxito y aplicación en la práctica y ha sido derogada por la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995, que ha modificado lo relativo a la transmisión de estas explotaciones especiales constituidas por el IRYDA y después por los órganos autonómicos que le han continuado, asumiendo sus funciones.

Por la Disposición Final 2.^a de esta Ley de Modernización de 1995, de aplicación plena en toda España, se modifica el texto de los citados artículos 28, 32 y 35 de la LRDA.

En cuanto a la transmisión *inter vivos*, sigue en pie el número 1 del artículo 28, que exige autorización administrativa, aunque en el número 2 se dice que ésta no será necesaria una vez hayan transcurrido ocho años desde la escritura de adjudicación en propiedad y se haya satisfecho el precio. Los cambios de titularidad han de hacerse en escritura pública, que debe inscribirse obligatoriamente en el Registro de la Propiedad. En las transmisiones *mortis causa* se distingue, según ocurra la sucesión del titular en el período inicial o de concesión o una vez adquirida la propiedad.

Para suceder en la explotación en el período de concesión, el número 1 de la nueva redacción del artículo 32 de la LRDA establece que al morir el concesionario se transmitirá la concesión al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho y en su defecto a uno de los hijos o descendientes del agricultor.

Para el caso de que existan varios descendientes agricultores, el número 2 establece que sucederá en la concesión el que haya sido designado por el concesionario en el testamento y, en su defecto, el elegido de común acuerdo entre ellos. Si no hubiese acuerdo se transmitirá al que viniere cooperando habitualmente en el cultivo de la explotación y si fueren más de uno, será preferido el que hubiese cooperado durante más tiempo.

A falta de cónyuge no separado y de hijos y descendientes, la concesión se transmitirá al designado por el concesionario en su testamento o al que fuera designado heredero abintestato, notarial o judicialmente, siempre que sea agricultor. Si lo fueran varios en las mismas condiciones, se observará el orden de preferencia establecido en el apartado anterior.

Se mantiene el mismo texto del número 5 del artículo 32 que ordena que en todo caso deberá practicarse la notificación al Instituto, el cual expedirá nuevo título a favor del adquirente si procede o declarará nula la transmisión si no han concurrido los requisitos necesarios.

En cuanto a la sucesión en la propiedad de la explotación, el artículo 35 de la LRDA en su texto de 1973 establecía como regla normal para la sucesión de estas explotaciones, ya en propiedad, lo dispuesto en el Código Civil y en las legislaciones forales o especiales, para el caso de que las explotaciones fuesen divisibles. De no serlo, se articulaba un sistema de adjudicación a uno solo de los herederos, el cual debería abonar a los demás lo recibido en exceso, se creaba una afección de los bienes, con constancia registral, con regulación análoga al artículo 15 de la Ley Hipotecaria.

Este sistema fue modificado fuertemente por el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de 1981, con una normativa difícil de aplicar por lo complicada.

Derogado dicho Estatuto, con todas sus normas sucesorias especiales, se da ahora nueva redacción al artículo 35 de la LRDA, adoptándose el criterio sencillo de volver a las normas generales sucesorias de nuestras leyes ordinarias.

Así, dice el nuevo artículo 35 que por muerte del propietario, la explotación no podrá ser objeto de división y la transmisión *mortis causa* de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación.

En todo caso, pues, debe respetarse la indivisibilidad de la explotación agraria, por mandato expreso de la Ley y deberá adjudicarse entera en favor de una sola titularidad, sea individual y colectiva, formada por todos o varios de los herederos.

Los números 4, 5 y 6 del artículo 35 de la LRDA fueron mantenidos tras la modificación del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y, por tanto, han seguido vigentes. En ellos se establecía la obligación del adjudicatario de abonar el exceso en dinero a los demás herederos con la afección registral dicha antes. Pero ahora se plantea la duda de que en la nueva Ley de Modernización parece que se reduce el artículo 35 a su primer párrafo, sin decir nada de los demás apartados. Aunque quizá hubiese sido conveniente mantenerlos, por aportar resultados prácticos al problema de la indivisibilidad, parece que habrá que considerarlos inexistentes por la omisión de ellos que se hace en la nueva Ley.

Por otra parte, no existe vacío legal en cuanto que si la explotación fuese indivisible, el Código Civil nos proporciona la solución en el artículo 1.062. Consistirá en adjudicar la explotación a uno o a varios, siempre bajo una sola y única titularidad, la calidad de abonar a los demás el exceso en dinero.

En las regiones no sujetas al Código Civil, las respectivas formas forales o especiales a que se remite el artículo 35 de la Ley, contendrán las soluciones adecuadas que deberán aplicarse en cada caso, siempre bajo el supuesto de mantener la integridad de la explotación agraria que es lo que la Ley trata de conseguir.

¿Cómo se harán constar registralmente estas restricciones a la normal facultad dispositiva o a las disposiciones testamentarias de los titulares? Creemos con PEÑA (7), que una vez declarado el especial régimen de las fincas que integran la explotación, estas prohibiciones deben constar en el Registro de modo expreso, según se deduce del artículo 26-1.º de la Ley Hipotecaria, señalándose en sus asientos que están sujetos a un estatuto especial.

Fuera del régimen propio de estas explotaciones familiares creadas por el Instituto u órganos autonómicos, con arreglo a la LRDA, las demás explota-

(7) MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS en su conferencia *La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, publicada en la Serie Monográfica del IRYDA, núm. 3, pág. 99.

ciones no tienen una normativa que asegure su indivisibilidad y el Registro nada puede hacer para defender su conservación o impedir la disgregación de sus elementos. Aquí el panorama es un tanto desconsolador, pero no por culpa de la legislación hipotecaria, sino de la sustantiva.

El Registro, igual que en los anteriores casos específicos, tiene capacidad, en su actual organización, para definir y proteger debidamente a las explotaciones agrícolas en general, y lo hará si los supuestos económicos y sociales determinan la necesaria norma legal que lo regule, de momento, nuestra legislación civil no proporciona base para mayores actuaciones registrales.

B) EL REGISTRO EN LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA

El río Tajo divide a España en dos partes, especialmente en su sentido agronómico. Si al Sur abundan las grandes fincas, no siempre debidamente cultivadas, por el contrario, al Norte, existe el problema del minifundio y la dispersión parcelaria. Aparte del desequilibrio económico, hay un grave deterioro para la economía, tanto familiar como nacional, que es preciso corregir.

A partir de 1952 se inician las operaciones de concentración parcelaria, y a lo largo ya de casi medio siglo ha mostrado su efectividad y se ha generalizado en todo el ámbito de la zona antiguamente minifundista en términos conocidos y que no es preciso detallar.

Como es sabido, la concentración parcelaria consiste en esencia en la reorganización de la propiedad rústica de una zona, adjudicando a los propietarios en coto redondo, o en un reducido número de fincas de reemplazo, una superficie equivalente en clase de tierra y cultivo a la de las parcelas de procedencia que anteriormente poseían, pasando inalterados sobre las fincas de reemplazo el dominio, los derechos reales y demás situaciones jurídicas que tenían por base las parcelas sujetas a concentración, por virtud de la subrogación real que opera *ex ministerio legis*.

A petición de la mayoría numérica de los propietarios, se declara la utilidad pública que da paso a las diversas operaciones, que son, en esencia y brevemente, la investigación de la propiedad en su doble aspecto de titulación, cargas y situaciones jurídicas, y la medición y clasificación de las parcelas de procedencia, con ello se fijan las bases de valoración de las aportaciones y una vez declaradas firmes tales bases y conociéndose la aportación relativa de cada propietario, se realiza la operación, en principio técnica, de atribuir en compensación un lote de reemplazo, de una o varias fincas, según los casos, equivalente en clase de tierra y calidad a lo aportado. Este acuerdo, una vez firme en vía administrativa, recoge la nueva ordenación en el documento llamado acta de reorganización de la propiedad, que contiene la adjudicación y descripción de las fincas resultantes, con el traslado de cargas, si

existieren. El acta se protocoliza y se inscribe inexcusablemente en el Registro de la Propiedad, con reflejo en el Catastro.

El Registro de la Propiedad es pieza clave en la concentración parcelaria, tanto en los inicios como en los trámites de su realización y en su conservación posterior.

a) *Período inicial*

En el período de investigación de la propiedad, los propietarios deben presentar, si existieren, los títulos en que se funda su derecho y declarar los gravámenes o situaciones jurídicas que afectan a sus fincas o derechos (art. 190 LRDA). En caso de discordancia entre realidad y Registro, el artículo 193, respetuoso con el principio hipotecario de legitimación, concede prevalencia a los títulos inscritos, señalando que regirán las presunciones del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

b) *Inscripción de las fincas resultantes*

Terminadas las operaciones, las fincas resultantes serán inscritas de modo inexcusable, dice el artículo 235 de la LRDA, sin hacerse referencia, salvo casos determinados en la misma Ley, a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican. Se trata, pues, de una auténtica inmatriculación, de una entrada *ex novo* de las fincas de reemplazo, sin engarce alguno con los asientos anteriores de las parcelas antiguas. Estas primeras inscripciones sólo carecerán de efectos respecto de terceros durante noventa días naturales, contados desde el siguiente al del asiento, con lo que se corrige el superior plazo de dos años señalado por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, quizá en atención a la notoria publicidad con que se lleva a cabo el procedimiento concentrador.

Como hemos dicho, por efecto de la subrogación real en la inscripción de las fincas resultantes se harán contar, por traslado, las cargas y situaciones jurídicas inscribibles que fueron acreditadas o se han constituido en el expediente. En principio, se deja intervenir a los interesados, pero si no concurre la conformidad de éstos, el artículo 198 LRDA faculta para que se haga la traslación de cargas de oficio.

c) *La conservación de la concentración parcelaria*

El Registro también juega un importante papel para conservar la concentración parcelaria ya realizada, tanto en su aspecto jurídico como en el físico.

En lo jurídico, el artículo 235 LRDA establece la siguiente normativa:

1. Los posteriores actos y contratos de transcendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales constituidos sobre las mismas, se inscribirán de modo inexcusable en el Registro de la Propiedad.
2. No podrán ser admitidos en los Juzgados, Tribunales y organismos administrativos, los documentos en que consten dichos actos o contratos, si no hubiesen sido previamente inscritos, cuando el objeto de la presentación sea el ejercicio de derechos o la defensa del titular según los mismos. Tampoco podrá realizarse alteración contributiva alguna, si el documento en que conste el hecho, acto o negocio jurídico que deba producirla no ha sido previamente inscrito en el Registro de la Propiedad.
3. Deber de los Notarios que autoricen documentos referentes a actos sujetos a inscripción obligatoria de remitir las copias auténticas de un modo directo al Registrador competente para que éste proceda a practicar los asientos a que haya lugar.

A la vista de estas reglas hay que concluir que se trata de una inscripción inexcusable o sólo obligatoria, pero no constitutiva, por muy deseable que esta última debiera ser para evitar desaguisados posteriores. La regla tercera del artículo que estudiamos parece establecer una actuación de oficio en cuanto que impone a los Notarios el deber de remitir directamente las copias de los documentos que anteponen al Registrador para que éste practique los asientos que preceden, pero la verdad es que en la práctica no siempre se cumple lo ordenado por la Ley.

Seguimos creyendo que el importantísimo papel que puede y debe seguir desempeñando el Registro en la conservación jurídica de la concentración parcelaria se conseguirían mejor con una inscripción constitutiva de los actos referentes a fincas concentradas. De esa manera se impediría mejor que se deshaga por manos ignorantes una obra valiosísima que debe ser conservada.

En cuanto a la conservación agronómica o física de las fincas, la legislación de unidades mínimas de cultivo no siempre ha sido todo lo efectiva que fuera de desear, e incluso respecto de las fincas resultantes de la concentración. Ahora la situación ha cambiado a bien con la Ley de Modificación de Explotaciones Agrarias de 1995, que regula de modo más eficaz la división y segregación de fincas, incluyendo también a las no concentradas, en el modo que vemos a continuación.

C) LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO

a) *Justificación y antecedentes*

Un poderoso factor determinante de fraccionamiento de las fincas rústicas que dio lugar a un minifundismo exagerado y pernicioso, puede ser el poso individualista que se manifiesta en el artículo 1.061 del Código Civil, donde se ordena hacer las particiones hereditarias en lotes de igual naturaleza, especie y calidad. Aunque los artículos 1.056 y 1.062, y últimamente el reformado artículo 841, permiten prescindir de las particiones *in natura*, lo cierto es que la tendencia que persiste en los agricultores, al menos en las regiones de Derecho común, es partir las fincas igualitariamente entre los hijos, sin reparar en que eso puede suponer su destrozo al convertirlas en económicamente incultivables. Si, además, se trata de fincas obtenidas por concentración u otras actuaciones oficiales, no debe permitirse el fraccionamiento de lo que se consiguió en operaciones costosas.

La primera Ley de Unidades Mínimas de Cultivo fue la de 15 de julio de 1954, que prescribió la indivisibilidad de las fincas que no alcanzaren la extensión a fijar, pero como una sanción a la contravención se creaba un derecho de adquisición en favor de los colindantes, que en la práctica no reveló utilidad alguna.

Por Orden conjunta de los Ministerios de Justicia y Agricultura de 27 de mayo de 1958, se fijaron las extensiones de las unidades mínimas de cultivo en secano y regadío para todos los términos municipales de España. Esta Orden Ministerial rige, como veremos, en las provincias que integran las Comunidades Autónomas que no las han fijado de modo particular.

Para defender especialmente las fincas concentradas, la Ley de Concentración Parcelaria de 1962 dispuso en sus artículos 72 a 76 que se consideraban indivisibles las fincas de reemplazo con extensión inferior al doble de la señalada como unidad mínima para cada zona concentrada, dictando la nulidad total y absoluta de los actos y contratos que pudieran dar lugar a fincas inferiores a la unidad mínima establecida para cada zona.

Los redactores de la LRDA de 1973, al refundir los textos de las leyes referentes a estructuras agrarias, no respetaron lo que se les había ordenado de no introducir modificaciones de las normas vigentes y suprimieron de modo inexplicable los citados artículos que aseguraban la integridad en las fincas concentradas bajo sanción de nulidad. Se volvió al sistema del ineficaz retracto de colindantes de la Ley de 1954, con lo que la concentración parcelaria quedaba sin protección.

b) *Régimen actual*

El sistema de la LRDA de 1973 era en este punto insostenible y ha sido radicalmente modificado por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

En su artículo 24 se establece que la división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Hasta aquí, el texto al igual que en las leyes anteriores.

El cambio fundamental se contiene en el número 2 de dicho artículo, donde se sienta de modo rotundo que «serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior».

No parece necesario aclarar que, dada la firmeza de su redacción, esta norma del artículo 24 deroga cualquier otra disposición, sea nacional o autonómica, y mucho más si sólo tiene categoría administrativa que pretenda ignorar o «dulcificar» la expresa prohibición que en este artículo se contiene.

La prohibición se extiende, igualmente, a los casos de partición de herencia, según el apartado 3.º del mismo artículo 24, aplicándose al efecto las normas establecidas en el Código Civil para la adjudicación de cosas indivisibles si falta la voluntad del testador o el acuerdo de los herederos. Este especial supuesto, como es sabido, se contempla en los artículos 404, 841 y 1.062 de dicho cuerpo legal, dándole la solución de adjudicar la finca entera y sin dividirla a uno de los comuneros, quien deberá compensar en metálico a los demás.

c) *Fijación de las unidades mínimas*

El artículo 23 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995, defiende la unidad mínima de cultivo como la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona.

Estas pautas, económicas y técnicas, son cambiantes y dependen de varios factores para cada zona, y por ello la Ley, en este artículo 23, encomienda a las Comunidades Autónomas la facultad de concretar las superficies que se han de considerar mínimas en secano y regadío para los distintos municipios de su ámbito territorial.

Hasta ahora son varias las Comunidades Autónomas que han señalado la extensión mínima de cultivo en su territorio:

Cataluña, por Decreto de 12 de abril de 1983, estableció la superficie mínima en tres grupos para el secano de 3 a 4,4 hectáreas, y en regadío, de 1 a 1,5 hectáreas.

Castilla y León, por Decreto de 16 de agosto de 1984, fijó la unidad mínima en tres grupos para el secano que van de 4 a 8 hectáreas; en el regadío, de 1, 2 y 3 hectáreas, respectivamente, para cada uno de los grupos.

Madrid, por Decreto de 11 de mayo de 1989, estableció una superficie de 0,75 hectáreas para el regadío, 3 hectáreas para el secano y 30 hectáreas para los montes.

Cantabria, por Ley Autonómica de 23 de marzo de 1990, señala tres zonas que van de 0,60 hectáreas a 1 hectárea, dada la pluviosidad de la zona. Para el regadío, en toda la Comunidad se establece el mínimo de media hectárea.

Asturias, por Decreto de 30 de diciembre de 1992, y dada la misma razón de pluviosidad, no distingue entre secano y regadío, señalando dos grupos de 70 áreas para la zona de montaña y 50 áreas para la zona baja. La unidad forestal es de 10 hectáreas.

Canarias, por Decreto de 22 de abril de 1994, fija una unidad mínima única de 1 hectárea para todo el territorio.

Navarra, por Decreto Foral de 6 de mayo de 1996, fija unidad mínima para todos sus municipios en 2 hectáreas para el secano y el regadío de transformación, y 1 hectárea para el regadío tradicional.

Extremadura, por Decreto de 22 de abril de 1997, fija tres grupos para el secano y otros tres de regadío para cada uno de los municipios que en ellos se relacionan.

Murcia ha rectificado un Decreto de 1996, que fijaba las unidades, por otro de 6 de junio de 1997, en el que vuelve de nuevo a los parámetros de la Orden Ministerial de 1958.

País Vasco, por Decreto de 8 de junio de 1997, fija la unidad mínima de 1 hectárea para Guipúzcoa y 75 áreas para Vizcaya, tanto para el secano como para el regadío. En cuanto a Alava, se fija en 1 hectárea hacia arriba, según las distintas comarcas en el regadío; en cuanto al secano, se multiplican por tres las extensiones que se fijaron en la OM de 1958.

Y Valencia, que por Decreto de 9 de noviembre de 1999, fija la unidad mínima en 2,5 hectáreas para el secano y 0,5 hectáreas para el regadío.

d) *Criterios para la calificación*

Es al Registrador, en último término, a quien corresponde apreciar la legalidad de los actos o contratos que pueden originarse en esta materia. El

artículo 18 de la Ley Hipotecaria le impone, bajo su responsabilidad, apreciar si dichos actos guardan lo ordenado en esta Ley, sin portillos ni regateos rebuscados en ninguna otra disposición administrativa de segunda categoría. La norma básica es la rotunda prohibición del artículo 24, con las únicas excepciones admitidas por el artículo 25, que son, como es sabido, la disposición en favor de propietarios colindantes, la edificación o construcción permanente con la licencia debida, el acceso a la propiedad de los arrendatarios y la expropiación forzosa.

Fuera de estos casos, y de acuerdo con las disposiciones de la Ley que hemos señalado, consideramos que en la calificación deben guardarse las siguientes directrices:

1.^a Para las fincas resultantes de la concentración parcelaria u otras actuaciones de mejoras estructurales de origen público, la unidad mínima de cultivo será la fijada para cada zona o municipio de la actuación por el Decreto o disposición concreta que las regule y que ya se dictan, por razón de competencia, por las Comunidades Autónomas. Se trata de normas especiales que se anteponen y deben aplicarse antes que las normas generales. En los títulos que se expiden de las nuevas fincas, y por tanto en sus correlativas inscripciones, constará la indivisibilidad o divisibilidad de dichas parcelas, según corresponda, y a esta indicación habrá de estarse.

2.^a Para las fincas no concentradas ni mejoradas sitas en las citadas Comunidades Autónomas de Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia, País Vasco y Valencia, las cuales han fijado la extensión mínima en sus respectivas disposiciones particulares antes citadas, se estará a lo que en ellas se determina para los actos posteriores a su vigencia; para los actos anteriores debe regir la Orden Ministerial de 1958, única vigente hasta entonces.

3.^a Para las fincas no concentradas ni mejoradas en actuaciones públicas, sitas en territorios de Comunidades que no hayan fijado nada al respecto de modo especial, creemos que deben aplicarse las extensiones de la repetida Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958.

De modo expreso lo confirma para Andalucía la Resolución de su Consejería competente de 4 de noviembre de 1996, y para Galicia, la Instrucción de su Junta Autonómica de 23 de septiembre de 1985. En cuanto a las demás Comunidades Autónomas que no han fijado de modo especial la unidad mínima, que son Aragón, Baleares, Castilla-La Mancha y La Rioja, insistimos en la opinión, ampliamente compartida, de la vigencia y aplicación de las pautas superficiales de la repetida Orden Ministerial de 1958, ya que ésta no fue derogada, como algunos creen, por la LRDA. La disposición derogatoria de esta última contiene una clara y limitada lista de leyes que, más que derogadas, quedaban absorbidas en ella, y después se explicaba que la dero-

gación se extendía tan sólo a las disposiciones con rango legal, y es evidente que la Orden Ministerial no tiene tal rango, por lo que no fue derogada y seguía siendo complementaria de la misma Ley, que le ha servido para subsistir; sería absurdo pensar lo contrario.

En materia de jurisprudencia registral, señalamos que la Dirección General, que ya había dictado varias Resoluciones, que antes vimos, en materia de defender el suelo rústico de invasiones urbanísticas, ha dictado también otra con fecha 8 de mayo de 1999 (*BOE* del 10 de junio siguiente), confirmando la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Avila, que denegó la inscripción de una escritura de segregación porque quedaba en la matriz un resto inferior a la unidad mínima de cultivo. Dice en su primer fundamento jurídico que «no cabe duda alguna que, por aplicación de la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (arts. 24 y 252), no pueden segregarse fincas cuya superficie sea inferior a la unidad mínima de cultivo o cuando el resto que quede después de practicada dicha segregación sea también inferior a aquella unidad mínima».

Aquí la Dirección General afronta la cuestión de dividir una finca rústica cuyo destino no se altera, pero que da como resultado una extensión por debajo de los límites de la unidad mínima, declarándose acertadamente que la segregación no puede realizarse porque el resto de la matriz resultante de dicha segregación es inferior a la unidad mínima señalada para el municipio.

e) *Constancia registral de la indivisibilidad*

La Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias trata de proteger la indivisibilidad de las fincas mediante la correspondiente publicidad que corresponde, es natural, al Registro de la Propiedad, con lo cual no sólo se avisa a terceros, sino que se consigue la efectividad que busca la norma.

En el artículo 26-1 se dispone que en toda inscripción de finca rústica en el Registro de la Propiedad se expresará si es de secano o de regadío, su extensión superficial y que sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la extensión de la unidad mínima de cultivo.

Creemos que la exigencia legal ha de cumplirse haciendo constar en el asiento que se practique, tras la descripción de la finca en su caso, la expresión concreta de «divisible» o «indivisible» que corresponda en cada caso, en concordancia con la extensión de la finca bajo el prisma de la extensión mínima de cultivo que corresponda, según las directrices que antes hemos detallado.

El número 2 del mismo artículo 26 declara que la inexactitud de estos datos no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad, ni enervar los derechos establecidos, aunque deja a salvo la protección que brinda al tercero el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este último inciso supone situar en los

justos términos la publicidad registral, de modo que habrá nulidad en todo caso, pero respetando los derechos de los adquirentes de buena fe. Pero cuando aparezca la calificación de indivisibilidad de la finca, el adquirente queda afectado en cuanto que la causa de nulidad resulta del mismo Registro.

El caso es que se corrige de modo radical lo que disponía antes el artículo 47-2 de la LRDA, para el cual la inexactitud de los datos no impedía el ejercicio de los derechos, lo que podría hacerse sin necesidad de anular la inscripción. Ahora sí hay nulidad del acto, y ello implica la cancelación o rectificación de la inscripción, según el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, dejando a salvo sólo los supuestos de protección especial del artículo 34 de la misma Ley.

VI. EL ARRENDAMIENTO RUSTICO EN EL REGISTRO

A) SU INSCRIPCIÓN

La importancia económica, social y jurídica del colonato es evidente; basta con considerar que más de la mitad de nuestro suelo cultivable se lleva en renta. Y si además se piensa que el nivel social de la mayoría de los llevadores suele ser bajo e inestable, se comprende la necesidad de regular una institución que aparece como básica en el panorama de nuestro sector primario.

La discusión sobre si el arrendamiento es un derecho real o personal pierde importancia a efectos de su entrada en el Registro, pues prima la idea de que estamos ante una institución de carácter social, regida por normas imperativas que, por razón de su interés, se superponen a las normas puramente privadas.

Y puesto que el arrendamiento incide directamente sobre las fincas, limitando la propiedad de las mismas, es lógico que sus repercusiones se manifiesten tanto en la legislación civil como en la hipotecaria. El Registro de la Propiedad es el instrumento de publicidad donde se reflejan las relaciones inmobiliarias y de sus asientos emanan importantísimas consecuencias para todos los interesados. Por eso, consideramos oportuno contemplar desde ambos prismas, el hipotecario y el arrendaticio, el entramado de problemas y supuestos que pueden presentarse.

La Ley de Arrendamientos Rústicos vigente de 31 de diciembre de 1980, modificada en cuanto al concepto de profesionalidad del arrendatario y la duración y prórroga del contrato por la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995, se proponía, según el preámbulo de su Proyecto, buscar el punto de equilibrio que garantice los derechos de arrendador y arrendatario, tratando de evitar conflictos entre ambas partes.

¿Cómo se recoge en la publicidad registral este propósito de la Ley de Arrendamientos de equilibrar las situaciones que pueden plantearse?

La primera cuestión es la ya apuntada de si el arrendamiento es un derecho real o personal, puesto que el artículo 1 de la Ley Hipotecaria sólo considera inscribibles los derechos que, recayendo sobre inmuebles, tengan naturaleza real.

Frente a las dos posiciones extremas, hay una intermedia que, reconociendo que el derecho arrendaticio es personal, lo considera real si se inscribe en el Registro. Así lo admitía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, al afirmar que estos arriendos no son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados a una obligación personal, pero, dice a continuación, las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suelen comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fe, clave del crédito, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo para dejar a salvo los justos derechos de los arrendatarios. Y termina reconociendo paladinamente: «La Comisión no debe ocultarlo: en ellos (los arrendamientos inscritos) se ha establecido implícitamente un verdadero derecho real».

La Ley Hipotecaria es bastante escueta y se concreta al número 5 del artículo 2, según el cual serán inscribibles los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, sin las limitaciones que antes se establecían y que han desaparecido en la reciente reforma del precepto. Y, según el artículo 13 del Reglamento Hipotecario, serán también inscribibles los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamientos, en este caso, rústicos.

Como el Registrador, antes de inscribir, debe calificar la capacidad de los otorgantes, la validez de los actos y las formalidades de los títulos, habrán de tener en cuenta, no sólo las normas generales de carácter civil e hipotecario, sino también los requisitos específicos señalados en la Ley de Arrendamientos Rústicos, con las reformas contenidas en la Ley de Modernización de 1995.

En la práctica, las relaciones del Registro con el arrendamiento rústico no han sido muy alentadoras, practicándose pocos asientos, quizá porque ni la legislación hipotecaria ni la especial arrendaticia han aprovechado todas las posibilidades de colaboración que hubieran hecho más fructífero su engarce.

Ya BARTOLOMÉ MENCHÉN, en un trabajo publicado en 1940 (8), señalaba que las inscripciones de estos arrendamientos son escasísimas, quizá porque su legislación especial ha vivido apartada de las normas civiles comunes y se ha desenvuelto en múltiples, y a veces contradictorias, disposiciones de marcado carácter social y los arrendamientos han sido garantizados por esas normas más que lo hubieran sido por el Registro.

(8) En su trabajo «La inscripción de arrendamientos de inmuebles rústicos», en *RCDI*, núm. 187, año 1940, pág. 186.

Esta referencia que aludía a la falta de reflejo en el Registro de las normas protectoras especiales, ya no sería exacta en la actualidad, pues la Ley de Arrendamientos Rústicos vigente sí se cuida de trasladar a la publicidad registral las situaciones especiales de esta figura contractual, tal como veremos a continuación.

B) LA CONTINUIDAD DEL ARRENDAMIENTO

La duración del colonato, antiguamente, entre el plazo pactado y las prórrogas, era prácticamente ilimitada. La Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, establecía en su artículo 25 una duración mínima de seis años para los contratos a ella sometidos, con una primera prórroga de otros seis años y otras prórrogas sucesivas de tres años cada una, con una limitación total, entre contrato y prórrogas, de veintiún años. Estas prórrogas dependen únicamente de la voluntad del arrendatario. El único derecho del arrendador en este punto es recuperar la finca si se compromete a cultivarlo por plazo de seis años por sí directamente o por su cónyuge o descendientes.

Las líneas directrices de la Política Agraria Comunitaria han influido en la nueva Ley, que viene a acortar los plazos y a suprimir las prórrogas a la sola voluntad del arrendatario. Naturalmente, se respetan los contratos existentes con arreglo al criterio general transitorio.

El artículo 28 de la nueva Ley de Modernización establece que en adelante los contratos de arrendamiento rústico tendrán una duración mínima de cinco años. El arrendador podrá recuperar la finca al término del plazo contractual, sin otro requisito ni compromiso que el de notificarlo al arrendatario con un año de antelación al menos.

De no haber recuperado el arrendador la finca en el modo expresado, el contrato se entenderá prorrogado por tres años, y así sucesivamente, pudiendo el arrendador ejercitar el derecho de recuperación al término de cada prórroga, previa la notificación establecida.

Por su parte, el arrendatario podrá dar por extinguido el contrato al término de cada año agrícola, notificándolo al arrendador con un año de antelación.

El principio consagrado de la continuidad del arrendamiento, aunque cambie la persona del dueño de la finca, se confirma en el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos al establecer que «el adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador».

La solución unilateral que daba al problema de la venta de finca arrendada el artículo 1.571 del Código Civil, protegiendo sólo los intereses del comprador en menoscabo de las lógicas esperanzas del colono, fue corregida por el Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929, que impuso al adquirente la

obligación de respetar el contrato. Esta subrogación que se consagró como regla básica de la Ley de 1935, fue también mantenida, con algunos retoques, en la Ley de 1942, pasando así igualmente al Reglamento de 1959.

En el artículo 27 del Reglamento de 1959 se acudía al «tercer adquirente», pero al redactarse la Ley de 1980 se introdujo la expresión del «tercero amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». Quizá la causa de haber acudido a esta figura, paradigma de la seguridad jurídica, pudo haber sido el echar mano de un resorte psicológico para resaltar más la estabilidad del arrendatario frente a cualquier cambio en el dominio de la finca locada. En realidad, lo único que había que decir es que el arrendamiento subsiste, subrogando al adquirente en la posición del arrendador que transmite.

Una lectura superficial y literalista del artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, podría inducirnos a pensar que en este punto hay una excepción al artículo 34 de la Ley Hipotecaria y que se viene abajo como un castillo de naipes la proclamada protección al típico «tercero hipotecario», al menos en esta materia arrendaticia.

Sin embargo, antes de llegar a conclusiones tan simplistas, conviene distinguir entre la adquisición en sí y las cargas de la finca.

En cuanto a lo primero, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria queda indemne; el tercero será siempre mantenido en su adquisición, de eso no hay duda.

En cambio, en cuanto a las cargas, el que compra una finca arrendada, aunque no aparezca así en el Registro, ciertamente tiene que aceptar un doble gravamen que consiste en asumir los deberes del arrendamiento y exponerse además al riesgo del retracto. ¿Es aquí donde se muestra el fallo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria?

Pues tampoco lo creemos así y esto por tres razones:

1.^a Porque según el artículo 37 de la propia Ley Hipotecaria, se dan contra terceros, aunque no consten en el Registro de la Propiedad, los retratos legales, y el arrendaticio tiene tal carácter, por lo que no se añade nada que ya no estuviera en el propio sistema hipotecario.

2.^a Porque no reunirá el requisito de la buena fe exigido por el 34 de la Ley Hipotecaria el que en adelante adquiera una finca arrendada, ya que esta circunstancia habrá de constar necesariamente en el título y en la inscripción, según la normativa que introdujo la propia Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 en su artículo 91, que veremos a seguido.

3.^a Porque en el supuesto de que el transmitente, por error o falsedad, declarase como libre una finca arrendada, único caso en que podría darse una auténtica excepción al resultar afectado el adquirente por una carga que el Registro no le manifiesta, dicho adquirente aún tendría a su favor la acción rescisoria de la venta que le concede el artículo 1.483 del Código Civil.

Por ello hemos de concluir que bien está proclamar la continuidad del arrendatario aunque cambie la propiedad de la finca, pero no ha sido afortunada la redacción del artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos al traer a colación y maltratar, sin necesidad ni utilidad, la figura del adquirente como tercero hipotecario, que siempre ha sido considerada como intangible.

C) LA TRANSMISIÓN DE FINCAS RÚSTICAS

Una doble consideración justifica la mayor publicidad posible del arrendamiento: Por un lado, se debe facilitar al colono el ejercicio de sus derechos de adquisición de la finca. Por otro, hay que proteger la buena fe en el tráfico inmobiliario, de modo que quien compre una finca esté a resguardo de desagradables sorpresas, confiando en unos asientos registrales que le aseguren una total libertad de cargas.

El arrendatario tiene unos derechos que prácticamente consumen el contenido económico de la finca; pero aspira a conseguir el techo del contenido jurídico, o sea, el dominio. Por el contrario, para el actual dueño, el contrato supone una merma de sus facultades de uso y de transmisión, ya que esta última sujeta la posibilidad de enajenar libremente.

Podrá discutirse, según el prisma desde el que se mire, si el arrendamiento es un derecho real o una carga de la finca, o ambas cosas a la vez. Lo que está fuera de duda es que esta relación, por su enorme contenido social, por la importancia que tiene en nuestra economía y porque forma parte indudable del tráfico jurídico, exige una total publicidad.

Y en este campo se ha acudido a la eficacia que puede prestar el Registro de la Propiedad, tanto como garantía de que serán cumplidas las normas legales como de protección a la seguridad inmobiliaria.

Por ello nos parece una innovación plausible la introducida por el artículo 91 de la Ley, cuyo texto dispone:

«Uno. En toda escritura de enajenación de fincas rústicas el transmitente deberá declarar, bajo pena de falsedad, si la que es objeto de la misma se halla o no arrendada y, en este último supuesto, si ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho que reconoce al arrendador el artículo 26-1.^a de la presente ley. Sin esta declaración no podrá inscribirse la transmisión en el Registro de la Propiedad. Caso afirmativo; el fedatario no la autorizará sin que se le acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación a la que se refieren los artículos anteriores.

Dos. En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de modo exacto a las

contenidas en la notificación previa. El mismo derecho tendrá si no se hubiere cumplido en forma el requisito de la notificación previa. En este caso, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de sesenta días hábiles a partir de la notificación.

Tres. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas deberá justificarse la práctica de la notificación que establece el apartado anterior.»

La práctica notarial y registral ya se habían anticipado a la norma del artículo 91 de la Ley, pues en casi todas las transmisiones de fincas rústicas se venía haciendo constar, siendo procedente, la libertad de arrendamiento bajo la manifestación de los interesados.

En adelante habrá de hacerse siempre y por mandato legal, ampliando el campo al tener que expresar en el título que en los seis años anteriores no ha ejercitado el dueño el derecho que le confiere el artículo 26 y con ésta o parecida fórmula deberá constar también en la inscripción.

Cuando haya arrendamiento vigente y se acredite el cumplimiento de los trámites de notificación, se reflejará en la inscripción lo que a tal respecto resulte de la escritura de enajenación o de los documentos que se aporten para ser calificados por el Registrador.

¿Qué ocurrirá si se presenta al Registro un título traslativo sin acreditarse a la vez la notificación o no se exprese nada sobre la libertad arrendaticia de la finca? ¿Podría practicarse en estos casos una anotación preventiva hasta que se subsane el defecto?

Entendemos que sí, sin ninguna duda, por las siguientes razones:

1.^a Porque aunque la Ley de Arrendamientos Rústicos no la establece expresamente, tampoco la prohíbe. La Ley sólo dice que no serán inscribibles en el Registro los títulos traslativos de fincas rústicas arrendadas, pero no dice que no puedan ser anotados preventivamente.

2.^a Porque el artículo 42, número 9, de la Ley Hipotecaria, que es aplicable con carácter general, dice que podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos el que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable y éste es, ni más ni menos, el supuesto contemplado.

3.^a Porque hay un paralelismo evidente con el arrendamiento urbano, cuya Ley establece en su artículo 55 que la falta de justificación de la notificación constituye un defecto subsanable con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva que se convertirá en inscripción si durante su vigencia se acreditare haberse practicado la notificación en debida forma.

Creemos por ello que es perfectamente admisible la práctica de una anotación preventiva por defecto subsanable, que se regirá por las normas comunes propias de dichos asientos.

D) ANOTACIÓN POR GASTOS Y MEJORAS

El capítulo VI de la Ley de Arrendamientos Rústicos regula los supuestos en los que el arrendatario puede resarcirse del importe de los gastos necesarios y de las reparaciones urgentes que haya realizado en el predio. Respecto a las mejoras útiles y sociales, una vez terminado el arrendamiento, el artículo 62 concede al colono, aparte de poder retirarlas de la finca si ésta no sufre deterioro, la facultad de exigir al arrendador, a elección de éste, que le abone el mayor valor que haya alcanzado la finca por causa de las mejoras o el coste actualizado de éstos. Una vez determinada la cantidad a reembolsar, podrá el arrendatario prorrogar el colonato hasta resarcirse, con facultad de subarrendar o reclamar el pago de lo adeudado.

Respecto a estas cantidades que haya de pagarle el arrendador, el arrendatario tendrá, según el artículo 64 de la Ley, los mismos privilegios y garantías que el acreedor refaccionario.

Según esto, tales créditos gozarán de la preferencia otorgada por el número 3 del artículo 1.923 del Código Civil por ser créditos refaccionarios anotados en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles del deudor que hubiesen sido objeto de la refacción; y por el número 5 del mismo precepto si se trata de créditos no anotados, aunque éstos tan sólo respecto a otros distintos de los que le anteceden en la enumeración legal. Dichos créditos gozan, por tanto, de preferencia sobre las fincas que los originan y la concurrencia entre ellos, si fueran varios, se determina por las reglas del artículo 1.927 del mismo Código.

El artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Rústicos completa la garantía específica del arrendatario en estos casos concediéndole la posibilidad de «pedir la anotación preventiva presentando contrato escrito o también en virtud de resolución judicial dictada en el expediente previsto en los artículos 61 y siguientes de la Ley Hipotecaria en los casos en que la finca estuviese sujeta a cargas o derechos reales inscritos y en el cual el arrendador tendrá el mismo tratamiento procesal que los demás titulares de derechos reales inscritos».

Se tratará, en definitiva, de la no muy usual anotación preventiva de crédito refaccionario del número 8 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que se regula detalladamente por los artículos 59 a 64 de la misma Ley, y 155 a 160 de su Reglamento, lo que nos releva de toda otra explicación.

E) ACCESO A LA PROPIEDAD. LIMITACIONES POSTERIORES

El artículo 34-2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que una vez ejercitado el derecho de acceso, por los medios determinados en el mismo precepto, «el arrendatario que adquiere la propiedad no podrá, salvo que lo

haga en favor del IRYDA, enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería hasta que transcurran seis años desde la fecha de adquisición. Si hipotecase la finca, la acción del acreedor no podrá tener efectividad mientras no transcurra dicho plazo».

Lo que realmente se pretende es que el arrendatario que ha pasado a ser dueño de la finca, permanezca cultivándola por un plazo suficiente para evitar el fraude legal que supondría transmitir con especulación lo adquirido mediante un trato legal excepcional.

Ni las distintas normas legales que se han ocupado de la cuestión ni la jurisprudencia han permitido fijar con certeza si se trata de una verdadera prohibición de disponer cuya infracción implicaría la nulidad de la transmisión o si sólo origina una posibilidad de resolución a instancia de parte, en cuyo caso el acto es válido hasta que se resuelva.

La cuestión tiene su importancia práctica: El Registrador deberá cerrar el Registro y rechazar esa transmisión si es nula por opuesta a una prohibición de enajenar o, por el contrario, podrá inscribirla si sólo produce una acción resolutoria ejercitable tan sólo a instancia del antiguo propietario de la finca.

El número 3 del artículo 84 de la Ley se inclina, sin duda, por la segunda solución, pues aunque inicialmente parece hablar de prohibiciones incumplidas por el arrendatario, el contenido principal de esta norma es que «entonces podrá el arrendador pedir la resolución del contrato originario, recuperando la propiedad de la finca, con la consiguiente resolución, según proceda, de la transmisión, arrendamiento o cesión efectuados».

El Registro es el instrumento idóneo para hacer cumplir este precepto: Al hacerse constar en la inscripción en favor del antiguo arrendatario que éste ha adquirido la finca en virtud del tanteo, retracto o acceso comprendidos en el número 1.º del artículo 84, hay base suficiente para que sea efectiva la publicidad hipotecaria; basta con expresar el origen de la adquisición, sin que sea preciso que el Registrador señale en la inscripción que hay pendiente una condición resolutoria en los seis años siguientes, ya que ésta resulta del mismo texto del asiento y de lo dispuesto en la Ley.

Los efectos de esta resolución alcanzarán no sólo a la transmisión o cesión de uso indebidas, sino también al contrato originario, y entendemos por tal al arrendamiento inicial o básico, por lo cual perderá todo derecho el ex arrendatario y recupera totalmente libre su propiedad el arrendador. Así se establecía expresamente en el último inciso del artículo 99 del Reglamento de 1959, su antecedente, al decir que en este caso el arrendador «podrá solicitar la anulación de la transmisión y disponer libremente de la finca». La Ley puede proteger al arrendatario, pero no hasta el extremo de permitirle actuaciones fraudulentas, por lo que la sanción no puede ser más justa.

VII. MONTES PUBLICOS

El tema de la conservación de los recursos naturales constituye una preocupación universal, pues la humanidad consume, a medida que va creciendo, bienes que la naturaleza no podrá suministrarle si no se cuida su renovación (9).

Y dentro del tema de la conservación y defensa de la naturaleza, la importancia de la materia forestal no es preciso resaltarla de puro evidente.

Precisamente por eso, resalta más el dato de que las Administraciones Públicas acuden al Registro de la Propiedad como pieza básica para conseguir los fines propuestos, asegurando sus bosques bien de modo directo, bien imponiendo importantes limitaciones a los dueños de fincas particulares, todo ello en defensa de la riqueza forestal, patrimonio común que a todos interesa. Una vez más, como venimos viendo, el Registro no es ni mucho menos simple baluarte de una concepción privada y privatista del dominio, sino más bien, y ante todo, un elemento importante para determinar la política forestal y más aún para la conservación de esta inapreciable riqueza nacional, con lo que se pone nuevamente de manifiesto el indudable talante social que los libros registrales ya desempeñan y, lo que es más importante, aún pueden mejorar en el futuro. El artículo 30-1.º del Reglamento Hipotecario, según la reforma de 1959, admite la inscripción del dominio de los montes y sus deslindes, todo ello de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia.

Y como tales tenemos, básicamente la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, con su Reglamento de 12 de febrero de 1962; y como la materia agrícola y forestal ha sido atribuida como competencia propia de las Comunidades Autónomas, varias de éstas han promulgado sus normas particulares a las que habrá que estar dentro de sus respectivos territorios.

La Ley de Montes y, con pocas variaciones, las normas forestales autonómicas, acuden al Registro de la Propiedad en los siguientes supuestos:

A) INSCRIPCIÓN DE MONTES PÚBLICOS

Se realizará obligatoriamente en favor de la Entidad pública a quien pertenezca el dominio de la finca, según el catálogo, la correspondiente inmatriculación, valiéndose para ello de la certificación del artículo 206 de la Ley

(9) En la Conferencia de la ONU sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, se declaró que el hombre ha adquirido el poder de transformar de innumerables maneras y en una escala sin precedentes cuanto le rodea, y que los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida, por lo que la protección y el mejoramiento del medio humano es una cuestión que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero.

Hipotecaria, expedida por la Administración Forestal, acompañada del plano topográfico de la finca, según ordena el artículo 11 de la Ley de Montes.

Y el artículo 69 del Reglamento repite el mandato, extendiendo la obligatoriedad de la inscripción a todos los demás actos o contratos inscribibles que tengan por objeto un monte catalogado, incluyéndose el deslinde de los mismos.

Bien sabemos en qué poco suele quedar la efectividad de las llamadas «inscripciones obligatorias» en los casos que hemos contemplado a lo largo de este trabajo. Pero aquí se ha querido tomar más en serio y se acude al propio Registrador del distrito, ordenándole que en caso de tener conocimiento de no estar inmatriculado un monte catalogado, o no inscrito cualquier acto o contrato referido al mismo, reclame de la Jefatura Forestal la presentación de los documentos precisos para practicar las inscripciones omitidas; si a los dos meses no se ha presentado dicha documentación, el titular del Registro correspondiente lo comunicará al órgano autonómico competente, para que subsane la falta y proceda a exigir las responsabilidades consiguientes al funcionario negligente.

Este rigor obedece a motivaciones de propia defensa. «Es de la más sencilla e indiscutible evidencia que tal inscripción debió ser la primera en urgencia, importancia y protección al establecerse con los caracteres de institución moderna el Registro de la Propiedad». Y la verdad es que la Administración Forestal ha cumplido escrupulosamente hasta ahora el mandato legal y están inscritos prácticamente todos los montes de utilidad pública. Con esto, se ha hecho realidad lo que quería el autor últimamente citado: que las inscripciones de montes puedan ser ya consideradas como modelo de perfección en nuestro sistema, porque referidas a fincas de importancia —social, añadiremos— gran extensión y características inconfundibles, su asiento en el Registro las presenta con claridad insuperable.

B) DEFENSA DE INTROMISIONES COLINDANTES

Aquí actúa el Registro de la Propiedad en un doble sentido:

a) *Deslindes*

Partiendo del principio de que a la Administración Forestal corresponde exclusivamente la competencia para verificar el deslinde de todos los montes públicos (art. 12 de la Ley), el Reglamento Hipotecario, ya lo hemos visto, declara inscribibles las actas de los deslindes de dichos montes. En las actas se delimitan detalladamente los linderos de la finca, normalmente siguiendo una línea poligonal, con hitos o mojones, desde los cuales sucesivamente se van marcando los rumbos, con grados, señalando a veces la longitud de cada tramo.

La inscripción, por mandato legal, es obligatoria y su razón de ser es la misma, pues protege al apeo realizado y constan de modo fehaciente los datos obtenidos en un Registro que lo conserva y hace prueba frente a terceros.

Naturalmente, el Registrador calificará el cumplimiento de todos los requisitos legales y de que se ha seguido el procedimiento que el Reglamento de Montes detalla en sus artículos 79 y 134 y que termina en la vía administrativa por orden resolutoria del deslinde.

Esta Orden que resuelve el deslinde, según el artículo 11-2 de la Ley de Montes, sirve también de título inmatriculador del monte y además para rectificar las inscripciones de las fincas afectadas, pero no se podrán rectificar los derechos anteriormente inscritos en favor de quienes tengan el carácter de terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero estamos de acuerdo con la apreciación de LA RICA de que sólo podrán alterarse las inscripciones cuyos titulares hayan intervenido en el expediente de deslinde o hayan sido citados personalmente, pues es preciso evitar indefensiones por ignorancia; además, sería dejar en manos de la Administración la intangibilidad de unos asientos colocados bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia por el primer artículo de la Ley Hipotecaria.

Como los trámites del deslinde suelen ser largos y a veces transcurre tiempo suficiente para que los dueños de fincas colindantes simulen o realicen transmisiones fraudulentas, con el único objeto de colocar al adquirente en la posición de tercero protegido inatacable, la Ley previene en su artículo 11 un sistema de anotaciones en las que el nuevo Registro defiende a la comunidad y no a los individuos. La Ley de Montes ordena que cuando se declare un monte en estado de deslinde, la Administración Forestal solicitará del Registro que sea competente que se extienda en dichas fincas colindantes de propiedad particular una anotación preventiva, con los mismos efectos que las de demanda, en la que se hará constar la existencia del deslinde; con ello desaparece toda posibilidad de oponer la supuesta buena fe del adquirente.

Aparte su cancelación, que es simultánea a la inscripción del deslinde, estas anotaciones preventivas dejan de surtir efecto por caducidad, que se produce a los cuatro años de la fecha de la resolución que finalizó al propio deslinde; y si durante su vigencia la Administración demandase al titular, la anotación preventiva de demanda, si se practica, producirá sus efectos respecto de tercero anticipándolos a la fecha de la del deslinde.

b) *Inmatriculación de fincas colindantes*

A título de medida precautoria, para defender la riqueza forestal pública de los ataques que pudieran originarse de las pretensiones desbordadas o invasoras de los dueños de las fincas colindantes, los artículos 11 de la Ley

de Montes y 77 de su Reglamento sientan reglas que tienden a proteger la integridad del monte.

Aquí se contempla el supuesto de que se traten de inmatricular en el Registro de la Propiedad, por cualquiera de los medios que establece la Ley Hipotecaria, fincas de dominio particular que sean colindantes con montes públicos, debiéndose expresar entonces detalladamente esta circunstancia en la descripción de las mismas. Pero, además, si resultase del título o del Registro que dicho monte está catalogado como de utilidad pública, no podrá inscribirse en la finca privada si no se acredita que no está incluida o invade el monte del catálogo, mediante certificación del organismo forestal correspondiente. Si los interesados no presentan la certificación, podrá pedirla de oficio el Registrador y, pasados treinta días sin que se reciba, podrá llevarse a cabo la inmatriculación, pero se hará constar tal circunstancia en el asiento que se practique a efectos de la publicidad y los demás que procedan.

Apurando las precauciones, se acude otra vez a la institución hipotecaria en defensa de los montes, debiendo el Registrador comunicar expresamente al organismo forestal que corresponda la inmatriculación de fincas radicantes en términos o parajes donde existan montes públicos, para que la Administración pueda ejercitar los derechos que le puedan corresponder.

VIII. RESUMEN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Tras la exposición que antecede, un tanto prolija por inevitablemente casuística, que comprende los distintos supuestos en que el Registro, ya sea en los antecedentes, en su realización y en la conservación subsiguiente, tiene participación activa en el intento de conseguir que la propiedad se adapte al tinte social de nuestra época, hagamos un breve juicio crítico sobre el sistema vigente, e intentemos contemplar las perspectivas que se nos presentan para el siglo que va a empezar.

Hemos visto la multiplicidad de disposiciones legales existentes, su diverso origen y la dispersión de sus finalidades, casi siempre muy concretas y de tinte coyuntural y transitorio.

Eso supone que sea difícil hacer un resumen, como no sea partiendo de la idea básica de que debe primar la consideración social de la propiedad y los derechos sobre la tierra. La LRDA expresa en su artículo 1.º que el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponde a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional. La legislación del suelo trata de proteger al suelo no urbanizable estableciendo que sólo puede destinarse a fines agrícolas, forestales, ganaderos o de protección de la naturaleza.

Las distintas tendencias de la política nacional agraria nos muestran varias posturas en el problema de la tierra y hemos visto, a grandes trazos, lo que se ha hecho o se ha intentado hacer en nuestra patria, que nos parece positivo en cuanto a la colaboración registral; ahora el tiempo dirá lo que se pueda llevar a cabo en el futuro.

Hay dos factores nuevos que influirán de modo importante en ese futuro que pretendemos vislumbrar: por un lado, la incorporación de España a la Unión Europea y por otro, la atribución de competencias en legislación agraria y del suelo a las Comunidades Autónomas.

La normativa comunitaria, sea por medio de Reglamentos o Directivas, ya se ha manifestado en varios aspectos como agricultura de montaña o abandono de cultivo de fincas improductivas, amén de planes de procedencia, incentivos a determinados productos y limitaciones a otros. Tanto en las normas directamente aplicables como en aquellas otras que se hayan de promulgar por mandato de las directivas que lo impongan, es de esperar que en el porvenir tengamos un Derecho Agrario, si no completamente nuevo, sí distinto, y que habrá que guardar y aplicar.

Frente a esta tendencia internacional y unificadora, tendremos, o tenemos ya, una normativa dispersa y no siempre justificada, nacida de las distintas competencias regionales que la Constitución ha atribuido a las Comunidades Autónomas, y que éstas se han apresurado a hacer efectivas.

El tiempo dirá cómo se van a reflejar en el futuro estas dos opuestas tendencias. El campo es un auténtico enfermo ávido de remedios que curen su endémica flojera y ojalá se acierte en las medicinas que puedan suponer su mejoría.

La publicidad registral, tal como hemos podido ver, ha venido justificando hasta la actualidad, con nuevos motivos, su existencia y razón de ser y ha contribuido de modo decisivo a la realización de las obras de mejora estructural llevadas a cabo.

Cualesquiera que sean las nuevas normas, comunitarias, nacionales o autonómicas, en cuanto que supongan una regulación de la propiedad agraria, siempre encontrarán el modo de reflejarse y hacerse efectivas en el Registro de la Propiedad, donde hallarán un decisivo apoyo para obtener resultados positivos. A lo largo de nuestra historia así se ha demostrado, y es de esperar que lo mismo ocurra en el futuro, ya que nuestra institución ha sabido estar siempre a la debida altura y por encima de cambios circunstanciales.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad
Consejero Secretario de la Revista

Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LOS LIMITES REGLAMENTARIOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 1. LA CAUSA LEGITIMADORA DEL CONTENIDO REGLAMENTARIO DE LAS CUESTIONES REGISTRALES EN MATERIA DE URBANISMO. 2. LA REGULACIÓN REGLAMENTARIA EN MATERIAS DE DERECHO PRIVADO. 3. UN CASO DE SUPUESTA REGULACIÓN EXCESIVA: EL CONTROL DE LA DENSIDAD DE VIVIENDAS EN LAS EDIFICACIONES.—III. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA REGISTRAL Y SU INTEGRACION CON LAS POTESTADES NORMATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN MATERIA DE URBANISMO. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACION: 1. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE LA NORMATIVA ESTATAL Y LA AUTONÓMICA. 2. EL SUPUESTO DE LA OCUPACIÓN DIRECTA.—IV. INSUFICIENCIAS ACTUALES Y PREVISIONES FUTURAS: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. MANIFESTACIONES DEL URBANISMO CONCORDADO. 3. LAS ACTUACIONES POR CONCESIONARIO. 4. LA SUERTE DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO NO MATERIALIZADO COMO FINCA REGISTRAL INDEPENDIENTE. 5. EL SISTEMA DE AFECCIONES Y GARANTÍAS. 6. LA EFECTIVIDAD DE LAS CESIONES OBLIGATORIAS, LA OCUPACIÓN UNILATERAL DEL SUELO FUERA DE LOS SISTEMAS DE INCORPORACIÓN VOLUNTARIA Y LA POTENCIACIÓN DE LAS FACULTADES FIDUCIARIAS. 7. LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS Y LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS EN EL ORDEN REGISTRAL.—V. EL DERECHO DE REVERSION EN LAS EXPROPIACIONES COMUNES SEGUN LA NUEVA LEY DE ORDENACION DE LA EDIFICACION Y SUS REPERCUSIONES REGISTRALES: 1. EL ORIGEN DE LA REFORMA LEGAL. 2. EL CONTENIDO DE LA NUEVA REGULACIÓN. 3. EL RÉGIMEN REGISTRAL. 4. EL PRECIO DE LA REVERSIÓN Y LA INCORPORACIÓN DE LOS BIENES AL PROCESO DE URBANIZACIÓN. 5. RÉGIMEN DE DERECHO TRANSITORIO. 6. LA REVERSIÓN DE LAS CESIONES GRATUITAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Finaliza el siglo xx, en cuanto se refiere a las relaciones entre el sistema urbanístico y el registral, con la recepción, al fin, en sede hipotecaria, del gran

fenómeno normativo y social de este siglo que ha sido el hecho urbanístico. Si el derecho ha de seguir fielmente a la realidad social, resulta evidente que un conjunto de interacciones sobre el régimen inmobiliario del calibre de las que ha supuesto el urbanismo, con toda la dimensión que ello ha comportado en todos los órdenes, no podía estar al margen de otro de los sectores más destacados en el ordenamiento jurídico como es el registral, especialmente porque ambos cuerpos normativos se proyectan como destino natural sobre los bienes inmuebles.

Hasta que esta recepción, rigurosamente la primera, se ha producido, como tantas veces ha ocurrido, no es que el sistema registral hubiera quedado extra-muros de una realidad tan avasalladora como el urbanismo, sino que ésta había accedido al Registro sirviéndole como soporte último un conjunto de normas esporádicas e intermitentes sobre las que la propia institución y sus responsables actuaban, aquélla, gracias a su versatilidad, y éstos, en su tradicional tarea de adaptación permanente, abriendo cauces y buscando soluciones.

No puede olvidarse, sin embargo, que para ello se han tenido que superar grandes dificultades. Estas, han procedido de causas diversas pero profundas, cuales son las siguientes: el marcado rechazo, en los ámbitos registrales, de la supuesta legislación administrativa que fue considerada como un derecho menor frente a la ley por antonomasia que era la ley civil, objeción que aunque en esta época parezca menor, no lo era en realidad en los años sesenta y menos con anterioridad (1); también fue circunstancia obstativa la supuesta cuestión de que careciendo la primera Ley de desarrollo reglamentario no podía tener efectiva aplicación, punto de referencia al que también resulta útil acudir en este tiempo. Sucesivamente la conocida práctica de los Protocolos suscritos en la época posterior a la Constitución con las preautonomías y después con las mismas Comunidades Autónomas, por caminos ajenos a los que de la propia Constitución pudieran deducirse, cubrieron de forma anómala, aunque efectiva, los vacíos que la propia inactividad del Estado dejaba sin cubrir.

Promulgada con gran esfuerzo la nueva norma, sin que merezca la pena recordar las muy diversas dilaciones y oposiciones surgidas por el camino, lo que resulta hoy de interés destacar aquí es cuál será su evolución previsible y qué cuestiones y demandas pueden plantearse o están ya sugeridas en la realidad.

(1) Las interacciones entre el Derecho Urbanístico y el Civil son múltiples y además surgen de manera intermitente en la práctica como cuestiones nuevas. Tales son, por ejemplo, las que conciernen al régimen de distancias entre las edificaciones, que en la jurisprudencia italiana son muy abundantes, y que resultan a veces violentas y casi dramáticas cuando surgen con motivo de acciones interdictales por infracción del régimen de distancias del Código a veces en sectores procedentes de actuaciones urbanísticas sistemáticas. A este respecto debe citarse el trabajo de SORIA MARTÍNEZ, GABRIEL, titulado «La servidumbre de luces y vistas y la equidistribución de los Planes urbanísticos», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 654, año 1999.

A ello vamos a dedicar este trabajo, no sin destacar previamente que la institución registral se ha mostrado decisiva en una sociedad moderna y dentro de un Estado de Derecho para cumplir esta función, sin perjuicio naturalmente de su modernización y siempre sin perder de vista cuáles son también sus límites que nunca pueden ser los de sustituir a la Administración ni tampoco ser una especie de policía fundiaria en defensa de la legalidad urbanística en general. También, a diferencia de los viejos tiempos en que el alejamiento de la institución respecto de la sociedad provocaba un deseo obsesivo de aislamiento, los nuevos pueden llevar a posiciones opuestas debidas al indudable poder adquirido a partir del cual la indiferencia ante los problemas o el obstruccionismo inconsiderado pueden ser peligros no deseables. Incluso habría que advertir los riesgos de interpretaciones puramente urbanísticas al socaire de aplicaciones registrales adentrándose en materias complejas y cambiantes, a veces desconocidas en su aplicación usual o por virtud de una jurisprudencia muy elaborada que no puede omitirse.

Aún así se observa también a veces un desinterés alarmante en intentar encontrar los nuevos escenarios de formación jurídica que resultan indispensables para atender las nuevas demandas. Hay que reconocer que por causa de una insuficiente actualización de los programas de oposiciones, éstos viven al margen de la realidad jurídica acuciante de una sociedad en proceso de desbordante cambio. Responder a ello sólo desde los modelos tradicionales del Derecho Privado y prescindiendo de la formación también en el campo del Derecho Administrativo es un error ostensible que se pone de manifiesto en la práctica a veces de modo excesivamente llamativo (2).

En todo caso, dentro del marco de la generalidad de las medidas normativas y no de su aplicación, las cuestiones reales que se presentarán o habrán de abordarse vienen dadas, esencialmente, desde los siguientes parámetros: la complejísima estructura del Estado de las Autonomías sobre todo en el cruce entre competencias exclusivas del Estado y competencias de las Comunidades Autónomas, de las que es paradigmática la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, determinante del real desencuadernamiento del sistema normativo del urbanismo, de momento irreversible; el ámbito de la potestad reglamentaria en cuestiones que, en rigor, son ajenas en realidad

(2) Las aportaciones del sistema registral al urbanístico en general han sido evidentes, tanto desde la práctica registral misma como del régimen normativo en general. En este sentido debe citarse el trabajo de BASSOLS COMA, MARTÍN, «Panorama del Derecho urbanístico español: balance y perspectiva», en *Revista del Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 166, año 1998, sobre todo en las páginas 73 y siguientes donde se dice, que a partir del Real Decreto, «los vaticinios de Narciso de Fuentes se han cumplido con creces a lo largo de estos treinta y cuatro años, al punto de que el Derecho Registral o Hipotecario se ha convertido en una pieza básica e imprescindible de la acción administrativa urbanística».

a la misma y que sin embargo en su formulación tradicional no hubo dificultades reales para que se regularan en su sede; por fin la aplicación del principio de legalidad en un ámbito tan susceptible de interpretaciones políticas diversas y aun contradictorias.

En base a estas consideraciones abordaremos seguidamente una serie de cuestiones generales suscitadas con ocasión de la promulgación del Real Decreto de 1997 para después referirnos a las nuevas demandas que la práctica suscita, terminando con la referencia última a una cuestión que acaba de surgir como es la regulación del nuevo régimen de la reversión tan importante por sí mismo como por el alcance registral que se le da en la reciente Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999.

II. LOS LIMITES REGLAMENTARIOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. LA CAUSA LEGITIMADORA DEL CONTENIDO REGLAMENTARIO DE LAS CUESTIONES REGISTRALES EN MATERIA DE URBANISMO

La primera cuestión que se ha planteado con la nueva regulación deducida de la adaptación del sistema registral al urbanístico, manifestada en cuestiones concretas, pero también, como es lógico, con carácter general, es la del rango normativo de la que procede. Siendo también este método previsible para el futuro no pueden omitirse las dificultades que han de aparecer.

Tratándose del Real Decreto de 4 de julio de 1997, es incuestionable que el título legitimador del que dimana proviene de una ley formal, el número 6 de la Adicional décima de la Ley de 25 de julio de 1990, según la cual «en el plazo de seis meses, el Gobierno aprobará las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de esta Disposición Adicional» (3).

(3) La posterior promulgación de la Ley 6/1998 se dice por LÓPEZ FERNÁNDEZ, LUIS MIGUEL, en el trabajo titulado «La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio», publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 161, pág. 11 y sigs., que tiene «escasa incidencia» en él, lo que es cierto. Sin embargo, más que lo que le pudiera afectar como medidas concretas innovadoras es lo que refuerza sobre todo en relación con la inoponibilidad a terceros de los compromisos no inscritos conforme al artículo 21.1. La interpretación en términos puramente civiles de las obligaciones urbanísticas no choca con la subrogación legal en el cumplimiento de los deberes urbanísticos cuando éstos se limitan al desarrollo de las obligaciones dimanantes del contenido del planeamiento según el esquema y la estructura legal de éste. Pero la cuestión no se plantea como mero desarrollo del acto de aprobación sino de las obligaciones adicionales resultantes del acuerdo de voluntades respecto de las cuales los ajenos al pacto o los subadquirentes extraños a la relación obligacional sólo mediante el Registro la conocen. De esta forma los ajenos a la relación quedan exonerados de su prestación y los subad-

El texto no era muy afortunado porque preceptos de carácter registral no eran sólo los de la Adicional décima sino también otros preceptos de la propia Ley que también necesitaban de su desarrollo reglamentario, por lo que siguiendo la tradición histórica resultante del artículo 209 de la Ley de 1956 y la Final derogatoria de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, que autorizaba igualmente al Gobierno para dictar «las disposiciones precisas para acomodar la legislación hipotecaria a lo dispuesto en esta Ley», el alcance del mandato de 1990 parece evidente que, por encima de la literalidad del precepto, abarcaba naturalmente igual objetivo.

Por consecuencia en la oportunidad surgida en este caso el Gobierno estaba autorizado para acomodar la legislación registral a la urbanística, evidentemente ciñéndose al ejercicio de sus atribuciones competenciales en el ámbito registral. Más aún, ante la proliferación de normas registrales emanadas de disposiciones autonómicas, el Estado estaba obligado a recibir en su seno natural aquéllas. En este sentido el Real Decreto, desde el comienzo de su elaboración, revela el propósito de hacer una regulación que hemos calificado como no dogmática sino fenomenológica. Es decir, atendiendo más a los fenómenos o núcleos centrales de la acción urbanística de alcance registral que a la denominación de las instituciones concretas conocidas. Sólo así podría conseguirse una norma duradera y permeable a la terminología o peculiaridades urbanísticas sobrevenidas, consciente de que las instituciones sustantivas son identificables por su propia estructura intrínseca y como tal comunes en todo el ordenamiento español aunque su denominación puede ser diversa o cambiante. En este sentido, con independencia del detalle de su regulación legal, los fenómenos típicamente urbanísticos, que se dan en cualquier desarrollo normativo compatible con la Constitución, vienen identificados por la significación del planeamiento, los modos de ejecución, las licencias y la disciplina urbanística, y en torno a ellos, una vez reconocido claramente el derecho de propiedad por la Constitución como un auténtico derecho subjetivo, ha de girar la regulación sustantiva, cualquiera que sea la norma particular que se promueva.

En todo caso el sentido del desarrollo reglamentario, como acto debido, lo que puso de manifiesto en esta ocasión ha sido la tardanza en su produc-

quirentes en cambio, en cuanto asumen el deber de conocer el Registro, quedan sujetos al cumplimiento del deber al haberse incorporado por voluntad de su transmitente la prestación ofrecida a la estructura misma del dominio como obligación *propter rem* determinante de efectos jurídico reales. Con lo cual adquiere una doble función de publicidad de su contenido frente al tercero que lo desconozca y positivo de oponibilidad de su contenido en cuanto sólo de él se deduce la operatividad del planeamiento al tratarse, en la mayoría de los casos, de deberes superiores a los legales. En todo caso el contenido del texto revela una singular posición sobre su origen, la tradición jurídica que le precede y la realidad social sobre la que opera, frente a una asepsia distante y meramente enfática.

ción —siete años—, frente a la urgencia de la demanda y por tanto la responsabilidad no sólo política del Gobierno sino especialmente de los órganos directivos causantes de la tardanza, a pesar de que la jurisprudencia y el Consejo de Estado descartan que el mero retraso sea determinante de responsabilidad jurídica (4).

Lo cierto es que, estando preestablecido el ejercicio de la potestad reglamentaria, se refuerza con ello el reconocimiento general de esta potestad, según los términos del artículo 97 de la Constitución. Lo que importa a partir de aquí es si en su ejercicio el Gobierno ha actuado, según debe hacerlo, «de acuerdo con la Constitución y las leyes» que el propio precepto contempla o, en otros términos, si con la regulación reglamentaria se ha invadido el campo de las reservas de Ley.

La primacía de la Ley sobre el reglamento se formuló claramente por GARCÍA DE ENTERRÍA (5), al partir de la idea de que siendo la Ley emanación formal de la soberanía del Estado —«expresión de la voluntad comunitaria»— a través del poder legislativo, estaba exceptuada de la jurisdicción ordinaria, mientras que el Reglamento, emanado de las potestades de la Administración, era el producto de un poder delegado —emanado de un «ente servicial y secundario» de la comunidad— y por tanto sometido al control jurisdiccional ordinario y al principio del reconocimiento de la inaplicabilidad por los Jueces y Tribunales en caso de ilegalidad.

Prescindiendo de las diversas clases de reglamentos y del procedimiento para su elaboración, lo que se convierte en límite infranqueable de los reglamentos es regular aquellas materias reservadas a la Ley. La cuestión, sin embargo, estriba en que «la Constitución ha huido al parecer deliberadamente de un sistema» de materias cerradas, inclinándose «porque el ámbito reservado a la Ley sea inexpreso» (6). A lo largo del texto constitucional «hasta noventa y cinco veces se efectúa el llamamiento a la Ley», con la instancia de «congelar el rango de las normas», pero, a pesar de ello, se ha dicho, «la lista es abierta y presenta elasticidad».

Entre las materias reservadas a la Ley, en el ámbito del Derecho Civil, se mencionan la propiedad, en el artículo 33.2, y los principios rectores económicos y sociales del capítulo III, según el artículo 53. Es cierto que el acceso

(4) MARÍA COLLADO CHARRO en el trabajo titulado «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», publicado en la *Revista de Administración Pública*, núm. 137, pág. 239, sugiere la conveniencia de la reforma de la Ley de la Jurisdicción para dar cabida a la responsabilidad de la Administración, lo que no ha ocurrido en la reciente Ley de 14 de julio de 1998.

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en *Legislación Delegada. Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, pág. 8.

(6) SERRANO, ADOLFO, «El principio de legalidad; algunos aspectos problemáticos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 79, pág. 85.

a los registros administrativos se recoge también en el artículo 105.b), pero debe entenderse que la finalidad del precepto no permite equiparar el acceso a los archivos y registros administrativos con la inscripción en el Registro de la Propiedad.

No existe por tanto ningún precepto que reserve formalmente a la Ley con exclusividad la regulación formal del acceso particularizado al Registro de los actos de que tratamos, lo cual no significa que materialmente no sea predicable que su regulación sea ajena a la Ley. Como señala TORNOS MÁS (7) «el ejercicio de la potestad reglamentaria deriva de la Constitución, si bien está condicionado en su extensión por una ley previa allí donde exista una reserva legal». La potestad reglamentaria procede directamente de la Constitución, pero sin violación o intromisión en el ámbito reservado o desarrollado por la Ley.

En este sentido si bien la potestad reglamentaria proviene directamente de la Constitución, su ejercicio concreto queda enmarcado por el principio de legalidad en un doble sentido: formalmente, cuando una materia es reservada directamente desde la Constitución a la Ley; materialmente, en los casos en que, aún no existiendo la reserva formal en favor de la Ley, ésta, en el ejercicio de su función soberana, regula una materia.

No traspasándose este doble marco, formal y expreso o material y sustantivo, la potestad reglamentaria ni siquiera requiere título habilitante porque éste no emana por necesidad de la Ley sino que surge desde la Constitución. Se dice así que «al dictarse un Reglamento por la Administración no hay simple ejecución de la Ley, sino colaboración con el legislador, lo que supone una discrecionalidad muy superior. Desde esta perspectiva, el Reglamento se sitúa en una particular relación frente a la Ley, que le abre un ámbito material, pero que no le impone forzosamente todo un contenido articulado» (8), como se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1982, de 14 de mayo.

En consecuencia, de todo ello el cauce reglamentario es idóneo, respetando la Ley, para abordar en el futuro la adecuación al sistema.

2. LA REGULACIÓN REGLAMENTARIA EN MATERIAS DE DERECHO PRIVADO

Si la potestad reglamentaria es una prerrogativa concedida a la Administración, en particular, respecto del Estado, al Gobierno de la Nación, parece connatural a su ejercicio que éste verse en relación con los ámbitos en los que es competente la Administración, es decir, en relación con el Derecho Admi-

(7) TORNOS MÁS, JOAQUÍN, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 102, pág. 47.

(8) TORNOS MÁS, JOAQUÍN, *ob. cit.*, pág. 48.

nistrativo. Por esta razón no existe un desarrollo reglamentario del Código Civil o del Penal o de las Leyes de Enjuiciamiento.

Esta ha sido una de las razones contenidas en el Dictamen del Consejo de Estado emitido con ocasión de la elaboración del Real Decreto por cuanto con él, siguiendo una estela identificable en la genealogía de su creación, se estaban invadiendo materias de Derecho Privado o propias del estamento notarial (9).

Una respuesta inicial y obvia lleva instrumentalmente la justificación al contenido competencial del Estado respecto de la ordenación de los Registros y a las potestades reglamentarias del Gobierno en orden a las condiciones, títulos y circunstancias de la inscripción en un Registro público que constituye evidentemente por ello un servicio público, sea cual fuere su singularidad, igual que lo es el Notariado. Ello determina que no venga limitado el ejercicio de esta potestad por compartimentos estancos de contenido exclusivo y excluyente respecto de cada materia, sino que todas las materias atribuidas competencialmente al Estado pueden ser desarrolladas ubicuamente en cualquier texto reglamentario si su contenido es coherente con la regulación arbitrada.

Excluida esta respuesta es también notorio, como hemos visto en muy diversas ocasiones (10), que la distinción entre lo público y lo privado y más aún por la incidencia del planeamiento como función pública emanada de la Administración, de conformidad con la Ley, sobre el derecho de propiedad, es difícil de identificar.

Con todo, hay que reconocer que si hay un modelo reglamentario que no sólo no ha huido de regular relaciones de Derecho Privado y no exclusivamente en lo concerniente a la inscripción, es el resultante de los Reglamentos hipotecario y mercantil, por lo que, por antonomasia, éste ha sido campo fértil e incluso ilusionante de apertura de nuevas oportunidades inspiradas a veces desde el propio texto y otras elaboradas en la práctica, en la doctrina o en la jurisprudencia y consagradas en ellos.

Desde este punto de vista el Reglamento Hipotecario sirvió de cauce para el desarrollo del ordenamiento jurídico, es decir, no sólo de la Ley sino también de los principios generales del derecho y de la jurisprudencia, que operaban así como títulos habilitantes abstractos para legitimar su contenido. En este sentido la reforma más luminosa del Reglamento Hipotecario, la operada por el Decreto de 12 de marzo de 1959, reguló el derecho de opción de compra, el de sobreelevación o subedificación bajo el suelo; el derecho de

(9) El Consejo de Estado expresó su parecer en el Dictamen de 22 de mayo de 1997, expediente 1.124/97.

(10) LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, «Ilicitud administrativa y validez civil», pág. 1169, en la obra *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Colegio Nacional de Registradores, año 1985.

superficie no sólo en el concedido por los entes públicos, siguiendo a la Ley del Suelo de 1956, inmediatamente anterior, sino también al concedido por particulares, etc. (11).

Y más recientemente de nuevo se ha hecho uso de la potestad reglamentaria en el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, nada menos, entre otras cosas, que para regular de modo sustancialmente diferente la inscripción de los bienes demaniales rompiendo la inercia que tradicionalmente venía excluyéndoles de la inscripción, a partir de una interpretación administrativista, según la cual teniendo el demanio la publicidad generada por la afectación a los intereses públicos no necesitaba de la publicidad del sistema registral, lo que tantos perjuicios ha ocasionado precisamente al dominio público como resulta, por ejemplo, con la zona marítimo-terrestre (12).

Desde otra perspectiva la misma reforma reglamentaria, y también las posteriores y anteriores en otras materias, establecieron mandatos no sólo contemplados en orden a la inscripción sino incluso al juez, por ejemplo, en la potestad de indemnizar por los perjuicios que se causen al demandado en caso de ser absuelto cuando se pida anotación preventiva, al ser obligada la consignación de la protesta según el artículo 135; a la ampliación de los supuestos de demérito para el ejercicio de la acción de devastación en el artículo 219, etc.

Por tanto, si ha habido un campo en el que sin duda el ejercicio de la potestad reglamentaria ha penetrado tradicionalmente en la regulación civil, éste ha sido precisamente el hipotecario. En este sentido, incluso después de la Constitución, en la reforma de 1982 el Reglamento restringió la facultad de calificación de los Registradores reconocida por una Ley formal como es la

(11) Resulta obligado citar en este punto la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999, según la cual: «el artículo 16 del Reglamento Hipotecario se opone al artículo 396 del Código Civil», por «infracción del principio de jerarquía normativa». Según la sentencia, «el uso y destino de los elementos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal no puede decidirse por quien, habiendo transmitido todas las viviendas, carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios. Y, si éste, arrogándose facultades de las que carece, quiere regular el uso de tal ingrediente de la cosa —se refiere al uso y destino de los elementos comunes—, entre los que están las azoteas, está conculcando el derecho positivo, adoptando decisiones prohibidas por la ley, y por lo tanto nulas». La interpretación dada por la sentencia parece excesivamente dura y choca con una realidad mucho más compleja en la que la existencia de un dominio por planos excede del simplismo del modelo de propiedad horizontal en su manifestación más elemental de suelo y vuelo, que está superada en la práctica por los edificios complejos, los conjuntos inmobiliarios y la extensión vertical del dominio incluso en el dominio público más allá del tópico romanista recogido en el Código para cuyo nuevo modelo el Reglamento de 1959 abrió un camino puesto en duda cuarenta años después.

(12) En este sentido se pronunció ya el VI Congreso de Derecho Registral celebrado en Madrid. Publicación del Colegio Nacional de Registradores año 1985, Tomo II, pág. 209.

Ley Hipotecaria, en el caso de inscripción de documentos administrativos, precisamente a partir de la integración del texto en la totalidad del ordenamiento jurídico, aunque ello fuera restringiendo su amplitud (13).

En definitiva, de la Constitución no se deduce, dada la inexistencia de una tabla cerrada de reserva, que las materias de Derecho Privado que no formen parte de los derechos fundamentales, tengan congelado exhaustivamente su rango. El artículo 33.2, en cuyo punto se funda sin duda la materia, simplemente determina que la función social del dominio, «delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», es decir, extrayendo de ellas en su totalidad las consecuencias predicables por lo que, en última instancia, descartada la reserva formal de ley, lo que importa es determinar si se adecúa la regulación reglamentaria a la material dispuesta por las leyes, dada en última instancia la remisión genérica concedida por la Ley 8/1990 al Gobierno.

3. UN CASO DE SUPUESTA REGULACIÓN EXCESIVA: EL CONTROL DE LA DENSIDAD DE VIVIENDAS EN LAS EDIFICACIONES

Con referencia al Real Decreto de 4 de julio de 1997, se ha tachado en particular de excesivo el artículo 53.a). Un trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA en el aparentemente modesto *Boletín del Colegio de Registradores* suscita, con el mismo interés que producen todas sus ideas, no sólo la oportunidad de una de las medidas recogidas en el Real Decreto de 4 de julio de 1997 —el control del número de viviendas o elementos privativos al que se refiere su artículo 53.a)— sino su propia justificación sustantiva, como contrarias al principio de autonomía de la voluntad, e incluso la idoneidad de ser susceptible de regulación reglamentaria a falta de una norma con rango legal que lo justifique (14).

(13) Sobre los supuestos Reglamentos de Derecho Privado, véase el trabajo de REBOLLO PUIG, MANUEL, titulado «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límite a la potestad reglamentaria del Gobierno», en *Revista de la Administración Pública*, núm. 125, en especial págs. 74 y 153 a 156.

(14) Nos referimos al trabajo de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, titulado «La segregación y división de pisos en relación con el artículo 53.a) del Reglamento de Urbanismo, de 4 de julio de 1977», publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 35 (segunda época), marzo de 1988, págs. 614 y sigs. Posteriormente fueron recogidos sus términos aunque no con identidad de expresión, en la obra *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo V. Urbanismo y Registro, Cívitas, 1998, pág. 511 y siguientes. Posteriormente, en el mismo *Boletín*, núm. 39, se publicó el trabajo de BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS, titulado «Segregación y división de viviendas», pág. 1.512 y sigs.

RAFAEL ARNÁIZ, en su segunda obra *La inscripción registral de actos urbanísticos*, en Marcial Pons, 1999, págs. 390 y sigs., se sitúa en la interpretación del precepto en la línea que aquí se expone.

Parece obligado decir que ha de huirse del llamado por MARTÍN BASSOLS «panurbanismo» (15), en virtud de cuya pretensión todo lo que es tocado por el urbanismo se transforma y pasa a convertirse en un arcano esotérico e ininteligible, gracias a un lenguaje tan abstruso como cambiante y ahora, por razones autonómicas, pluriforme, en el que o se tiene una asiduidad en su manejo o a buen seguro que el operador jurídico se perderá irremediablemente, como ocurría con las obligaciones divisibles o indivisibles, reflejadas en el texto de CASTÁN con la obligada cita del piélago más profundo y peligroso del Derecho, según la *Extrictio Labyrinthi* de DUMOULIN.

La aportación más razonable no puede venir inspirada por otra idea más relevante y fundamental que la de entender que el sistema normativo del urbanismo, precisamente por la infraestructura de relaciones sobre las que opera, no es una porción aislada de todo el ordenamiento jurídico sino que necesariamente ha de insertarse pacíficamente en él.

Lo cual no quiere decir, como es obvio, que la incorporación operativa del mismo al mundo jurídico, producida en fecha muy posterior a la de la promulgación de la Ley del Suelo de 1956, quizá situada cronológicamente con la aparición del Reglamento de Reparcitaciones en 1966, obra, como siempre, me apresuro a recordar, de un Registrador de la talla de NARCISO DE FUENTES, esta incorporación provoque hondas repercusiones en el Derecho Civil y, a su vez, éste imponga una obligada interpretación de los textos urbanísticos más allá de la apariencia de las palabras empleadas, lo que fue particularmente significativo a partir de la denominada Ley 8/1990, anulada en gran parte por el Tribunal Constitucional y reimplantada también en gran parte de las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales fueron causantes de su desaparición (16).

En este sentido, la permanencia de la accesión frente al pomposo enunciado de cuándo se producía la incorporación al patrimonio de su titular de los bienes edificados; la reinterpretación del principio de subrogación legal frente a terceros adquirentes fuera del ámbito de los ilícitos; el régimen de las transferencias de aprovechamiento, etc., son muestras evidentes de que no todo texto normativo, a pesar de su aparente imperatividad, lo es realmente y resulta eficaz (17).

(15) BASSOLS COMA, MARTÍN, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1978», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 20, pág. 114.

(16) No deja de ser sorprendente, por ejemplo, que la Comunidad de Cantabria, apruebe, sancione y publique en el mismo día, todo un texto igual al que combatió. Para que sirva de archivo de lo insólito, puede verse el Boletín Oficial de Cantabria de 25 abril de 1997, que publicó una Ley que lleva la misma fecha que la del día de su publicación.

(17) A todos estos puntos tuvimos ocasión de referirnos en la obra *El aprovechamiento urbanístico*, del firmante de este trabajo y LASO BAEZA, VICENTE, Marcial Pons, 1995. Posteriormente la tesis mantenida en este libro ha sido sancionada por primera vez

Recíprocamente, las formas sustitutorias del cumplimiento de obligaciones urbanísticas en los casos de dominio dividido o compartido; las acciones en favor del acreedor hipotecario frente al incumplimiento de deberes por el titular del bien hipotecado; los actos de disposición y gravamen del aprovechamiento urbanístico, etc., son en cambio campos marcados decididamente por el sistema urbanístico que obligan también a una reinterpretación necesaria de los textos civiles, a la luz también de una expresión acertada del Tribunal Supremo cuando identifica el proceso urbanístico como determinante de la «desmaterialización del derecho de propiedad» (18) fenómeno ante el cual el sistema registral estaba en condiciones óptimas de colaborar en beneficio de la seguridad jurídica y de una aplicación actualizada del derecho de propiedad, tarea que es la que ha intentado cubrir el Real Decreto de 4 de julio de 1997, en la innovación más audaz del sistema desde su aparición, precisamente por incorporar las hondas transformaciones que se han producido en la sociedad (19).

Siendo por ello obligado situarse en este punto intermedio del tratamiento del fenómeno normativo del urbanismo, quizá únicamente visible cuando se parte de la experiencia que proporciona el sistema registral, dos propósitos se anudaron, al menos en quien esto escribe, en la redacción de los aspectos más importantes del Real Decreto: de una parte, lograr una inserción razonable de ambos campos normativos, procurando el reforzamiento de la seguridad jurídica a través de la aplicación más sensata posible de su regulación respectiva, guiada así por el sentido común de que pudiera, por eso precisamente, permanecer, a pesar de la eventual regulación normativa dispersa de las Comunidades Autónomas, y las vicisitudes temporales, muchas veces avasalladoras, por impulsos políticos irrefrenables; de otra, que el sistema registral diera un paso al frente decidido, tomando postura por una regulación más cercana a la realidad social, en la línea precisamente que adoptaron los redactores de la reforma de 1944 cuando aludían al sistema registral como instrumento tanto para «liberalizar el dominio como para vincularlo en lo menester» (20).

en un texto legal, con motivo del artículo 21.1 de la Ley de 13 de abril de 1998, según hemos anticipado.

(18) Sentencia de 12 de mayo de 1987.

(19) En la Conferencia dada en el Colegio de Registradores en 1997 con motivo del cincuenta aniversario de la Ley de 1944, publicada por el Colegio bajo el título general de *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario* en los últimos cincuenta años, pág. 251, se comenta el fenómeno de las transformaciones sociales acaecido a partir de las décadas de los años 1950 a 1960.

(20) En el trabajo que se cita en la nota anterior se alude a la valoración dada, «desde fuera», de la intervención de los autores de la reforma de 1944, a pesar de las dificultades de la época. Intervención decisiva y predominante, según cuenta LÓPEZ PALOP en el Prólogo de la obra de ANGEL SANZ publicada por Editorial Reus en 1945, bajo el título *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*.

La publicación del Real Decreto el 4 de julio de 1997, se convertía así, por la fecha en que se produjo, en una norma emblemática porque era la primera procedente del Gobierno de la Nación, después de la sentencia del Tribunal Constitucional, que se publicaba en materia de urbanismo. Aún cuando quizá hubiera sido aconsejable, en pura técnica jurídica, retirar el proyecto del Consejo de Estado donde se encontraba, al conocerse la sentencia, lo cierto es que es el único texto que sirvió en su momento para tener una mínima estructura normativa en España del urbanismo a nivel estatal, razón por la cual, incluso por algunos administrativistas, se ha lamentado que no haya ido más allá en su contenido (21) el Real Decreto.

Sirve todo esto de preámbulo para situar el punto de vista a partir del cual se ha de interpretar su contenido y en especial, por lo que aquí importa, la aparente sinrazón del artículo 53.a) que introduce, en opinión de JOSÉ MA-NUEL GARCÍA, sin causa ni habilitación legal para ello, la prohibición de modificar el número de unidades de aprovechamiento independientes resultantes del régimen de división horizontal si no se obtiene previamente autorización administrativa.

A) *Los términos del precepto*

Los términos literales del artículo 53.a), son los siguientes:

«Artículo 53. Requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal.

Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas:

a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión».

(21) El posterior texto de la Ley de 13 de abril de 1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, realmente en lo concerniente al urbanismo escaso relieve tiene, según se ha indicado.

En el deseo de que en razón del argumento principal —el respeto a la autonomía de la voluntad— la lectura del precepto permita llegar a un nuevo entendimiento del mismo, JOSÉ MANUEL GARCÍA propone su interpretación desmontando los términos literales utilizados por el precepto citado en base fundamentalmente al título del mismo y a las expresiones empleadas en torno al término «régimen» de la propiedad horizontal.

En base al primer punto —los «requisitos de los títulos de constitución de la propiedad horizontal»— entiende que la rúbrica del precepto, aunque confiese que no siempre es decisivo el título empleado, denota que su contenido normativo concierne exclusivamente a la creación de la propiedad horizontal, «lo cual excluye operaciones posteriores y diferentes», como serían las «modificaciones de entidades hipotecarias» que no constituye «títulos constitutivos de propiedad horizontal».

Y en relación con el segundo —es decir, el sentido de la palabra «régimen»—, confiere a la expresión un sentido técnico jurídico restringido dentro de «su configuración como negocio jurídico creador de “reglas o autorregulaciones vinculantes de intereses”», citando a BETTI, con lo cual entiende que la mera creación de nuevas entidades hipotecarias tan sólo da lugar al cambio de los elementos objetivos internos de la propiedad horizontal, pero no a su régimen, que a lo sumo puede abarcar a un cambio de uso.

La interpretación puramente conceptual de los términos de una norma constituye un instrumento válido que permite descubrir el sentido normativo profundo inserto en la disposición debatida, pero naturalmente no pueden servir para desvirtuar éste, hiperatrofiando la parte menos normativa del precepto o utilizando una mera estructura dogmática admisible en teoría pero muy frágil cuando choca con el sentido de la norma, su contexto y la realidad social subyacente que trata de regularse.

En este sentido, una lectura objetiva del precepto arroja, entendemos que de manera más completa, estos resultados:

- a) El artículo 53.a), de acuerdo con los principios enunciados más atrás, trata de cubrir una alteración sustancial y fraudulenta del planeamiento urbanístico en dos momentos o situaciones sucesivas y distintas: en el de la creación de la propiedad horizontal y en el de su eventual modificación.

A ello responde que la rúbrica del precepto se refiere a los «*requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal*» y, seguidamente, a la «*modificación del régimen ya inscrito*».

Con ello se pretende que en el momento de la creación de la propiedad horizontal, es decir, a continuación ordinariamente de la declaración de obra nueva, no se dé la incoherencia de que se creen más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que

los autorizados con motivo de la declaración de obra nueva a la que abarca la licencia y certificación del técnico director, si es que éstos figuran en ella.

Esto es, resultaría totalmente anómalo que expresándose en la declaración de obra nueva, por referencia a la licencia, un número determinado de elementos privativos, éstos se incrementasen con motivo de la división horizontal, aunque fuera en el momento de su creación.

La segunda situación responde a la hipótesis de que el incremento surgiera no en la constitución del régimen sino con posterioridad a él, a menos, naturalmente, que tal incremento estuviera autorizado.

- b) A fin de salvaguardar y limitar el contenido del precepto con la finalidad de no extenderlo más allá de su finalidad, que se ha de evitar el aumento de densidad, el artículo excluye la división de locales o garajes, con la excepción también de que su número constituya condición esencial de su concesión, lo que efectivamente puede ocurrir principalmente en el caso de superficies comerciales.

A su vez, dentro de la expresión de locales comerciales, cabe incluir superficies análogas como pueden ser las oficinas por excluir la existencia de residencia permanente.

- c) Es evidente que atribuida una equivalencia estrictamente sustantiva de la palabra «régimen», éste remite al conjunto normativo que por la propia autonomía del constituyente o por remisión a la Ley ha de regular una propiedad horizontal. Probablemente en este sentido tenga razón JOSÉ MANUEL GARCÍA en que la palabra empleada no recoge con rigor técnico la finalidad pretendida (22).

Sin embargo tampoco puede admitirse como remedio interpretativo, cuando la realidad material e incluso jurídica es que alterado el número de elementos privativos se está produciendo un cambio en el régimen de la propiedad horizontal, aunque no sea en su estructura normativa, por cuanto una determinación tan esencial como es la fijación de cuotas se altera y el acuerdo que deba tomar la Junta de Propietarios ha de ser el propio de la modificación del régimen, para la cual basta con recordar las dificultades que surgieron en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, frente a la mayor flexibilidad de la Dirección General de los Registros, en orden a la división

(22) BALLUGERA GÓMEZ en el trabajo citado *Segregación y división de viviendas*, pág. 1.512, comprende que «se acuda con frecuencia al tropo que autoriza a designar el todo por la parte y se utiliza régimen por título o viceversa». Y en el párrafo siguiente afirma que «no se apartan de ese uso la Ley sobre Propiedad Horizontal (art. 21), el Código Civil (art. 96) y la Ley Hipotecaria (arts. 8.4, 8.5 y 107.11, así como el 3)».

o segregación de locales comerciales con base en las cláusulas estatutarias inscritas (23).

Quiere decirse con ello que aunque el régimen normativo de la división horizontal no se altera, sí que aquel régimen, aunque no sea normativo, sufre una alteración tanto por razón de las nuevas cuotas para la adopción de acuerdos, ya que, frente al caso de los locales comerciales, no tendrá fundamento alguno la reserva estatutaria de subdivisión de viviendas al ir en contra de la licencia, si ésta las limita y altera la estructura misma de la vida en común.

Las razones expuestas entendemos que dan cumplida respuesta a las objeciones planteadas y, a su vez, descartan la interpretación que al soslayo de las dificultades técnicas se ofrece.

Porque, en efecto, reducir su aplicación al caso de construcción de mayor número de plantas o del cambio radical de uso parece de una obviedad inequívoca pues, con el precepto o sin él, ¿cómo podría inscribirse una mayor elevación de plantas sin licencia? Y, a su vez, la conversión de un edificio dedicado a hotel en viviendas, con la consiguiente declaración de obra nueva diferente, ¿cómo puede ser excluida en general de licencia?

La realidad subyacente lo que pretende es prácticamente lo contrario: hacer una prefiguración ya desde el origen de la construcción de que aunque el edificio se destine a un uso no residencial permanente, el caso característico es el de los apartamentos turísticos, se inscriben, sin embargo, en régimen de propiedad horizontal porque el control del cambio de uso a posteriori es mucho menos intenso.

Existen en cambio experiencias que exigen remover criterios administrativos de carácter asistencial en el caso de construcción de edificios para residencias geriátricas o de disminuidos físicos o psíquicos en los que, adaptándose a nuevas situaciones, no debe haber inconveniente en que aún no existiendo una edificación residencial en sentido estricto puedan crearse elementos privativos independientes conectados entre sí funcionalmente tanto por un régimen normativo estricto como por la existencia de prestaciones asistenciales inseparables del edificio, acudiendo también a figuras viejas que queden potenciadas, por ejemplo, el derecho de habitación, como derecho vitalicio en el caso de disminuidos físico-psíquicos en favor de los que padecen de la minusvalía o de sus padres, ya que el alargamiento de la vida de los primeros angustia a los padres que no pueden asegurar que sobrevivirán a ellos, dejándoles al menos un soporte físico permanente.

(23) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA se hace eco de la polémica sobre las reservas estatutarias de división de locales, con la distinta solución dada por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros en su obra citada, pág. 511.

B) *Los límites de la exigencia de la autorización*

Hemos venido haciendo escuetas referencias en los comentarios que preceden al hecho de que cuanto allí se expone en orden a la aplicación del precepto tiene sentido si se hace en términos diríamos de una aplicación natural de los mecanismos legales, pero no si los actos inscribibles o inscritos no dan soporte a su aplicación.

Resaltando este criterio, lo que entendemos es que todo ello es así si en la declaración de obra nueva consta el número de viviendas o consta en la licencia. Lo que no es de recibo es pensar que el Registrador tenga que adentrarse en el contenido del proyecto o en hacer irrelevante la licencia.

Partiendo de la noción de que el nuevo régimen de las licencias no es meramente declarativo sino constituyente del contenido del derecho de propiedad materializado no puede afirmarse que sea intrascendente el «detalle pormenorizado de la licencia municipal». Tal interpretación envuelve un fraude de ley cuando se sitúa a la licencia, en su alcance registral, en el campo de los meros documentos complementarios.

Como tampoco existen motivos objetivos para entender que una propiedad horizontal ya inscrita, cuando no era exigible la licencia para la declaración de obra nueva o aún siéndolo no se mencionase en ella el número de elementos privativos, por sí misma presuponga que el número de estos últimos es igual al de los autorizados, como apunta BALLUGERA GÓMEZ. Según entendemos, el Registro tiene que ser fiel al régimen urbanístico pero no generar por sí mismo un régimen de apariencia urbanística cuando la Administración que puede decir el número de elementos privativos no lo hace o cuando se trata de edificaciones anteriores a la Ley 8/1990, en que no era obligada la licencia.

Por tanto, a partir del nuevo régimen legal de la Ley 8/1990, la imperatividad del precepto no puede entrar en juego si la licencia o declaración de obra nueva no dice el número de elementos privativos sujetos. Pero si la licencia los recoge, resultaría contraria a un elemental principio de coherencia que designándose en ella un número determinado de elementos privativos el Registro mirase sólo la concurrencia material del papel complementario y no leyese su contenido, el cual, además, sí que habitualmente precisa el número de viviendas.

Otra cosa es, como decimos, que la licencia no lo haga, en cuyo caso es la propia Administración concedente la que deja desde el inicio al constructor libertad para incrementar el número de elementos privativos.

Así se reconoce por el autor al recordar la expresión del artículo 45 cuando alude únicamente al número de viviendas «si en el proyecto aprobado se especifica», término que debe ser entendido en el sentido de que consignándose en él la licencia expresa formalmente este número de viviendas o la declaración de obra nueva en base a la que el técnico director emita la cer-

tificación lo indica, ya que es evidente que el precepto en cambio no tiene por qué ser ni presentado ni examinado al quedar subsumido su contenido esencial en la licencia o en la declaración de obra nueva, no sustituyendo el Registrador a la Administración competente.

C) *El refrendo legal del control registral de la densidad*

Hemos utilizado este ejemplo, además de como respuesta a una cuestión concreta, al hecho de haber sido suscitada justamente al hilo del principio de legalidad.

Aún cuando el enunciado de este epígrafe pudiera ser tachado como críptico o expresión tecnocrática de una idea más simple cual es la exigencia de licencia para variar el número de entidades registrales independientes en una división horizontal, nos permitimos, sin embargo, su utilización para enlazar el lenguaje dentro del marco hipotecario con conceptos ya acuñados en el urbanismo (24).

El concepto de densidad, en términos urbanísticos, es usualmente aceptado en la práctica administrativa, en la doctrina y en la jurisprudencia como expresión equivalente a un número de viviendas, y por ende de habitantes, en un sector y, sucesivamente, en un solar o una edificación.

Frente a la edificabilidad, como expresión que equivale al número de metros cuadrados edificables suma de todas las plantas, cifrado en el módulo de m^2/m^2 , término que ha sustituido al empleado incluso por la Ley de 1956 de m^3/m^2 , la densidad determina el número de viviendas y estadísticamente de habitantes que pueden crearse y consumir la edificabilidad. Es por ello que al describir los factores integrantes del aprovechamiento urbanístico aludíamos ya a la densidad, amparando su trascendencia en el Derecho Privado (25).

Si el urbanismo supone la ordenación de la ciudad y, por tanto, en beneficio de sus habitantes, es lógico que el planeamiento se ocupe de ella a la hora de exigir unos estándares, dotar de servicios, calcular los equipamientos e infraestructuras, etc.

Las manifestaciones legales de la densidad se contienen, como expresión genérica, a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975, en dos puntos: por un

(24) Al hacer la recensión de la obra de RAFAEL ARNÁIZ en la *Revista Crítica* resaltábamos lo significativo de su aportación, sin duda perdurable, cualquiera que sea la evolución legislativa, en cuanto de su contenido se deduce el empeño de acercar lo registral a los no expertos en él, que tengan relación con el fenómeno urbanístico, y a la inversa.

(25) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Derecho Urbanístico*, Tomo III, pág. 250, y en la obra conjunta con LASO BAEZA, VICENTE, *El aprovechamiento urbanístico*, Marcial Pons, 1995, pág. 23.

lado, en la fijación de los estándares para la creación de zonas verdes y centros culturales desde los Planes Parciales en el artículo 10, que pasó a ser el 12 del Texto Refundido, de tal manera que frente al criterio de mera extensión superficial de la Ley de 1956, la de 1975 se fija alternativamente en aquél como límite mínimo, pero dando prioridad al número de viviendas o, en defecto de ello, de los metros cuadrados de edificación residencial. De otra, como norma de directa aplicación como límite a éste, el artículo 60, que pasó a ser el 70 del Texto Refundido, fijó a los planes parciales una densidad *«que no podrá ser superior a setenta y cinco viviendas por hectárea»*.

En desarrollo de estas previsiones, el Reglamento de Planeamiento reiteró la cuantía de la previsión legal y en sus anexos hizo aplicación particularizada de las mismas en función de los usos permitidos y del número de viviendas susceptibles de construirse, distinguiendo las categorías en que se dividen aquéllas por la población que puedan albergar.

En la jurisprudencia se recibió bien pronto el nuevo término. Así la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 1978 (26) se refirió al cómputo del número de viviendas excluyéndose la superficie ocupada por vías y sistemas ya ejecutados, existiendo múltiples referencias después.

A su vez, la transcripción de la idea de edificabilidad a la de densidad e incluso la preponderancia de ésta fue admitida por el Consejo de Estado con motivo de la modificación de espacios libres. Así, el Dictamen de 22 de septiembre de 1988, expediente número 52.098 (27) afirma que *«no es necesaria la previsión de mayores espacios libres, aunque se aumente el volumen edificable, siempre que no se provoque aumento de densidad de población»*.

Recíprocamente la antigua Sala IV del Tribunal Supremo en sentencia de 22 de enero de 1976, sancionó que *«la modificación por incremento de densidad requiere mayores espacios libres»* (28).

Por fin, en la doctrina, el tema ha sido tratado incidentalmente o de modo explícito, por ejemplo, por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (29).

Por tanto si el concepto de densidad es determinante de la aplicación de los Planes y éstos delimitan el contorno normal del dominio como elementos desgajados de la Ley, debe entenderse que cuando se opera la aplicación particularizada de la densidad en la licencia de edificación, desde el momento

(26) RDU, núm. 73, año 1981, pág. 143.

(27) Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado.

(28) RDU, año 1976, núm. 50, pág. 143.

(29) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, IGNACIO, «Densidad de población y garantía de los espacios libres en la modificación del planeamiento urbanístico», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 145, año 1995, pág. 55.

en que se ha producido una administrativización de la declaración de obra nueva, a los efectos de dar protección registral únicamente a la que trae por causa una licencia que revela la adecuación a la ordenación urbanística, el Real Decreto no podía ser ajeno a seguir el paso dado antes por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado desde el aprovechamiento a la densidad y permitir la inscripción de los actos aplicativos de la licencia en contravención al número de elementos privativos, si es que éstos se determinan y resultan de la propia licencia.

Es decir, no es que dé un paso más de lo que de la licencia resulta. Es en ésta en la que se refleja el contenido del planeamiento si de él resulta en ella. Es por ello que si la limitación existe no se contradice el principio de la autonomía de la voluntad por exigir un requisito que la propia Ley ha elevado a condición delimitadora del dominio, con lo cual la aplicación del principio de legalidad en su desarrollo reglamentario debe extenderse no sólo a los casos en que una ley formal y materialmente lo diga sino cuando su mandato ha sido el resultante de la doctrina legal consolidada, incardinable en los principios generales del derecho.

Por fin, hay que decir que, la posición de la Dirección General, con anterioridad a la publicación del Real Decreto en la Resolución de 18 de agosto de 1996, cuando se refirió a la densidad como «*intensidad edificatoria*» pero reflejada «*en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno*», de tal modo que en el tiempo de la Resolución ello no incide en la inscripción en cuanto a la «*determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas*».

III. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA REGISTRAL Y SU INTEGRACION CON LAS POTESTADES NORMATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN MATERIA DE URBANISMO. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACION

1. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE LA NORMATIVA ESTATAL Y LA AUTONÓMICA

Publicada una norma en ámbitos concurrentes entre la legislación estatal y la autonómica y partiendo de su legitimidad de origen, la práctica revela, y sobre todo en el urbanismo, que siendo ésta una realidad tan dinámica, pronto surgen otras normas que, aun siendo también legítimas, pueden entrar en colisión con las primeras. ¿Cuáles son entonces los criterios de interpretación suministrables no sólo al Registrador sino a los propios entes públicos y a los ciudadanos en general?

No existe en el orden registral un precepto semejante (30) al que se contiene en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que exime a los Jueces y Tribunales de la aplicación de los reglamentos ilegales. El Registrador es un funcionario público sujeto al bloque de legalidad constituido por todo el ordenamiento jurídico, es decir, no sólo por el conjunto de normas con rango de Ley sino también por el que podría denominarse bloque reglamentario, al no poder suscitar el Registrador cuestiones de inconstitucionalidad ni tampoco declarar la ilegalidad de los reglamentos por sí mismo o en sus actos aplicativos, como se corresponde con la técnica del recurso indirecto en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (31). El Registrador tiene que aplicar los Reglamentos mientras no se deroguen o modifiquen.

Sin embargo con esta sola respuesta la solución no sería satisfactoria pues se trataría de un mero principio de autoridad al que, por otra parte, podrían buscarse evasiones justificables. La más importante de todas, y ésta es una cuestión que podrá suscitarse siempre en esta u otra materia, es la de que correspondiendo a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva por razón de urbanismo es perfectamente posible que las normas particulares de cualquiera de ellas puedan arbitrar soluciones diferentes en el tiempo, de tal modo que materias que hoy tengan un tratamiento determinado, en el futuro éste sea distinto o incluso opuesto y, a su vez, que difiera del contemplado en la normativa reglamentaria del Estado. Interpretación de fondo que tiene su eco en el principio especial de competencia y no en el de mera jerarquía en los conflictos que se suscitan con motivo de la aplicación de normas estatales y normas autonómicas, pues entre ellas no rige el principio de jerarquía sino el de competencia (32).

Situación diferente, en cambio, a la que se da en aquellos supuestos en los que existe identidad de título competencial en que sí rige el principio de

(30) El dinamismo de la sociedad actual y la complejidad de la estructura jurídica del Estado suscita ahora, muy especialmente en el urbanismo, y planteará mientras perviva, una complejísima red de normas, en incesante producción, que al recaer sobre los bienes inmuebles en un ámbito tan sensible a los cambios, irremediablemente ha de trascender al régimen vigente.

(31) La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 14 de julio de 1998, introduce a este respecto, con clara analogía aunque distinta función con las cuestiones de inconstitucionalidad, la llamada «cuestión de ilegalidad» en el artículo 27.1, en el caso de recursos indirectos en relación con los actos aplicativos de una ilegal disposición general, ordenando al Tribunal que hubiera dictado la sentencia anulatoria del acto aplicable para que suscite la cuestión ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo.

(32) En la doctrina administrativa pueden citarse sobre este tema los trabajos de MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Editorial Cívitas, Madrid, 1982, págs. 381 y 382; y GÓMEZ-FERRER MORAN, R., «Legislación en materia de urbanismo: competencia de la Comunidad y novedades más significativas», en *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*, Editorial Cívitas.

jerarquía. Por ejemplo, esta hipótesis se da en el caso de la regulación del silencio en relación con licencias o autorizaciones. Tal ocurre con la modificación de la Ley de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por la Ley 4/1999, en la que se suprime la certificación del acto presunto dando nueva redacción al artículo 44. El Real Decreto 1093/1997 contempla, para acreditar la licencia, la constancia de la certificación o el transcurso del plazo legal. Producida la modificación de la Ley de 1992, en materia que es de competencia del Estado, es evidente que queda modificado el Decreto.

En cambio, no sería idéntico el caso de que una ley autonómica excluya del silencio positivo determinadas situaciones, circunstancia que se repite en bastantes casos, para cuya hipótesis aunque el Decreto se refiera a la concesión tácita se trataría más bien de un supuesto de silencio imposible (33).

La tarea de ingeniería jurídica que comporta en la actualidad la interpretación del fenómeno normativo del urbanismo en general, con toda certeza que planteará cuestiones de este tipo en el futuro frente a las cuales el Registrador debe tener conciencia de su posición en la aplicación de dos órdenes normativos diferentes: el del Estado y el de las Comunidades Autónomas, según los títulos competenciales que les correspondan.

En este sentido es cierto que al Estado le corresponde el ejercicio de las competencias normativas en relación con el Registro, de tal modo que en su formulación estricta el modelo elegido no puede ser alterado por las Comunidades. Ahora bien, aún siendo ésto así, en aquellos supuestos en los que la regulación registral sea meramente vehicular —según expresión actual del lenguaje al uso— de una solución urbanística, el cambio legislativo producido por el legislador autonómico, contradictorio con la regulación meramente instrumental del Estado a efectos registrales, ¿afectará a la regulación estatal?

El caso más sencillo de imaginar es, por ejemplo, el supuesto de que alguna Comunidad Autónoma no exigiera licencia o la sustituyese por cualquier otro artificio para determinados actos urbanísticos que, para ser inscritos, debieran acreditarla. En tales casos si la Comunidad Autónoma relevase de esta condición, por ejemplo, en Cataluña se contempla la posible utilización de la autolicencia, ¿sobraría el requisito registral? Y, viceversa, si se hiciera más riguroso un precepto urbanístico de rango normativo, de trascendencia registral, ¿el Registrador está obligado únicamente por el mandato estatal o ha de observar también el resultante de las normas autonómicas? El

(33) Un estudio de la aplicación del silencio al supuesto de los delitos sobre la ordenación del territorio en la modalidad del número 2 del artículo 319 del Código Penal, que hemos denominado delito de edificaciones abusivas puede verse en la obra de LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, *Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal*, Editorial Pons, 1997, págs. 95 y sigs.

caso se ha planteado ya indirectamente con motivo del artículo 182.5 de la Ley de Castilla-La Mancha de 4 de julio de 1998, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, que excluye del plazo de prescripción de cuatro años los actos de construcción, edificación o uso del suelo ejecutados sin licencia sobre terrenos que sean sistemas generales, suelo rústico de protección ambiental, en bienes de dominio público o sus zonas de servidumbre y las que afecten a bienes catalogados o declarados de interés cultural. En estos casos taxativos ¿es aplicable el artículo 52.b) del Decreto que contempla los casos de caducidad de la acción restauradora de la legalidad urbanística con motivo de las declaraciones de obra nueva sin licencia?

Según entendemos la aplicación del principio de competencia especial, en los casos de mayor rigor de la norma autonómica, no tiene, en principio, que afectar a la inscripción de obras nuevas, puesto que el Estado es el competente para regular lo concerniente a la inscripción, a menos que, por remisión de dicho precepto a la existencia de un expediente de disciplina urbanística, el Ayuntamiento manifieste expresamente la existencia de un procedimiento sancionador.

Sin embargo la respuesta no puede ser lineal en el sentido de que todo lo regulado por el Estado en orden a la inscripción de los actos urbanísticos, por ser propio de su título competencial, es de aplicación prioritaria precisamente por escapar del principio de jerarquía y pasar al de competencia, frente a contenidos normativos de carácter autonómico.

En este sentido, si la raíz de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional es la de que el urbanismo es un fenómeno normativo autonómico y al Estado, en el orden de su competencia, en este caso, en la registral, le corresponde regular las distintas soluciones urbanísticas, para que resulte válido estructurar la relación entre ambos campos, por razón de cada materia respectiva, allí donde se produzca un cambio en sede natural del legislador autonómico debe quedar condicionada también la solución estatal y viceversa.

Por consiguiente los conflictos que surjan en cada caso deberán ser resueltos atendiendo al interés protegido por la norma en razón al poder legislativo que sea competente, de tal modo que el Registrador, en aplicación del principio de legalidad y según los criterios interpretativos exigibles, puede considerar que esté vinculado por el precepto autonómico o por el estatal sin que ello implique una vulneración de las normas promulgadas sino su aplicación selectiva de acuerdo con la Constitución y el sistema de fuentes.

2. EL SUPUESTO DE LA OCUPACIÓN DIRECTA

Existe un caso particularmente llamativo y con grandes interferencias que afectan muy especialmente al ámbito registral. Nos estamos refiriendo a la

denominada ocupación directa por la Ley 8/1990, que el Tribunal Constitucional salvó de la anulación, aunque sólo lo hizo atendiendo a razones competenciales, sin entrar en su razón última, donde a nuestro juicio su regulación era contraria a la Constitución. Pues bien, asumida la institución por las Comunidades que hicieron suyo el texto del Estado, como por ejemplo, Cantabria o Andalucía, resultó después que la nueva Ley del Estado de 13 de abril de 1998, la derogó. A su vez, el Decreto de 1997, desarrolló el texto de 1990 para permitir su acceso al Registro, en la modalidad creada por la Ley porque un modelo de ocupación ya figuraba en el Reglamento de Gestión y en él no se habían planteado dificultades.

Además de las anteriores también se han regulado las ocupaciones en las siguientes Comunidades:

En la Ley de Urbanismo de Castilla y León, de 9 de abril de 1999, se recoge en el artículo 93 en forma semejante a la del Estado, con audiencia por quince días.

En Canarias, la Ley de Ordenación del Territorio de 13 de mayo de 1999, en el artículo 118, relativo al sistema de ejecución empresarial si el propietario no acepta la oferta de compra e incorporación al proceso de urbanización, se puede proceder a la ocupación directa, lo que parece realmente excesivo, porque ya no es que se expropie al disidente sino que se le ocupa su suelo. También se alude a ello en la obtención de sistemas generales y dotaciones locales permitiendo su acceso al Registro según el artículo 132.

En La Rioja, su Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 2 de julio de 1998, reitera la obtención de sistemas generales por ocupación directa, así como de dotaciones locales.

En Navarra, la Ley de Ordenación Territorial y Urbanismo de 4 de julio de 1994 y el Decreto Foral de 3 de abril de 1995, incorpora a la ejecución forzosa la ocupación directa, pero en la línea del Reglamento de Gestión, según su artículo 175, cuando se inicie el procedimiento de reparcelación, remitiéndose la legislación estatal.

Por fin, también la Ley de Castilla-La Mancha se remite a la legislación estatal.

A la vista de estos acontecimientos si se presenta a un Registrador de cualquier Comunidad Autónoma con reconocimiento de la ocupación directa un título por el que se pretenda la inscripción de una adquisición por ocupación directa siguiendo el modelo de la Ley 8/1990 y el Decreto de 1997, puede proceder a su inscripción, ante la obligación de cumplir sus leyes autonómicas, o ha de considerar que la mera recepción en ellas de un precepto propio de la competencia del Estado agota el mandato autonómico, desde el momento en que la norma que generó el reenvío fue derogada, ya que nunca pasó a ser en rigor un precepto autonómico, dado que su contenido, como dijo

el Tribunal Constitucional, era propio de la competencia del Estado. La respuesta, parece obvio que debe ser ésta, en una materia crucial de la institución registral, especialmente en los casos de leyes autonómicas anteriores a la derogación por la Ley del Estado, por lo que si esta interpretación es la que debe prevalecer, en aras del principio de competencia, el mismo criterio debe seguirse en todos aquellos casos en los que exista contradicción entre una norma estatal y otra autonómica atendiendo a la competencia respectiva.

Todo ello con independencia de la paradoja que se produciría si la negativa del Registrador fuera objeto de recurso gubernativo en que un órgano del Administración del Estado, sin ulterior recurso, decidiría cuál sería el criterio preferente.

Pero la cuestión no es la misma en el caso de leyes autonómicas posteriores a la Ley 13 de abril de 1998, porque aquí no se produce la derogación sobreañadida de la ley que hizo el reenvío de la del Estado, sino que en las leyes autonómicas posteriores prevalece la presunción de legitimidad, a pesar de que en este caso exista una sentencia del Tribunal Constitucional que reserva su contenido al título competencial del Estado. Debe entenderse por ello que, no pudiendo el Registrador plantear la cuestión de inconstitucionalidad, mientras no se anule la Ley autonómica es aplicable, pues el automatismo que aparentemente surgiría de la contradicción con la sentencia de 1997 puede ni siquiera ser suficiente (34).

IV. INSUFICIENCIAS ACTUALES DEL REGIMEN REGISTRAL Y PREVISIONES FUTURAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Una vez tratadas las cuestiones generales deducidas del texto actual y que se reiterarán en el futuro, a continuación han de ser examinadas las omisiones actualmente ya detectadas y las previsiones que se han de regular, completando los textos actuales.

Al afrontar este tipo de cuestiones tiene que partirse de la enorme variedad normativa actualmente existente ya que, sin duda, seguirá incrementán-

(34) Resulta aleccionador traer aquí el testimonio de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1990, según la cual recuerda «*que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas*». O la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1984, que recuerda la recomendación del Tribunal Constitucional «*que exige apurar todas las posibilidades de interpretación*».

dose en el futuro, y de la diversidad de soluciones y modelos, aplicados en las diversas Comunidades Autónomas a partir de cientos de preceptos prácticamente imposibles de conocer en su totalidad mientras no surge la necesidad de su aplicación. Aunque en el fondo se repiten las soluciones, la falta de rigor y sobriedad de cada Comunidad hace que se inventen términos nuevos, aunque para idénticos fenómenos.

La situación que se plantea ante este panorama es, sin duda, esencialmente confusa. Pero al propio tiempo desde la perspectiva del Derecho registral el intérprete se ve abocado no tanto a traducir en términos registrales las recetas concretas que se acoplen a las singularidades de cada legislación como a descubrir, según se ha indicado, los signos que hemos denominado fenomenológicos, procedentes de las verdaderas creaciones autonómicas en cuanto representen aportaciones relevantes que requieran la colaboración del instituto registral para que desplieguen todos los efectos deseados. En base también a las elaboraciones que en el futuro ofrezca la doctrina servirán también sus testimonios para que el legislador estatal e incluso el poder reglamentario generen nuevos textos normativos, convertidos en derecho positivo en el marco de sus atribuciones competenciales.

Resulta así una situación extremadamente paradójica: de una parte, el Estado ha sido desposeído del ejercicio de sus competencias en materia de urbanismo, incluso por vía de derecho supletorio, por causa de la doctrina del Tribunal Constitucional; pero, de otra parte, el Estado no puede olvidarse de la legislación autonómica sino que debe darle cobertura, incluso en sus manifestaciones más singulares, cuando necesite un complemento normativo registral, para que sean operativas sus disposiciones, si es que de verdad lo necesitan.

Como todo este panorama no es estático sino dinámico, no es tampoco el que resulte de un momento por todos, como si fuera una foto fija, sino que será incesante, resulta obligado seguir el camino iniciado con ocasión de la redacción del Decreto de 1997: hacer actualizaciones institucionales, en la medida de lo posible, aprovechando la estructura del sistema registral y sus principios, para que sean duraderas y creíbles. De esta forma, por fin al Estado le corresponderá, según los casos, ejercer sus potestades reglamentarias no sólo para desarrollar sus propias normas sino también para desarrollar las normas autonómicas en las materias de la competencia del Estado, como remedio también para evitar la irrupción de las normas autonómicas en ámbitos estrictamente estatales.

A pesar de esto último no resulta extraño aventurar que las Comunidades Autónomas terminarán incorporando a sus textos preceptos registrales los cuales, en la medida en que no sean contradictorios con los del Estado, al no poderse impedir su aplicación en sede registral, adquirirán carta de naturaleza de acuerdo con lo expuesto más atrás.

En el deseo de descubrir ahora y desde esta perspectiva las situaciones características no reguladas en sede registral o que manifiesten las disfunciones del régimen actual, nos referiremos a continuación a diversos temas característicos.

2. MANIFESTACIONES DEL URBANISMO CONCORDADO

De acuerdo con los tiempos actuales, la idea de la planificación territorial tiende a perder peso frente a modelos convencionales extraídos de la idea de mercado. La tendencia es prácticamente irresistible cualquiera que sea el color de la Administración que lo gestione. Se corre el riesgo así de que la ciudad de los mercaderes sustituya a la ciudad de los ciudadanos, en base a la cual una doctrina arraigada en la jurisprudencia entendió que sólo así el planeamiento alcanzaba legitimidad democrática.

Las formas paccionadas pueden producirse tanto en relación con los titulares del dominio de los bienes afectados, como incluso con quien no sea propietario, ya sea a través de procedimientos de selección, a los que nos referiremos después, como beneficiarios de la expropiación o incluso incorporándose como agentes urbanizadores, como apunta la Ley del Estado de 13 de abril de 1998 y la conocida Ley valenciana de 1994, así como las que la han seguido de una u otra forma, como la Ley de Castilla-La Mancha.

Tratándose de acciones concertadas con los propietarios, el modelo más característico es el que surge en general a través de la técnica conocida de los convenios urbanísticos, bien sean convenios de planeamiento o convenios de gestión, usados tan abundantemente en la práctica (35).

(35) El trabajo más significativo sobre la figura de los convenios es la obra de ALEJANDRO HUERGO LORA, *Los convenios urbanísticos*, Ed. Cívitas, 1998, págs. 145 y sigs. La obra de BUSTILLO VOLADO y CUERNO LLATA *Los convenios entre Administraciones Locales y los particulares*, Editorial Aranzadi, pág. 82; *Teoría y práctica del convenio urbanístico*, de la misma Editorial, págs. 27 y 28, de ANTONIO CANO MURCIA. JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA en su trabajo, «Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos», publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 146, año 1996, pág. 11 y sigs., y el trabajo de FONSECA FERRANDIS que bajo el título «Los convenios urbanísticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», publicado en el número 159 de la *Revista de Derecho Urbanístico* del año 1998; PAULINO MARTÍN MARTÍN en el trabajo titulado «Los convenios urbanísticos», en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 144, 1995, pág. 59, y JOSÉ ANTONIO LÓPEZ PELLICER en el trabajo publicado en la misma Revista y número, pág. 97, bajo el título *Naturaleza, supuestos y límites de los Convenios Urbanísticos*.

En la doctrina extranjera y en relación con los efectos frente a terceros, se ha criticado la sustitución de los planes por los convenios contractuales en Alemania por GRIWOTZ H., en el trabajo titulado «Städtebauliche Verträge zu Lasten Dritter?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, págs. 1927 a 1931. O en Inglaterra, la experiencia de los denominados London Docklands en relación con los procesos de liberalización del suelo, según

Desde una perspectiva registral, las experiencias son muy distintas, ya sean las de acceder a su inscripción, a pesar de no estar nominativamente citados ni en la Ley 8/1990 ni en el Decreto de 1997, salvo la referencia aislada en el artículo 32 del Decreto, fundándose para ello en el número 8 del artículo 1.º (36).

La referencia registral del artículo 21.1 de la Ley de 13 de abril de 1998, recogiendo una doctrina claramente a favor del sistema registral, incluso a partir de la subrogación legal, como tuvimos ocasión de mantener a partir de la Ley 8/1990, induce necesariamente a hacer posible su inscripción aunque inicialmente les enmarquen en cuanto «se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real». Con ello se consigue que los terceros adquirentes queden necesariamente vinculados desde el Registro con los pactos alcanzados por sus causantes, evitando su beneficio en fraude de la Administración, al menos en sede registral (37).

A su vez, en la legislación autonómica la Ley Canaria de 13 de mayo de 1999 remite en el artículo 109.4 a la legislación hipotecaria «para permitir su inscripción», es decir, la inscripción de los convenios.

Si se ha de dar cauce a su inscripción, ello comporta tomar partido ante estas cuestiones:

1.º La atribución de efectos en función de la diversa naturaleza de los pactos que, en todo caso, al menos, obtendrán del Registro su oponibilidad a terceros, quedando en otro caso exentos de ellos.

A partir de ahí la distribución de su contenido operará en mayor o menor medida con efectos jurídicos reales, pues la expresión legal debe entenderse en sentido amplio, siempre que sea relevante. Así, pueden pactarse renunciaciones que vincularan a terceros, por ejemplo, a indemnización del pago de cantidades, lo que no es extraño que ocurra en los procedimientos de equidistribución por parte de propietarios con instalaciones industriales; también son especialmente frecuentes obligaciones de hacer como, por ejemplo, contribuir a la ejecución de sistemas generales, sin perjuicio de que se contemplen medidas adicionales de carácter real para su aseguramiento, o, por fin, obligaciones de dar que deben permitir su operatividad directamente en sede administrativa a través de procedimientos ejecutivos.

el trabajo de ALBERTO RUIZ OJEDA en la *Revista de la Administración Pública*, núm. 139, pág. 445. En Italia siempre se distinguió la autonomía entre las potestades de planeamiento y la denominada *Convenzioni Urbanistiche* en *Spantigati* en el Manual de Derecho Urbanístico traducido al español en Editorial Montecorvo.

(36) Las distintas posiciones en orden a la inscripción se reseña en el trabajo citado de LÓPEZ FERNÁNDEZ, LUIS MIGUEL, «La incidencia...», en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 161.

(37) RAFAEL ARNÁIZ en su ob. cit., *La inscripción...*, págs. 30 y sigs., además de la referencia contenida en el artículo 32 del Real Decreto a los convenios.

2.º La validez y eficacia de los convenios, en cuanto no pueden incluir prestaciones o cláusulas ilegales plantea, lógicamente, la cuestión de su calificación, lo que dentro del respeto a los poderes de la Administración y salvo el consentimiento del obligado, no debía impedir la aplicación del principio de legalidad. Lo que también sería aplicable al procedimiento seguido para su celebración cuando exista una norma expresa que lo regule.

3.º Por fin una cuestión capital es la de la forma de su celebración, especialmente en cuanto su carácter negocial debe requerir la existencia de un consentimiento suficiente prestado por quien ostente la debida representación. Ello supondría, en el terreno de los principios, la necesidad de su otorgamiento en escritura pública aunque los usos de la Administración previsiblemente llevarán a su rechazo.

3. LAS ACTUACIONES POR CONCESIONARIO

Los últimos años han proliferado las actuaciones urbanísticas por concesionario, bien comprendiendo o no la condición también de beneficiario de la expropiación. Ello ha ocurrido en toda una clase de suelo, por ejemplo, en el ámbito de la Comunidad de Madrid al amparo de la Ley de 28 de marzo de 1995, se ha reforzado la mayor flexibilidad que concedía el Texto de la Ley de 1976, manteniendo la condición de suelo urbanizable no programado, a pesar de la eliminación en el Decreto Ley de 7 de junio de 1996, que admitió la aplicación de cualquier sistema de actuación.

Algunas de las actuaciones habidas e incluso las que pudo haber y se detuvieron por los riesgos que se advertían han puesto de manifiesto algunas disfunciones del sistema, las cuales se hacen más peligrosas para el interés público si media la figura del beneficiario. Situaciones ha habido incluso en las que habiéndose acordado la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto la amenaza de su aplicación, si no estuviera ya prácticamente consolidada la situación, podría haber causado gravísimos perjuicios.

Se manifiestan estas circunstancias desde diversas perspectivas, algunas claramente registrales, según veremos a continuación:

La inscripción mediante el pago de la cantidad ofrecida por la Administración unilateralmente se ha visto que en casos como el del concesionario es una verdadera injusticia, aunque la Ley de 1998 lo reitere. El beneficiario ha logrado inscribir con cantidades irrisorias y ante la imposibilidad práctica de evaluar su responsabilidad se producen situaciones en que sucesivos terceros adquirentes del producto final quedan desligados de los justiprecios fijados por los Jurados o los Tribunales, lo mismo que prácticamente la Administración. Entre tanto se han patrimonializado íntegramente los beneficios por el concesionario que puede quedarse sin patrimonio liquidable a favor de los expropiados y sin

garantías económicas afianzadas en cuantía suficiente. La posición de desigualdad de los beneficiarios es tal cuando han inscrito de modo inmediato que la lucha de los expropiados, si no obtienen medidas cautelares inmediatas, es penosa. Este cambio reglamentario introducido por el Real Decreto de 1997, aunque precisamente la Ley citada de la Comunidad de Madrid, sin título para ello, pero inevitable en la práctica para los Registradores, también se había anticipado a hacerlo, y después por el artículo 38 de la Ley del Estado de 13 de abril de 1998, debe ser reconsiderado en las expropiaciones por concesionario, volviendo a la exigencia al menos del valor fijado por un órgano independiente, si es que el Jurado lo es, dado el esfuerzo de diversas Comunidades para crear Jurados *ad hoc*.

La afectación real de las fincas adquiridas por expropiación al pago íntegro del justiprecio y sus intereses debe ser también cuestión a considerar en sede registral. No hay razón ninguna de que se afecten las fincas en los procesos de equidistribución mediante garantías reales más o menos verdaderos y que en cambio el beneficiario de la expropiación, que es un particular más sin la garantía ilimitada del patrimonio de la Administración, quede sin embargo indemne de las consecuencias definitivas del recuso de los expropiados contra el justiprecio, a lo que habría que añadir, según se verá después, lo relativo a la eventual reversión.

En este sentido la operatividad de la afectación al modo de una hipoteca de máximo o incluso de una condición resolutoria explícita siguiendo la asimilación del Código de la expropiación como una compraventa especial podrían ser útiles para garantizar al expropiado frente a terceros aunque coarten al beneficiario en el acceso al crédito, porque también resulta indispensable evitar la indefensión del acreedor expropiado (38).

Son también gravísimos los problemas que se suscitan en relación con la eventual anulación de la concesión e incluso con la mera suspensión de los efectos del acto de adjudicación o de la ejecución provisional de las sentencias no firmes que declaren la nulidad, a las que aludiremos al referirnos a la eficacia de las sentencias de la Jurisdicción Contenciosa en el orden registral.

4. LA SUERTE DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO NO MATERIALIZADO COMO FINCA REGISTRAL INDEPENDIENTE

La aparición de las técnicas introducidas por la Ley 8/1990 y el Real Decreto de 4 de junio de 1997, han supuesto la apertura de la vida jurídica

(38) RAFAEL ARNÁIZ en su obra *La inscripción registral...*, ya citada, incluye dentro de los convenios, y por tanto ampliables a la adjudicación de la condición de beneficiario, el «condicionamiento resolutorio de la mutación real», págs. 33 y 34.

a un dominio desmaterializado, según la expresión del Tribunal Supremo, mediante la creación de un nuevo objeto de derecho como es el aprovechamiento urbanístico, reforzándose su realidad virtual y económica a través del enorme apoyo psicológico y formal que le proporciona el Registro, hasta el punto de vestirle de largo en el tráfico jurídico, siendo así que es aun un mero nasciturus, sujeto a los riesgos que han de acecharle durante el período de gestación, pero que no por eso impide que pueda ser enajenado y servir de objeto de garantía para terceros mediante su hipoteca (39).

Pero esta realidad virtual, aunque también económica y financiera, pues puede ser comprado y gravado, ha empezado ya a dar problemas especialmente cuando se desliga de la titularidad del suelo apareciendo de manera autónoma a él, por ejemplo, como resultado de convenios expropiatorios en los que el expropiado, en combinación con la misma Administración expropiante, pacta como precio de la expropiación un aprovechamiento urbanístico que después vende a un tercero, el cual puede incluso hipotecarle, o cuando se generan unos aprovechamientos a favor de la misma Administración que ésta enajena en pago de deudas a otros particulares o, por fin, en los casos de transferencias de aprovechamiento en actuaciones asistemáticas en suelo urbano. En todos estos casos en que el aprovechamiento no va unido a transferencias patrimoniales de suelo, ¿en qué situación queda si el planeamiento que le sustenta se anula?

La realidad del aprovechamiento como objeto de derecho y su inscripción separada no queda destruida por la existencia de estos riesgos, ya que no es esta la única situación inscribible amenazada por extinción, pues el Registro ha rescatado situaciones susceptibles de claudicación y que sin embargo pueden, por ejemplo, ser objeto de hipoteca, como la concesión administrativa en la que llega a producirse en la práctica la extinción por rescate sin afectación a favor de titulares inscritos de una indemnización a veces inexistente.

Por otro lado, salvo prácticamente en el caso de expropiaciones con pago en aprovechamiento, en todos los demás el aprovechamiento va ligado al dominio que le genera o al que acrece. Le hemos denominado por eso ave volandera que nace del suelo y en él se consolida. Por eso hemos recordado también que no podía adquirirse el aprovechamiento para guardarlo en la cartera como si fuera un billete del Banco de España.

Lo que ha de hacerse por lo tanto es completar su régimen, revelar su condición y expresar las consecuencias de su evaporación, con las cautelas adecuadas para que no se produzca un sacrificio sin causa a su titular. En este

(39) Un trabajo decisivo sobre la materia es la obra de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA, *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, a cuyo trabajo nos remitimos en un todo sobre la consideración del aprovechamiento urbanístico.

sentido, en tanto en cuanto la conexión con el dominio del suelo es connatural, la solución inmediata es garantizar su integración en el dominio del suelo. En este sentido debo recordar ahora que en un proyecto de ley de urbanizaciones y conjuntos inmobiliarios de los primeros años ochenta, redactado en el Ministerio de Justicia y aceptado por el Ministerio entonces de Obras Públicas, se regulaban precisamente las situaciones de frustración en la consolidación del planeamiento y por consiguiente del aprovechamiento urbanístico. En los casos de que hubiera una ruptura con el dominio, como es en las expropiaciones, es evidente que la inscripción autónoma no solamente no desprotege a su titular sino que le refuerza, por un lado, desde la responsabilidad de la Administración y desde luego del beneficiario, y además en cuanto al mantenimiento del justiprecio y su afección en beneficio de los terceros adquirentes o titulares de derechos de garantía sobre él.

Es evidente, por tanto, que al inscribirse el aprovechamiento generado por la Administración se refuerza también la posición de su titular en caso de responsabilidad, aunque para ello a veces tendrá que superar la barrera de una jurisprudencia muy restrictiva que sólo la admite en la fase final del proceso de ejecución. Sin embargo, la situación dramática surge en los casos de anulación del planeamiento en los que carente el aprovechamiento del sustento material de un inmueble, aunque desclasificado, pasan a ser meros papeles que, cual timo de la estampita, pueden haber supuesto centenares e incluso miles de millones de pesetas que se esfuman en el aire porque al no ir ligados al dominio del suelo quedan sin soporte.

Por esta razón y a pesar de su útil y verídica realidad, como con la entrada en el Registro se le ha dado un plus de credibilidad, el sistema registral debe también ser cuidadoso en no generar una falsa apariencia de tal modo que el sistema mismo advierta de su delicada situación cuando no se conecta con la propiedad del suelo, que es lo que ocurre, por ejemplo, con las transmisiones en proceso de equidistribución del artículo 39.4.

La referencia no es meramente especulativa sino real y eso a los sólo dos años desde el Real Decreto.

5. EL SISTEMA DE AFECCIONES Y GARANTÍAS

Producto de una elaboración extrahipotecaria pero con aparente complacencia del sistema, el Reglamento de Gestión Urbanística se introdujo por el camino de las garantías registrales en los procesos de equidistribución, señaló incluso un modelo de prelación de créditos, sin una base legal suficiente y, por fin se vio obligado a reconocer un medio de declaración de caducidad de los asientos al ser consciente de que la recepción de la urbanización por la Administración era la más de las veces una quimera.

Aun cuando podía parecer que era una herejía, con ocasión del Real Decreto, y así se redactó al principio, era de la opinión de que no acomodándose a la realidad era mejor prescindir del modelo ante las dificultades que provocaba en la práctica, sin utilidades efectivas. Sólo en parte se ha logrado y, con ello, al existir ya un cierto rodaje prolongado de procesos de ejecución del planeamiento en la práctica se ponen de manifiesto disfunciones que no tienen regulación legal y que tienden a resolverse acudiendo a categorías jurídicas generales cuando tratándose de cuestiones rigurosamente formales se ha de contar con un respaldo legal suficiente.

Aparecen así situaciones como las de acreedores posteriores a la inscripción y afectación de las fincas resultantes de los procesos de equidistribución cuando por impago del obligado se promueve el procedimiento de apremio que, teóricamente, debe dar lugar a la cancelación de las cargas posteriores siguiendo un procedimiento muy liviano de garantías, por lo que se suscita la subrogación de los acreedores en sustitución del cumplimiento de los deberes urbanísticos a lo que también fui favorable pero que se hace en un esfuerzo de apoyatura que debe tener mayor respaldo legal (40).

Por otra parte la inclusión de muy diversos deberes, algunos ligados al cumplimiento de estrictas obligaciones legales, muchas veces procedentes de pactos que se han celebrado *inter alios acta* coloca la situación bajo mínimos normativos que deben ser cubiertos por un sistema normativo de rango suficiente y aplicación general en todo el territorio nacional.

6. LA EFECTIVIDAD DE LAS CESIONES OBLIGATORIAS, LA OCUPACIÓN UNILATERAL DEL SUELO FUERA DE LOS SISTEMAS DE INCORPORACIÓN VOLUNTARIA Y LA POTENCIACIÓN DE LAS FACULTADES FIDUCIARIAS

Por su orden estas tres cuestiones tienden a adquirir relevancia en la medida en que las legislaciones autonómicas han ensayado formas nuevas, en ocasiones contradictorias y a veces cercanas a ser inconstitucionales. En general al haberse extirpado de raíz la permanencia y actualización de un Derecho urbanístico común se ha dado lugar a ensayos de laboratorio que bajo la imagen de actuaciones progresistas resultan claramente capitalistas, al menos en su formulación teórica porque en la práctica operan según los esquemas tradicionales.

Teniendo en cuenta que en estos puntos sí que se dan las condiciones que contemplaba el Tribunal Constitucional que afectan básicamente al derecho

(40) Se ocupó RAFAEL ARNÁIZ de estos problemas en el libro *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons, año 1995, págs. 295 y sigs.

de propiedad, y a veces precisamente por un sentido capitalista, frente a su formulación tópica, es por lo que desde el Estado y especialmente en lo que concierne a su inscripción en el Registro deben darse respuestas directas que clarifiquen las dudas que pueden suscitarse.

A este respecto, cabe aludir a las siguientes cuestiones:

A) *Las cesiones obligatorias*

Las cesiones obligatorias como prestaciones de dar, fruto de la eficacia de los Planes, han tenido en el Real Decreto de 1997 una regulación novedosa y audaz, fruto de alguna jurisprudencia aislada, de la doctrina y de manifestaciones esporádicas, y además antiguas, de un derecho positivo preconstitucional que cuesta esfuerzo sostener por su fecha aunque en sus principios late vivamente en las instituciones. Nos hemos referido a él, de donde sacamos sus nociones básicas en nuestra obra de Derecho Urbanístico, desde iguales principios se ocupó la jurisprudencia y según su modelo figura en el Real Decreto (41).

Resulta necesario, sin embargo, que exista un marco normativo estatal, de rango legal, que clarifique la cuestión y sostenga la regulación reglamentaria.

Nos referimos con ello a la operatividad de las cesiones, su naturaleza y oponibilidad y los medios de acceso al Registro en defecto de consentimiento de su titular registral, sin romper con ello, porque parece imprescindible hacerlo, principalmente desde el punto de vista formal para adecuar el título inscribible, con el modelo del sistema civil del título y el modo. La referencia jurisprudencial llegó a considerar que la cesión se opera por ministerio de la ley desde la aprobación del Plan, pero ello lleva a insuficiencias evidentes para la inscripción que de manera más ortodoxa se han procurado solventar en el Real Decreto pero que deben tener respaldo legal, según hemos dicho, para evitar veleidades o inventos en el núcleo del dominio, careciendo para ello de título competencial.

B) *La ocupación de los bienes en unidades excluidas de formas de incorporación voluntaria*

Cuando aludimos a estas cuestiones lo hacemos separando el problema de las formas de cooperación voluntaria en las que la incorporación permite

(41) Hemos recogido con detalle esta cuestión, afectada por diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros en la obra *Urbanismo y Medio Ambiente...*, ya cit., págs. 54 y 55.

entender siempre las dificultades partiendo de un previo consentimiento que combine y se funde en la desmaterialización del domino, según expresión del Tribunal Supremo, y en la incorporación voluntaria a una entidad investida de facultades dirigidas a la ejecución del planeamiento como expresión de la función pública que comporta.

Pero excluido este ámbito y precisamente cuando falta la incorporación voluntaria no puede llevar a que se diga que con anterioridad a la aprobación del proyecto de equidistribución se puedan ocupar los bienes de los afectados sin su consentimiento, tal y como permiten, a veces contradictoriamente algunos textos autonómicos como la Ley de la Comunidad de Madrid de 28 de marzo de 1995, con motivo de la regulación legal del nuevo sistema de ejecución forzosa en los artículos 90 y 93.

C) *El robustecimiento y regulación más amplia de las facultades fiduciarias*

Prescindiendo de que la referencia más explícita corresponde con las Juntas de Compensación, lo que se patrocina es que la experiencia de su instauración y funcionamiento debe ser mantenida, potenciada y extendida a agrupaciones semejantes, para lo cual resulta también necesario completar su régimen, aunque sin duda el Reglamento de Gestión Urbanística proporciona una base muy rica para conseguir estos objetivos, en unión de las experiencias producidas desde que se generalizó su utilización, siendo más interesante en este punto esa experiencia que la jurisprudencia recaída, a diferencia de la doctrina producida sobre el planeamiento que ha resultado más brillante.

Como cuestiones pendientes podrían citarse las siguientes: la regulación precisa tanto de las facultades fiduciarias como de las titularidades de este orden; el tratamiento de sus facultades delimitadas por el objeto; el funcionamiento de las disposiciones sobre los bienes incorporados a ellas y su influencia sobre las cargas que los gravan; la distribución de responsabilidades en caso de incumplimientos o para el pago de deudas; la subrogación de los terceros adquirentes ante los deberes asumidos en las Juntas, etc.

7. LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS Y LA EFICACIA
DE LAS SENTENCIAS EN EL ORDEN REGISTRAL

La creciente incorporación al Registro de actos inscribibles de origen administrativo, superada ya con creces la situación primitiva en la que accedía excepcionalmente por causa tan sólo de hacer efectivas las deudas fiscales o en expropiaciones aisladas, la verdadera normalización del dominio mediante la ejecución de los planes de ordenación y la administrativización de muchos ac-

tos jurídicos privados, necesitados de licencia, provoca inevitablemente la necesaria adaptación del sistema registral, basado esencialmente en una salvaguarda judicial, pero de carácter civil, a las decisiones de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que es parte integrante de un único poder judicial.

La dificultad de llevar sus decisiones al Registro surge cuando quedan afectados actos civiles a partir de los cuales sucesivamente han ido apareciendo terceros, tanto respecto del dominio, como de derechos reales de garantía que sin embargo carecerían de sustento patrimonial legítimo si el acto administrativo del que nacieron se invalida.

Lo mismo ocurre en recursos contencioso-administrativos de evidente contenido patrimonial, incluso en relación con actos que inicialmente están alejados de los particulares pero que al final inciden en el dominio mismo, tales como la delimitación de las unidades de ejecución, la aprobación de proyectos de equidistribución, la anulación de expropiaciones o las declaraciones de reversión. En este sentido han estado muy cercanas a una producción en cascada de efectos jurídico-civiles la anulación de expropiaciones con beneficiario en los que estando tomada anotación preventiva del recurso contencioso a su vez el patrimonio adquirido por expropiación había pasado a poder de terceros o como consecuencia de la entrega de la posesión y de un título inscrito aún antes de estar fijado definitivamente en vía administrativa, se realizan obras materiales irreversibles que sitúan la cuestión en los efectos de la restitución de la posesión establecidos por el Código.

Es más que probable que en el futuro se produzcan muchas situaciones de este género que deben ser reguladas a través de una adecuada referencia en el ámbito registral a los efectos de las sentencias de la Jurisdicción Contenciosa.

V. EL DERECHO DE REVERSION EN LAS EXPROPIACIONES COMUNES SEGUN LA NUEVA LEY DE ORDENACION DE LA EDIFICACION Y SUS REPERCUSIONES REGISTRALES

1. EL ORIGEN DE LA REFORMA LEGAL

El dinamismo de la acción administrativa de la sociedad moderna plantea ya, como circunstancia nueva de trascendencia registral inequívoca, el nuevo régimen legal de la reversión.

Fuera del contexto de la Ley a la que se incorpora, la Disposición Adicional quinta de la Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, ha modificado los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, dándose la peculiaridad de que su Exposición de Motivos, que alude en general a las siete disposiciones adicio-

nales y se detiene en particular en alguna de ellas, no haga ninguna referencia a la quinta en su propio contexto sino que se añade, fuera de él, en el párrafo último. Con ello se modifica un texto tan importante como el de la aún vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que constituye en unión de la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley del Suelo de 1956, así como la de Procedimiento Administrativo de 1958, una de las cuatro leyes centrales en la modernización de la Administración Pública producidas en la década de los años cincuenta (42).

El legislador tuvo ya motivo para afrontar la cuestión con autonomía y objetividad de propósitos a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1988 que, por primera vez, de alguna manera degradó el derecho de reversión al considerar que era un derecho de configuración legal y que por ello no formaba parte integrante del derecho de propiedad. Y de hecho en la desmontada después por el propio Tribunal, Ley del Suelo de 1990 y su Texto Refundido de 1992, a pesar de haber unificado, sólo en apariencia, para expropiaciones urbanísticas y comunes el método de valorar los bienes, se afrontó la reversión en las expropiaciones urbanísticas como también lo ha hecho la Ley de 13 de abril de 1998, pero no en las expropiaciones comunes.

No resulta necesario adivinar que la introducción de la reforma en la Ley de la Edificación, sin perjuicio de responder a una obligada actualización del régimen, venía también acompañada de los ecos de su eventual procedencia en actuaciones señeras de las Administraciones Públicas, alguna incluso desviada por no haberse resuelto satisfactoriamente.

Se está, por tanto, después de más de cuarenta años de la reforma de 1954, ante un nuevo régimen de la reversión coincidente con una movilización de los patrimonios públicos, según el modelo urbanístico en general, buscando la generación de nuevos activos inmobiliarios en un contexto tan dinámico como el que resulta de la moderna sociedad urbana, claramente alejada de las imágenes estáticas y permanentes del siglo XIX y primera mitad del siglo XX.

En tal sentido, una pluralidad de circunstancias venía demostrando que el régimen anterior estaba superado.

Así, en primer lugar, se advertía la falta de lógica de la admisión de la reversión sin plazo, cualquiera que fuese la fecha de la expropiación. De este modo se consideraba razonable que la reversión no fuera una facultad susceptible de revivir en cualquier tiempo y circunstancias, cualquiera que fuese la

(42) Un primer trabajo sobre el nuevo régimen de la reversión es el publicado en la *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 425, del 10 de febrero, del que es autor JOSÉ MARÍA ALVAREZ CIENFUEGOS,, titulado «Un ejemplo de oportunismo legislativo: la modificación del derecho de reversión en la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación».

fecha de la expropiación, siendo ya la decisión de determinar el período de tiempo una cuestión de política legislativa. En este sentido, ya la denominada Ley Cambó de 1918 establecía un plazo de prescripción de treinta años desde la expropiación para el derecho de reversión.

Siguiendo una práctica que es bastante común en nuestra sociedad, se pasa con la nueva Ley de un sistema que admitía *sine die* la reversión a otro en el que es tan corto el tiempo de permanencia en la afectación al uso público, más allá del cual no hay reversión, que fácilmente dará lugar a abusos injustificados.

A su vez la reversión, según el modelo tradicional que configura su naturaleza como un supuesto de cesación sobrevenida de la causa de la expropiación, pasó a integrarse en la categoría de los derechos reales de adquisición preferente, aunque de carácter administrativo, lo que sin embargo provocaba unos desajustes manifiestos con el régimen en general de los derechos reales frente al régimen ordinariamente constitutivo de la inscripción de los derechos reales carentes de contacto posesorio o por lo menos de inoponibilidad de los no inscritos frente a terceros, ya que el régimen de la reversión se hacía oponible incluso frente a terceros hipotecarios a través de un precepto de rango reglamentario como es el artículo 69 del Reglamento de Expropiación, rango evidentemente insuficiente para hacerlo.

De igual modo la inserción de los derechos reales en el régimen hipotecario con las derivaciones procedentes del principio registral de legitimación y exigencia puntual del tracto sucesivo, es decir, la cadena no interrumpida de sucesivos titulares, quedaba radicalmente eliminada en la reversión, pues la única mención a ella y al titular expropiado operaba en el momento de la expropiación misma. A partir de este momento en el Registro no quedaba rastro alguno de la eventual cadena de transmisiones.

Por tanto la regulación registral del derecho debería hacerse mínimamente para garantizar su ejercicio legítimo.

A su vez los avances técnicos en la construcción, la aparición de edificaciones complejas y conjuntos inmobiliarios y principalmente la denominada por el Tribunal Supremo, desmaterialización del derecho de propiedad, de tal modo que éste se convierte en una cuota, permite la existencia autónoma de derechos inmateriales generados por la propiedad territorial compatibles con la permanencia física de la afectación al uso o servicio público de los bienes expropiados, resultando de ello que manteniéndose el fin de la expropiación puede materializarse y sucesivamente patrimonializarse su rendimiento objetivo como nuevo objeto de derecho al aprovechamiento urbanístico y que éste desemboque sobre los bienes de reemplazo que sin hacer desaparecer la afectación y los bienes expropiados confiere a su titular la generación de un derecho patrimonial susceptible de entrar en el tráfico jurídico privado.

En definitiva todas estas alteraciones con la aparición de un dominio por estratos ha permitido a la Administración Pública la obtención de rendimientos patrimoniales resultantes de la diferenciación de distintos ámbitos físicos que, haciendo que permanezca el uso o el servicio público, gradúan la demanialidad de la extensión vertical del dominio predicable en rigor tan sólo del modelo de dominio privado de tal modo que en el vuelo o en el subsuelo se obtengan bienes patrimoniales que entren en el tráfico jurídico sin los modelos de utilización del dominio público.

Estas nuevas alternativas, frente a un régimen de reversión ya obsoleto, incentivaron una jurisprudencia menos tradicional en la que se niega el derecho de reversión cuando se trata de la obtención de utilidades adicionales no incompatibles con la afectación al uso público, incluso con desplazamiento patrimonial de los bienes de reemplazo adjudicados por subrogación de los aportados a procesos de equidistribución.

Esta línea jurisprudencial, de la que daremos a continuación cuenta, razonablemente tocará a su fin a partir del nuevo régimen legal porque siendo tan corto el plazo de la reversión debe compensarse con una interpretación más rígida que evite la volatilización torticera de la causa expropiandi en el tiempo intermedio hasta su extinción.

Merece la pena reseñar algunos testimonios de aquella jurisprudencia, como son los siguientes:

1.º El contenido de la sentencia de 23 de diciembre de 1991. Se refiere a unos terrenos expropiados por el Ayuntamiento de Santander para la ejecución de una plaza pública.

Aprobado un nuevo planeamiento, dice el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia, que *«no imponía de modo necesario que para la subsistencia de dicha causa expropiandi se produjera la intangibilidad del subsuelo de la zona así afectada, permaneciendo éste sin adscripción o destino alguno. Las crecientes necesidades sociales que llevan aparejadas la instalación de servicios públicos en beneficio de los vecinos, desde la perspectiva municipal, justifica que la Corporación Municipal procediese, desconectando por completo de aquella finalidad expropiatoria, a la utilización del subsuelo de la plaza y sus aledaños y que dicho bien demanial, pues que también lo es el subsuelo de un terreno de dominio público local, fuese objeto de un uso privado y, por ende, atribuido a un particular en virtud de concesión administrativa»*.

Ante esta hipótesis considera el Tribunal Supremo que ello *«no implica una desafectación del fin legitimador de la expropiación que afectó a inmuebles para obras en la superficie ni tampoco constituye parte sobrante puesto que ni en el tiempo ni en la finalidad hay relación de causalidad entre la originaria expropiación y la utilización de bienes demaniales en la porción del subsuelo»*.

Por eso concluye diciendo que tal acto de adscripción *«no legitima para ejercitar el derecho de reversión»*.

Sólo queda legitimada la reversión cuando *«se altere el fin determinado de utilidad pública o interés social que proporcionó cobertura a la expropiación, ejecutando obras o estableciendo servicios públicos diversos a los que legitimaron aquélla. Más (esto) no puede argüirse eficazmente aquí... porque el fin específico de afectar los inmuebles expropiados a las obras de ensanche y mejora de la plaza fue plenamente cumplido en su integridad e identidad y no hubo sustitución ni alteración de fines en los términos de dicha prohibición»*.

2.º Otra hipótesis es la contemplada en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994. Se trataba en este caso también de unos terrenos expropiados para la construcción de una plaza pública, los cuales quedaron desafectados en virtud del planeamiento ulteriormente aprobado, que destina dichos terrenos... *«a un uso deportivo y libre, público primero y después a sistema general de parque deportivo para ejecutar sobre el terreno en cuestión un aparcamiento subterráneo para automóviles, canchas deportivas e instalaciones complementarias»*.

La sentencia considera que *«el destino, según el nuevo planeamiento... del suelo expropiado, no constituye la invocada desafectación del mismo, que conforme al anterior planeamiento se expropió para plaza pública, ya que se mantiene el uso público de aquél, sin que tal variación haga quebrar la causa expropiandi»*.

Cita a este respecto la sentencia anterior de 24 de diciembre de 1991, con lo cual se demuestra el mantenimiento de la misma doctrina en ella sentada a lo largo de tres años.

3.º En idéntico sentido se ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia de 3 de octubre de 1997 y últimamente en la sentencia de 25 de junio de 1999, sobre peticiones de reversión en sectores a los que habiéndose aplicado el sistema de actuación por compensación eran entregados otros terrenos por subrogación de los afectados, sin cambio en la prestación del servicio.

Tal es, como decimos, el escenario sobre el que la realidad social actual opera y demanda nuevas construcciones.

2. EL CONTENIDO DE LA NUEVA REGULACIÓN

Las circunstancias contenidas en la nueva Ley pueden situarse sobre los siguientes extremos:

A) Mantenimiento, en general, del derecho de reversión en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación,

con lo cual sigue la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin embargo, transcurrido el plazo de diez años, cesan las expectativas de que se genere el derecho de reversión, aunque sí pueden ejercitarse derechos de esta naturaleza, después de este plazo, según veremos, cuando la causa de la reversión sea anterior según los plazos establecidos por la Ley. Por tanto, antes de transcurrir los plazos legales se mantiene la reversión, mientras que, finalizados aquéllos cesa la reversión cualquiera que sea el destino que se dé a los bienes expropiados.

En este sentido, aunque haciendo un uso excesivo en el tiempo por su acortamiento tan notorio, se sigue la doctrina de la sentencia básica del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1988, que dice que *«no cabe duda de que el artículo 33.3 de la Constitución no ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación el derecho de reversión que es, en consecuencia, un derecho de configuración legal. Por su parte, la regulación de la reversión contenida en la Ley de Expropiación Forzosa que no agota la regulación legal de la materia expropiatoria, tiene su punto de referencia en la expropiación de bienes afectables a la realización de obras y servicios públicos, y aunque pudiera ser aplicada analógicamente a otros supuestos, no puede constituir regla general, única y uniforme para todas las expropiaciones, existiendo además en la propia Ley de Expropiación Forzosa supuestos en los que se permite la enajenación de bienes expropiados por razones de interés social sin derecho de reversión. No existe, pues, en nuestro ordenamiento ni una norma constitucional ni una regla legal que imponga para todos los tipos y casos de expropiaciones el derecho de reversión»*.

En consonancia con lo expuesto, se añade que *«la reversión o retrocesión del bien expropiado a su titular originario, aún configurado como un derecho patrimonial, va imprescindiblemente unido a la causa de la expropiación y a su eventual incumplimiento, hecho que determina el nacimiento de aquel derecho de reversión. Pero... ni existe una exigencia absoluta de regulación idéntica del derecho de reversión ni éste podría surgir cuando a los bienes expropiados puedan darse algún destino consecuente con la causa expropiandi, aunque no sea una afectación a una obra o a un servicio público»*.

B) Excluye la reversión, aún dándose el supuesto legal para su aplicación, respecto de los bienes que se hallen en estas circunstancias:

- a) Cuando, debe entenderse que en cualquier tiempo, antes por tanto del plazo de diez años, se sustituya la afectación que determinó la expropiación mediante nueva afectación a otro fin declarado de utilidad pública o interés social.
- b) Cuando la afectación al fin que justifica la expropiación se prolonga durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio, es decir, no desde la expropiación. Como indicábamos

antes, transcurrido este plazo, cesan las expectativas de reversión aunque se altere el destino de los bienes expropiados.

C) La Ley regula el ejercicio formal del derecho, que será de tres meses desde que se notifique la causa generadora de la reversión o, en defecto de notificación expresa, el ejercicio de derecho podrá ajustarse a estos plazos:

- a) Durante el plazo de veinte años —desde la toma de posesión— en caso de exceso de la expropiación o desafectación de los bienes expropiados.
- b) Cuando no se iniciase la ejecución de la obra o la implantación del servicio y hubieran transcurrido cinco años desde la toma de posesión.
- c) Cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario del servicio si no se produjera por parte de éste ningún acto expreso para su reanudación.

En estos dos últimos casos no se dice cuánto tiempo permanece viva la acción de reversión. Ante su silencio parece razonable entender que ha de ser el mismo plazo del apartado a) pues, de otro modo, el plazo sería de treinta años que es el establecido por el artículo 1.963 del Código para las acciones reales sobre bienes inmuebles.

3. EL RÉGIMEN REGISTRAL

Las deficiencias registrales sobre oponibilidad a terceros nacidas del antiguo sistema a las que hemos aludido antes, se cubren haciéndose constar en las inscripciones del dominio o derechos reales adquiridos por expropiación «el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiado».

De no existir esta constancia «no será oponible a los terceros adquirentes» la reversión, en cuyo punto se sitúa el eje central de la medida.

Tan concluyente circunstancia, gramaticalmente de dudosa corrección, no resiste de manera suficiente su crítica. En este sentido, la introducción directa por ministerio de la ley de una reserva, que además no es constitutiva por sí misma de una certeza futura pues, como veremos, una cosa es que potencialmente se dé el derecho de reversión y otra que éste concurra de hecho en el tiempo hábil, sin perjuicio de que su omisión sea causa determinante de responsabilidad del Registrador, no puede decirse de modo tan terminante que excluya la oponibilidad a terceros de la reversión, como igualmente, a la

inversa, su constancia no será suficiente para la cancelación de los asientos contradictorios intermedios como si de una anotación preventiva de demanda se tratase.

Es decir, la no constancia de la reserva legal no puede impedir la oponibilidad de la reversión si consta inscrita la causa de la adquisición por expropiación, dado que la reversión, según hemos visto, de concurrir, despliega institucionalmente los efectos de ella desde el título de adquisición y no desde la reserva. Por tanto, supone una contradicción tan manifiesta la reserva legal con el régimen de la causa que, so pena de destruir ésta y toda la doctrina en que se funda, forzosamente debe tener primacía sobre el contenido meramente formal del asiento, con independencia de que el reversionista refuerce su posición tomando anotación preventiva de su pretensión.

Recíprocamente la mera constancia de la reserva no atribuye al beneficiario por ella un derecho absoluto frente al tercero, pues si éste no es parte en el proceso, salvo la anotación, no podrá cancelarse su derecho por el mero hecho de la oponibilidad sino que será imprescindible su audiencia para no causarle indefensión.

Por tanto, el nuevo texto legal ha de ser interpretado, como tantas veces ocurre cuando se ponen en juego las instituciones, de acuerdo con el contenido profundo de ellas.

Además de lo expuesto, la aplicación de la Ley plantea dificultades en su interpretación por lo que resulta indispensable ahondar en el verdadero régimen de su aplicación. Para ello debe partirse de estas premisas:

- a) A pesar de la aparente unificación intentada por la Ley del Suelo de 1990, es indudable que hay dos tipos de expropiaciones como grandes grupos: la urbanística y la común y, a su vez esta última puede ser contemplada según las diversas especies, por razón del objeto, contenidas en la Ley de Expropiación Forzosa. La regulación de la reversión de la Ley de la Edificación se refiere a un tipo concreto, el que responde, de modo genérico, a la nomenclatura de expropiación para la ejecución de obras o prestación de servicios, modelo típico para la aplicación de la reversión según el Tribunal Constitucional.
- b) Pero aunque referido a este modelo, no hay base legal ninguna para entender que el régimen registral se corresponda únicamente con él. Por el contrario, según entendemos, las previsiones registrales son aplicables a cualquier modelo de expropiación, por constituir desde este punto de vista la regulación legal un régimen de derecho común y unitario, dentro del título competencial del Estado, respecto de la inscripción en general de cualquier modalidad de expropiación. Las causas de reversión, por ser producto de la configuración por la Ley en cada caso podrán ser distintas, o incluso no darse, pero la causa de la adquisición es siempre la misma y la eventualidad de la reversión

será siempre eso, eventual, incluso en los casos admitidos por la nueva Ley. Por tanto, siendo siempre cierta la causa de la expropiación y posible hipotéticamente la reversión, precisamente porque siempre entre una y otra ha de mediar un lapso extenso de tiempo que incluso puede dar lugar a la aplicación de un diferente régimen legal el tratamiento registral es común y opera ya desde su entrada en vigor.

- c) La constancia de la causa de la expropiación y la reserva de la reversión no significa que la constancia registral constituya una reserva autenticada de la reversión futura. Por una parte, justamente por ser futura; además porque pueden no cumplirse objetivamente las causas para su aplicación y, en última instancia, porque la Administración o los Tribunales pueden denegarla.
- d) Intimamente ligado con lo anterior está el problema de si la consignación de la reserva es un mandato dirigido a la Administración en orden a la consignación en el título, de tal manera que si no se contiene el Registrador está relevado de hacer la reserva, o el mandato se dirige al Registrador, exista o no constancia en el título.

Según entendemos la opción exigible es la segunda, desde el punto en que siendo consecuencia natural de la expropiación la operatividad de la reversión la expresión del título material obliga a la exteriorización y publicidad de la consecuencia. Por otro lado, la entrada en vigor inmediata de la Ley, y por tanto la aplicación directa a todas las expropiaciones ya consumadas, salvo que el evento desencadenante de la reversión fuera anterior a la Ley y así se hubiera solicitado, no permite distinguir por razón del tiempo ningún tipo de expropiación. Todo ello aún contando que, inicialmente, hay determinados tipos de expropiación, como las urbanísticas, para las que no son de aplicación las causas de reversión de la Ley de la Edificación. Entendemos que sólo decaería esta exigencia si el propio título, seguramente excediéndose de su función, declarase que no se aplicaría en ningún caso la reversión a la expropiación para la que se pide la inscripción, lo que evidentemente no puede hacer salvo que tuviera amparo en una Ley que así lo dispusiera, como fue el caso de RUMASA.

En todo caso deben advertirse los efectos no deseables de la operatividad de la afectación para el ejercicio del derecho cuando se produzcan transmisiones que sin embargo no deban determinar el nacimiento del derecho. Debe pensarse que en tales casos ha de producir una evidente perplejidad que obstaculizará el crédito sin utilidad. Nos referimos en particular a las expropiaciones por razón de urbanismo mediante la delimitación de unidades de ejecución cuando la adquisición se hace precisamente para lanzar el suelo al mercado mediante la formación de patrimonios públicos o a favor de conce-

sionarios. En estos casos en los que, como se ve, también es la consignación obligada, entre otras causas porque también ellas pueden dar origen a la reversión según la Ley de 13 de abril de 1998, su constancia en las certificaciones que se expidan pueden obstaculizar la movilización del dominio, aunque permitirá responsabilizar a todos los agentes sociales en no apartarse del cumplimiento de la causa expropiandi. Aún así parece razonable que transcurrido el plazo máximo para el ejercicio del derecho de reversión, se permita solicitar la cancelación de la mención.

Es decir, debe preverse a nivel reglamentario que pueda cancelarse la mención legal aunque ello sólo podrá hacerse cuando sea inequívoca la extinción del derecho de reversión. Esto sólo podrá ocurrir, y aún así con reservas, cuando habiéndose notificado la causa de la reversión no se hubiera ejercitado el derecho o fuese definitiva en vía administrativa y jurisdiccional la desestimación. Decimos que incluso en estos casos con reservas hasta transcurridos veinte años después desde la toma de posesión, porque puede haber expropiados a los que no se les haya notificado regularmente en cuyo caso será arriesgado decir que por el mero transcurso del plazo de tres meses desde la notificación cesa la expectativa legal.

Una cuestión también adicional es la de si la consumación de la reversión exige acreditar ante el Registrador el cumplimiento del tracto. Según entendemos, el hecho de que la Ley exija la consignación de la reserva en el Registro no equivale a que se abra la vida registral para un derecho que aún incorporado a los derechos de preferente adquisición realmente es un derecho potencial, que operará por ministerio de la ley si el evento condicional de su nacimiento se produjera. Por tanto, la cadena de transmisiones de este derecho eventual sigue viviendo fuera del Registro, ajena a su control por el Registrador y, con ello, de las exigencias del tracto en sede registral. Lo cual comporta que aun siendo imprescindible que por la Administración sí que se exija la acreditación de la cadena de transmisiones, no cabe en cambio controlar su concurrencia por el Registrador ya que supondría adentrarse en el contenido del acto o de la decisión judicial. Es decir, la consignación registral se sitúa en orden a la protección o advertencia de los terceros, no para garantizar la reinscripción a favor del expropiado porque ésta nunca podrá realizarse de manera automática sino a través de una decisión expresa administrativa o judicial.

4. EL PRECIO DE LA REVERSIÓN Y LA INCORPORACIÓN DE LOS BIENES AL PROCESO DE URBANIZACIÓN

La Ley regula sucesivamente los criterios para la determinación del precio de la reversión y el momento de hacerlo, teóricamente al acordar su proceden-

cia, lo que debe entenderse que ocurrirá si se admite pues, en caso contrario, ordinariamente requerirá una decisión judicial.

De igual modo será discutible apreciar en qué casos ha de operar la mera actualización del precio de la expropiación y en cuáles se produce lo que se denomina cambio en la naturaleza o calificación jurídica de los bienes y si ello abarca los cambios de mera calificación urbanística. En este sentido parece razonable entender que el cambio de calificación urbanística sí que implica una nueva valoración, salvo en el caso de que ésta sea, por sí misma, la causa determinante de la reversión.

Esta circunstancia se da precisamente en la reversión de las expropiaciones urbanísticas del artículo 40 de la Ley del Suelo de 13 de abril de 198..., pues el número 3 de dicho precepto dice que *«procederá la reversión de los terrenos expropiados para la formación o ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo si, como consecuencia de una modificación del planeamiento que no se efectúe en el marco de la revisión de éste se alterasen los usos, intensidades o aprovechamiento y ello supusiera un incremento de valor de los mismos»*.

Es evidente por ello que si el cambio de calificación provoca la reversión sería insostenible que para la misma causa se fijase un precio de reversión nuevo.

En todo caso lo que resulta especialmente complejo o interesante, incluso operando la reversión, es el problema relativo a la extensión de la reversión misma y al precio por su concesión como consecuencia de la incorporación de los bienes a los procesos de urbanización en los que además de ser éstos causa del sustrato material de los bienes de reemplazo se produce la incorporación de una obra urbanizadora que genera un valor añadido independiente.

Bajo el modelo analógico de la incorporación de empresa urbanizadora cabe que en materia de bienes afectados por causa de eventual reversión se produzcan por su titular o por terceros prestaciones añadidas en cumplimiento de la acción urbanizadora, como ocurre en el caso común de la empresa urbanizadora que participa en el proceso recibiendo bienes a cambio. En tal caso, su adquisición es originaria, no derivativa, y por tanto el patrimonio que adquiere está relevado del régimen de la reversión, exento por ello de los efectos claudicantes del mismo.

5. RÉGIMEN DE DERECHO TRANSITORIO

La Ley entró en vigor respecto de los preceptos citados el día siguiente al de dicha publicación según su Disposición Final cuarta.

A su vez la Disposición Transitoria segunda dice que la regulación contenida en la Disposición Adicional quinta «no será de aplicación a aquellos

bienes y derechos sobre los que, a la entrada en vigor de la Ley, se hubiera producido la solicitud de reversión».

De acuerdo con ello, las peticiones de reversión presentadas antes de la entrada en vigor de la Ley determinan que habrán de resolverse conforme a la legislación anterior, es decir, según el texto de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

La interpretación de las palabras transcritas debe hacerse en un sentido objetivo, de acuerdo con la finalidad de la norma y en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico aplicable. Esto significa, a juicio de los que suscriben, que las peticiones de reversión planteadas antes de la entrada en vigor de la Ley respecto de los bienes expropiados por la Administración podrán ser operativas siempre y cuando la causa objetiva de la reversión, es decir, el evento desencadenante de ella, hubiera tenido lugar también antes de la entrada en vigor de la Ley. Lo que no puede entenderse en modo alguno es que por la mera reserva resultante de una solicitud de reversión planteada antes de la entrada en vigor de la Ley, quede perpetuamente condicionado un determinado régimen jurídico por toda la vida futura que corresponda a los bienes adquiridos por expropiación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que el derecho de reversión nace no por la expropiación, aunque de ella traiga causa, sino por la producción del evento determinante de la reversión misma.

Así resulta de la sentencia de 10 de mayo de 1999, que dice:

«...la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en nuestras sentencias de 25 de febrero de 1992, 28 de abril de 1995, 20 de enero de 1998, 18 de julio de 1998 y 19 de septiembre de 1998, ha interpretado que la reversión, aunque hunda sus raíces en el derecho dominical expropiado, es un derecho nuevo y autónomo, que no nace ni con el acuerdo de expropiación ni con la consumación de ésta sino que surge cuando se dan los supuestos contemplados por el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 de su Reglamento, lo que determina que se rija por la ley vigente en el momento de ejercitarse, aunque el expediente de expropiación se hubiera iniciado bajo la vigencia de una ley distinta, la cual no contemplase tal derecho o lo regulase de otro modo».

Por tanto, si en la entrada en vigor de la Ley no se había producido el evento que genera la reversión, quiere decirse que la mera presentación de la solicitud no cubre en modo alguno aquellos supuestos de reversión que nazcan después de ella, porque eso equivaldría a dejar sin contenido el nuevo régimen jurídico por la mera voluntad de los eventuales reversionistas en relación con un supuesto derecho que no se ha producido mientras aquel régimen jurídico estaba en vigor.

Podrá ser discutible si una determinada conducta o acción de la Administración da lugar o no al derecho de reversión según la Ley de 16 de diciembre de 1954, pero no que quede congelado aquel régimen y en relación con cualquier iniciativa que la Administración adopte para el futuro.

Por tanto, aunque se hayan presentado solicitudes de reversión para cualquier género de bienes expropiados por la Administración antes del 6 de noviembre de 1999, no quiere decir que por el mero hecho de su presentación quede indefinidamente en situación de aplicación el régimen anterior si el evento determinante de la reversión no se ha producido también antes de esa fecha.

6. LA REVERSIÓN DE LAS CESIONES GRATUITAS

Por último cabe plantear que hayan quedado fuera casos análogos e incluso más justificados de reversión como son los derivados de cesiones gratuitas y obligatorias cuando se modifica el planeamiento y los bienes cedidos para equipamiento pasan a ser susceptibles de aprovechamiento lucrativo, negados en algunas ocasiones y que representan en cierto modo un fraude de ley al incrementar las cesiones legales de aprovechamiento más allá de los límites impuestos por la Ley (43).

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ
Registrador de la Propiedad

(43) Ya nos referimos a la procedencia de la reversión en estos casos en nuestra obra *El aprovechamiento urbanístico*, LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, pág. 150 y sigs. MARTÍN BASSOLS en el libro titulado *Urbanismo: función pública y protección de derechos individuales*, publicado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Consejo General del Notariado, en el trabajo *Expropiaciones urbanísticas*, refiriéndose al texto en nuestra obra citada dice, en la página 273: «las cesiones obligatorias no dejan de ser una fórmula de privación de la propiedad, aunque por un procedimiento distinto al de la expropiación forzosa en el que análogamente los cambios del planeamiento pueden determinar mutaciones en su uso que justifiquen los supuestos de reversión a sus primitivos dueños. En opinión de Vicente Laso, el reversionista en estos casos no sería tanto el primitivo propietario como la comunidad de reparcelación o de compensación de acuerdo con sus respectivas cuotas. Los supuestos legales de reversión de estas cesiones están simplemente esbozados en el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística y en los artículos 154.2 y 205.3 del Texto Refundido de 1992». Una jurisprudencia aislada y poco cuidadosa ha sido hasta ahora contraria.

La documentación electrónica. Sus implicaciones jurídicas en el Registro de la Propiedad (1)

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y FINALIDAD DE LA DIRECTIVA SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA.—II. EL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE, SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA. SU POSIBLE PRESENCIA EN EL ÁMBITO NOTARIAL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA. 2. ÁMBITO DE EXCLUSIÓN (EXCLUSIONES DE LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO).—IV. EFICACIA JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA: 1. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATANTES. 2. LA FUERZA PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS. 3. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. EN PARTICULAR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL VALOR DE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS.—V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN: 1. OBLIGACIONES. 2. RÉGIMEN JURÍDICO. 3. RESPONSABILIDAD.—VI. EL REGISTRO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA: 1. REGULACIÓN LEGAL. 2. CONTENIDO DEL REGISTRO. 3. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO.

I. ANTECEDENTES Y FINALIDAD DE LA DIRECTIVA SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA

Es evidente que en las puertas del siglo XXI el fenómeno de las nuevas tecnologías ha alcanzado un grado de desarrollo tal que está contribuyendo a

(1) El autor ha sido el representante del Ministerio de Justicia para la elaboración del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de noviembre, sobre firma electrónica, junto con el también Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS.

la rápida transformación de los hábitos de las empresas, de los consumidores, de las Administraciones y, en definitiva, la propia configuración de las sociedades avanzadas. En particular las llamadas «autopistas de la información» que permiten, mediante la conversión de la información en impulsos electrónicos, su transmisión a grandes distancias de forma casi instantánea, ha abierto un abanico de posibilidades insospechadas, permitiendo la aparición de fenómenos como el teletrabajo, la creación de entornos virtuales compartidos y, muy especialmente, la contratación electrónica, que dota de una nueva dimensión al comercio internacional haciendo de todo el planeta un único mercado virtual.

En este sentido presenta una especial trascendencia la aparición de redes abiertas de ordenadores como Internet, cuyo uso ha cobrado recientemente un ritmo de crecimiento exponencial. Todo ello conduce a la constatación de que las nuevas tecnologías y su aplicación a diversos terrenos de la vida social y económica y, especialmente, a la contratación en su modalidad electrónica presente importantísimas implicaciones jurídicas. Consciente de ello y de las posibilidades que el comercio electrónico le brinda en orden a su integración económica, la Unión Europea se ha puesto a trabajar en la elaboración de un proyecto de Directiva que aborde la regulación de tales implicaciones jurídicas.

Hace ya años que la Comisión Europea en su célebre informe «Del acta única al post-Maastricht» explicaba que «en el sector de las telecomunicaciones, el objetivo principal consistirá en mejorar las conexiones transfronterizas de las redes de datos. La Comunidad también deberá fomentar el desarrollo de las conexiones telemáticas entre las diferentes administraciones nacionales».

Pues bien, recientemente la Comisión Europea en su Comunicación «*Iniciativa europea de comercio electrónico*» (2), presentada el 16 de abril de 1997 al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, señalaba que la firma digital es un instrumento esencial para fomentar la seguridad y la confianza en las redes abiertas y en el comercio canalizado a través de las mismas. Igual conclusión se contiene en la Declaración de Bonn (3), emitida por la Conferencia Ministerial Europea sobre «*Las redes mundiales de información*», celebrada en la citada ciudad alemana en julio de 1997.

Partiendo de estos criterios, la Comisión presentó el 8 de octubre de 1997 al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones una nueva comunicación sobre «*El fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica - Hacia un marco*

(2) COM (97) 157 final, 16-4-1997.

(3) Conferencia Ministerial Europea «Las redes mundiales de información: aprovechar su potencial», Bonn 6/8-7-1997.

europeo para la firma digital y el cifrado» (4). Por su parte, el 1 de diciembre de 1997, el Consejo dio su refrendo a la comunicación y pidió a la Comisión que presentase una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre firma digital a la mayor brevedad posible.

A raíz de la publicación de la citada Comunicación y como resultado de las reuniones celebradas con los Estados miembros, representantes del sector privado (especialmente la industria de la criptografía) y un grupo de expertos reunidos en la Conferencia Internacional de Copenhague (5), la Comisión alcanzó una serie de conclusiones en las que se basa la propuesta de Directiva, y que enunciadas sintéticamente son las siguientes:

1. la existencia de una iniciativa legislativa creciente sobre este tema por parte de los Estados miembros supone un peligro de fragmentación del mercado interior que obliga a adoptar un proceso de armonización a nivel europeo;
2. una Directiva europea sobre firma electrónica debe ser neutral desde un punto de vista tecnológico, de forma que debe comprender no sólo la figura actualmente más evolucionada (la firma digital basada en la criptografía de clave asimétrica pública y privada) (6), sino cualquier otro tipo de firma electrónica actualmente existente o que surja en el futuro;
3. conveniencia de evitar los sistemas de autorización previa obligatoria para los proveedores de servicios de certificación, sin perjuicio de posibles sistemas de acreditación voluntarios, con objeto de incrementar la confianza de los consumidores;
4. excluir del ámbito de la Directiva la regulación de la firma electrónica utilizada por grupos cerrados;
5. garantizar el reconocimiento jurídico de la firma electrónica y la libre prestación de los servicios de certificación.

Como veremos después, las conclusiones anteriores, cabalmente recogidas en la Propuesta de Directiva presentada por la propia Comisión el 13 de mayo de 1998, sobre un marco común para la firma electrónica (7), presentan implicaciones notables para los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, y no dejan de revelar aspectos novedosos y complejos sujetos a fuerte controversia (8).

(4) COM (97) 503 final, 8-10-1997.

(5) Conferencia Internacional, Copenhague, 23/24-4-1998.

(6) «Infra» se expondrán abreviadamente los rudimentos de este tipo de firma digital.

(7) COM (1998) 297 final.

(8) Así se aprecia de las posturas enfrentadas que se observan por parte de las Delegaciones de los Estados miembros en el seno del Consejo de Telecomunicaciones que ha tratado este tema en sus reuniones de los días 10 de junio, 2 de julio y 16 de julio de 1998, celebradas en Bruselas.

Finalmente, parece pesar también en el ánimo de las autoridades europeas la preocupación de quedar relegados de un proceso que evoluciona rápidamente, y que de hecho ya ha dado lugar a importantes iniciativas en el plano internacional, como la adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDCI), que ya ha aprobado una ley-tipo de comercio electrónico y ha empezado a trabajar en la preparación de normas uniformes en materia de firma digital. Por su parte, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha elaborado Directrices de política criptográfica en 1997, y otras organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de Comercio (OMC), igualmente han expresado su interés por este tema.

En suma, conviene ir preparando las soluciones jurídicas de los nuevos retos que están surgiendo, fruto de esta novedosa situación que se ha definido, con cierto regusto finisecular, como «el ocaso de la civilización del papel», en la que se anuncia el declive de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental, y la desaparición física de documentos básicos para el derecho mercantil, tales como los conocimientos de embarque, las cartas de crédito, etc. (ALVAREZ-CIENFUEGOS) (9).

II. EL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE, SOBRE FIRMA ELECTRONICA

El Congreso de los Diputados ha convalidado, el pasado día 21 de octubre, el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

Este Real Decreto-ley que ahora se convalida, persigue establecer una regulación clara del uso de la firma electrónica, atribuyéndole eficacia jurídica, y prevé el régimen aplicable a los prestadores de servicios de certificación. Igualmente este Real Decreto-ley crea el Registro en el que habrán de inscribirse estos prestadores de servicios, regula la expedición y pérdida de eficacia de los certificados, el régimen de su inspección administrativa y tipifica las infracciones y sanciones que se establecen para garantizar su cumplimiento.

Esta regulación se fundamenta en la iniciativa de la Comisión Europea que ha dado lugar a un proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre firma electrónica, que recibió el informe favorable del Consejo de Ministros de Telecomunicaciones de la Unión Europea, celebrado el 22 de abril de 1999, y que ha sido definitivamente aprobada el 30 de noviembre de

(9) ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JOSÉ MARÍA, «Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos», en *La Ley*, 1992-4, pág. 1022.

1999. Con ello España se anticipa a la adopción definitiva de la Directiva y pasa a integrar el grupo de países europeos de vanguardia que han legislado ya el uso de la firma electrónica en sus respectivos Ordenamientos, como son Alemania e Italia, que cuentan con sendas leyes sobre la materia desde 1997. Precisamente para dejar abierta la puerta de la incorporación de las posibles modificaciones que se introduzcan en la Directiva a raíz de la segunda lectura del Parlamento Europeo, el acuerdo del Congreso de los Diputados que convalidó el Real Decreto-ley, decidió la tramitación del texto como proyecto de Ley por el trámite de urgencia, conforme al artículo 86.3 de la Constitución española.

Además del Proyecto de Directiva (ahora ya Directiva), este Real Decreto-ley va precedido de diversas normas y estudios llevados a cabo por distintos organismos internacionales. Entre las más destacadas cabe citar la Ley modelo sobre comercio electrónico, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobada en 1996, y las Directrices de política criptográfica de la OCDE de 1997. No puede tampoco dejar de mencionarse el actual proyecto de Directiva sobre ciertos aspectos jurídicos del comercio electrónico, actualmente en fase de lectura por parte del Consejo Europeo y en estado muy avanzado de elaboración (cuya última reunión tuvo lugar el jueves y viernes pasado en Bruselas).

Por otra parte, en nuestro país ya existían con anterioridad a este Real Decreto-ley diversas normas que regulaban la transmisión telemática de información con utilización de firma electrónica o de otros medios de autenticación electrónica. Así ocurre en el ámbito tributario, al existir la posibilidad de presentar las declaraciones del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas por medios telemáticos (desde 1999), en el ámbito de la Seguridad Social, en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación (desde 1996), o respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores a la que pueden remitir las entidades supervisadas la información periódica que deben suministrar por medios telemáticos (desde 1998).

Es decir, las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones y de transmisión de datos por vía electrónica ha venido siendo utilizada primordialmente por las empresas para la transmisión masiva de información a la Administración. Ahora bien, el rápido crecimiento de las «autopistas de la información» durante la actual década genera la infraestructura necesaria para generalizar el uso de los sistemas de intercambio electrónico de datos tanto en las relaciones comerciales entre consumidores y empresas, como en la comunicación entre los particulares y las Administraciones Públicas, explotando con ello todas las posibilidades que para el desarrollo económico genera Internet.

Para alcanzar este objetivo es necesario fortalecer la seguridad de esas comunicaciones y transacciones, tanto desde un punto de vista técnico como

jurídico. Ambos aspectos constituyen el objetivo de este Real Decreto-ley, en cuyo marco jurídico la firma digital (10) cumple, en relación con los documentos electrónicos, las dos principales características que se atribuyen a las firmas manuscritas, esto es, la autenticación (permitiendo la identificación del autor del documento) y la garantía de la integridad (al permitir asegurar que el mensaje no ha sido manipulado después de su firma, detectando cualquier alteración). Además de ello, la utilización de la citada tecnología de firma digital permite cifrar el contenido del documento, de forma que «viaja» por la red encriptado, impidiendo así su conocimiento por terceros no autorizados, con lo que se consigue un tercer efecto de confidencialidad.

Ahora bien, la firma electrónica para lograr la primera de las funciones indicadas, la identificación del autor del documento, lo que hace es asociar la clave privada utilizada para firmar el documento —que se encuentra bajo el exclusivo control del signatario— (11) a una clave pública que permite verificar dicha firma —que es de acceso público—. Pero esta asociación de clave privada y pública ha de complementarse por medio de un certificado electrónico que acredita que la clave pública del signatario o firmante pertenece realmente a su titular. Esto requiere que previamente a la expedición de la clave pública correspondiente alguien fiable «identifique» realmente —generalmente mediante comparecencia física y exhibición de los documentos personales de identidad— al titular al que se va a asociar unívocamente y en exclusiva esa clave pública. Esta importante función de identificación y de generación de claves ha de ser realizada por un tercero de confianza, persona física o jurídica, que el Real Decreto-ley denomina Prestadores de Servicios de Certificación.

Es evidente que el modo de uso de la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la definición de los requisitos bajo los que los Prestadores de Servicios de Certificación han de desarrollar su actividad requieren de una regulación legal de tipo horizontal que es la abordada en este Real Decreto-ley.

(10) Basada en la utilización de las denominadas «claves asimétricas» o sistema criptográfico de clave pública.

(11) Generalmente se encuentran incorporadas a tarjetas inteligentes, similares a las de crédito, que incorporan un chip que contiene información de su titular, la entidad que la ha emitido y el conjunto de bits en que consiste la clave. Estas tarjetas son de uso personal e intransferible por estar protegidas por un password o código secreto que sólo su titular conoce.

III. AMBITO DE APLICACION DEL REAL DECRETO-LEY SOBRE FIRMA ELECTRONICA. SU POSIBLE PRESENCIA EN EL AMBITO NOTARIAL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. AMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA

Ya hemos visto el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley en sentido positivo, es decir, aquello que incluye. Pero la definición de este ámbito se complementa determinando sus límites exteriores, es decir, aquello que no incluye ni afecta.

Esta delimitación negativa del ámbito de aplicación de la firma electrónica la establece el artículo 1.º párrafo 2 del Real Decreto-ley que dispone lo siguiente:

«2. Las disposiciones contenidas en este Real Decreto-ley no alteran las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones.

Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos».

Este precepto contiene una importante aclaración sobre dos aspectos diferentes:

- a) el mecanismo de imputación de una declaración de voluntad o de conocimiento a un determinado sujeto de derecho por la vía de la firma electrónica se ha de enmarcar en el ámbito del principio general de libertad de forma existente en nuestro Derecho de las obligaciones y contratos (cfr. arts. 1.254 y 1.258 del Código Civil) y en el ámbito de la prueba de las obligaciones (cfr. arts. 1.214 y siguientes del Código Civil), por lo cual la regulación contenida en el Real Decreto-ley 14/1999, no altera las normas sobre formación (consentimiento, objeto, causa y forma), y sobre validez y eficacia de los contratos y otros actos jurídicos. Por tanto, cuando la eficacia de los contratos esté subordinada al otorgamiento de escritura pública u otra forma especial, continuarán rigiendo las normas de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil y disposiciones concordantes de la legislación hipotecaria, mercantil y notarial. Igualmente se mantienen los requisitos de forma de carácter constitutivo o *ad solemnitatem*;

- b) la intervención en el proceso de firma electrónica de un prestador de servicios de certificación mediante la afirmación (garantizada por la vía de la imputación al mismo de responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados) de que una determinada clave pública —la correspondiente a la clave privada con que ha sido firmado el documento— pertenece inequívocamente al signatario del documento, no reviste el carácter de fe pública, por lo que no sustituye la intervención de los fedatarios públicos (notariales, judiciales o administrativos) prevista en nuestras Leyes. Por tanto, los documentos firmados electrónicamente, aún cuando la firma tenga carácter «avanzado», no constituyen documentos públicos, a pesar de que puedan garantizar la autenticidad del documento y la integridad de su contenido (existencia o hecho de su otorgamiento, autoría, contenido íntegro e, incluso, fecha de su envío y recepción, en caso de haberse utilizado un servicio de consignación de fecha y hora o «time stamping» —cfr. art. 5.1 y 12.a) del Real Decreto-ley 14/1999—.

Este criterio resulta congruente con la condición de servicio sujeto al régimen mercantil común de las personas, empresas y entidades que actúen como prestadores de servicio de certificación, los cuales actuarán como tales libremente sin necesitar ninguna autorización previa —y en régimen de libre competencia (vid. art. 4.1 del Real Decreto-ley 14/1999), y resulta igualmente coherente con el carácter de los documentos públicos en nuestro Derecho, que se definen precisamente por razón de la cualificación subjetiva pública de quien los autoriza. Así resulta del artículo 1.216 del Código Civil y sus concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al restringir la condición de documentos públicos a «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley».

Ahora bien, lo anterior no excluye que cumplido este requisito subjetivo de autorización por Notario o empleado público, los documentos electrónicos no puedan ser considerados como documentos públicos o, dicho de otro modo, que los documentos públicos no se puedan otorgar en forma electrónica.

Así resuelta expresamente reconocido en relación con los documentos administrativos por el artículo 45.5 de la Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con los documentos administrativos [ya que en concordancia con el artículo 46.4 de la misma en que se atribuye «la consideración de documento público administrativo a los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas», establece que «Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos

medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes».

Igual reconocimiento se contiene respecto de los documentos judiciales en el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (redactado por LO de 8 de noviembre de 1999), bajo los mismos requisitos de garantizar la autenticidad e integridad del documento.

E igual reconocimiento se ha de sostener con respecto a los documentos públicos notariales tanto por evidentes razones de analogía con las disposiciones citadas, como por razón de que el principio de equivalencia con la firma manuscrita de la electrónica establecido por el artículo 3 del Real Decreto-ley 14/1999, no excluye ningún ámbito de actuación documental, por lo que no cabe interpretar restrictivamente tal principio, con la inaceptable consecuencia no ya de limitar sino de impedir su aplicación al campo de actuación notarial, a cuyo principio de equivalencia, por razón del rango legal de su norma sancionadora, han de quedar subordinadas las normas de carácter reglamentario que disciplinan las formalidades de elaboración de los instrumentos públicos.

Cuestión interesante es la relativa a si los documentos públicos autorizados ante Notario pueden ser firmados electrónicamente y remitidos por vía telemática a los Registros de la Propiedad y Mercantiles al objeto de su calificación y despacho, atendido el principio de titulación pública que rige para los documentos que pretendan su acceso a los Registros (art. 3 de la Ley Hipotecaria y 18.1 del Código de Comercio). Para resolver tal cuestión se ha de partir nuevamente del concepto de documento público como el autorizado por Notario o funcionario público «con las solemnidades requeridas por la Ley».

En relación con las «solemnidades requeridas por la Ley», deben analizarse separadamente, según la naturaleza del documento de que se trate, notarial, judicial o administrativo. En cuanto a los documentos notariales, su redacción, otorgamiento y autorización están sujetos a un conjunto muy variado de requisitos de fondo y forma. En cuanto a los requisitos de fondo no se ven afectados por el hecho de la extensión del instrumento en soporte electrónico o magnético: afirmaciones del Notario sobre presencia de las partes, lectura del documento y consentimiento de aquéllos al contenido de éste, juicio favorable del mismo Notario sobre la identificación de los otorgantes y sobre su capacidad para la celebración del acto o contrato, unidad de acto, división del instrumento en partes prefijadas (comparecencia, parte expositiva y dispositiva y autorización), advertencias legales, y en cuanto a las copias, indicación del ordinal de copia de que se trata y de la persona a cuyo favor se expide, etc.

Todos estos requisitos no se ven afectados puesto que su cumplimiento tiene lugar al tiempo de la creación de la matriz del instrumento, en tanto que lo que se aporta al Registro de la Propiedad o Registro Mercantil para su

presentación, calificación y despacho es una «copia auténtica» de dicha matriz, es decir, su traslado o reproducción literal total o parcial, autorizada, a su vez, por el Notario, en cuyo poder se halle aquélla legalmente (12).

Distinto es también el caso de los requisitos meramente formales a que queda sujeta la creación del instrumento público: extensión del documento y de sus copias en papel timbrado, numeración de los folios, sello y rúbrica de los mismos, utilización de caracteres indelebles en su redacción, signo, firma y rúbrica del documento al pie de la nota de expedición de copia, constancia de la expedición de copia en la matriz, etc. Los efectos que se reconocen al instrumento público de carácter probatorio, ejecutivos y de legitimación en el tráfico justifican que su confección se someta a requisitos formales rigurosos como los citados, con el fin de garantizar su autenticidad.

Pero precisamente el hecho de que esta última pueda ser asegurada mediante mecanismos distintos, basados en las nuevas tecnologías, con un nivel de fiabilidad equivalente al de las técnicas tradicionales, hacen que el conjunto de tales requisitos formales deban ser interpretados de acuerdo con su finalidad de forma subordinada a su necesaria compatibilidad con la nueva regulación de la firma electrónica, de manera tal que, quedando garantizada la finalidad de asegurar la autenticidad del documento por otras vías, no cabe que tales formalidades se erijan en obstáculo insalvable para el empleo de la firma electrónica en el ámbito notarial.

Esta consideración se ha de poner en conexión con la función calificadora del Registrador que, en relación con los documentos notariales, se extiende a «la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción», conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, aclarando el artículo 98 de su Reglamento tal expresión en el sentido de que «el Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos». Idéntico criterio se establece en el ámbito del Registro Mercantil por el artículo 58.2 de su Reglamento. Por tanto, sólo aquellas faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos que afecten a su validez, produciendo su nulidad, pueden ser calificadas por el Registrador como faltas o defectos que impiden su inscripción en el Registro. Pues bien, esta sanción de nulidad por su severidad viene asociada en la legislación notarial (cfr. arts. 24 a 27 de la Ley del Notariado) a las faltas de mayor

(12) Cuestión distinta, que ahora no se prejuzga, es la de si cabe o no la posibilidad de utilizar las técnicas de comunicación telemática con firma electrónica para celebrar contratos a distancia instrumentados en forma pública mediante la intervención notarial en su formalización.

gravedad: omisión del nombre del Notario o de los otorgantes, omisión de la fecha, incompetencia del Notario o la omisión por éste de su firma, falta de dación de fe de conocimiento, falta de la firma de las partes o falta de lectura del instrumento, omisiones y faltas que privan al documento de su carácter público degradando a la condición de privado (cfr. art. 1.223 del Código Civil), pero que son por completo ajenas e independientes del tipo de soporte (papel o electrónico) que se utilice para la creación del documento.

Por estos propios fundamentos y en base a una cobertura normativa más directa, se ha de aplicar la misma conclusión favorable en el caso de los documentos administrativos y judiciales, respecto de los que sus respectivas Leyes reguladoras contemplan expresamente la validez de tales documentos en soporte informático o electrónico, siempre que reúnan garantías que aseguren su autenticidad, integridad y conservación, garantías que proporciona la firma electrónica avanzada. Y ello sin perjuicio de la calificación por parte del Registrador de la concurrencia de los especiales requisitos que en orden a verificar tales garantías establezcan las normas en cada caso aplicables. Así, en relación con los documentos administrativos el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, introduce ciertos requisitos adicionales, tales como la aprobación y difusión pública de los programas y aplicaciones informáticas utilizados en el ejercicio de la potestad administrativa (art. 5), garantías de que los códigos y sistemas empleados para la producción de documentos administrativos están protegidos respecto a su utilización por personas no autorizadas (art. 6.1), etc.

2. AMBITO DE EXCLUSIÓN DE LA DIRECTIVA

El ámbito de exclusión de la firma electrónica no queda completo sin una referencia al proyecto de Directiva sobre comercio electrónico. El artículo 9.2 del proyecto de Directiva citada contempla un ámbito de exclusión del campo de aplicación de la misma que podrán decidir los propios Estados miembros, es decir, sólo quedan excluidos si así lo determinan los propios Estados, en relación con los contratos que se citan en el mismo precepto. Estos contratos son los siguientes:

- «a) contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento;
- b) contratos que requieran por Ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan autoridad pública;
- c) contratos de crédito y caución concedidos, y garantía en forma de títulos presentados por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión;
- d) contratos (*sic*) sujetos al Derecho de familia o de sucesiones».

Resulta correcto el reconocimiento de la necesidad de excluir determinados tipos de contratos ajenos a la necesidad de agilidad y celeridad que preside la contratación mercantil, como pueden ser los contratos societarios, los documentos de carácter sucesorio, los relativos al ejercicio de facultades familiares, los compromisos matrimoniales, los contratos de trabajo (13) o los contratos sobre bienes inmuebles, así como toda aquella documentación que responde a principios formalistas o en que la forma documental tenga carácter constitutivo o *ad solemnitatem* (hipotecas, donaciones y aportaciones de inmuebles a sociedades, enfiteusis, capitulaciones matrimoniales, formas testamentarias regladas, etc.), así como aquellos documentos mercantiles de giro de carácter «formal», como la letra de cambio o el cheque.

En todos los casos citados ni se requiere de la inmediatividad como elemento consustancial a la transacción que los tenga por objeto, ni se compadecen bien con el carácter de contratación entre ausentes que presentan la contratación electrónica ni con su grado de fiabilidad, que si es elevado no puede equipararse hoy por hoy con la seguridad de la contratación intervenida con forma documental pública entre presentes y con unidad de acto.

Desde luego, pueden señalarse como paradigmáticos los casos de los compromisos matrimoniales o los contratos sobre el derecho de propiedad de los bienes inmuebles (excluidos, por lo demás, del Tratado de Roma en su art. 221).

La exclusión relativa a los contratos en que haya de intervenir un Notario encuentra su fundamento en el propio hecho de ser esta intervención necesaria, así como en la función notarial de apreciación de la capacidad de obrar de los otorgantes para el acto o contrato de que se trate.

IV. EFICACIA JURIDICA DE LA FIRMA ELECTRONICA

1. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATANTES

Actualmente la manifestación de la voluntad puede operarse por vía telemática o por vía electrónica a través de una red de ordenadores, ya sea abierta o cerrada, y principalmente a través de Internet, fenómeno que trata de regular la actual Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico. Pues bien, para que la voluntad manifestada sea relevante es necesario conocer a quién corresponde y constatar que la manifestación conocida corresponde con lo efec-

(13) Uno de los considerandos de la propuesta de Directiva excluye los contratos de trabajo del concepto «servicios de la sociedad de la información», por lo que no es precisa su incorporación al artículo 9.2, al quedar directamente excluidos del ámbito de la Directiva.

tivamente manifestado por el sujeto. Surgen así las cuestiones relativas a la identidad de las partes y a la fiabilidad e integridad del mensaje.

En un documento escrito se suele utilizar la firma como instrumento o mecanismo de atribución de las manifestaciones contenidas en el mismo. Asimismo, el contenido de las manifestaciones queda predeterminado de forma cierta e inequívoca en los términos expresados por el escrito firmado. Iguales resultados se pueden llegar a alcanzar en el caso de que la manifestación se realice por medios informáticos.

En las redes comerciales abiertas (internet) se ha generalizado como instrumento de seguridad para garantizar la identidad del sujeto emisor de un mensaje electrónico, así como el contenido del mismo, las denominadas firmas electrónicas.

Esta garantía de identificación del sujeto es necesaria para evitar los numerosos interrogantes que en su ausencia se producirían, como los siguientes: ¿Cómo se garantizará en la contratación electrónica la identidad de los sujetos que intervienen en la misma? ¿A quién vincularán los contratos concertados desde un terminal de ordenador de una empresa o de un domicilio particular? ¿Al titular de la empresa o al empleado que tenga asignado el terminal a su puesto de trabajo? ¿*Quid iuris* si existen varios turnos de trabajo en el mismo puesto? ¿Vinculará el contrato hecho desde un terminal de un domicilio privado al dueño del mismo con un criterio de «responsabilidad objetiva»? ¿Cómo se garantizará que el contrato no ha sido acordado por un menor de edad sin capacidad jurídica para obligarse? Parece necesario dar alguna respuesta a tales interrogantes, aludiendo al tema de la firma digital por cualquiera de los medios o procedimientos a que antes hemos aludido.

Es esta una materia de la que se inhibe casi por completo la propuesta de Directiva sobre comercio electrónico (actualmente en fase de segunda lectura en el Consejo Europeo), por lo que corresponderá a los Estados miembros regular el uso de la firma electrónica o de otros mecanismos de autenticación en las comunicaciones y contratación electrónica.

Pues bien, **en cuanto a la eficacia de la firma electrónica**, el artículo 3 del citado Real Decreto-ley establece que:

«1. La firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta, según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales.

Se presumirá que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir los efectos indicados en este aparta-

do, cuando el certificado reconocido en que se base haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado, con arreglo a lo establecido en el artículo 21.

2. La firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica» (es decir, tendrá el carácter de principio de prueba por escrito).

Por tanto, el principio de equivalencia del valor jurídico que se establece entre la firma electrónica —en relación con los documentos electrónicos— y la firma manuscrita —en relación con los documentos en soporte papel— queda circunscrito en el Real Decreto-ley a aquellos casos en que la firma electrónica tenga el carácter de «avanzada», entendiéndose por tal la firma electrónica que «permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos» [cfr. art. 2.b) Real Decreto-ley 14/1999]. Es decir, se trata de una modalidad de firma electrónica que cumple, en relación con los documentos electrónicos, las dos principales características que se atribuyen a las firmas manuscritas, esto es, la autenticación (permitiendo la identificación del autor del documento) y la garantía de la integridad (al permitir asegurar que el mensaje no ha sido manipulado después de su firma, detectando cualquier alteración).

Ahora bien, para poder calificar jurídicamente una firma electrónica como «avanzada» es preciso cumplir todos los requisitos a que tal calificación se encuentra legalmente subordinada. Estos requisitos son:

1. Estar basada la firma en un certificado «reconocido», esto es, que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 8 del Real Decreto-ley 14/1999 (14);

(14) Artículo 8. Requisitos para la existencia de un certificado reconocido.

«Los certificados reconocidos, definidos en el artículo 2.j) de esta ley, contendrán, como mínimo, lo siguiente:

La indicación de que se expiden como tales.

El código identificativo único del certificado.

La identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado, indicando su nombre o razón social, su domicilio, su dirección de correo electrónico, su número de identificación fiscal y, en su caso, sus datos de identificación registral.

La firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado.

La identificación del signatario, por su nombre y apellidos o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca. Se podrá incluir consignar en el certifi-

2. Haber sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, entendiendo por tales los que cumplen las exigencias previstas por el artículo 19 del Real Decreto-ley 14/1999.

Además de ello, para que la firma electrónica avanzada goce de la presunción legal favorable a la eficacia equivalente a la firma manuscrita establecida por el párrafo segundo del artículo 3.1 del citado Real Decreto-ley (atribuyendo con ello la carga de la prueba procesal a quien alegue error o falsedad en el documento firmado electrónicamente), se requieren dos requisitos suplementarios:

3. Que el certificado reconocido en que está basada la firma electrónica haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación «acreditado», conforme al procedimiento previsto en el artículo 6 del Real Decreto-ley y a las normas que en desarrollo del mismo puedan dictarse; es decir, hay que distinguir entre los Prestadores de Servicios de Certificación «acreditados» y los no acreditados. En principio, la prestación de estos servicios es libre y no está sometida a ningún tipo de autorización previa, pero existe un procedimiento voluntario llamado «acreditación» por el cual la Administración, previas las evaluaciones técnicas de rigor y en caso de ser éstas favorables, emite una resolución o documento oficial donde certifica que ese prestador cumple con las normas de calidad y seguridad establecidas en cuanto a sus procedimientos y a los productos y tecnología que emplea.

4. Que el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado, con arreglo a lo establecido en el artículo 21 del Real Decreto-ley, es decir, haya pasado satisfactoriamente los pertinentes controles de calidad por parte del órgano público competente sobre la base de los informes técnicos de una entidad evaluadora.

En definitiva, cabe afirmar que la firma electrónica avanzada tiene, por vía de presunción legal, el mismo valor jurídico, en relación con los docu-

cado cualquier otra circunstancia identificativa personal del titular, en caso de que sea significativa en función del fin propio del certificado y siempre que aquél dé su consentimiento.

En los supuestos de representación, la indicación del documento que acredite las facultades del signatario para actuar en nombre de la persona física o jurídica a la que represente.

Los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el exclusivo control del signatario.

El comienzo y el fin del período de validez del certificado.

Los límites de uso del certificado, si se prevén.

Los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen.

La consignación en el certificado de cualquier otra información en el certificado reconocido requerirá el relativo al signatario, requerirá su consentimiento del signatario que resulte afectado por ella expreso».

mentos electrónicos, que la firma manuscrita, respecto de los documentos en papel, garantizando, además, la autenticidad de la autoría del documento y la integridad o no alteración del mismo cuando cumple las cuatro condiciones antes enumeradas.

2. LA FUERZA PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

En cuanto a la fuerza probatoria queda sin resolver la asimilación de la firma electrónica a alguno de los tipos de prueba actualmente admitidos en nuestro Derecho: documento privado, reconocimiento judicial y/o pericial o confesión extrajudicial (en caso de reconocimiento del documento por parte de aquél al que obliga). Dadas las complejidades jurídicas que podrían surgir si se admitiese la asimilación plena al documento privado (exigibilidad del reconocimiento de la propia firma en juicio, obligación de declaración de conocimiento por los herederos, fecha desde la que el documento privado se contará frente a terceros, art. 1.225 y siguientes del Código Civil), parece preferible su reconducción a la categoría de la prueba de reconocimiento judicial y pericial, que permite una mayor libertad de apreciación de la misma por parte de los Tribunales.

En el caso del **Derecho italiano** estas dificultades prácticas han tratado de ser salvadas por medio de la denominada autenticación notarial de la firma electrónica. En concreto, el artículo 5 del Reglamento de 10 de noviembre de 1997, regula la eficacia probatoria del documento informático, en el sentido de que el documento informático firmado con firmas digitales tiene la eficacia de documento privado. El artículo 16 del mismo Reglamento, por su parte, hace una especial referencia a la intervención del notario, acuñando la figura de la «firma digital autenticada», teniendo por reconocida a los efectos del artículo 2.703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario, u otro oficial público autorizado. El propio artículo 16 define lo que debe entenderse por la autenticación de la firma digital, que consistirá en la declaración por parte del oficial público, de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo el aseguramiento de su identidad personal, de la validez de la llave pública y del hecho de que el documento firmado responde a la voluntad de la parte, y no es contrario a Ordenamiento Jurídico. De forma coherente con ello, el mismo artículo establece a continuación que la aposición de la firma digital por parte del oficial público integra y sustituye a todos los fines de las leyes, la aposición de los sellos, punzones, timbres, contraseñas y marcas de cualquier modo previsto (15).

(15) Además, aclara que se entiende enviado y recibido al destinatario, si se transmite a la dirección electrónica por éste declarada, teniendo en cuenta que la fecha y hora

El artículo 6 establece que las copias sobre soporte informático de los documentos formados en origen sobre soporte papel o de cualquier modo no informático, sustituyen, a todos los efectos legales, a sus originales si su conformidad con el original está autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado, con declaración escrita en el documento informático.

En cualquier caso parece claro que la asimilación de los documentos electrónicos no debe hacerse en ningún caso a los documentos públicos, ya que éstos se definen en función de su autorización por un notario o funcionario público (art. 1.216 del Código Civil), cualidad que no concurre en las denominadas «Entidades certificantes».

Siguiendo en el ámbito del Derecho Comparado, **Alemania**, que además de Italia, ha sido pionera en la materia mediante la Ley sobre Signatura Digital de 13 de junio de 1997, se decanta por la tesis que niega al documento electrónico la condición de documento en el sentido tradicional y, por consiguiente, sólo puede ser admitido su valor probatorio como objeto de reconocimiento judicial, según la interpretación mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia alemanas.

3. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. EN PARTICULAR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL VALOR DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

El Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de desarrollo del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993, sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados incluye como hecho imponible de este último el libramiento de cualquier documento de giro mercantil (letra, cheque, pagaré, etc.) «en cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa» (art. 76.3). Este precepto fue impugnado por la Asociación Española de Banca Privada ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, pretendiendo la declaración de nulidad del inciso «incluidos los informáticos».

La tesis sostenida en el recurso por la Asociación Española de Banca Privada se basaba en considerar que el requisito de la firma escrita constituye un elemento esencial para que se pueda producir el giro, esto es, la existencia de un documento de naturaleza cambiaria, por lo que entendía que ningún documento de soporte magnético podía generar ese efecto de giro que justifica la tributación.

de formación, de transmisión o de recepción de un documento informático redactado de conformidad con las disposiciones del Reglamento, será oponible a terceros, y que la transmisión del documento informático por vía telemática con modalidad que asegura la futura recepción, equivale a la notificación por medio de correo en los casos permitidos por la Ley.

El Tribunal Supremo en dos sentencias de 3 de octubre y 3 de noviembre de 1997, rechaza esta tesis y considera que un soporte magnético puede producir efectos de giro, si bien condicionalmente, al exigir que las características del documento permitan establecer la autenticidad y autoría y, en especial, la firma de quien asume su contenido y la efectividad de su clausulado. En cuanto al requisito de la firma en particular, declara que: «el documento electrónico (y en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido».

Esta jurisprudencia no constituye ningún salto en el vacío, sino que estaba ya asentada en diversos antecedentes que anunciaban esta misma postura del Alto Tribunal, que no sólo no rechazaba el valor probatorio del documento electrónico, sino que, además, lo había equiparado al documento de soporte papel tradicional dentro de los diversos medios de prueba admitidos en nuestro Ordenamiento. Así ocurrió en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1981, en la que declara que «si bien es cierto que tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando con un “escrito”, o sea, como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje..., ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que, sin tener esa condición, puedan hacer prueba fidedigna de aquéllos y que, por analogía, puedan equipararse a los mismos».

Con todo, no cabe concluir que exista una postura cerrada del Tribunal Supremo en el tema del encuadramiento de los modernos soportes tecnológicos entre los distintos medios de prueba previstos en nuestro Código Civil y en nuestra Ley ritual, y así la equiparación de tales soportes o «instrumentos» no se hace con la prueba documental sino con la del reconocimiento judicial en la más reciente sentencia de 30 de noviembre de 1992, que respecto de las cintas de vídeo, magnetofónicas y otros medios de reproducción sostiene que «en todo caso su utilización probatoria exige la necesaria y previa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previas».

En nuestro Derecho, por tanto, la jurisprudencia exige para atribuir tal concepto que quede «asegurada la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido», lo cual sólo se alcanzará plenamente en sede de reconocimiento judicial con la asistencia, en su caso, de peritos.

Esta parece ser la conclusión asumida igualmente por el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que, por un lado, se prevé la posibilidad de ejecución de créditos que se acrediten «mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan

firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor» (cfr. art. 807) y, por otra, que «también serán admisibles los medios de reproducción de la palabra» [lo que se ha de entender extensivo a los medios de grabación informática de texto] (art. 356.2), en cuyo caso «la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes» (art. 436.4).

No obstante, el Real Decreto-ley de firma electrónica ha querido simplificar el proceso probatorio estableciendo una prueba de presunción a favor de la firma electrónica cuando es avanzada al disponer el artículo 3.1, párrafo 2.º, que «se presumirá que la firma electrónica avanzada reúne las condiciones necesarias para producir los efectos indicados en este apartado, cuando el certificado reconocido se haya expedido por un prestador de servicios acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma se encuentre certificado con arreglo al artículo 21». Por tanto, el hecho de que se cumplan tales condiciones dispensa de toda prueba al favorecido por el documento que contenga dicha firma (cfr. art. 1.250 del Código Civil), por lo que su impugnación y la carga de la prueba tendente a la destrucción de tal presunción corresponde al perjudicado por la misma firma (cfr. art. 1.251 del Código Civil).

V. EL REGIMEN JURIDICO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACION

Los proveedores o prestadores de servicios de certificación se definen como la persona física o jurídica que expide certificados referidos a la identidad de las personas que envían mensajes electrónicos firmados digitalmente, pudiendo, además, prestar otros servicios en relación con la firma electrónica [art. 2.k)], y a los cuales el Real Decreto-ley somete a un conjunto de requisitos más o menos amplios en función de que expidan o no certificados reconocidos.

1. OBLIGACIONES

a) En caso de no expedir «certificados reconocidos», el Real Decreto-ley se limita a establecer las siguientes obligaciones básicas a cargo de los prestadores (cfr. art. 11):

- Comprobar debidamente por sí o por medio de una persona física o jurídica que actúe en su nombre, la identidad y cualesquiera circunstancias personales relevantes de los solicitantes de un certificado, utilizando cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

- Poner a disposición del signatario y, en su caso, de la persona física o jurídica por él representada, los dispositivos de creación y de verificación de firma electrónica.
- No almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que haya prestado servicios de gestión de claves, salvo que ésta lo solicite.
- Informar, antes de la emisión de un certificado, a la persona que solicite sus servicios, de su precio, de las condiciones precisas para la validez del certificado, de sus limitaciones de uso y de la forma en que garantiza su posible responsabilidad patrimonial.
- Mantener un Registro de certificados en el que quedará constancia de los emitidos y figurarán las circunstancias que afecten a la suspensión o pérdida de vigencia de sus efectos. A dicho Registro podrá accederse por medios telemáticos y su contenido estará a disposición de las personas que lo soliciten, cuando así lo autorice el signatario.
- En el caso de cesar en su actividad, los prestadores de servicios de certificación deberán comunicarlo de manera inmediata a los titulares de los certificados por ellos emitidos y, si estuvieran inscritos en él, al Registro de Prestadores de Servicios del Ministerio de Justicia.
- Solicitar la inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación el que se refiere en el artículo 7.

b) En caso de expedir «certificados reconocidos», las obligaciones son más rigurosas e incluyen los siguientes extremos (cfr. art. 12):

- Indicar la fecha y la hora en las que se expidió o se dejó sin efecto un certificado.
- Demostrar la fiabilidad necesaria de sus servicios.
- Garantizar la rapidez y la seguridad en la prestación del servicio. En concreto, deberán permitir la utilización de un servicio rápido y seguro de consulta del Registro de certificados emitidos y habrán de asegurar la extinción o suspensión de la eficacia de éstos de forma segura e inmediata.
- Comprobar la identidad y cualquier otra circunstancia personal, de las personas a las que afecte el certificado que se expide, conforme a lo previsto en Derecho.
- Emplear personal cualificado y con la experiencia necesaria para la prestación de los servicios ofrecidos en el ámbito de la firma electrónica y los procedimientos de seguridad y de gestión adecuados.
- Utilizar sistemas y productos fiables que estén protegidos contra toda alteración y que garanticen la seguridad técnica y criptográfica de los procesos de certificación a los que sirven de soporte.

- Tomar medidas contra la falsificación de certificados y, en el caso de que el prestador de servicios de certificación genere datos de creación de firma, garantizar su confidencialidad durante el proceso de generación.
- Disponer de los recursos económicos suficientes para operar de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y, en particular, para afrontar el riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios. Para ello, los que estén establecidos en España habrán de garantizar su responsabilidad frente a los usuarios de sus servicios y terceros afectados por éstos. La garantía a constituir podrá consistir en un afianzamiento mercantil prestado por una entidad de crédito o en un seguro de caución. Inicialmente, la garantía cubrirá, al menos, el 4 por 100 de la suma de los importes límite de las transacciones en que puedan emplearse el conjunto de los certificados que emita cada prestador de servicios de certificación. Teniendo en cuenta la evolución del mercado, el Gobierno, por Real Decreto, podrá reducir el citado porcentaje, hasta el 2 por 100.
- Conservar toda la información y documentación relativa a un certificado reconocido durante quince años. Esta actividad de registro podrá realizarse por medios electrónicos.
- Antes de expedir un certificado, informar al solicitante, utilizando un medio de comunicación fehaciente, sobre el precio y las condiciones precisas de utilización del certificado. Dicha información deberá incluir posibles límites de uso, la acreditación del prestador de servicios y los procedimientos de reclamación y de resolución de litigios previstos en las leyes y deberá ser fácilmente comprensible. Estará también a disposición de terceros interesados y se incorporará a un documento que se entregará a quien lo solicite. Para comunicar esta información podrán utilizarse medios electrónicos si el signatario o los terceros interesados lo admiten.
- Utilizar sistemas fiables para almacenar certificados, de modo tal que:
 - a) Sólo personas autorizadas puedan consultarlos, si éstos únicamente están disponibles para verificación de firmas electrónicas.
 - b) Únicamente personas autorizadas puedan hacer en ellos anotaciones y modificaciones.
 - c) Pueda comprobarse la autenticidad de la información.
 - d) El titular signatario o la persona autorizada para acceder a los certificados pueda detectar todos los cambios técnicos que afecten a los requisitos de seguridad mencionados.
- Informar a cualesquiera usuarios de sus servicios de la práctica que se comprometen a seguir, respetando la Ley y su disponibilidad.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

Según el artículo 4 del Real Decreto-ley: «1. La prestación del servicio de certificación no está sujeta a autorización previa y se realiza en régimen de libre competencia, sin que quepa establecer restricciones para los servicios de certificación que procedan de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea».

Este artículo recoge el principio general de que parte la propuesta de Directiva de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios por parte de las empresas dedicadas a la actividad de prestación de servicios de certificación.

Por tanto, no existe la obligación a cargo de los prestadores de servicios de someterse a un régimen de autorización previa, pero sí la posibilidad de sujetarse voluntariamente a un procedimiento de evaluación denominado «acreditación» regulado en el artículo 6 del Real Decreto-ley, y que básicamente consiste en una evaluación técnica sobre el cumplimiento de los requisitos antes vistos, que permite garantizar un adecuado grado de seguridad a los usuarios y verificar la solvencia económica y técnica del prestador.

Una duda que se ha planteado durante la tramitación de la Directiva y del Real Decreto-ley es la de si la «acreditación voluntaria» se había de considerar requisito necesario para dar carácter de firma electrónica «avanzada», o si este carácter se debía reconocer con independencia de la acreditación. Ambas opciones tenían inconvenientes: la exigencia de acreditación previa parecía tropezar con el carácter rigurosamente voluntario de la misma y con la prohibición de autorización previa impuesta por la Directiva; la falta de tal exigencia dificultaba en la práctica el principio de equiparación entre la firma electrónica y la manuscrita, pues quedaba sujeta a la contingencia de un incidente judicial posterior sobre si el prestador del servicio que certificó la firma cumplía o no todos los requisitos que le impone el artículo 12.

El Real Decreto-ley ha resuelto la cuestión de forma ingeniosa y práctica, pues no establece el requisito de la acreditación previa del proveedor como condición esencial para poder calificar una firma electrónica como avanzada, pero estimula aquella acreditación estableciendo una presunción legal *iuris tantum* de equiparación de efectos en caso de existir la acreditación. Por tanto, en tales casos se elude el problema sobre la posible existencia de un incidente judicial posterior para verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 12, pues ello queda dispensado en virtud de la presunción.

Paralelamente a ello se establece en el Real Decreto-ley un régimen de supervisión del cumplimiento de sus requisitos por parte de los prestadores de servicios, ejerciéndose este control por parte de la Secretaría General de Comunicaciones, que actuará de oficio o a petición del Ministerio de Justicia o de otros órganos de la Administración (arts. 16 a 18).

Este régimen de supervisión se introdujo en la propuesta de Directiva a la vista de las diversas objeciones que se habían planteado en relación a las condiciones exigidas a los prestadores de servicios de certificación. Algunas de estas objeciones son las siguientes:

1. ¿Qué capacitación jurídica se va a exigir a los titulares de esas funciones de certificación, cuando se prevé la atribución a los mismos de importantísimas actuaciones jurídicas como las de verificar la legalidad y validez jurídica de la constitución de sociedades mercantiles con arreglo a la legislación de su nacionalidad, o la suficiencia de los poderes bajo los que actúa su representante o la vigencia del cargo orgánico que ostente? (16).

2. Tampoco están previstas normas sobre abstención en determinadas contrataciones electrónicas de los proveedores de servicios de certificación cuando se encuentren en situación de conflicto de intereses con alguna de las partes contratantes, ni siquiera la exclusión de la autocontratación, es decir, la imposibilidad de que una empresa que contrata con un consumidor pueda, al tiempo, actuar como «tercero de confianza» que autentica el contenido de lo estipulado en el contrato por sí o por persona sometida a su círculo de influencia (posición dominante en caso de grupos de empresas).

3. Ello podría suponer desconocer todas las normas de los Estados miembros sobre incompatibilidad de los testigos (vid., por ejemplo, en España, los arts. 1.244 y sigs. del Código Civil), siendo así que los proveedores de servicios de certificación son terceros de confianza y, como tales, deben estar sometidos al régimen jurídico de los testigos. Además, analizando el tema desde la perspectiva de su papel de «Autoridad certificante», igualmente se verían quebrantados los principios —de aplicación analógica— de abstención y recusación de las autoridades con interés directo en el asunto que han de resolver.

Hay que recordar a este respecto las advertencias formuladas por el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre «El fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica» (17) del 25 de mayo de 1998, que alerta frente a los peligros de fraude a los consumidores. No se trata con ello de cerrarse a la incorporación de las nuevas tecnologías bajo el pretexto de sus peligros, sino de adoptar las convenientes cautelas (18).

(16) Vid. apartado c) del Anexo II de la Propuesta Directiva.

(17) Documento 98/C 157/01; DOCE.

(18) Si se me permite el símil, en las economías modernas no se rechaza el uso del papel moneda por el peligro de falsificaciones de que pueden ser objeto (lo que nos retrotraería a las economías de mero trueque o intercambio de mercancías), pero ello no es óbice para que las autoridades monetarias procuren acudir al mayor grado de seguridad posible en la emisión del papel moneda para así minimizar el peligro de fraude y maximizar la confianza en el valor de pago de aquél.

3. RESPONSABILIDAD

El artículo 14 del Real Decreto-ley sobre firma electrónica, establece el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación en los siguientes términos:

«1. Los prestadores de servicios de certificación responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona, en el ejercicio de su actividad, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta Ley o actúen con negligencia. En todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la debida diligencia.

2. El prestador de servicios de certificación sólo responderá de los daños y perjuicios causados por el uso indebido del certificado reconocido, cuando no haya consignado en él, de forma claramente reconocible por terceros, el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones válidas que pueden realizarse empleándolo.

3. La responsabilidad será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual o extracontractual, según proceda, con las especialidades previstas en este artículo. Cuando la garantía que, en su caso, hubieran constituido los servicios de certificación, no sea suficiente para satisfacer la indemnización debida, responderán de la deuda, con todos sus bienes presentes y futuros.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre protección de los consumidores y usuarios».

De regulación se pueden destacar las siguientes notas:

1.º la responsabilidad es de carácter subjetivo —no objetiva— por los daños y perjuicios ocasionados a cualquier persona (no sólo a los usuarios, sino también a los terceros que con ellos contratan);

2.º la responsabilidad puede derivar de una doble causa: bien el incumplimiento de alguna obligación legal del prestador, bien de una actuación negligente. En concreto, la responsabilidad de estos proveedores se contrae respecto de cualquier persona de buena fe con relación a los siguientes extremos:

1.º la veracidad de toda la información contenida en el certificado reconocido a partir de la fecha de su expedición, salvo indicación contraria del proveedor de servicios de certificación recogida en el certificado;

2.º la conformidad con todos los requisitos de la Directiva en la expedición del certificado reconocido;

3.º la garantía de que, en el momento de la expedición del certificado reconocido, obra en poder de la persona identificada en el mismo el dispositivo de creación de firma correspondiente al dispositivo de verificación dado o identificado en el certificado;

4.º en caso de que el proveedor de servicios de certificación genere los dispositivos de creación y de verificación de firma, la garantía de que ambos funcionen conjunta y complementariamente.

3.º La carga de la prueba de haber actuado con diligencia corresponde al prestador, en particular en cuanto a la obligación de consignar de «forma claramente reconocible por tercero el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones en que pueda emplearse», y en cuanto a la obligación de publicar inmediatamente de tener conocimiento de su causa la pérdida de eficacia de los certificados;

4.º la responsabilidad se garantiza mediante la imposición de la obligación de un afianzamiento mercantil prestado por una entidad de crédito o en un seguro de caución que debe cubrir, al menos, mil millones de pesetas.

Se trata de un régimen bastante más riguroso que el previsto inicialmente en la propuesta de Directiva, en la que se permitían toda una serie de límites a la responsabilidad de los prestadores. Entre tales límites cabe citar los siguientes:

- a) se puede limitar en operaciones que rebasen de una determinada cuantía (debería darse en todo caso);
- b) se puede limitar el período de garantía o validez de la certificación;
- c) se pueden establecer contraindicaciones de uso por parte del prestador del servicio, de forma que su infracción por el usuario exonera de responsabilidad a aquél (por esta vía se puede llegar a anular en la práctica la responsabilidad);
- d) se limita la responsabilidad también en caso de que el prestador demuestre que ha adoptado todas las medidas razonables aplicables para verificar la información incorrecta, etc.

Pero estos límites entran en relación de tensión, no ya con nuestro Derecho de Consumo —tributario del propio acervo comunitario a través de la Directiva 93/13/CEE—, sino con nuestro veterano Código Civil, que impone la exigibilidad de la responsabilidad procedente del dolo en todo caso, excluyendo incluso la renuncia a la acción para hacerla efectiva, así como la procedente de negligencia, sin perjuicio de la facultad de moderación de los Tribunales (cfr. arts. 1.102 y 1.103 del Código Civil).

Por ello, parece más acertado el sistema seguido por el Real Decreto-ley. No obstante, en mi opinión, este último puede implicar, en algunos casos, un exceso de exigencia de responsabilidad para los prestadores al imponerles la carga de la prueba de la diligencia debida, que puede resultar, en ocasiones, auténtica *probatio diabólica* por su dificultad.

Esto ocurrirá en cuanto a la prueba de la consignación en el certificado «de forma claramente reconocible por terceros», los límites de uso y de valor en que se pueden emplear los certificados reconocidos, y con la prueba de haber actuado diligentemente en el cumplimiento de las órdenes de revocación y de consignar en su propio registro las demás causas de extinción o ineficacia de los certificados emitidos.

Ello es así porque la prueba de haber actuado con diligencia pasará por acudir a la constancia de esa actuación en el registro que debe llevar el prestador conforme al artículo 11.e) en el que debe hacer constar todos los certificados emitidos y las circunstancias que afecten a la suspensión o pérdida de vigencia de los mismos. Estas causas de pérdida de vigencia de los certificados producen sus efectos desde que se produce su publicación en el registro privado del prestador de servicios, a excepción del supuesto de expiración del período de validez del certificado y del cese de actividad del propio prestador que pierden su eficacia desde que acaecen estos hechos. Pues bien, el artículo 9.3 del Real Decreto-ley establece que el prestador «responderá de los posibles perjuicios que se causen al signatario o a terceros de buena fe, por el retraso en la publicación», añadiendo que «corresponde al prestador de servicios la prueba de que los terceros conocían las circunstancias invalidantes del certificado».

Ahora bien, el artículo 1.228 del Código Civil limita la fuerza probatoria de tales registros privados, diciendo que: «Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen». Es decir, se trata de una prueba contra el autor, en este caso contra el prestador del servicio. De ahí el importante papel que en la búsqueda de un equilibrio justo en materia de responsabilidad puede jugar el Registro de Prestadores del Ministerio de Justicia, creado por el artículo 7 del Real Decreto-ley, del que pasamos a ocuparnos.

VI. EL REGISTRO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

1. REGULACIÓN LEGAL

El Registro de Prestadores de Servicios de Certificación lo crea el artículo 7 del Real Decreto-ley sobre firma electrónica, el cual contiene las lí-

neas directrices de su regulación, sin perjuicio de contemplar un desarrollo reglamentario posterior de tal regulación, estableciendo al respecto lo siguiente:

«Se crea, en el Ministerio de Justicia, el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, en el que deberán solicitar su inscripción, con carácter previo al inicio de su actividad, todos los prestadores de servicios establecidos en España. Su regulación, en lo no previsto en esta ley, se realizará por Real Decreto.

Los prestadores de servicios de certificación establecidos en España que expidan certificados reconocidos y los acreditados deberán solicitar la inscripción en el citado Registro. La solicitud de inscripción habrán de formularla, con carácter previo al inicio de su actividad o inmediatamente después de conseguir la correspondiente acreditación, aportando la documentación que se establezca reglamentariamente, a efectos de su identificación y de justificar que reúnen los requisitos necesarios, en cada caso, para ejercer su actividad. También será objeto de inscripción ulterior cualquier circunstancia relevante, a efectos de esta ley, relativa al prestador de servicios de certificación, como su acreditación o la expedición por él de certificados reconocidos. La falta de inscripción en el Registro de los citados prestadores de servicios, no les impedirá iniciar o continuar su actividad, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del régimen sancionador correspondiente.

El Registro de Prestadores de Servicios de Certificación será público y deberá mantener permanentemente actualizada y a disposición de cualquier persona, una relación de los inscritos, en la que figurarán su nombre o razón social, la dirección de su página en Internet o de correo electrónico, los datos de verificación de su firma electrónica y, en su caso, su condición de acreditados o de tener la posibilidad de expedir certificados reconocidos. En la citada relación figurarán, también, cualesquiera otros datos complementarios que se determinen por Real Decreto.

Los datos inscritos en el Registro podrán ser consultados por vía telemática y ser objeto de certificación registral».

De la información que ofrecerá el Registro de Prestadores podrán beneficiarse, por un lado los usuarios y consumidores que podrán conocer mejor cuáles son las empresas oferentes y sus datos de localización, y por otro la Administración, para el ejercicio de su función de supervisión e inspección, velando por el cumplimiento de las reglas de juego del mercado de los servicios de certificación de firma electrónica.

Además, se beneficiarán de tal publicidad los propios profesionales o empresas dedicadas a la prestación de estos servicios, pues los no infractores, es decir, aquéllos que están dispuestos a someterse al control de cumplimiento de requisitos que se llevará a cabo en el Registro, no se limitarán a la mera solicitud de inscripción, sino que colaborarán activamente para obtenerla, dado el efecto de transparencia que ello les dará en el tráfico, y por la mayor seguridad jurídica que con ello obtendrán en cuanto a facilitar la prueba de los hechos inscritos por medio de certificación del Registro, lo que resulta fundamental por el deber de diligencia y por la carga de la prueba que se les impone en orden a exonerarse de responsabilidad. Con ello se logra un equilibrio entre el interés público e interés privado, entendiendo por éste tanto el de los usuarios de estos servicios como el de los empresarios que lo prestan, al incluir un efecto de transparencia del mercado y de garantía frente a las prácticas de competencia desleal.

2. CONTENIDO DEL REGISTRO

Habría que distinguir, siguiendo la técnica registral más desarrollada, tres tipos de asientos: las inscripciones (asiento de carácter indefinido), las anotaciones (carácter temporal), y las cancelaciones (carácter negativo, por reflejar un hecho de carácter negativo).

1. Así, deberían ser objeto de inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación:

- a) La constitución o el establecimiento en España de prestadores de servicios de certificación de firma electrónica (19). Este asiento tendrá carácter de primera inscripción y en él se hará constar, además de los datos a que se refiere el artículo 7.3 del Real Decreto-ley de firma electrónica, sus datos registrales, el domicilio de su establecimiento principal en España y su número de identificación fiscal (20).

(19) Se entiende por Prestadores de Servicios de Certificación, conforme al artículo 2.k) a toda «persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica». Se trata, por tanto, de una definición basada en el ejercicio efectivo de la actividad de expedición de certificados de firma electrónica. Por ello podría pensarse en añadir aquí una presunción legal de la condición de Prestadores de Servicios de Certificación en caso de que, tratándose de persona jurídica, esta actividad forma parte de su objeto social. Para ello esta letra tendría la siguiente redacción: «a) la constitución o el establecimiento en España de prestadores de servicios de certificación de firma electrónica. Se presumirá que toda persona jurídica domiciliada en España es un Prestador de Servicios de Certificación cuando esta actividad esté incluida en su objeto social.»

(20) El artículo 7.3 del Real Decreto-ley sobre firma electrónica, al hablar de la publicidad del Registro indica una serie de datos mínimos que habrán de estar a dispo-

- b) La obtención por parte de un Prestador de Servicios de Certificación inscrito de su acreditación o del reconocimiento de estar en condiciones de expedir certificados reconocidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.
- c) Con carácter estrictamente voluntario, la expedición por parte de un Prestador de Servicios de Certificación acreditado (21) de certificados reconocidos de firma electrónica, con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 8 del Real Decreto-ley de firma electrónica, y en particular los datos de su período de validez y los límites de uso del certificado y del valor de las transacciones para las que pueda ser utilizado, si se establecen (22). Igualmente serán objeto de inscripción los actos o negocios de transferencia de los certificados expedidos a un tercer prestador, para lo que será necesario acreditar el consentimiento del signatario. Este consentimiento se podrá acreditar mediante firma electrónica (23).

sición de cualquier persona, añadiendo que «figurarán también otros datos complementarios que se determinen por Real Decreto».

(21) El efecto de exención de responsabilidad que se derivará de la inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación de las certificaciones emitidas parece que debe quedar circunscrito a los prestadores que se sometan previamente al sistema voluntario de acreditación ante las autoridades del Ministerio de Fomento o de Industria, en el que han de demostrar la fiabilidad de los procedimientos y sistemas que utilizan en su actividad.

(22) La base legal de la inscribibilidad de estos certificados, aparte de la justificación de su sentido y utilidad que figurará en la memoria justificativa, es doble. Por un lado, el artículo 7.2 donde se dice respecto de los Prestadores de Servicios de Certificación que: «También será objeto de inscripción ulterior [es decir, respecto de prestadores previamente inscritos] cualquier otra circunstancia relevante, a efectos de este Real Decreto-ley». A continuación, y con carácter meramente ejemplificativo, no exhaustivo, cita las acreditaciones y la aptitud para expedir certificados reconocidos. Es evidente que regulando el Real Decreto-ley, la responsabilidad de los prestadores frente a terceros, la circunstancia de la expedición de un certificado por parte de aquéllos y la modalización de tal responsabilidad por razón de la inscripción del certificado, constituye una «circunstancia relevante, a efectos del Real Decreto-ley de firma electrónica. Además de ello, el artículo 13.2 del Real Decreto-ley ya prevé directamente la constancia de estos certificados en el Registro de Prestadores, y ello de forma obligatoria, para el caso de que el prestador cese en su actividad y no haya podido ceder —para ello se requiere el consentimiento expreso del signatario— los certificados expedidos por el mismo, o parte de ellos, a un tercer prestador.

(23) La cesión de los certificados está prevista en el artículo 13.1 del Real Decreto-ley sólo para el caso de cese de la actividad, requiriéndose el consentimiento del signatario (titular del certificado). Ahora bien, nada impide que no siendo total el cese de la actividad, sino parcial y limitado a un certificado o grupo de certificados (por ejemplo, los superiores a ciertas cuantías) quepa contemplar negocios de «cesiones de carteras» de certificados.

En la versión del 25-10-99 se modifica la redacción para aclarar el texto evitando el equívoco de que el consentimiento pueda no ser necesario. El inciso «en su caso» de la

2. En cuanto a las anotaciones preventivas, su campo de actuación se referiría a los siguientes supuestos:
 - a) La suspensión temporal de la eficacia de los certificados expedidos e inscritos, en los términos del artículo 9.4 del Real Decreto-ley sobre firma electrónica.
 - b) La apertura de un procedimiento de quiebra, de suspensión de pagos o, en caso de tratarse de persona física, de incapacitación respecto de un Prestador de Servicios de Certificación inscrito (24).
 - c) La adopción en los procedimientos sancionadores previstos en el Título V del Real Decreto-ley sobre firma electrónica de alguna medida cautelar consistente en la orden de cese temporal de la actividad del prestador de servicios de certificación o en la suspensión de la vigencia de los certificados por él expedidos (25), conforme al artículo 27 del citado Real Decreto-ley.
 - d) Las resoluciones administrativas firmes por las que se imponga a un prestador de servicios de certificación inscrito alguna sanción por razón de la comisión de una infracción grave o muy grave (26).

Dichas anotaciones preventivas deberían tener una vigencia máxima de cuatro años, pudiendo prorrogarse durante dicho plazo a instancia de quien las haya solicitado por un período igual. Transcurridos dichos plazos se cancelarían por caducidad.

3. Por su parte, deberían ser objeto de asiento de cancelación:
 - a) Las inscripciones de constitución o establecimiento en España de Prestadores de Servicios de Certificación en los casos de cese de la actividad, indicando en el asiento el destino que se vaya a dar a los certificados expedidos, así como en los casos de recaer contra los mismos una sanción de prohibición de actuación en España, conforme a los artículos 13.3 y 26.1.a), último párrafo, del Real Decreto-ley sobre firma electrónica.
 - b) La pérdida por parte de un Prestador de Servicios de Certificación de su condición de acreditado o del reconocimiento de estar en condiciones de expedir certificados reconocidos.

versión anterior se refería a la forma de acreditar dicho consentimiento mediante firma electrónica.

(24) Resulta del artículo 13.2, párrafo final del Real Decreto-ley 14/1999.

(25) Se trata de un supuesto parcialmente coincidente con el previsto en la letra a) anterior. Este último es un caso particular de aquel supuesto general, en cuanto al inciso de la suspensión temporal de la vigencia de los certificados emitidos.

(26) Conforme al artículo 26.4 del Real Decreto-ley 14/1999.

- c) Las inscripciones de los certificados reconocidos en los casos de ineficacia o extinción de los mismos, conforme al artículo 9 del Real Decreto-ley sobre firma electrónica.
- d) El levantamiento de la suspensión de la eficacia de los certificados expedidos y previamente inscritos, o de las medidas cautelares previamente adoptadas de cese temporal de la actividad del Prestador de Servicios de Certificación.
- e) La conclusión de los procedimientos de quiebra, suspensión de pagos o incapacitación respecto del prestador de servicios.
- f) Las anotaciones relativas a sanciones impuestas al Prestador de Servicios de Certificación, una vez transcurridos los plazos de prescripción de las mismas, conforme al artículo 26.4 del Real Decreto-ley de firma electrónica.

Además de lo anterior,

4. Deberían ser objeto de depósito:

- a) Con carácter voluntario, los criterios que se propone seguir el prestador de servicios de certificación inscrito en el desarrollo de su actividad (prácticas de certificación) fruto de su autorregulación (27).
- b) Con carácter obligatorio, la información relativa a los certificados que se hubieren dejado sin efecto por el prestador de servicios de certificación por cesar en su actividad y no haber sido transferidos a un tercer prestador, a los efectos de lo previsto en el artículo 12.h) del Real Decreto-ley sobre firma electrónica (28).

3. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

La eficacia de los asientos del Registro de prestador de servicios se extendería, al menos, a los siguientes extremos:

(27) La autorregulación se estimula en el Proyecto de Directiva sobre firma electrónica, y este énfasis en la misma se recoge en el Real Decreto-ley indicando en su artículo 12.k) que entre las obligaciones de los prestadores de servicios que expidan certificados reconocidos figura la de «Informar a cualesquiera usuarios de sus servicios de los criterios que se comprometen a seguir, respetando este Real Decreto-ley y sus disposiciones de desarrollo en el ejercicio de su actividad». Estos criterios se pueden referir al procedimiento que van a emplear para identificar a los usuarios, a los procedimientos para realizar rápidamente la publicación de las órdenes de revocación, etc. Este tema de la «autorregulación» tiene una gran importancia práctica en todo el campo de las telecomunicaciones y nuevas tecnologías.

(28) Este depósito lo impone como obligatorio para el caso citado el artículo 13.3 del Real Decreto-ley 14/1999.

1. Los asientos del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación producen publicidad, de forma que nadie puede alegar ignorancia o desconocimiento de buena fe respecto de su contenido, en especial en los supuestos de pérdida de eficacia de los certificados a que se refiere el artículo 9.3 del Real Decreto-ley de firma electrónica.

2. Se entenderá, a los efectos, enervar la responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Certificación derivada del uso indebido de los certificados reconocidos por ellos expedidos, que han consignado de forma claramente reconocible por terceros los límites en cuanto a su posible uso y al importe de las transacciones en que pueden ser empleados, conforme al artículo 14.2 del Real Decreto-ley sobre firma electrónica, cuando dichos certificados hayan sido inscritos en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación. Igualmente constituye prueba del conocimiento por los terceros perjudicados de la causa de ineficacia del certificado expedido, por la cognoscibilidad legal que genera el Registro en cuanto a su contenido, y por la imposibilidad de alegar desconocimiento del mismo.

3. La inscripción de los prestadores de servicios de certificación exonera a éstos de toda atribución de responsabilidad por infracción de la obligación impuesta a los mismos en el artículo 11.g) del Real Decreto-ley sobre firma electrónica (29)

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Letrado adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Registrador de la Propiedad y Mercantil

(29) Este punto se debe aclarar: la obligación que impone a todo Prestador de Servicios de Certificación el artículo 11.g) del Real Decreto-ley 14/1999, se limita a «solicitar» la inscripción en el Registro de Prestadores. Por tanto, puede pensarse que la mera solicitud, aunque después, por ejemplo, por no acompañar la documentación necesaria, no se practique la inscripción, no daría lugar a la imposición de sanción alguna al prestador. Sin embargo, eso es sólo parte de la verdad, porque junto a ello se debe destacar que —en un equilibrio al que fuerza la posición común de la Directiva sobre firma electrónica— entre la exención de autorización previa, que impide regímenes de registro obligatorio, y la obligación de supervisión a que están obligados los Estados —que se introdujo en la Directiva a instancias de la Delegación española—, el Real Decreto-ley 14/1999 incluye en el artículo 25.3.c) como sanción leve (multa de dos millones de ptas.) «no facilitar los datos requeridos, ... por el Ministerio de Justicia para comprobar el cumplimiento de este Real Decreto-ley por los Prestadores de Servicios de Certificación». Por tanto, una vez solicitada la inscripción, el prestador ha cumplido la primera obligación, pero si después el Registro le comunica defectos y le requiere para que complete la documentación o información necesaria para la inscripción, no haciéndolo el Prestador de Servicios de Certificación incurre en la infracción del artículo 25.3.c). Es de la responsabilidad derivada de esta infracción de la que exonera la inscripción por propia definición.

El Registro de Bienes Muebles

SUMARIO: I. EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.—II. REGULACION LEGAL.—III. SECCIONES QUE LO INTEGRAN.—IV. ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO.—V. REGISTRO DE TITULARIDADES Y DERECHOS.—VI. DEMARCACION REGISTRAL.—VII. CONTENIDO.—VIII. LA LEGISLACION DE VENTA A PLAZOS.—IX. DISTINCION CON LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS.—X. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS, APLICABLES A LOS REGISTROS DE BIENES MUEBLES: 1. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCION. 2. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACION. 3. EL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD. 4. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD. 5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 6. PRINCIPIO DE CALIFICACION. 7. ROGACION. 8. TRACTO SUCESIVO. 9. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. 10. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. 11. FE PÚBLICA REGISTRAL.—XI. LA SECCION CORRESPONDIENTE AL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES: 1. SU REGULACION EN LA LEY 7/1998. 2. PRECEDENTES, FINALIDAD, DEFINICION Y ORGANIZACION. 3. CARACTERES: 1.º *Registro Estatal*. 2.º *Registro voluntario*. 3.º *Registro de libertad formal*. 4.º *Registro de calificación registral atenuada*. 5.º *Registro basado en la técnica del folio personal*. 6.º *Registro de trascendencia jurídica*. 4. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES EN RELACION CON LOS CONTRATOS DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. 5. CONTENIDO DEL REGISTRO. 6. REGLAS DE COMPETENCIA. 7. FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO: 1.º *Libros*. 2.º *Libro Diario de presentación*. 3.º *Libro de inscripciones o de depósito de las condiciones generales*. 8. EFECTOS DEL REGISTRO. PRESCRIPCION. EFECTO «ULTRA PARTES». EFECTOS «ERGA OMNES». INNECESARIEDAD DE FIRMA DE LAS CONDICIONES GENERALES. 9. INFORMACION SOBRE EL CONTENIDO DEL REGISTRO: 1.º *Publicidad formal*. 2.º *Publicidad instrumental*. 3.º *Publicación periódica y gratuita*. 10. DICTAMEN DE CONCILIACION. 11. RECURSOS. 12. APLICACION SUPLETORIA DE LOS REGLAMENTOS MERCANTIL E HIPOTECARIO.—XII. OTRAS SECCIONES DEL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.

I. EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

El Registro de Bienes Muebles es un Registro Jurídico, llevado por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, que tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos relativos a bienes muebles, tales como ventas, con o sin precio aplazado, arrendamientos ordinarios o especiales (arrendamientos financieros o leasing,

renting, lease back), hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, hipoteca naval, anotaciones de embargo y de demanda y cualesquiera otros por los que se constituya algún derecho real, gravamen o limitación con eficacia frente a tercero sobre tales bienes. También tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales sobre las mismas.

II. REGULACION LEGAL

El Registro de Bienes Muebles tiene su apoyo legal en dos leyes recientes, prácticamente coetáneas, aprobadas por las Cortes Generales, a saber: la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación, y la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Existen sin embargo, otros precedentes legislativos en los que se ampara, ya que el anhelo de legislador por un Registro de estas características había sido constante. La Disposición Final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) en materia de sociedades, autorizó al Gobierno para la regulación del Registro de Bienes Muebles, en el cual se unificarían los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los de Buques y Aeronaves. De la misma manera, la Disposición Adicional única de la Ley 6/1990, de 2 de julio, sobre modificación de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, recordó también que el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se integraría en el Registro de Bienes Muebles.

Ha sido, no obstante, la Disposición Adicional tercera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la que ha sancionado que el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se integre en el Registro de Bienes Muebles, a cargo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, conforme disponga su Reglamento.

Por su parte, la Ley de Condiciones Generales de la contratación atribuye a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles la llevanza del Registro de Condiciones Generales (cfr. art. 11).

Finalmente, el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ha configurado este último (a pesar de su específica naturaleza, pero por razón de la afinidad en las técnicas de llevanza) como una sección específica del Registro de Bienes Muebles, utilizando la infraestructura dispensada por los hasta ahora denominados Registros de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

III. SECCIONES QUE LA INTEGRAN

El Registro de Bienes Muebles, conforme a la Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, está integrado por las siguientes secciones, clasificadas por razón del objeto:

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

Dentro de cada una de las secciones que lo integran, se aplicará la normativa específica reguladora de los actos o derechos inscribibles que afecten a los bienes, o a la correspondiente a las condiciones generales de la contratación.

Esto significa, que si sobre un vehículo automóvil se inscribe un contrato de venta a plazos, la legislación aplicable será la Ley 28/1998, la regula y la Ordenanza aprobada por Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999; y lo mismo si el objeto del contrato es un buque o una maquinaria industrial. Lo único que diferirá es la sección en que se practicará la inscripción: la sección primera en caso de buques y aeronaves; la segunda en el caso de vehículos; la tercera, si el objeto es maquinaria, etcétera.

Si lo que es objeto de inscripción es una hipoteca mobiliaria sobre un vehículo, igualmente se hará constar en el folio abierto al bien dentro de la sección segunda; pero en este caso la legislación aplicable será la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión de 18 de diciembre de 1954.

Si lo que es objeto de inscripción es un arrendamiento financiero, la legislación aplicable será la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como la propia Ordenanza de 19 de julio de 1999; pero la inscripción tendrá lugar en el folio abierto al bien, dentro de la sección específica correspondiente a su naturaleza (buque, vehículo, maquinaria, etc.).

O si lo que se constituye es una hipoteca naval sobre un buque, la ley aplicable será la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893, y la inscripción se practicará sobre el folio abierto al buque en la sección primera.

No procede agotar ahora todas las posibilidades; basta recordar que el Registro de Bienes Muebles se organiza por razón del objeto, según su naturaleza, en las distintas secciones que lo integran; y que dentro de cada una de

ellas se abrirá un folio a cada bien, una vez inmatriculado. A continuación se practicarán las inscripciones correspondientes a los contratos celebrados sobre el bien, aplicando la legislación vigente reguladora de cada acto o contrato.

La sección sobre Condiciones Generales de la Contratación sí tiene una regulación específica, en su propio Reglamento, que estudiaremos posteriormente de forma separada.

IV. ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO

El Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre de 1999, que ha regulado el Reglamento del Registro de Condiciones Generales, ha determinado que la puesta en funcionamiento del Registro de Bienes Muebles tendrá lugar a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Dado que su publicación tuvo lugar el 23 de diciembre de 1999, el Registro de Bienes Muebles entrará en funcionamiento el 23 de febrero de 2000.

Esto significa que no es necesario (aunque sería conveniente *lege ferenda*) esperar a la aprobación de un Reglamento General sobre el Registro de Bienes Muebles. Como se ha visto, basta aplicar la legislación actualmente vigente según la naturaleza del bien y del contrato realizado.

V. REGISTRO DE TITULARIDADES Y DERECHOS

El Registro de Bienes Muebles es un Registro de importantes efectos jurídicos.

En efecto, ya la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles dejó de configurar este Registro como un Registro de Gravámenes, para conformarlo como un verdadero Registro de Titularidades, lo cual es coherente con el propósito del legislador de integrarlo en un Registro de la propiedad mobiliaria.

Las manifestaciones de esta nueva configuración, son las siguientes:

- a) El objeto del Registro de Bienes Muebles es la inscripción de derechos, no el mero depósito de contratos, como hasta ahora ocurría con los Registros de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Así resulta del artículo 15 de la Ley 28/1998, en particular del apartado 2, a cuyo tenor «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo».
- b) Los derechos inscritos son susceptibles de embargo y de demandas judiciales, que se publican a través de la correspondiente anotación preventiva. La posibilidad de anotaciones preventivas de embargo y

de demanda (sancionada en la Disposición Adicional segunda de la Ley 28/1998) corrobora la más amplia función de publicidad a la que está llamado este Registro.

- c) Su objeto no está constituido ahora tan sólo por las ventas a plazos y contratos de financiación, sino también por el «leasing» o arrendamiento financiero (Disposición Adicional primera de la Ley).
- d) Con la integración del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles en el Registro de Bienes Muebles (Disposición Adicional tercera de la Ley 28/1998, y Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999) pueden ser objeto de inscripción cualquier bien mueble susceptible de identificación, al margen de que sea o no objeto de un contrato de venta a plazos o arrendamiento financiero.

Esto significa todo un cambio en el sistema de llevanza del Registro, que deja de ser de archivo de contratos, para acogerse a la técnica de la inscripción por extracto.

El Registro de Bienes Muebles es, por tanto, un Registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, aunque también de condiciones generales de la contratación.

VI. DEMARCACION REGISTRAL

En principio, y hasta que no se modifique la demarcación registral correspondiente al Registro de Bienes Muebles, las secciones que lo integran seguirán a cargo del Registrador de la Propiedad y Mercantil que en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto de 3 de diciembre de 1999, ostente la competencia (Disposición Transitoria única del Real Decreto 1828/1999).

Esto quiere decir, que mientras no se lleve a cabo un expediente de demarcación registral que quiera configurarlos como Registros separados, los Registros de Bienes Muebles seguirán a cargo de los Registradores Mercantiles provinciales (hasta ahora titulares de los Registros de Ventas a Plazos) y de los Registradores de Buques (caso de que por ser puerto de mar existan separadamente del Registrador Mercantil correspondiente; caso por ejemplo, de Gijón, Ferrol, etc.).

El Registro de Bienes Muebles Central será el hasta ahora Registro Central de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Todos estos Registros estarán obligados a estar intercomunicados entre sí a través del Registro Central, pudiendo utilizarse al efecto procedimientos telemáticos; y deberán formar una base de datos única, a efectos de publicidad formal e instrumental (cfr. Disposición Adicional única, apartados 4 y 5 del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre).

Por excepción, los libros del Registro de Hipoteca Mobiliaria deberán trasladarse al Registro de Bienes Muebles en el plazo máximo de un año a contar de la entrada en vigor del Real Decreto citado, esto es, antes del 23 de febrero de 2001.

Es decir, los Registros actualmente competentes en materia de Hipoteca Mobiliaria, deberán trasladar (en el estado en que se hallen, y por tanto en principio recuperados informáticamente) a los Registros Mercantiles Provinciales los correspondientes libros, a excepción de que por sí sean ya Registros de Bienes Muebles (caso de los supuestos de Registros de Buques antes citados).

VII. CONTENIDO

La Ley 28/1998 y el Real Decreto de 3 de diciembre de 1999, configuran el Registro de Bienes Muebles como un verdadero Registro de la Propiedad Mobiliaria, donde serán objeto de inscripción, no sólo las garantías en favor del vendedor o financiador, sino también las titularidades sobre los bienes financiados o dados en arrendamiento, de tal forma que a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

En este sentido, siguiendo el criterio legal, se pronuncia la Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999, por el que se aprueba la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (ahora ya Registro de Bienes Muebles), ya que prevé que sean objeto de inscripción en este Registro, sin necesidad de que se haya pactado la reserva de dominio o la prohibición de disponer, los siguientes contratos:

- a) Las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables y cualesquiera otros mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos sobre tales bienes, entendiéndose que existe venta a plazos, aunque el comprador satisfaga íntegramente el precio del bien, cuando para su pago el comprador haga uso de un préstamo de financiación en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley.
- b) Las ventas con precio total o parcialmente aplazado, en uno o varios vencimientos, en tiempo superior a tres meses desde su perfección, sobre los bienes a que se refiere la letra anterior.
- c) Los préstamos de financiación a vendedor o a comprador para realizar las operaciones a que se refieren las letras anteriores.
- d) Los contratos de arrendamiento financiero regulados en la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, arrendamientos

con opción de compra no comprendidos en los anteriores, arrendamientos de retro (esto es, los denominados «lease back») y cualesquiera modalidades contractuales de arrendamiento sobre bienes muebles corporales no consumibles e identificables. No obstante, dada su naturaleza distinta de las ventas a plazos, se inscribirán en asientos separados de éstas.

Por su parte, se prevé que serán objeto de anotación preventiva:

- a) Los embargos judiciales o administrativos sobre los bienes previamente inscritos a favor del deudor. El Registrador denegará la anotación cuando conste inscrita la reserva de dominio en favor de persona distinta.
- b) Las demandas judiciales sobre los mismos.

En definitiva, el objeto del Registro de Bienes Muebles se caracteriza, hoy en día, por ser ya un Registro de Titularidades derivadas de los contratos antes referidos, y no un mero Registro de gravámenes, que debe adaptarse a la técnica de folio real, abriéndose un folio a cada bien identificable, practicando la primera inscripción de dominio y extendiendo a continuación en extracto los asientos relativos a contratos sobre tales bienes.

Principios todos ellos de un auténtico Registro de la Propiedad Mueble.

Todo ello sin perjuicio de que también las garantías limitadas puedan seguir accediendo a él (1).

(1) En este sentido la Ordenanza prevé que la reserva de dominio sólo se inscribirá si así se hubiera pactado en el contrato, en tanto que la prohibición de disponer se entiende establecida por ministerio de la Ley por el hecho de la inscripción, aunque no esté expresamente pactada, siempre que el vendedor o el financiador, en su caso, no autoricen la libre enajenación del objeto vendido.

La reserva de dominio, conforme al artículo 15 de la Ley, supone así reconocimiento al favorecido por ella, sea el vendedor o el financiador de la propiedad del bien hasta el pago total del precio aplazado o financiado, de manera que el comprador de un bien, cuyo dominio se hubiera reservado el vendedor o financiador, carece de legitimación dispositiva, posee el bien en precario, y en consecuencia cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado será nulo de pleno derecho. Tampoco podrán ser embargados dichos bienes por deudas del comprador, aunque sí por deudas del beneficiario de la reserva de dominio. Y salvo que las partes se limiten a prohibir determinados actos de enajenación o gravamen, la prohibición de disponer excluye, bajo sanción de nulidad absoluta, cualquier acto de riguroso dominio y dispositivo, a excepción de los actos *mortis causa* y de los *inter vivos* de carácter forzoso, como son las adjudicaciones derivadas de realizaciones forzosas judiciales o administrativas y las expropiaciones.

El que remate un bien sujeto a prohibición de disponer como consecuencia de una enajenación forzosa, adquirirá el bien sujeto a la prohibición de disponer y con subsistencia de la obligación de pago garantizada, y responderá con el propio bien adquirido de la deuda solidariamente con el primitivo deudor hasta su cumplimiento. El adjudicatario

VIII. LA LEGISLACION DE VENTA A PLAZOS

La Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, va a seguir siendo una de las más aplicadas dentro del Registro de Bienes Muebles, especialmente con relación a los vehículos y demás bienes contemplados en la sección segunda, aunque nada impide que pueda extenderse a otros bienes (maquinaria, buques, derechos de propiedad industrial).

Esta Ley incorporó al ámbito de la compraventa a plazos de bienes muebles, las exigencias de protección al consumidor impuestas por el Derecho Comunitario. En concreto, por la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, posteriormente modificada por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990.

Algunas de estas normas ya las recogió, con relación a los créditos en favor del consumidor, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, como son la necesidad de indicación en los créditos de la tasa anual equivalente (TAE); la determinación del importe, número y periodicidad de los pagos; la necesaria expresión de los elementos que componen el coste total del crédito; la determinación del procedimiento de modificación del coste total del crédito inicialmente pactado, con expresión del diferencial e índice de referencia al que se aplicará aquél para calcular el nuevo coste, etcétera.

Pero la Ley 28/1998 ha ido más allá, ya que ha regulado específicamente los derechos de acreedor y deudor en el ámbito más específico de los contratos de compraventa de bienes muebles y de los contratos de financiación de tales operaciones. Su desarrollo, en los aspectos registrales, ha tenido lugar por virtud de la Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (ahora integrado en el Registro de Bienes Muebles).

También la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación tiene clara incidencia en la materia, ya que los modelos de contratos de Venta a Plazos de Bienes Muebles incluyen, por definición, cláusulas predispuestas por un profesional para la utilización posterior en una pluralidad de contratos. Y en consecuencia, entran dentro del ámbito de aquélla, que exige que las condiciones generales sean claras, transparentes, legibles y realmente

de un bien sujeto a reserva de dominio, en una realización forzosa por deudas del favorecido por la misma, adquirirá la propiedad del bien subrogándose en las obligaciones de aquél con relación al comprador.

En las expropiaciones, la prohibición de disponer tendrá el carácter de gravamen a los efectos de indemnización del favorecido por ella, y la reserva de dominio implicará que será parte en el expediente como propietario quien goce de la misma.

conocidas por el adherente. Además, siendo el comprador un consumidor, las cláusulas no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, produzcan un desequilibrio contractual en su perjuicio, serán nulas. En particular, serán siempre nulas las condiciones generales impuestas en los contratos de venta a plazos que estén comprendidas dentro de la lista de cláusulas nulas contenida en la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 1998, sustituyó a la Ley 50/1965, de 17 de julio, que tuvo una gran importancia en la economía de España al regular por vez primera la financiación de la compraventa a plazos de bienes muebles. Las nuevas necesidades económicas y la necesidad de adecuar la normativa existente al Derecho comunitario impusieron la reforma de la Ley.

En todo momento en que se compra un bien mueble con precio aplazado, existe compraventa a plazos de bienes muebles. Ahora bien, para que sea aplicable la legislación específica en la materia, es preciso que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que se trate de venta a plazos de bienes muebles corporales, no consumibles e identificables por su marca y número de serie o fabricación (por ejemplo, vehículos, buques, aeronaves, maquinaria, etc.).
- b) Que el aplazamiento del precio sea superior a tres meses.
- c) Que la cuantía no sea inferior a la fijada reglamentariamente.

La normativa anterior a la Ley de 1998, excluía los vehículos automóviles de precio de venta superior a 4.000.000 de pesetas y a bienes domésticos superiores a 750.000 pesetas. Por contra, quedaban excluidos los bienes de uso doméstico inferiores a 15.000 pesetas.

En la actualidad está en tramitación un Real Decreto que excluirá los contratos de ventas a plazos y préstamos de financiación cuando tengan por objeto bienes de cuantía inferior a mil ochocientos euros, salvo cuando las partes intervinientes acuerden someterse expresamente a ella. También quedarán excluidos, por pacto expreso de las partes, cuando tengan por objeto bienes de cuantía superior a mil ochocientos euros e inferior a seis mil euros (2).

(2) El Proyecto de Real Decreto es desarrollo del artículo 5.4 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a plazos de bienes muebles, el cual dispone que quedan excluidos de la misma Ley «aquellos contratos de ventas a plazos o préstamos para su financiación cuya cuantía sea inferior a la que se determine reglamentariamente».

La habilitación de la norma radica en la Disposición Final primera de la misma Ley 28/1998, que faculta al Gobierno para que, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, dicte las disposiciones necesarias para su desarrollo y aplicación.

El Real Decreto concreta el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, distinguiendo una exclusión automática (salvo

Además de las exigencias derivadas de la Ley de Crédito al Consumo, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998 atribuye al consumidor los siguientes derechos:

a) Derecho a una adecuada información.

En particular deberá constar en el contrato, entre otras circunstancias: lugar y fecha del contrato; identificación de las partes; descripción del objeto vendido; precio de venta al contado; desembolso inicial cuando exista; número y periodicidad de los pagos aplazados; tipo de interés inicial; TAE; relación de elementos que componen el coste total del crédito; posibilidad de cesión del contrato cuando así se pacte; cláusula de reserva de dominio en su caso; prohibición de enajenar mientras no se haya pagado el precio aplazado; domicilio a efectos de notificaciones; domicilio de pago; tasación del bien.

Además, el consumidor tiene derecho a que la publicidad de los bienes ofrecidos en venta a plazos se exprese el precio de adquisición al contado y

sometimiento expreso de las partes a la Ley) y una exclusión voluntaria (las partes estarán sometidas a la Ley, salvo pacto expreso).

La técnica de excluir del ámbito de la Ley determinados bienes muebles fue también adoptada por la Ley 50/1965, de 17 de julio. Así, el Decreto 1193/1966, de 12 de mayo, modificado por el Real Decreto 2641/1985, de 18 de diciembre, y ya derogado por la Ley vigente, sometía a su régimen en unos casos solamente los contratos de ventas a plazos y los préstamos de financiación comprendidos entre determinadas cuantías máxima y mínima, mientras que en otros incluía expresamente todos aquellos bienes que sobrepasaban un determinado precio al contado.

La actual Ley 28/1998, tan sólo autoriza para fijar la cuantía mínima determinante del sometimiento del contrato a su régimen y no la fijación de un límite máximo. Y se considera que desde una perspectiva de política económica es conveniente la exclusión de aquellos bienes muebles de precio reducido, en los que su escasa cuantía no justifica las obligaciones formales derivadas de la aplicación de la Ley.

Ahora bien, tal exclusión en el Proyecto se pretende que sea con carácter voluntario, ya que a las partes intervinientes puede resultar conveniente someterse a la Ley o a determinados preceptos de la misma, en particular para gozar de las ventajas derivadas de la inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Por ello se ha considerado conveniente no seguir el sistema de sometimiento, salvo pacto de exclusión, sino el contrario: se ha optado por el no sometimiento de los contratos de pequeña cuantía, salvo que expresamente las partes quieran acogerse a su régimen. El proyecto consta de un preámbulo, dos artículos y una Disposición Final.

La exclusión automática se recoge en el artículo 1.º, según el cual quedan excluidos los contratos de venta a plazos y préstamos de financiación de cuantía inferior a mil ochocientos euros (doscientas noventa y nueve mil cuatrocientas noventa y cinco pesetas), salvo cuando las partes intervinientes acuerden someterse expresamente a ella.

La exclusión voluntaria se recoge en el artículo 2.º, cuando dispone que también quedarán excluidos, por pacto expreso de las partes intervinientes, los contratos de venta a plazos y préstamos de financiación de cuantía superior a mil ochocientos euros (doscientas noventa y nueve mil cuatrocientas noventa y cinco pesetas) e inferior a seis mil euros (novecientas noventa y ocho mil trescientas dieciséis pesetas). El Real Decreto deja claro en su preámbulo que los contratos de pequeña cuantía, excluidos del régimen de la Ley 28/1998, quedan sometidos a la Ley de Crédito al Consumo.

el precio total a plazos. Si se ofrece un crédito para financiar la adquisición deberá expresarse el tipo de interés y la TAE con un ejemplo representativo.

b) Derecho de desistimiento.

Durante los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, el consumidor podrá desistir del contrato, comunicándolo al vendedor mediante carta certificada u otro medio fehaciente.

Se trata de un derecho irrenunciable. No obstante, puede pactarse que no exista derecho de desistimiento, o modalizarlo en los casos de adquisición de vehículos de motor susceptibles de matriculación.

c) Derecho a moderación judicial de las cláusulas penales.

Si el comprador deja de pagar dos plazos o el último de ellos, el vendedor podrá exigir el cumplimiento o resolver el contrato. En este caso, el comprador deberá devolver el bien adquirido y el vendedor lo percibido, no pudiendo deducir más que un 10 por 100 en concepto de indemnización y una cantidad igual al desembolso inicial, por la depreciación comercial del objeto. Los jueces podrán moderar cualquier otra deducción que se pactara y en circunstancias excepcionales podrán señalar nuevos plazos.

d) Fuero judicial competente.

La competencia judicial para conocer los litigios sobre contratos de venta a plazos corresponde a los tribunales del domicilio del demandado, siendo nulo todo pacto en contrario. En esto coincide con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que considera nula las condiciones generales que impongan un fuero distinto del consumidor.

La Ley trata de asegurar una adecuada protección de los derechos del consumidor, especialmente de su derecho a contratar con conocimiento real y libre de las cláusulas del contrato. Pero una vez celebrado, el contrato debe ser cumplido.

El consumidor moroso perjudica a los consumidores cumplidores, en cuanto que su incumplimiento va a repercutir en la elevación de los tipos de interés, única forma que tiene el empresario de cubrir el riesgo por el impago.

Por eso la Ley adopta una serie de medidas para asegurar el cumplimiento de los contratos en beneficio del empresario y de los demás consumidores. Por eso, además del derecho de resolver el contrato que tiene el vendedor o financiador en caso de impago, la Ley le atribuye una las siguientes acciones para la protección de su derecho:

- a) Acciones declarativas ordinarias.*
- b) Acciones ejecutivas sobre todo el patrimonio del deudor, si la venta a plazos se formalizó ante Notario o en póliza intervenida por Corredor de Comercio.*
- c) Acciones sumarias para la recuperación de lo vendido (limitadas por tanto al propio bien vendido o financiado).*

En caso de que el contrato estuviera formalizado en modelo oficial, aprobado por la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, y se inscribiera en el Registro de Bienes Muebles, el acreedor goza de una acción sumaria para la recuperación del bien vendido o financiado. Lo mismo se reconoce respecto de los contratos de arrendamiento financiero inscritos.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* de 8 de enero de 2000) incorpora estas acciones.

En particular se configuran como acciones sumarias, basadas en los asientos registrales; por ello debe siempre acreditarse su inscripción, acompañando la correspondiente certificación.

Se tramitan a través del juicio verbal. Tratándose de venta a plazos sin pacto de reserva de dominio, el objeto de la demanda será obtener una sentencia condenatoria que permita dirigirse exclusivamente sobre el bien adquirido o financiado. Tratándose de venta a plazos con reserva de dominio o de arrendamiento financiero inscritos, el objeto de la acción es la inmediata recuperación del bien y su entrega al vendedor o financiador o al arrendador.

Conllevan medidas cautelares inmediatas (embargo preventivo y depósito del bien en la venta a plazos; depósito del bien en caso de venta con reserva de dominio o leasing) sin necesidad de prestar caución. Y tienen limitadas causas de oposición.

El leasing mobiliario tiene una naturaleza distinta de la venta a plazos. El arrendador financiero goza de la propiedad del bien financiado, sin necesidad de pacto alguno de reserva de dominio. Se trata de un contrato en que se cede el uso a cambio de un precio, con un pacto añadido por virtud del cual se faculta al arrendatario a adquirir el bien al vencimiento del plazo pactado.

No está sometido el leasing mobiliario a los requisitos formales y sustantivos de la Ley 28/1998. Quedaría sometido, eso sí, a las prescripciones generales de la Ley de Crédito al Consumo. No obstante, la Disposición Adicional primera de la citada Ley 28/1998, reguló una acción sumaria para la recuperación del bien financiado, en caso de falta de pago por parte del arrendatario, que la Ley de Enjuiciamiento Civil ha mejorado técnicamente, configurándola como una acción sumaria que se tramita a través del juicio verbal con causas de oposición tasadas.

IX. DISTINCION CON LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS

No cabe confundir el Registro de Bienes Muebles con los Registros Administrativos, en particular con el Registro de Vehículos o Registro de Tráfico regulado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se

aprueba el Reglamento General de Vehículos de Motor (*BOE* de 26 de enero de 1999).

El Registro de Vehículos tiene como finalidad el control administrativo de la titularidad de los vehículos. Esto es, la identificación del titular del vehículo, de sus características técnicas, su aptitud para circular, inspecciones realizadas, seguro obligatorio y cumplimiento de las demás obligaciones legales impuestas sobre los mismos (cfr. art. 2 del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre) en tanto que el Registro de Bienes Muebles, en el que se ha integrado el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales) se configura como un Registro de Titularidades y de gravámenes.

En este sentido, el artículo 15 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, dispone que a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Y su Disposición Adicional segunda regula la forma de constancia registral de las anotaciones de embargo y demanda.

De la misma forma, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, confirma que se trata de un Registro de bienes y derechos, atribuyendo acciones sumarias para la recuperación de los bienes objeto de arrendamiento financiero o inscritos con pacto de reserva de dominio, en caso de incumplimiento por el deudor (art. 250 apartados 10 y 11, y Disposición Final séptima).

El Registro de Bienes Muebles es el competente para inscribir los contratos de ventas a plazos, arrendamientos ordinarios o especiales (leasing, renting, lease back, etc.) y demás determinantes de la titularidad jurídica sobre vehículos. Tal inscripción será obligatoria cuando así lo disponga la Ley; en los demás casos la inscripción será facultativa.

Asimismo, en él se anotan los embargos, demandas, prohibiciones de disponer o gravar, y demás medidas cautelares ordenadas por autoridad judicial o administrativa sobre los citados bienes, con trascendencia frente a terceros, así como las hipotecas mobiliarias. El Registro de Bienes Muebles es asimismo el competente para dar publicidad de la titularidad jurídica, reservas de dominio y gravámenes o limitaciones de disposición impuestos sobre los bienes.

Por el contrario, el Registro de Vehículos dependiente de la Dirección General de Tráfico es el competente para hacer constar las transferencias de los vehículos a efectos de su control por la Administración Pública.

Esto no excluye (3) que deba llevarse a cabo (como está previsto en la propia Ordenanza de 19 de julio de 1999) un convenio con la Dirección

(3) Y así se está trabajando en el Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado, en el momento de escribir estas líneas.

General de Tráfico para que el Registro de Bienes Muebles Central y el Registro de Vehículos dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, constituyan una base de datos común, mediante la interconexión de sus respectivas redes telemáticas.

Igualmente los Registradores Provinciales de Bienes Muebles y las Jefaturas Provinciales de Tráfico deberían estar interconectadas recíprocamente a través de aquella base de datos común, de manera que cuando se tramite la transferencia del vehículo en la Jefatura Provincial de Tráfico correspondiente deberá ésta consultar telemáticamente, por conexión en línea, los datos de titularidad jurídica y gravámenes obrantes en el Registro de Bienes Muebles, y no practicará la transferencia cuando consten limitaciones o gravámenes que así lo impidan, o cuando consten datos de titularidad contradictorios, sin que previamente se rectifiquen los asientos de dicho Registro.

De la misma forma, cuando se ordene judicial o administrativamente la anotación preventiva de embargo, demanda, prohibición de disponer, adjudicaciones forzosas o cualesquiera otras que deban tomarse en el Registro de Bienes Muebles, la autoridad que las acuerde debería consultar telemáticamente, por conexión en línea, los datos jurídicos existentes en aquél, así como los datos administrativos obrantes en el Registro de Vehículos.

X. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS APLICABLES AL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

Como defendí recientemente (4), los principios de inscripción, legitimación, fe pública, consentimiento, prioridad, rogación, tracto sucesivo, legalidad, especialidad y publicidad, son aplicables al Registro de Bienes Muebles.

1. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN

La técnica del folio real y la llevanza del Registro por el sistema de inscripción se han ido imponiendo con fuerza en los Registros Mobiliarios.

El principio de inscripción siempre se ha cumplido en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Así, el artículo 75 de la Ley de Hipoteca y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 18 de diciembre de 1954 (LHMPSD), determina que las escrituras de constitución de hipoteca se inscriban destinándose a cada bien hipotecado, un asiento separado

(4) GÓMEZ GÁLLIGO, F. JAVIER, «Los principios hipotecarios en los Registros Mobiliarios», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653.

y especial, en folio independiente, y figurando todos los asientos relativos a dicho bien, mientras no se cancele la hipoteca y otros gravámenes, a continuación unos de otros, sin solución de continuidad.

Es cierto que la previa inscripción de dominio del bien hipotecado no es necesaria o preceptiva, en cuanto Registro de gravámenes que aún es. Así el artículo 68 de la LHMPSD permite la inscripción de los títulos de constitución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sin necesidad de previa inscripción alguna a favor de la persona que otorgue los títulos mencionados. Sin embargo, nada impide que la previa adquisición del dominio sobre el bien hipotecado sea inscrita. Así lo confirma el Reglamento de la LHMPSD, que en su artículo 13 establece que en los libros de inscripciones se inscribirán o anotarán incluso los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de ser hipotecados cuyo precio se hubiera aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, siempre que consten en escritura pública (es decir, aunque no preceptiva, la previa inscripción del dominio es facultativa).

Por el contrario, la previa inscripción del título de dominio del bien mueble, no sólo es voluntaria, sino imperativa, en materia de aeronaves (cfr. art. 68 de la citada LHMPSD) y tratándose buques (cfr. art. 15 de la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 —LHN—) ya que la primera inscripción de cada buque o aeronave será la de propiedad del mismo, hasta el punto de ser motivo de denegación de cualquier otra inscripción que se pretenda.

Lo característico del Registro de Bienes Muebles, en que se integran los Registros de Hipoteca Mobiliaria, Prenda sin Desplazamiento, Buques, Aeronaves y Venta a Plazos de Bienes Muebles, es que el principio de inscripción regirá siempre de forma preceptiva: no sólo debe seguirse la técnica de folio real, abriendo uno a cada bien mueble identificable, sino que además será la inscripción del dominio el primer asiento practicado en el mismo (sin perjuicio de los supuestos de apertura de folio mediante anotación preventiva, mientras se logra la previa inscripción del dominio).

Pero el principio de inscripción, no sólo se manifiesta en que el Registro siga la técnica de folio real, abriéndose un folio a cada bien identificable, practicando la primera inscripción de dominio y extendiendo a continuación en extracto los asientos relativos a contratos sobre tales bienes; se manifiesta también en la mayor amplitud que debe tener el Registro Mobiliario en orden a los contratos inscribibles.

De la misma manera se manifiesta en el no sometimiento a caducidad de los asientos del Registro de Bienes Muebles, a diferencia de lo que ocurría hasta ahora con los Registros de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Así resulta de lo dispuesto en la Ley 28/1998 y en la Ordenanza de 19 de julio de 1999, como ha aclarado la Resolución de la Dirección General de

los Registros y del Notariado de 27 de enero de 2000, entre otros extremos (5).

2. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL

La legitimación registral supone la presunción y defensa por parte del Ordenamiento Jurídico del contenido de los asientos, en tanto no se desvirtúe a través del correspondiente procedimiento judicial en que el titular registral sea parte.

El principio de legitimación registral es absoluto en el ámbito inmobiliario, de manera que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria no sólo presume la

(5) «*Primero*. Si los contratos de venta a plazos nacidos bajo la vigencia de la anterior Ordenanza del Registro de Venta a Plazos, aprobada por Orden del Ministerio de Justicia de 15 de noviembre de 1982, que aún no hayan sido inscritos en el Registro, pueden ser objeto de inscripción durante el período transitorio establecido en la Disposición Adicional tercera de la nueva Ordenanza.

La Disposición Adicional 3.^a de la Orden del Ministerio de Justicia, de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, establece que durante el plazo de seis meses, a contar de su entrada en vigor (esto es, a los quince días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* que tuvo lugar el 20 de julio de 1999), deberán adaptarse los modelos de contratos aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, pudiendo entretanto utilizarse éstos. Transcurrido dicho plazo, sólo se podrán utilizar modelos oficiales ajustados a la Ordenanza que hayan sido aprobados por el Centro Directivo. Esto significa:

a) Que hasta el 4 de febrero de 2000 podrán inscribirse indistintamente los nuevos modelos de contratos que la Dirección General vaya aprobando conforme a la Ordenanza de 19 de julio de 1999, y los modelos de contratos aprobados bajo la Ordenanza de 15 de noviembre de 1982, que hayan sido firmados con fecha anterior al 4 de febrero de 2000 (período transitorio de la nueva Ordenanza), aún presentados después, sin que rija el plazo de presentación de seis meses, a que se refería la Ordenanza de 15 de noviembre de 1982, modificada por las Ordenes de 26 de junio de 1986 y 27 de enero de 1995.

b) A partir del 4 de agosto de 1999 (fecha de entrada en vigor de la nueva Ordenanza) los contratos que se presenten en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (futuro Registro de Bienes Muebles) serán objeto de calificación conforme a las normas establecidas en la vigente Ordenanza, si bien los requisitos sustantivos del contrato dependerán de la fecha de su celebración.

Segundo. Si para la inscripción de los contratos de venta a plazos aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ordenanza de 19 de julio de 1999, que hayan sido presentados durante el período transitorio establecido en la Disposición Adicional 3.^a de la misma, deben presentarse los cuatro ejemplares a que se hacía mención en el párrafo tercero del artículo 13 de la derogada Ordenanza de 1982, o bien uno cualquiera de los que se expidan, en base a lo dispuesto en el artículo 12, segundo párrafo de la Ordenanza de 19 de julio de 1999.

La simplificación formal que la Ordenanza de 19 de julio de 1999 introduce, respecto de la anterior de 1982, es de inmediata aplicación, una vez que entra en vigor la Ordenanza, bastando para la inscripción en el Registro la presentación de cualquiera de los ejemplares expedidos para las partes intervinientes.

existencia y pertenencia a su titular de los derechos inscritos en la forma determinada por el asiento respectivo, sino también la propia posesión de los derechos inscritos (posesión ínsita en el derecho real inscrito, más que tenencia física de la cosa inmueble objeto del mismo).

Lo demuestra, no sólo una interpretación lógica en favor de la norma más favorable, sino la circunstancia de no existir previsión de Disposición Transitoria al respecto. Además, el criterio de reconocer a hechos acaecidos bajo la legislación anterior, los derechos reconocidos bajo la nueva, que no perjudiquen a tercero, es el criterio sostenido por la Disposición Transitoria 1.^a del Código Civil, aplicable por analogía a otras normas.

En consecuencia, lo dispuesto en el artículo 12 de la vigente Ordenanza debe ser de aplicación también a los modelos de contratos aprobados con arreglo a la anterior Ordenanza, fechados antes del 4 de febrero de 2000, cualquiera que sea la fecha en que se presenten al Registro.

Tercero. Si la caducidad de las inscripciones establecida en los artículos 22 y siguientes de la Ordenanza de 1982, sigue conservando su vigencia respecto de aquellos contratos inscritos que aún no hubieran caducado, o bien si dicha caducidad no puede establecerse de ningún contrato inscrito, en base a que la actual Ordenanza ya no establece la caducidad como forma de cancelación de la inscripción.

La caducidad, como forma de cancelación, no es reconocida en la Ordenanza de 19 de julio de 1999. La razón no es otra que la configuración que del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles como Registro de titularidades y no sólo de gravámenes, se hace en el artículo 15 y Disposición Adicional segunda de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Lo mismo se deduce de la integración de dicho Registro, en el Registro de Bienes Muebles, llevada a cabo en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional tercera de la citada Ley y en virtud de la Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La consecuencia es que desde la entrada en vigor de la nueva Ordenanza de 19 de julio de 1999, los asientos del Registro no pueden cancelarse por caducidad, cualquiera que sea la fecha de su celebración.

En cuanto a los contratos presentados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ordenanza, rige la normativa registral anterior, siendo susceptibles de caducidad.

Cuarto. El régimen de competencia registral establecido en el artículo 9 de la Ordenanza puede dar lugar a duplicidades en la inscripción de un contrato cuando siendo varios los compradores y/o fiadores, estando domiciliados en plazas distintas, y habiéndose expedido originales para cada uno de ellos, puedan presentarse a inscripción dos o más originales en distintos Registros Provinciales.

La posibilidad de presentación en cualquiera de los Registros Provinciales correspondientes a los domicilios de cualquiera de los varios compradores o arrendatarios, puede dar lugar a duplicidades.

Para evitarlas, una vez que se presente un contrato relativo a un determinado bien, en un Registro Provincial no correspondiente al domicilio de quien figure como primer comprador, el Registrador, de oficio, consultará la base de datos coordinada por el Registrador Central de Venta a Plazos (Registrador Central de Bienes Muebles cuando entre en vigor el Real Decreto de 3 de diciembre de 1999) y declinará su competencia si el contrato se ha presentado en otro Registro con anterioridad, por aplicación del principio de prioridad.

En cualquier caso los Registradores provinciales extremarán su cautela cuando el contrato se presente en Registro no correspondiente al domicilio de quien figure como primer comprador, criterio éste que sería recomendable que siguieran las entidades de financiación cuando fueran ellas las que presentaran el correspondiente ejemplar.

Consecuencias de ello son: la necesidad de demandar la rectificación de los asientos en caso de controversia judicial sobre los derechos inscritos, la paralización de cualquier procedimiento de apremio si el titular registral es distinto que el deudor apremiado (cfr. el mismo art. 38 LH), la atribución al

Si a pesar de ellos se produjera duplicidad se aplicará, por analogía, lo dispuesto en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario en orden al traslado de los folios afectados.

Quinto. El artículo 6 de la Ordenanza establece que la identificación registral de los vehículos susceptibles de matriculación se efectúe a través de la matrícula o del número de chasis. La Asociación consultante considera que en aquellos supuestos en los que fueran conocidos los dos conceptos sería más adecuado que la identificación registral se efectuara por ambos, con lo que se evitaría la inscripción del mismo vehículo en dos Registros distintos.

Los Registradores Provinciales deben calificar, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de la legalidad vigente (cfr. art. 15 de la Ordenanza y 18 de la Ley Hipotecaria). En este sentido, deberán utilizar todos los medios a su alcance para lograr la mejor identificación del bien. Y si bien es verdad que el artículo 6 de la Ordenanza prevé la identificación de los vehículos por la matrícula o por el número de chasis, tal previsión debe entenderse referida a que sólo conste una u otro, ya que si constan tanto la matrícula como el número de chasis, deberán identificarse los bienes en base a esas dos circunstancias, sin que sea suficiente la constancia registral de una u otro.

Sexto. Sobre el régimen arancelario en la inscripción de los contratos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Con relación a esta materia deben hacerse las siguientes interpretaciones:

a) Que en la inscripción de los contratos de venta a plazos o de financiación, debe aplicarse un solo concepto arancelario, computándose la totalidad del importe aplazado o del importe total del préstamo, pero sin poder distribuir por conceptos (principal e intereses).

b) Que las garantías pactadas (reserva de dominio o prohibición de disponer) no determinan derechos arancelarios independientes.

c) Que la base en las inmatriculaciones es el valor al contado del bien y en los préstamos de financiación el importe total del préstamo, por lo que la base de las inmatriculaciones es siempre más reducida, al no incluir los intereses.

Séptimo. Se solicita aclaración respecto de la expresión «derechos que hubieran correspondido a la inscripción del contrato cancelado» del artículo 36.2 de la Ordenanza.

Cuando el artículo 36.2 de la Ordenanza, de 19 de julio de 1999, determina que los asientos de cancelación, novación o modificación del contrato, devengarán el 50 por 100 de los derechos que hubieran correspondido a la inscripción del contrato cancelado, novado o modificado, se está refiriendo a los derechos correspondientes al contrato de venta a plazos o préstamo de financiación, ya que:

a) El asiento de presentación no tiene reducción alguna.

b) No procede el cobro de cantidad alguna por razón de inmatriculación.

Octavo. En cuanto a la distinta dicción del artículo 15 de la Ley de Venta a Plazos con relación al artículo 4, letra c), párrafo sexto de la Ordenanza.

Este Centro Directivo no tiene competencias para la interpretación de un precepto que determina el régimen de responsabilidad del adquirente, en enajenación forzosa, de un bien sujeto a prohibición de disponer. Se trata de una cuestión sustantiva que deberán resolver los tribunales. Tan sólo puede recordar que las normas de rango inferior no pueden contravenir las de rango superior, sino tan sólo interpretarlas, como parece hacer el artículo 4, letra c) de la Ordenanza con relación al artículo 15 de la Ley.

Noveno. Se consulta, finalmente, sobre la problemática planteada por los contratos con pluralidad de objetos.

titular registral de un procedimiento expedito de naturaleza cercana al interdictal para recobrar la posesión frente al perturbador sin título suficiente (cfr. art. 41 LH) y la protección judicial de los asientos mientras el titular registral no preste su consentimiento o se le venza con las debidas garantías en proceso judicial entablado contra él (cfr. arts. 1, 40 y 82 LH).

Pues bien, en el ámbito mobiliario el principio de legitimación debe regir también con plenitud. Incluso en el ámbito posesorio la inscripción en el Registro Mobiliario debe suponer la presunción de posesión (posesión como derecho, *ius possidendi*, más que tenencia física o *ius possessionis*) en favor del titular registral.

De lo que no cabe duda también es de la vigencia en los Registros Mobiliarios de las demás consecuencias de la legitimación registral, cual son la presunción de validez de los asientos registrales, la necesidad de demandar la rectificación de los asientos cuando se combatan los derechos inscritos y la tercería registral frente a apremios dirigidos contra terceros. Esto es así, no sólo en sede de Hipoteca Mobiliaria, Prenda sin Desplazamiento de Posesión e Hipoteca Naval (la ejecución hipotecaria como procedimiento basado en los pronunciamientos registrales es manifestación privilegiada del principio de legitimación registral) sino también ahora en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Así el actual artículo 15.2 de la Ley 28/1998, atribuye a los derechos inscritos la presunción de existencia y pertenencia a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

Al mismo tiempo establece que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que los contratos inscritos son válidos. Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de muebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Si la demanda contradictoria del dominio inscrito va dirigida contra el titular registral, se entenderá implícita la demanda aludida en el inciso anterior».

Este precepto es muy similar al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, si bien con alguna diferencia derivada de la naturaleza mueble del objeto de los derechos inscritos:

En estos casos la distribución de la parte del préstamo de financiación imputable a cada bien deberá quedar reflejada en los futuros modelos que deberá aprobar la Dirección General de los Registros y del Notariado. En los modelos aprobados y en vigor, conforme los criterios establecidos en los anteriores apartados, se entenderá distribuido del préstamo de financiación proporcionalmente al valor al contado del bien, sin necesidad de distribución expresa. De esta Resolución se da traslado al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 27 de enero de 2000».

a) Aunque no existe una presunción, ni siquiera *iuris tantum* de que la posesión (posesión como hecho) de los bienes inscritos la tenga el titular registral, no obstante, éste siempre tendrá a su favor el derecho a poseer (posesión como derecho) ínsita en la presunción de titularidad de los derechos inscritos. Esto constituye una verdadera excepción al régimen de que la entrega de la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título contenida en el artículo 464 del Código Civil, en la medida que frente a titular inscrito no tendrá aplicación lo dispuesto en este precepto.

b) El artículo 15.2 contiene una presunción de validez de los derechos inscritos, proclamada incluso con mayor intensidad que en la legislación hipotecaria (cfr. arts. 33 y 34 LH). Esta presunción deriva —en ambos casos— de la salvaguarda judicial de los asientos (cfr. art. 1 LH). Con ello se ha elevado a rango legal, lo dispuesto en el artículo 27 de la Ordenanza de 15 de noviembre de 1982.

c) A diferencia del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, el artículo 15.2 ha seguido la doctrina jurisprudencial más reciente consistente en entender que aunque toda acción contradictoria de derechos inscritos exige instar la cancelación de la inscripción del Registro (consecuencia lógica de la presunción de titularidad derivada de los asientos registrales y de la necesidad de coherencia interna del Ordenamiento Jurídico), se entiende que esto se cumple sin necesidad de petición expresa si se trata de demanda contradictoria del dominio inscrito dirigida contra el propio titular registral.

d) Otra consecuencia del principio de legitimación, ahora aplicable también a los bienes muebles inscritos, lo constituye la tercería registral regulada en el artículo 15.3 de la Ley, a cuyo tenor «en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo, o vía de apremio contra bienes muebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registrador, que dichos bienes o derechos constan inscritos en favor de persona distinta de aquélla contra la cual 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. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspende el procedimiento».

Se trata por tanto de una tercería registral similar a la existente en el ámbito inmobiliario, derivada de la legitimación o presunción de titularidad que atribuyen los asientos del Registro.

e) Una significativa consecuencia ha conllevado la legitimación que la Ley 28/1998 atribuye a los derechos inscritos: que la reserva de dominio en favor del vendedor, en los contratos de venta a plazos, o en su caso, del finan-

ciador, no es una mera garantía, sino que implica el reconocimiento de la propiedad en favor del favorecido por la reserva o del cesionario de la misma.

Muy discutida ha sido la naturaleza del pacto de reserva de dominio. Distintas teorías se han desenvuelto en torno a ella en el ámbito doctrinal: si se trata de condición suspensiva de la transmisión, o de condición resolutoria de la misma en caso de impago del precio aplazado. Con la consiguiente discusión en torno a las facultades del comprador y vendedor, según las respectivas posturas.

A mi juicio, hoy en día no cabe sino afirmar que si se pacta reserva de dominio en favor del vendedor o en su caso financiador, el Registro publicará la propiedad del bien en favor del favorecido por ella. Esto es, que en la inscripción se deberá hacer constar no sólo la reserva pactada en el contrato de venta a plazos o contrato de financiación, sino también la propiedad de quien se reservó el dominio, de manera que si se pretendiera el embargo sobre bienes del comprador, procedería la tercería registral recogida en el artículo 15.3. Con ello la Ley opta por la configuración de la reserva de dominio como transmisión de propiedad sujeta a la condición suspensiva del pago del precio aplazado o del préstamo, sin pago no hay transmisión.

La reserva de dominio, en este sentido, no es una mera garantía de oponibilidad frente a tercero (aunque también lo es), sino que supone el reconocimiento al favorecido por ella, sea el vendedor o el financiador, de la propiedad del bien hasta el pago total del precio aplazado o financiado. La consecuencia es que el comprador de un bien, cuyo dominio se hubiera reservado el vendedor o, en su caso, el financiador, carece de legitimación dispositiva, posee el bien en precario, y en consecuencia cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado sería nulo de pleno derecho.

Esto no quiere decir que a pesar de eso el bien no pueda encontrarse en poder de persona distinta del comprador y que éste carezca de derecho alguno en caso de apremio sobre el bien. Por el contrario, la propia Ley prevé (art. 16.3) que cuando el bien vendido con pacto de reserva de dominio o prohibición de disponer inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (hoy Registro de Bienes Muebles) se hallare en poder de persona distinta al comprador, se requerirá a ésta para que, en un plazo de tres días hábiles pague el importe reclamado o desampare el bien. Pero de ahí no debe extraerse la consecuencia de que la reserva de dominio sea una mera garantía frente a terceros: es una verdadera atribución dominical con eficacia *erga omnes*.

Si no se hubiera pactado reserva de dominio o no se hubiera inscrito, el acreedor no podrá hacer efectivo su derecho sobre el propio bien cuando estuviera en poder de un tercero, ya que éste alegaría en su favor lo dispuesto en el artículo 464 del Código Civil. Sin inscripción de la propiedad del bien, vía inscripción de la reserva pactada, el propietario-vendedor o financiador

sólo podría acudir al procedimiento del artículo 16 si el bien estuviera en poder del deudor pero no si se hubiera entregado a un tercero.

La consecuencia de todo ello sería, desde la perspectiva del procedimiento de ejecución regulado en el artículo 16, la de entender que el pacto de reserva de dominio no es tan sólo una garantía de oponibilidad frente a tercero, sino el requisito *sine qua non* para el reconocimiento del dominio en favor del acreedor frente al deudor y frente a terceros, esto es, *erga omnes*.

La prueba es que rige la denominada tercería registral: ninguna duda ofrece que si está inscrita la reserva de dominio, el favorecido por ella podrá interponerla frente a los embargos o vía de apremio que por deudas del comprador se dirijan contra bienes muebles o derechos reales objeto de la reserva de dominio; tendrá plena aplicación la previsión del artículo 15.3 de que «se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registrador, que dichos bienes o derechos constan inscritos en favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento».

f) El principio de legitimación en el arrendamiento financiero. De la misma manera que la reserva de dominio inscrita implica la atribución de la propiedad en favor del vendedor y su proclamación registral *erga omnes*, así ocurre con el arrendamiento financiero inscrito en el Registro (y cualquier otra modalidad contractual del arrendamiento, si —como es previsible— opta por esta posibilidad la reforma de la Ordenanza). En este sentido, la Disposición Adicional primera de la Ley 28/1998, al prever la inscripción de los arrendamientos financieros y establecer un procedimiento de recuperación del bien en caso de impago del canon de uso por el arrendatario, claramente se ha decantado por el reconocimiento en el arrendador de la propiedad del bien mueble arrendado. En este sentido, no creo aplicable en el ámbito mobiliario, la posición adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, aún reconociendo la dificultad de precisar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero y admitiendo que habrá que estar en cada caso a las particulares estipulaciones del negocio cuestionado a fin de determinar su específica naturaleza, su estructura unitaria o dual y su alcance y eficacia; entiende, sin embargo, que no es un verdadero arrendamiento al que se le añade la concesión de una opción de compra, sino una transmisión de dominio sometida a la condición resolutoria de impago por parte del arrendatario, que sería el propietario real, frente a la mera propiedad formal que ostentaría el arrendador (Resolución de 26 de octubre de 1998) (6).

(6) «La finalidad práctica perseguida por las partes no es una mera cesión de uso por tiempo determinado y precio cierto, con posibilidad añadida de devenir propietario al vencimiento de aquel plazo, sino la de producir una transmisión gradual y fraccionada de las facultades inherentes al dominio, transmisión que no se consumará hasta la completa

Por el contrario, entiendo que en el ámbito del arrendamiento financiero mobiliario, la Ley 28/1998 se ha decantado por atribuir la propiedad real del bien al arrendador, que podrá recuperar (no resolver el contrato) su posesión a través de un procedimiento ejecutivo específico previsto en su Disposición Adicional primera.

En este sentido, más cercana a esta posición es la postura sostenida por el Centro Directivo, cuando rechaza la aplicación analógica al «lease back» de los preceptos previstos para la compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria, entre ellos el artículo 175, párrafo 6.º del Reglamento Hipotecario, y por tanto niega la necesidad de consignación de la cantidad que el arrendador hubiere percibido (Resolución de 15 de junio de 1998) (7).

A mi juicio, la distinta solución adoptada por la doctrina de la Dirección General en los dos casos, debe atribuirse a que en el primer supuesto las estipulaciones pactadas en el contrato alejaban la posición de arrendador de una auténtica titularidad dominical: cesión al arrendatario financiero de las acciones de saneamiento por evicción y vicios ocultos que corresponderían al arrendador contra su vendedor; imputación al arrendatario del deber de conservación del bien y de realización de reparaciones tanto ordinarias como extraordinarias; imputación al arrendatario de deberes propios del arrendador, tales como el pago de las contribuciones, tributos y obligaciones de carácter urbanístico, etcétera.

realización por el arrendatario financiero de la contraprestación asumida; entre tanto el arrendador retendrá una titularidad más bien formal aunque con vocación de plenitud para el caso de incumplimiento de los compromisos asumidos por el arrendatario financiero o de que, por causas ajenas a los contratantes, el fin negocial no llegue a producirse; y por el contrario, al arrendatario financiero se le atribuyen, desde el momento mismo del otorgamiento del negocio, el contenido sustancial básico de facultades y deberes inherentes a la propiedad, si bien con las limitaciones inherentes a esa hipotética planificación del derecho del arrendador financiero (...) Si a lo anterior se añade que en nuestro Ordenamiento Jurídico aquellas estipulaciones de un contrato traslativo de dominio en cuya virtud pese al inmediato desplazamiento posesorio, se supedita o aplaza el traspaso dominical completo del bien negociado a la íntegra realización de la contraprestación monetaria convenida y aplazada, equivalen sustancialmente, en los efectos prácticos, a las situaciones que crea la condición resolutoria explícita, habrá que concluirse que el derecho condicionado que adquiere, desde luego, del denominado arrendatario financiero no puede ser calificado sino de real, en cuanto recae directamente sobre la cosa, resulta oponible *erga omnes* y reúne los requisitos estructurales configuradores de este tipo de derechos, de modo que su hipotecabilidad no puede ser negada» (Resolución de 26 de octubre de 1998).

(7) «Lo que sí es cierto es que la global operación de “lease back” realizada es sustancialmente diferente de la venta con condición resolutoria explícita contemplada en los artículos 1.504 del Código Civil y 11 y 37 de la Ley Hipotecaria, de modo que no puede invocarse la aplicación por analogía a aquella hipótesis de preceptos específicamente previstos para esta última, entre ellos el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario» (Resolución de 15 de junio de 1998).

En el ámbito mobiliario, podríamos concluir, que el arrendador financiero es el verdadero propietario, y así lo proclamará el Registro de Venta a Plazos y, en su día, el Registro de Bienes Muebles, salvo que por voluntad de las partes (reflejada en los pactos estipulados) resulte otra cosa.

g) Otra de las consecuencias derivadas del principio de legitimación y de prioridad registral en el ámbito mobiliario, se manifiesta en sede procesal.

El artículo 16 regula un procedimiento expedito para el cobro de los créditos derivados de derechos inscritos, sin perjuicio de que el acreedor pueda recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos mediante el ejercicio de las acciones declarativas y ejecutivas que correspondan, de conformidad con la legislación procesal civil general (8).

El procedimiento expedito regulado en el artículo 16 se caracteriza por lo siguiente:

1. Deriva de la eficacia legitimadora de los asientos: es necesario que exista un contrato formalizado en el modelo oficial establecido al efecto e inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

2. Sólo se puede ejercitar sobre los propios bienes adquiridos a plazos inscritos en el Registro: en caso de incumplimiento el acreedor podrá dirigirse directamente contra los bienes adquiridos a plazos.

3. Se protegen los derechos del deudor a través de las siguientes medidas:

a) Se exige un previo requerimiento fehaciente de pago (9).

b) Se exige fehaciencia en la determinación de la cantidad reclamada (10).

c) Se admite que el deudor adjudique al acreedor el propio bien en pago de la deuda (11).

(8) En este sentido, únicamente los contratos de venta a plazos de bienes muebles otorgados con las formalidades previstas en el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (es decir, en escritura pública o intervenido por Corredor de Comercio) constituyen título suficiente para fundar la acción ejecutiva de alcance universal sobre todo el patrimonio del deudor regulada en dicho precepto.

(9) El artículo 16 de la Ley 28/1998 exige, a través de fedatario público competente para actuar en el lugar donde se hallen los bienes, donde haya de realizarse el pago o en el lugar donde se encuentre el domicilio del deudor, requerirá de pago a éste, expresando la cantidad total reclamada y la causa de vencimiento de la obligación. Asimismo se apercibirá al deudor de que, en el supuesto de no atender al pago de la obligación, se procederá contra los bienes adquiridos a plazos.

(10) Salvo pacto en contrario, la suma líquida exigible en caso de ejecución será la especificada en la certificación expedida por el acreedor, siempre que se acredite, por fedatario público, haberse practicado aquella liquidación en la forma pactada por las partes en el contrato y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

(11) El deudor, dentro de los tres días hábiles siguientes a aquél en que sea requerido, deberá pagar la cantidad exigida o entregar la posesión de los bienes al acreedor o a la persona que éste hubiera designado en el requerimiento.

- d) En defecto de desposesión voluntaria por parte del deudor se exige subasta pública: Si el deudor no pagase, pero voluntariamente hiciera entrega de los bienes adquiridos a plazos, se procederá a su enajenación en pública subasta, con intervención de Notario o Corredor de Comercio colegiado, según sus respectivas competencias (12).

No obstante el acreedor puede optar por la adjudicación para pago de la deuda sin necesidad de acudir a la pública subasta. Y si el deudor no pagase la cantidad exigida ni entregase los bienes para su ejecución, el acreedor podrá reclamar del Juez competente, la ejecución sobre el bien o bienes adquiridos a plazos (13).

4. Certificación registral. El principio de legitimación registral vuelve a manifestarse al exigir la Ley que el acreedor deberá presentar, en su caso, certificación de la inscripción de los bienes en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, así la acreditación del requerimiento al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien.

5. Inmediatividad de la resolución judicial: despachada la ejecución, el Juez, sin necesidad de realizar nuevo requerimiento al deudor, ordenará la exhibición de los bienes a su poseedor, bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a la autoridad judicial y su inmediato embargo, así como su depósito o secuestro judicial (14).

6. Limitación de excepciones: el deudor podrá oponer en este procedimiento tan sólo las excepciones de pago, inexistencia, falsedad de firma, falsedad de título e incompetencia de jurisdicción.

7. Eficacia *erga omnes*: cuando el bien vendido con pacto de reserva de dominio o prohibición de disponer, inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, se hallara en poder de persona distinta al comprador, se requerirá a ésta, a través de fedatario público para que, en un

(12) La Ley 28/1998 exige que en la subasta se seguirán en cuanto fuesen de aplicación, las reglas establecidas en el artículo 1.872 del Código Civil y disposiciones complementarias, así como las normas reguladoras de la actividad profesional de Notarios y Corredores de Comercio. Esto hará que el Notario será normalmente el competente, y el Corredor intervendrá en caso de valores mercantiles y efectos de comercio conforme al artículo 93 del Código de Comercio.

(13) Dicha acción se tramitará, sea cual fuere su cuantía, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ejecutivo.

(14) Y ordenará la inmediata enajenación de los bienes en pública subasta, que se realizará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio. En todo caso servirá como tipo de la primera subasta el valor fijado por las partes en el contrato a tal efecto.

La interposición de recurso contra esta sentencia no suspenderá, en ningún caso, la ejecución de la misma ni la enajenación de los bienes adquiridos a plazos.

plazo de tres días hábiles pague el importe reclamado o desampare el bien (15).

8. Domicilio registral. Los requerimientos y notificaciones se efectuarán en el domicilio que a este efecto haya designado el comprador en el contrato inicial. Dicho domicilio podrá ser modificado ulteriormente, siempre que de ello se dé conocimiento al vendedor o acreedor y se haga constar en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

La articulación de este procedimiento expedito para hacer efectivo los derechos inscritos, es una clara manifestación procesal del principio de salvaguarda judicial de los asientos y de la legitimación registral, esto es, de presunción de validez del contenido de los mismos.

Lo mismo ocurre, con sus peculiares características de ser un procedimiento de recuperación del bien (más que de ejecución forzosa de un crédito), con el previsto en la Disposición Adicional primera de la Ley 28/1998 para los arrendamientos inscritos.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha incorporado estas acciones sumarias a su texto (que no entrará en vigor hasta transcurrido un año de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*).

En particular se configuran (16) como:

- a) Acciones sumarias, basadas en los asientos registrales. Por ello debe siempre acreditarse su inscripción, acompañando la correspondiente certificación.
- b) Se tramitan a través del juicio verbal.
- c) Tratándose de venta a plazos sin pacto de reserva de dominio, el objeto de la demanda será obtener una sentencia condenatoria que permita dirigirse exclusivamente sobre el bien adquirido o financiado.
- d) Tratándose de venta a plazos con reserva de dominio o de arrendamiento financiero, el objeto de la acción es la inmediata recuperación del bien y su entrega al vendedor o financiador, o al arrendador.
- e) Conllevan medidas cautelares inmediatas (embargo preventivo y depósito del bien en la venta a plazos; depósito del bien en caso de venta con reserva de dominio o leasing) sin necesidad de prestar caución.
- f) Tienen limitadas causas de oposición.

(15) Si pagare, se subrogará en el lugar del acreedor satisfecho contra el comprador. Si desamparase el bien se entenderán con él todas las diligencias del trámite ejecutorio, se siga éste ante fedatario público o en vía judicial, entregándosele el remanente que pudiera resultar después de pagado al actor.

(16) Véase artículo 250, apartados 10 y 11; 439, apartado 4; 441, 444, apartado 3 y Disposición Final séptima, apartado 4.

- g) No impiden acudir al proceso ordinario, al monitorio o al ejecutivo sobre el patrimonio del deudor, siempre, en este último caso, que el contrato se haya formalizado en escritura notarial o póliza de Corredor de Comercio.

3. EL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD

El principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a tercero ha sido el efecto característico y tradicional de los Registros Mobiliarios configurados hasta la Ley 28/1998, como meros Registros de gravámenes. El efecto característico de la inscripción es la oponibilidad del título inscrito frente a tercero, que de lo contrario, basándose en la protección que el Ordenamiento jurídico dispensa a quien posee el bien (cfr. art. 464 del Código Civil) no quedaría perjudicado por las cargas impuestas sobre el mismo.

El Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, así como el Registro de Hipoteca Naval, han tenido siempre por principal misión el de atribuir eficacia frente a tercero los gravámenes inscritos. No sólo cuando, como en el caso de la hipoteca, la inscripción es constitutiva (cfr. art. 1 LHMPSD), sino con relación a cualquier otra carga publicada de inscripción declarativa. Ello es consecuencia natural del principio de publicidad propio de los Registros Jurídicos y debe entenderse aplicable a aquéllos como consecuencia de la vigencia supletoria de la legislación hipotecaria (cfr. Disposición Final del RHMPSD).

Lo confirma así también, con relación al Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el artículo 15.1 de la Ley 28/1998 establece que «para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro».

En definitiva, los actos y contratos inscribibles en este Registro, si no acceden a él, no perjudican a tercero, entendiéndose por tal al que no ha sido parte en el contrato, sin necesidad de ulteriores requisitos, esto es, sin necesidad de inscripción ni de buena fe, lo cual constituye una diferencia respecto del juego del principio de inoponibilidad en el ámbito inmobiliario basado en la buena fe (17).

(17) El principio de buena fe, como principio hipotecario, es de discutible aplicación a los Registros Mobiliarios, no sólo por la agilidad y rapidez que caracteriza la contratación sobre bienes muebles, en la que por tanto debe regir con mayor plenitud la protección de la apariencia frente a manifestaciones sustantivas de protección de los derechos subjetivos, sino porque no existe ni un solo precepto en la legislación hipotecaria sobre protección del patrimonio mobiliario en que así se exija.

La Ordenanza de 19 de julio de 1999, sanciona el principio de prioridad en el artículo 28 al señalar que los actos y contratos inscribibles no inscritos no perjudican a tercero. Principio hoy en día reconducible a toda inscripción practicada en el Registro de Bienes Muebles, sucesor universal del Registro de Venta a Plazos.

4. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

El de prioridad es también un principio hipotecario aplicable al ámbito mobiliario, incluso con tanto rigor que en el ámbito inmobiliario, en la medida que tal prioridad no sólo se produce en el ámbito registral sino en el sustantivo.

Tratándose de bienes inmuebles, el principio de prioridad registral tiene manifestaciones puramente registrales (cfr. art. 17 y 32 LH, 175 RH) pero también sustantivas (especialmente a través de la preferencia que al derecho inscrito primeramente atribuye el art. 1.473 del Código Civil).

Tratándose de bienes muebles, no sólo el título anterior determina el cierre de los títulos posteriores incompatibles y las cargas anteriores determinan la cancelación de los asientos posteriores, sino que la prioridad se extiende al ámbito sustantivo, al propio crédito garantizado con la garantía inscrita.

- a) La Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles prevé que los créditos garantizados y sucesivamente inscritos tendrán la preferencia que resulte de su respectiva presentación en el Registro (cfr. art. 29 de la Ordenanza de 1982, art. 26 de la Ordenanza de 1999).
- b) La Ley 28/1998, de 13 de julio, la que establece (cfr. art. 16.5) que el acreedor, para el cobro de los créditos nacidos de contratos inscritos en el Registro (18) gozará de la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1.922-2.º y 1.926-1.ª del Código Civil.
- c) Además dispone la misma Ley 28/1998, que si se hubiera inscrito la reserva de dominio pactada en el respectivo contrato, en los casos de quiebra o concurso de acreedores, no se incluirán en la masa los bienes comprados a plazos mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta. En los de suspensión de pagos, el acreedor tendrá la condi-

(18) Expresamente atribuye la preferencia a los créditos «nacidos de los contratos otorgados en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio colegiado, así como de aquellos contratos formalizados en el modelo oficial establecido al efecto e inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles», lo que hace que la inscripción atribuya al crédito la misma preferencia que la derivada de su constancia en documento público, aunque el contrato esté simplemente formalizado en modelo oficial.

ción de singularmente privilegiado con derecho de abstención, según los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos.

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad tiene dos manifestaciones en el ámbito inmobiliario: la necesidad de que el título que acceda al Registro esté consignado en escritura pública, documento administrativo o mandamiento judicial (cfr. art. 3 LH); y la de que el título sea calificado por el Registrador (cfr. art. 18 LH). La exclusión de los documentos privados del Registro de la Propiedad fue explicada ya en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, en la imposibilidad de que reciban aquéllos la sanción o sello de un Registro Público, dada la falta de garantía que los mismos entrañan.

Este mismo principio debe sostenerse en materia mobiliaria como regla general si se quiere dotar al Registro de la misma eficacia que tratándose de bienes inmuebles. Sin embargo, no cabe desconocer que la Ley en ocasiones ha suavizado la exigencia de forma pública para la inscripción en los Registros Mobiliarios. Así, mientras en materia de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y de Hipoteca Naval rige el principio de titulación pública (cfr. arts. 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y 3 de la Ley de Hipoteca Naval, en cambio en materia de Venta a Plazos de Bienes Muebles, ya desde la Ley 50/1965, de 17 de julio, rige un sistema de acceso al Registro de documentos privados formalizados siguiendo un modelo oficial. Con ello se quiere conjugar agilidad en el tráfico mercantil mobiliario con el de seguridad jurídica. Y así lo han sancionado los artículos 15 y 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, que permiten el acceso al Registro y su ejecución, de contratos formalizados en modelo oficial, esto es, sin necesidad de autorización notarial ni intervención de Corredor de Comercio.

El Registro de Bienes Muebles respeta el sistema actualmente vigente, sin generalizar el acceso del documento privado al Registro Mobiliario, en aras de la mayor eficacia y consistencia de éste, de manera que la regla general (salvo los supuestos en que expresamente esté admitido el modelo oficial, como en venta a plazos o leasing) seguirá siendo la exigencia de escritura pública (conforme al art. 3 de la Ley Hipotecaria, aplicable supletoriamente ex Disposición Adicional única, apartado 6 del Real Decreto 1828/1999).

6. EL PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN

Los fuertes efectos que la inscripción dota al derecho inscrito derivan del tamiz de la calificación registral. El principio de legalidad es también funda-

mental para que el Ordenamiento Jurídico proteja y presuma la validez de los derechos inscritos, pero ya se ha visto que en ocasiones —en sede mobiliaria— aparece debilitado. No ocurre así con el principio de calificación, proclamado siempre por las leyes reguladoras de la trascendencia hipotecaria del patrimonio mobiliario.

Así el artículo 72 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, que bien podría constituir el precepto guía de la calificación registral en materia mobiliaria, establece que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, en los documentos presentados:

- a) La legalidad de las formas extrínsecas.
- b) La capacidad y la facultad de disposición de los otorgantes, así como la competencia del Juez, Tribunal o funcionarios autorizantes.
- c) La legalidad del contenido de los documentos. El Registrador se limitará en este punto a examinar si el referido contenido infringe o no, de una manera clara, directa y concreta, alguna disposición legal de carácter imperativo. El Registrador hará constar la disposición legal y el número del artículo o párrafo de la misma infringido, en la forma antes dicha.

Como se ve se trata de un precepto similar al previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que aclara que para la calificación el Registrador debe tener en cuenta tan sólo el título presentado y el contenido del Registro.

Tal calificación podrá ser recurrida directamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través del procedimiento previsto en el artículo 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil (cfr. art. 73 LHMPD en relación con el art. 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996).

Esto supone que el sistema normal de recursos contra la calificación del Registrador de Bienes Muebles no es el de doble instancia (Presidente del Tribunal Superior de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado) sino el de instancia directa ante el Centro Directivo, previa reforma del Registrador (cfr. art. 18 de la Ordenanza de 19 de julio de 1999, aplicable supletoriamente al Registro de Bienes Muebles por virtud de la Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999).

También en materia del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles está sancionado el principio de calificación. El artículo 15 de la Ordenanza de 1999, al igual que lo hacía la de 1982, exige que el Registrador califique, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de los requisitos que para los contratos inscritos se establecen en la Ley y la propia Ordenanza (19).

(19) La Ordenanza de 19 de julio de 1999, prevé la agilización de los plazos de calificación y del sistema de comunicación de defectos, a través de un procedimiento consistente en lo siguiente:

7. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN

No cabe duda que el principio de rogación también rige en materia mobiliaria. Los asientos registrales, sólo por excepción, se practican de oficio, como es el caso de la cancelación de anotaciones preventivas por caducidad. Fuera de ello se requiere consentimiento del titular registral o resolución judicial firme en procedimiento dirigido contra titular registral (cfr. art. 77 LHMPD, 40 y 41 del RHMPD).

a) Recibido un contrato inscribible, se procederá a extender en el Libro Diario un asiento de presentación.

b) El asiento de presentación tendrá una vigencia de treinta días hábiles.

c) Los Registradores provinciales calificarán bajo su responsabilidad, en el plazo máximo de ocho días hábiles contados desde el siguiente a la fecha del asiento de presentación, el cumplimiento de los requisitos que para los contratos inscribibles se establecen en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la Ordenanza.

d) Si no apreciaren defectos que impidan la inscripción, practicarán ésta haciendo constar en el ejemplar del contrato presentado los datos de inscripción. También constará su firma. Los mismos datos se consignarán en la hoja correspondiente del Libro Diario.

e) La incorporación al Registro Provincial de los contratos inscritos se hará mediante inscripción de un breve extracto del contenido de los mismos en el folio abierto a cada bien, así como mediante la incorporación literal del contrato a la base de datos informática del mismo. Asimismo, para la localización de los contratos, se organizará un fichero de personas y objetos. Para la ordenación de dicho fichero podrán utilizarse los índices suministrados por el Registrador Central o cualquier otro soporte que permita el tratamiento automatizado de la información en aquél contenida.

f) Una vez practicada la inscripción en el Registro Provincial, el Registrador remitirá el contenido del contrato incorporado a su archivo informático al Registrador Central por correo electrónico o sistema informático similar en el plazo máximo de dos días hábiles desde la inscripción o desde la subsanación de los defectos advertidos. Este acusará recibo al Registrador Provincial a través de cualquiera de estas vías.

g) El Registrador Central no podrá calificar la existencia de defectos en los contratos inscritos, sin perjuicio de que podrá comunicar al Registrador provincial su criterio a efectos de unificación de la calificación; si en otras ocasiones subsiste la discrepancia, el Registrador Central pondrá esta circunstancia en conocimiento de la Dirección General, la cual decidirá, pudiendo en su caso adoptar las medidas disciplinarias que procedan. Si el Registrador Central advirtiere alguna anomalía formal en el contrato inscrito en el provincial, consistente en la omisión o expresión defectuosa, incluso en razón de la grafía, de las circunstancias del asiento de presentación o del contrato, que impidan su eficaz procesamiento en el ordenador, pondrá el hecho en conocimiento del Registrador provincial correspondiente, sin perjuicio de la inscripción ya practicada en éste, para que lo comunique al interesado y proceda éste a su subsanación, bajo la advertencia de que si no lo hace en el plazo señalado en el artículo siguiente, se pondrá el hecho en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual decidirá lo procedente.

h) Si el Registrador provincial apreciare la existencia de defectos que impidan la inscripción del documento, lo comunicará al presentante o remitente en el plazo máximo de tres días contados desde el siguiente hábil a aquél en que termine el plazo para calificar, por medio de nota escrita y firmada por él en la que señalará los defectos

En materia de Venta a Plazos de Bienes Muebles, la Ordenanza de 1982 preveía la caducidad de los asientos y su cancelación de oficio una vez transcurrido un año a contar desde el vencimiento del último plazo (cfr. art. 24 de la Ordenanza). Sin embargo, cabalmente, la Ordenanza de 1999 ha abandonado este sistema, de manera que los asientos sólo se cancelarán por solicitud del vendedor, financiador, arrendador o titular de la garantía, con expresión

advertidos para su subsanación. La nota de calificación se hará constar en el ejemplar del contrato presentado y al margen del asiento de presentación, por medio de nota escrita, fechada y firmada, en la que expresará la causa de la suspensión o denegación y el precepto legal infringido, en su caso. En un apartado denominado «observaciones» hará constar, si lo solicita el interesado, los medios de subsanación, rectificación o convalidación de las faltas subsanables e insubsanables de que adolezca la documentación presentada a efectos de obtener el asiento solicitado.

Si los defectos fueran subsanables, podrá extenderse anotación preventiva a instancia del interesado, que caducará de oficio a los sesenta días hábiles de su fecha.

El interesado en la inscripción podrá también solicitar dictamen vinculante o no vinculante, bajo la premisa, cuando sea vinculante del mantenimiento de la situación jurídico-registral y de la adecuación del medio subsanatorio al contenido de dicho dictamen. Dicho dictamen vinculante sólo lo será para el Registrador que lo hubiera realizado. El Registrador emitirá su informe en el plazo de diez días hábiles a contar de la solicitud del mismo. Todo ello sin perjuicio de la plena libertad del interesado para subsanar los defectos a través de los medios que estime más adecuados para la protección de sus derechos y de su derecho a recurrir gubernativamente contra la calificación registral.

i) La subsanación de los defectos deberá verificarse en el plazo máximo de veinte días hábiles a partir de la fecha en que se notifique la calificación y en todo caso durante la vigencia del asiento de presentación, o durante el plazo de vigencia de la anotación preventiva por defectos subsanables. Realizada la subsanación dentro de plazo, se verificará la inscripción y surtirá todos sus efectos desde la fecha del asiento de presentación. Si la subsanación se produjera fuera de dicho plazo, se cancelará el primitivo asiento de presentación y se extenderá uno nuevo cuya fecha determinará el momento en que comienza a producir efectos la inscripción que, en su caso, se practique.

j) Cuando el contrato inscribible contuviere pactos o cláusulas no obligatorias contrarias a la Ley, el Registrador denegará la inscripción de tales pactos al mismo tiempo que inscribirá el restante contenido del contrato. La denegación parcial será notificada al presentante o remitente en el plazo señalado en el artículo anterior.

La omisión de alguna circunstancia obligatoria en los contratos inscribibles con arreglo a esta Ordenanza o la falta de adecuación a los modelos oficiales aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, determinará la suspensión de la inscripción.

k) Contra la calificación del Registrador Provincial, sea de suspensión o de denegación total o parcial los interesados, podrán interponer recurso de reposición ante el propio Registrador en el plazo de veinte días hábiles a partir de la fecha en que les haya sido notificada la calificación. Dentro del plazo de diez días hábiles a partir del siguiente a la presentación del escrito interponiendo el recurso, el Registrador dictará acuerdo reformando en todo o en parte la calificación o manteniéndola.

Si no accediese a lo solicitado en el escrito de interposición se entenderá formalizado el recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Registrador elevará el escrito de los interesados al Centro Directivo en el plazo máximo de dos días hábiles a partir de su acuerdo, acompañado del correspondiente informe, y

de la causa que la motive (y siempre que no se perjudiquen derechos de terceros), o por virtud de resolución judicial que así lo ordene (cfr. art. 22 de la Ordenanza de 1999).

8. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Consecuencia del principio de inscripción y de la configuración del Registro de Bienes Muebles como Registro de Titularidades (manifestación de lo cual es ya el actual Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que ha dejado, como se ha visto, de ser un mero Registro de depósito) es que rija en él el principio de tracto sucesivo.

La previa inscripción del dominio como requisito para la posterior inscripción de los gravámenes (principio de tracto sucesivo) rige en el Registro de Bienes Muebles por aplicación supletoria de la normativa hipotecaria (cfr. Disposición Final única Real Decreto 1828/1999).

Además de que así se exige en la legislación aplicable. En concreto, tal principio rige plenamente en materia de Hipoteca Naval (cfr. arts. 15 y 16 LHN) y hoy en día también en Venta a Plazos (cfr. art. 15.3 de la Ley 28/1998, de manera que la misma inscripción de la venta a plazos o del arrendamiento financiero implicarán la inscripción del dominio en favor de quien se hubiera reservado el dominio o del arrendador). De la misma manera si llega una anotación de demanda o de embargo, la Disposición Adicional segunda de la citada Ley 28/1998 exige la previa inscripción del bien.

En cambio el principio de tracto sucesivo rige solo limitadamente en sede de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (tan sólo en el caso de que voluntariamente se hubiera inscrito el dominio previo y una

pondrá nota expresiva de la interposición del recurso al margen del asiento de presentación, cuyos efectos subsistirán hasta la resolución que recaiga.

La Dirección General podrá reclamar los informes que estime convenientes y resolverá en el plazo de diez días hábiles a partir de la recepción de los informes solicitados. Su resolución decidirá si procede o no el registro del documento, y será comunicada al interesado y al Registrador que procederá en consecuencia. Sin perjuicio de la firmeza de la resolución a efectos de inscripción, podrán los interesados recurrir ante la jurisdicción civil para contender sobre la validez del título o de la resolución, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 131, párrafo último, y 132 del Reglamento Hipotecario, con demanda al Abogado del Estado y a todos los interesados que pudieran verse afectados, pudiendo pedirse anotación preventiva de la misma.

El no cumplimiento de los plazos, deberes formales y demás obligaciones impuestas por la Ley y la Ordenanza, en cuanto no atañan a cuestiones de calificación, por parte de los Registradores provinciales o del central, darán a recurso de queja que podrá formularse ante la Dirección General, que adoptará, en su caso, las medidas disciplinarias que correspondan.

carga, anotación de embargo o demanda fuera constituida o dirigida contra quien no sea titular registral).

Ello no obstante, como consecuencia de su integración en el Registro de Bienes Muebles, deberá adaptarse su funcionamiento para una plena vigencia del principio de tracto sucesivo, que en definitiva no es sino un filtro preciso para dotar al Registro de una real presunción de validez de su contenido.

En caso de compraventa de bienes inscritos, la exigencia de tracto sucesivo exigirá que no pueda inscribirse en los Registros Administrativos (como el de Tráfico) las transferencias efectuadas, si resulta una titularidad contradictoria en el Registro de Bienes Muebles. La formación de una base de datos conjunta (a la que antes se ha hecho referencia) facilitaría el cumplimiento del tracto sucesivo.

9. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Los principios de inscripción, llevanza del Registro por el sistema de folio real, abandono del sistema de depósito en la legislación sobre Venta a Plazos de Bienes Muebles, tendencia a la previa inscripción de dominio en materia mobiliaria y demás principios estudiados con anterioridad, sólo pueden tener un corolario: la exacta determinación del derecho inscrito, no sólo en el título presentado a inscripción, sino en el propio asiento practicado.

En materia de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en que —como se ha visto— el acceso al Registro se produce a través de modelos oficiales, es la propia Ley la que delimita el contenido que deben tener los contratos inscribibles, y por tanto el propio asiento de inscripción (cfr. art. 11 de la Ordenanza de 19 de julio de 1999, siguiendo el criterio de la Ley 28/1998) (20).

(20) «Los modelos oficiales de los contratos inscribibles, así como los impresos en que se extiendan, contendrán necesariamente los espacios necesarios para hacer constar las circunstancias siguientes:

1.^a Fecha de celebración del contrato. En caso de que no hubiera habido unidad de acto, se hará constar la fecha en que se firmó por cada una de las partes, no pudiendo transcurrir más de treinta días naturales entre la primera y la última firma.

2.^a Identificación de los contratantes. Deberá figurar el nombre, apellidos, domicilio y número de identificación fiscal de cada una de las partes contratantes, tales como: vendedor y comprador o arrendador y arrendatario; en caso de que intervengan se hará constar también los mismos datos del fiador, financiador o cesionario de la situación jurídica de cada uno de ellos.

Si alguna de las partes contratantes la integran varias personas, se expresarán los datos correspondientes a cada una de ellas. En el caso de venta a plazos, si fueren varios los compradores, se designarán las circunstancias correspondientes a todos ellos, expresándose la participación proindiviso de cada uno. De no indicarse, se entenderá que adquieren por partes iguales.

En definitiva, el principio de especialidad se cumple, en este caso, por la determinación legal del contenido del contrato inscribible. En los casos en que no sea la propia Ley la que delimite el contenido del asiento, será necesario (lo cual deberá ser calificado por el Registrador) que el derecho constituido sea objeto de una exacta delimitación en el título presentado a inscripción, para que pueda reflejarse así en el propio asiento que se extienda.

Cuando se trate de personas jurídicas se hará constar la razón social o denominación completa. No se entenderá cumplido este requisito mediante su expresión en anagrama. También se consignará el domicilio, el número de identificación fiscal y en caso de ser susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, se expresará en qué Registro está inscrita, así como los datos de tomo, folio y número de inscripción. Si están sometidas a inscripción obligatoria en algún Registro administrativo, se expresarán los datos correspondientes de inscripción en éste.

Si se empleare algún nombre comercial será necesario indicar los datos de su inscripción en el Registro administrativo correspondiente y las circunstancias de todos y cada uno de los titulares del mismo.

3.^a Datos de representación. En los casos de representación por poder deberá indicarse el nombre del Notario autorizante y la fecha de su otorgamiento. Si existiere representación orgánica, se expresará el cargo del representante. En el supuesto de representación legal, se harán constar las circunstancias del representante y del representado y el carácter de la representación.

4.^a Determinación de la cosa objeto del contrato con las características necesarias para facilitar su identificación, cumpliendo lo dispuesto en los artículos 6.º y 8.º

5.^a Los pactos relativos al precio o renta expresados en euros.

1. Tratándose de venta a plazos, se hará constar:

a) El precio de venta al contado.

b) El importe del desembolso inicial cuando exista.

c) La parte que se aplaza.

d) La parte financiada por un tercero, en su caso. En los contratos de financiación constará el capital del préstamo, que no podrá ser superior al coste de adquisición del bien. Se entenderá por coste de adquisición del bien, el precio de venta al contado más los gastos necesarios para formalizar la adquisición, tales como autorización o intervención del contrato, impuesto de matriculación en su caso y comisiones derivadas de la apertura del propio préstamo. Estos gastos necesarios deberán también especificarse de forma individualizada.

e) Los plazos sucesivos de pago del precio o de reintegro del capital del préstamo de financiación, indicando el número de plazos y el importe y fecha de vencimiento de cada uno de ellos, con expresión del importe total de los pagos correspondientes.

2. Tratándose de arrendamiento financiero, arrendamiento de retro o modalidad contractual similar:

a) La renta total a satisfacer por el usuario del bien.

b) Duración del contrato, pagos periódicos y fecha de vencimiento de cada uno de ellos.

c) El importe correspondiente a cada uno de los vencimientos o cuotas, diferenciando la parte correspondiente a renta o amortización de capital, de la correspondiente a carga financiera y, en su caso, del gravamen indirecto.

d) En su caso, el importe correspondiente a la opción de compra.

6.^a Los pactos relativos a la financiación de la operación. Se hará constar:

a) Cuando se trate de préstamo de financiación, aplazamiento de pago, arrendamiento financiero o de otras operaciones con interés, fijo o variable, pactadas en contratos

10. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Como instrumento para hacer efectivos los efectos de legitimación y prioridad antes estudiados (que a su vez están basados en el de legalidad, calificación, tracto sucesivo y especialidad), prevé nuestro Ordenamiento Jurídico el acceso a los Registros mobiliarios, en parecidos términos a los que están previstos en la legislación hipotecaria general.

En este sentido, el Registrador en materia de publicidad tiene que hacer cumplir las normas sobre protección de datos de carácter personal (Directiva 95/46/CE, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la

inscribibles, la determinación del importe correspondiente a intereses en los sucesivos vencimientos, periodicidad o fecha de los pagos que deban realizarse y el importe total de los pagos correspondientes a intereses cuando sea posible. Se entenderá que siempre es posible cuando el tipo de interés sea fijo. Cuando no sea posible, se expresará la fórmula matemática para el cálculo del importe total correspondiente a intereses.

b) El tipo de interés nominal. En el supuesto de operaciones concertadas a interés variable se establecerá la fórmula para la determinación de aquél, con expresión del diferencial e índice de referencia objetivo al que se aplicará aquél para calcular el nuevo tipo de interés. Deberá también fijarse un tope o cantidad máxima de variación de interés en perjuicio de terceros.

c) La relación de elementos que componen el coste total del crédito, especificando cuáles se integran en el cálculo de la tasa anual equivalente, con indicación de ésta y de las condiciones en las que este porcentaje podrá, en su caso, modificarse todo ello de conformidad con los artículos 8 y 18 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Cuando no sea posible indicar dicha tasa, deberá expresarse la justa causa de la imposibilidad, y se hará constar, como mínimo, el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir de la fecha de celebración del contrato y las condiciones en que podrá modificarse.

7.^a Interés de demora. En caso de mora en el pago de alguno de los vencimientos, el interés que se estipule y la fórmula matemática para su cálculo, con remisión a las reglas previstas para el interés ordinario en cuanto le sean aplicables.

8.^a Derechos reales y garantías estipuladas. En este apartado se harán constar:

a) La cláusula de reserva de dominio si se pactare, así como el derecho de cesión de la misma en favor de un tercero, en su caso. En estos casos, se inscribirá en el Registro la propiedad del bien a favor de quien se hubiera reservado el dominio o, en su caso, del cesionario.

b) El pacto en que expresamente se establezca la prohibición de enajenar o de realizar cualquier acto de disposición o de gravamen mientras no se haya cumplido lo estipulado en el contrato o reembolsado el préstamo. También se hará constar, en su caso, la autorización que dé el vendedor o financiador para los actos de disposición.

c) La titularidad del dominio del bien por parte del arrendador en tanto no se ejercite la opción de compra y, en su caso, la prohibición de disponer de ésta por parte del arrendatario en los arrendamientos financieros. En el primer caso se inscribirá en el Registro la propiedad del bien a favor del arrendador, además del derecho de arrendamiento a favor del arrendatario.

d) Los seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular que se hayan negociado individualmente.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de datos de carácter personal y el Protocolo de colaboración entre la Agencia de Protección de Datos y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España de 3 de noviembre de 1994), siguiendo los criterios fijados por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Instrucción 17 de febrero de 1998 (*BOE* de 27 de febrero) dictada en desarrollo de la Orden Ministerial de 10 de junio de 1997.

e) Cualquier otra garantía que sobre los bienes muebles, objeto de contratos inscribibles, hubieran estipulado los contratantes, que no sea la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión que deberán inscribirse en el Registro correspondiente.

9.^a Cesión de derechos. Cuando se pacte, el derecho de cesión de su posición contractual que cualquiera de las partes se reserve en favor de un tercero, con expresión del nombre o razón social y domicilio de éste si es determinado. También podrá estipularse la reserva de la facultad de cesión a favor de persona aún no determinada.

10.^a Domicilios y forma de pago. Deberá consignarse el lugar establecido por las partes a efectos de notificaciones, requerimientos y emplazamientos. Si no se fijara, se entenderá que este lugar es el domicilio propio de cada obligado. En cualquier momento podrá el interesado modificar este domicilio mediante escrito dirigido al Registrador.

También se señalará un domicilio donde se verificará el pago de los vencimientos y la forma de pago.

11.^a Tasación. En las ventas a plazos y en los contratos de financiación deberá fijarse la tasación del bien para que sirva de tipo, en su caso, a la subasta. Podrá consistir en una tabla o índice referencial que permita calcular el valor del bien, que servirá también a los efectos de la adjudicación en pago o para pago de deudas por parte del comprador que incumpla su obligación.

12.^a Derecho de desistimiento. En caso de venta a plazos deberá constar el derecho del comprador a desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien en la forma prevista en el artículo 9 de la Ley. También deberá constar expresamente la exclusión de este derecho o la modalización de su contenido, cuando tratándose de adquisición de vehículos de motor, así se hubiera estipulado. Esta renuncia o modalización no podrá figurar entre las condiciones generales del contrato, aunque sí en las condiciones particulares negociadas con el comprador.

13.^a Los demás pactos que se estipulen y sean conformes con el Ordenamiento Jurídico. En este apartado se harán constar las cláusulas negociadas individualmente en cada contrato. Necesariamente constarán aquí los seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular que en su caso se hayan pactado o los pactos relativos a otros servicios accesorios que no constituyan el objeto principal del contrato.

No se admitirá cláusula de sumisión a fuero, aunque sea negociada individualmente, que no sea el correspondiente al domicilio del demandado o, tratándose de consumidor, del correspondiente al domicilio de éste.

14.^a El lugar de celebración del contrato. Deberán consignarse los lugares en que firme cada una de las partes cuando aquéllos no coincidan.

15.^a Firma. Constará la firma de cada una de las personas intervinientes en el contrato, las cuales constarán en todos los ejemplares y en cada hoja que se adicione al mismo, y se estampará debajo de una antefirma que expresará el concepto en que cada uno interviene. En los supuestos en que el contrato sea autorizado o intervenido por fedatario público, se estará a lo establecido en su normativa específica».

La Ordenanza de Venta a Plazos de Bienes Muebles (aplicable supletoriamente al Registro de Bienes Muebles por virtud de la Disposición Final única del Real Decreto 1828/1999) establece, en los artículos 31 y siguientes, que:

1. El Registro es público para quien tenga interés legítimo en conocer su contenido. Se presume que tienen interés las personas o entidades que desempeñen una actividad profesional o empresarial relacionada con el tráfico jurídico de bienes muebles, tales como entidades financieras, abogados, procuradores, graduados sociales, auditores de cuentas, gestores administrativos y demás profesionales que desempeñen actividades similares, así como las Entidades y Organismos Públicos y los detectives, siempre que expresen la causa de la consulta y ésta sea acorde con la finalidad del Registro. Asimismo se presume que tienen interés quienes sean parte en el contrato del cual nació el derecho inscrito.

2. La publicidad se llevará a efecto por medio de certificación, que podrá ser literal o en extracto, o nota simple informativa.

3. Los derechos y garantías inscritas sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero mediante certificación. La certificación literal tiene carácter excepcional y sólo se expedirá a instancia de autoridad judicial o administrativa o de quien justifique interés en la obtención de la totalidad de los datos registrados. En consecuencia, sólo podrá certificarse en virtud de solicitud firmada por el interesado, o de mandamiento expedido por autoridad judicial o administrativa.

4. La certificación en extracto y la nota simple informativa contendrá los siguientes datos:

- a) Apellidos y nombre o razón social de los titulares de derechos inscritos, tales como la propiedad del vendedor o financiador con pacto de reserva de dominio en la venta a plazos o del arrendador en el arrendamiento financiero, la propiedad del comprador cuando no se hubiere pactado la reserva de dominio, del cesionario de las garantías inscritas, etcétera.
- b) Apellidos y nombre o razón social de todas las partes que intervinieron en el contrato registrado.
- c) Descripción del objeto.
- d) Cantidad aplazada en las ventas a plazos, renta en los arrendamientos financieros, importe del préstamo en los contratos de financiación y condiciones financieras de los contratos inscritos con expresión del vencimiento final.
- e) Cargas o gravámenes inscritos, como anotaciones de embargo, de demanda o prohibiciones de disponer.
- f) Datos de inscripción en el Registro, con expresión de su fecha y de la del asiento de presentación.

- g) Fecha de emisión de la nota.
- h) Cuantos otros extremos particulares solicite el interesado.

5. Las personas con interés legítimo podrán solicitar y obtener la publicidad formal del Registro Central a través de sistemas de telecomunicación informáticos, a través de cualquier Registro Provincial o del propio Central, a cuyo efecto formarán una base de datos única.

6. El Registrador ante quien se curse la petición, una vez calificado el interés del solicitante, asignará al peticionario una clave que le identificará de forma inequívoca. En lo sucesivo las solicitudes de publicidad formal remitidas por esta vía contendrán la clave identificadora y el objeto de la solicitud, sin que se permitan solicitudes de tipo genérico. Recibida la solicitud por sistema informático, se comprobará la exactitud de la clave y se rechazarán las solicitudes que no se ajusten a la autorización otorgada. Efectuada la comprobación, se procederá a efectuar la consulta en la base de datos del Registro, de forma análoga a las solicitudes que directamente se presenten en los Registros, provinciales o central.

7. Las certificaciones y notas simples, salvo las solicitadas y remitidas por medios de telecomunicación a que se refiere el artículo anterior, deberán ser expedidas por el Registrador provincial o por el Registrador central con referencia a sus respectivos archivos.

8. El plazo máximo de expedición de todo tipo de publicidad formal será de tres días hábiles a contar desde la fecha en que la solicitud de información hubiera tenido entrada en el Registro.

Los Registradores Mercantiles, como Registradores de Bienes Muebles, podrán hacer constar en la publicidad formal que expidan, la circunstancia de que las sociedades han depositado las condiciones generales de sus contratos (cfr. art. 34.3 de la Ordenanza).

11. EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

Finalmente, puede predicarse de los Registros de Bienes Muebles, la aplicación del principio de fe pública registral.

El artículo 29 de la Ordenanza de 19 de julio de 1999 (hay que insistir que es el régimen aplicable con carácter supletorio a todo el Registro de Bienes Muebles, por imperativo de la Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999), dispone lo siguiente:

«La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. No obstante, quien adquiera a título oneroso y de buena fe algún derecho susceptible de inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (hoy Registro de Bienes Muebles) de quien, según el

propio Registro, sea titular con facultades de disposición, será mantenido en su adquisición aunque posteriormente se anule o resuelva el derecho del transmitente por causa que no conste en el Registro. La buena fe se presume».

He aquí la vigencia del principio de fe pública registral (proclamado en el ámbito inmobiliario en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, del cual es fiel reproducción) en el ámbito mobiliario. Lo cual supone una modificación fundamental del régimen del artículo 464 del Código Civil, respecto de la legitimación posesoria de los bienes muebles.

XI. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

1. REGULACIÓN EN LA LEY 7/1998

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es objeto de regulación principal en el Capítulo III de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, integrado por un artículo único, el número 11, bajo la rúbrica «Del Registro de Condiciones Generales de la Contratación» (21).

(21) Dispone el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, lo siguiente: «1. *Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria.*

La organización del citado Registro se ajustará a las normas que se dicten reglamentariamente.

2. En dicho Registro podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado conforme a lo establecido en el apartado 8 del presente artículo. No obstante, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las Condiciones Generales en determinados sectores específicos de la contratación.

3. Serán objeto de anotación preventiva la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa previstas en el capítulo IV, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general.

Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, siendo prorrogable hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga.

4. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. También

Sin embargo, otros artículos de la Ley (además de su Exposición de Motivos, apartado III) contienen referencias al Registro, en concreto: los artículos 12.4 y 20.3, que disponen la inscripción de una condición general como resultado de la acción declarativa; el 13, que regula el sometimiento a dictamen de conciliación ante el Registrador previamente a la interposición de acciones colectivas; el 19, que recoge el efecto de prescripción de las acciones colectivas, principal efecto jurídico de la inscripción de las condiciones generales; el 22, que ordena la inscripción de las sentencias dictadas en el ejercicio de una acción colectiva o individual de nulidad o no incorporación; el 23.3, relativa a la obligación del Notario de hacer constar el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales; el 24 que, dentro del régimen sancionador, incluye la falta de inscripción de las condiciones generales, cuando sea obligatoria.

Asimismo puede destacarse la Disposición Adicional primera, de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha dado nueva redacción al artículo 10 de la misma y ha introducido un nuevo artículo 10.bis, en orden a la definición de lo que es cláusula abusiva en las condiciones generales y en los contratos de adhesión particulares; en particular, el párrafo 6 del artículo 10 impone a los Notarios y Registradores de la propiedad y mercantiles que no autoricen ni inscriban aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas, por abusivas, en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

podrán ser objeto de inscripción, cuando se acredite suficientemente al Registrador, la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas.

5. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación será público.
6. Todas las personas tienen el derecho a conocer el contenido de los asientos registrales.
7. La publicidad de los asientos registrales se realizará bajo la responsabilidad y control profesional del Registrador.
8. La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse:
 - a) Por el predisponente.
 - b) Por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente. En caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa.
 - c) En caso de anotación de demanda o resolución judicial, en virtud del mismo mandamiento que las incorporará.
9. El Registrador extenderá, en todo caso, el asiento solicitado, previa calificación de la concurrencia en el solicitante de los requisitos establecidos.
10. *Contra la calificación por el Registrador podrán interponerse los recursos establecidos en la legislación hipotecaria».*

2. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: PRECEDENTES, FINALIDAD, DEFINICIÓN Y ORGANIZACIÓN

a) *Precedentes*

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación tiene su origen inmediato (22) en la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular en su artículo 7.º que permite a los Estados adoptar medidas administrativas para impedir la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Como señala MAGRO SERVET, «una de las novedades del texto legal viene configurada por la creación de un Registro de Condiciones Generales de la contratación, siguiendo el criterio mantenido por la Directiva en el artículo 7, a fin de que los Estados miembros adopten una serie de medidas con objeto de poder hacer efectivo el ejercicio de acciones contra condiciones generales no ajustadas a la ley, en la línea que ya ha sido establecida en otros Estados» (23).

En efecto, otros países han utilizado una técnica similar, como la Ley alemana de 1976 para la regulación del Derecho de las condiciones generales de los negocios. En esta ley, en la que se ha inspirado la ley española, como destaca PETER ULMER (24), también existe un Registro donde se inscriben las

(22) Como precedentes mediatos de este Registro, pueden citarse el Borrador de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la contratación elaborado por la Comisión General de Codificación en 1988, en el que se regulaba un Registro de estas características, como instrumento para facilitar la prescripción de las acciones colectivas, así como el Dictamen del Consejo de Estado de 31 de octubre de 1996, al Anteproyecto de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que se recomendaba que se afrontara una regulación de las condiciones generales, y no sólo una reforma parcial del Derecho de consumo; asimismo, en ese Dictamen se sugería la conveniencia, frente a un control administrativo previo y sistemático de las condiciones generales, de la publicidad registral de las condiciones generales, utilizando la infraestructura existente ofrecida por los registradores, en concreto a través de los Registros de Venta a Plazos.

(23) MAGRO SERVET, VICENTE, *La nueva Ley sobre condiciones generales de la contratación*, pág. 1910 y sigs.

(24) PETER ULMER, Catedrático de la Universidad de Heildelberg, *La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre CGC de 1976*, Conferencia pronunciada en el CIDRIM, Barcelona, 6 de mayo de 1999, apartado III punto 3: «También en el Derecho procesal queda patente el paralelismo con la ley alemana en caso de acciones colectivas contra las condiciones generales abusivas o en la creación de un registro de condiciones generales de la contratación. Al hacer esta comparación no ignoro que el contenido de las regulaciones individuales alemana y española han conocido en parte un diseño diferente, por lo cual no sería justo considerar la ley española como una mera traducción del Derecho alemán, aparte del entorno jurídico civil distinto en cada

demandas y sentencias dictadas en ejercicio de acciones colectivas («acciones de omisión», dirigido a lograr su eliminación, y «de revocación», para revocar su recomendación); el efecto de la sentencia —completada por su inscripción en un instrumento de publicidad general— es que si el predisponente condenado contrata en disconformidad con el mandato de eliminación, la cláusula de las condiciones generales del negocio se considerará nula, con tal de que el adherente se remita a los efectos de la sentencia de eliminación, siempre que la sentencia sea firme (25). GARCÍA AMIGO (26) considera que este efecto de la sentencia tiene un alcance extraordinario; en la práctica constituirá el gran arma de protección a utilizar por los clientes y representará el mejor medio jurídico en la defensa de los consumidores.

b) *Finalidad*

El Consejo de Estado, en dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento para el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, afirma que éste «es un registro de cláusulas contractuales y de sentencias cuya finalidad primordial, según la Ley 7/1998, que ha de interpretarse a la luz de la Constitución y de la Directiva 93/13/CEE, es proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas y evitar que se incluyan tales cláusulas en los contratos celebrados con los consumidores, sobre todo como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la Ley» (27).

Es decir, la finalidad principal del Registro es la publicidad general de las condiciones generales de la contratación, para que puedan ser objeto de control a través de las entidades representativas de intereses colectivos; entre ellas estarán las Asociaciones de Consumidores, aunque no sólo serán ellas (28).

No debe olvidarse, como recuerda PETER ULMER que la regulación española contenida en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, referente al procedimiento de control, acciones colectivas y Registro de Condiciones Generales es aplicable a todas las condiciones

caso y que ha quedado plasmado en el Código Civil español por un lado y en el Bürgerliches Gesetzbuch alemán por otro. A pesar de todo ello, el paralelismo es remarcable».

(25) Cfr. Artículo 20 de la Ley alemana de 1976.

(26) GARCÍA AMIGO, «La ley alemana occidental sobre condiciones generales», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pág. 397.

(27) Véase página 18 del dictamen 17 de junio de 1999.

(28) Cfr. Artículo 16 de la Ley 7/1998, que concede legitimación activa en las acciones colectivas a las Asociaciones de empresarios, Cámaras de comercio, Asociaciones de consumidores, Instituto Nacional de Consumo y colegios profesionales.

estándar, tanto se contengan en contratos que se celebren entre industriales, como en contratos celebrados por éstos con los consumidores (29). Es decir, que el Registro va a publicar todas las condiciones generales, no sólo las contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor (único supuesto en el que una condición general puede ser declarada nula por abusiva conforme a la ley 7/199) sino también las celebradas entre profesionales. En este caso —condiciones generales entre profesionales—, la publicidad registral permitirá ejercitar las acciones colectivas declarativas, de cesación y retractación, por todas las causas previstas por la ley, que no sean el carácter abusivo de la cláusula (30).

En efecto, la Ley 7/1998, tiene una doble manifestación o doble vía, que a juicio de PETER ULMER es perfectamente coherente (31):

- a) La regulación de las condiciones generales, como cláusulas predisuestas impuestas por una de las partes con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos celebrados entre un profesional, y cualquier persona física o jurídica adherente.
- b) La regulación de los contratos de adhesión por parte de consumidores, existan o no condiciones generales (por tanto, también en los contratos de adhesión particulares).

Esto último tiene lugar a través de la Disposición Adicional primera de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

(29) PETER ULMER, *La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre CGC de 1976*, Conferencia pronunciada en el CIDRIM, Barcelona, 6 de mayo de 1999.

(30) Tal es el caso de las que sean nulas por incumplir las normas de la ley sobre ámbito territorial, normas de interpretación, contratos excluidos, etc.

(31) PETER ULMER, Op. citada, punto III: «La solución doble vía, o sea, la promulgación de leyes que diferencian entre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y la utilización de condiciones generales entre industriales no es fácil de entender a primera vista por un observador externo, sobre todo porque en el aspecto material existen regulaciones parcialmente paralelas en las dos leyes, como por ejemplo, las exigencias de incorporación, normas de interpretación y las disposiciones sobre el mantenimiento modificado del contrato en caso de no incorporación o nulidad de una parte de las condiciones generales. Vista de cerca, esta subdivisión en dos leyes es, sin embargo, perfectamente coherente, teniendo en cuenta la ley española de tutela del consumidor, con sus diferentes regulaciones no limitadas únicamente a las cláusulas abusivas. Tiene además la ventaja de expresar claramente a través de leyes diferenciadas que la armonización exigida por Bruselas se limita al derecho de tutela del consumidor, mientras que la interpretación del derecho material contenido en la Ley de 1998, a diferencia del derecho procesal, no depende de las premisas europeas, sino que se rige exclusivamente por lo dispuesto en la legislación española».

Dentro del primer aspecto (regulación de las condiciones generales de los contratos, estén o no celebrados con consumidores), están las normas relativas al Registro de Condiciones Generales que, por tanto, no queda limitado a instrumento del Derecho de consumo.

De hecho en el Registro se depositarán todo tipo de condiciones generales, tanto destinados a incorporarse a contratos celebrados entre un profesional y los consumidores, como los destinados a contratos entre profesionales.

c) *Definición*

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación podría definirse como un Registro del Estado, de evidente transcendencia jurídica —aunque de menores efectos que otros de la misma naturaleza, como el Registro de la Propiedad o el Mercantil— que tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación (contenidas tanto en los contratos entre profesionales como de éstos con los consumidores), así como las resoluciones judiciales sobre su eficacia, atribuyendo efectos de prescripción a las acciones colectivas, legitimación de hecho en el tráfico y posibilidad de alcance *erga omnes*, *ultra partes* y prejudicial de las sentencias inscritas.

El Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, aprobado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, en su artículo 1.º, lo define como «Registro de trascendencia jurídica en el tráfico privado, dependiente del Estado, que tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia, en los términos previstos por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y este Reglamento».

d) *Organización*

El Registro está a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, y por tanto, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Su provisión se realiza conforme a las normas de la legislación hipotecaria, y por tanto, en régimen de concurso ordinario entre registradores.

Este Registro tiene una naturaleza específica y diferente a los Registros Mobiliarios, donde rigen principios hipotecarios que no siempre son aplicables al Registro de Condiciones Generales (32). No obstante, siguiendo la

(32) Véase, GÓMEZ GÁLLIGO, «Principios hipotecarios de los Registros Mobiliarios», en *RCDI*, núm. 651, marzo-abril 1999.

sugerencia del Consejo de Estado (33) y por razones de economía de medios y dada la similitud en las técnicas —fundamentalmente informáticas (34)— que deben emplearse en uno y otros, el Reglamento de Condiciones Generales, al igual que el de Ordenanza de Venta a Plazos de Bienes Muebles, dispone la integración del Registro de Condiciones Generales en el Registro de Bienes Muebles, como una sección separada del mismo; de la misma manera el Registro Central de Venta a Plazos de Bienes Muebles y el Registro Central de Condiciones Generales de la Contratación se integrarán en un único Registro de Bienes Muebles Central.

3. CARACTERES

El Registro de Condiciones Generales se caracteriza por lo siguiente:

1.º *Registro Estatal*

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un Registro del Estado, precisamente —como veremos— por su trascendencia jurídica. No es un Registro meramente administrativo, sometido a la competencia de las Comunidades Autónomas.

La naturaleza mercantil de la materia, atinente a las condiciones generales de la contratación, ha llevado al reconocimiento de la competencia del Estado para regular la materia, por parte del Tribunal Constitucional (35) con base en el artículo 149.1.6 de la Constitución. También el Consejo de Estado (36) confirma que se trata de «una materia encuadrable en el Derecho privado civil y mercantil y en la ordenación de los Registros públicos de trascendencia jurídica y por ello el Estado tiene competencia para su regulación y gestión de acuerdo a lo previsto en el artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución».

La Disposición Final primera del Real Decreto de 3 de diciembre de 1999, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones

(33) Véase Dictamen del Consejo de Estado de 31 de octubre de 1996 al Anteproyecto de modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

(34) Se basa en la utilización de técnicas informáticas tanto en la presentación de los clausulados, como en la comunicación de defectos como en la publicidad instrumental.

(35) Cfr. STC 15/1989, de 26 de noviembre, y 71/1982, de 30 de noviembre.

(36) Cfr. Dictamen de 31 de octubre de 1996, sobre el primitivo proyecto de modificación en materia de cláusulas abusivas de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios; y Dictamen de 17 de junio de 1999, sobre el proyecto de Real Decreto de Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Generales de la Contratación, reconoce que el mismo se dicta al amparo del artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución y será de aplicación en toda España, sin perjuicio de las normas sobre interpretación de los contratos recogidas en la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra (37).

El carácter estatal del Registro no queda desvirtuado por lo dispuesto en la Disposición Adicional tercera de la Ley 7/1998, que impone la existencia de un Registro de Condiciones Generales de la Contratación al menos en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia. El que la demarcación registral estatal se adecue a la estructura autonómica, evitando centralismos innecesarios, no atribuye competencia alguna sobre el Registro a las Comunidades Autónomas.

En cualquier caso, la exigencia de la citada Disposición Adicional queda plenamente satisfecha con la previsión reglamentaria de atribución del Registro de Condiciones Generales a los Registros de Venta a Plazos de Bienes Muebles, ya que éstos, integrados en los Registros Mercantiles, tienen su sede en las capitales de provincia, y por ende, existe al menos uno en cada cabecera de los Tribunales Superiores de Justicia.

Consecuencia del carácter estatal del Registro de Condiciones Generales es que las sanciones por falta de inscripción, cuando ésta sea obligatoria, será sancionada por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos señalados en el artículo 24 de la Ley.

Para facilitar el cumplimiento de estas sanciones, el Reglamento ordena, en su artículo 15.5 que el Registrador de Condiciones Generales de la Contratación comunicará al Ministerio de Justicia, en el mismo día que las hubiere practicado, las anotaciones preventivas realizadas por persistencia en la utilización de cláusulas nulas.

2.º *Registro voluntario*

Se trata de un Registro que, por regla general, es voluntario. Los profesionales podrán depositar voluntariamente los clausulados que constituyan condiciones generales; sólo será imperativo en los sectores específicos en que el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento Ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria para determinados sectores específicos de la contratación.

(37) Con este último inciso se satisface la pretensión de la Comunidad Autónoma de Navarra, que consideraba inconstitucional la imposición de las normas del Código Civil como supletorias de las normas de la Ley 7/1998, relativas a la interpretación de las condiciones generales de la contratación (arts. 9 y 10 de la citada Ley).

La voluntariedad es la nota general del Registro, en materia de depósito de condiciones generales: sólo excepcionalmente, en sectores específicos, y cuando así se acuerde por Real Decreto, el depósito será obligatorio. En tales casos, la falta de inscripción será determinante de la imposición de la sanción a que nos hemos referido anteriormente.

Como señala BUSTO LAGO, con esta sanción lo que se trata es de compeler al profesional obligado al cumplimiento de su deber, sin que la sanción tenga ninguna finalidad indemnizatoria; la ley habilita a la Administración para que reglamentariamente regule el procedimiento sancionador, respetando los principios constitucionales que rigen en materia sancionadora, considerando entretanto aplicable el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (38).

Sin embargo, hay otras materias en que la presentación en el Registro es también imperativa: es el caso de los mandamientos judiciales por los que se ordena tomar anotación preventiva de la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, de las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa previstas en el capítulo IV de la Ley, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general y las sentencias dictadas en tales procesos y en las acciones individuales, ya que en todos estos casos no cabe hablar de voluntariedad sino de obligatoriedad de acceso al Registro (39). Ello, no obstante, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pudiera incurrir el juez, no serán aplicables aquí las sanciones por falta de inscripción en el Registro, reguladas en el artículo 24, pensadas más bien en el depósito, cuando éste sea obligatorio.

Ahora bien, la voluntariedad es la nota que caracteriza, como regla general, el depósito de las condiciones generales en el Registro, si bien debe hablarse más propiamente de voluntariedad incentivada, dado los efectos favorables al depositante que la inscripción va a producir —a los que nos referiremos posteriormente— en particular en materia de prescripción de las acciones colectivas. Todo ello sin perjuicio de la legitimación de hecho que le va a otorgar al predisponente que deposita en el tráfico jurídico.

(38) BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, «El control abstracto de las condiciones generales de los contratos», en *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 360, octubre de 1998.

(39) Cfr. Artículo 22 de la LCGC, a cuyo tenor, en todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Juez dictará mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

3.º *Registro de libertad formal*

En el Registro de Condiciones Generales no se depositan contratos, sino clausulados, independientemente de la forma privada o pública del contrato que las contenga.

No rige, por tanto, el principio de titulación auténtica —a veces llamado de legalidad— cuya manifestación en el ámbito inmobiliario se traduce en la necesidad de que el título que acceda al Registro esté consignado en escritura pública, documento administrativo o mandamiento judicial (cfr. art. 3 LH) (40).

No cabe desconocer que la Ley, en ocasiones, ha suavizado la exigencia de forma pública para la inscripción en los Registros Mobiliarios. Así, mientras en materia de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y de Hipoteca Naval rige el principio de titulación pública (cfr. arts. 3 LHMPD y 3 LHN), en cambio en materia de Venta a Plazos de Bienes Muebles, ya desde la Ley 50/1965, de 17 de julio, rige un sistema de acceso al Registro de documentos privados formalizados siguiendo un modelo oficial. Con ello se quiere conjugar agilidad en el tráfico mercantil mobiliario con el de seguridad jurídica. Y así lo han sancionado los artículos 15 y 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, y la Ordenanza de 19 de julio de 1999, que permiten el acceso al Registro y su ejecución, de contratos formalizados en modelo oficial, esto es, sin necesidad de autorización notarial ni intervención de Corredor de Comercio.

Pues bien, esto mismo ocurre con el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en el cual no rige el principio de titulación auténtica, lo cual está justificado por la diferente finalidad que este Registro está llamado a desempeñar respecto de los Registros jurídicos por antonomasia, de mayores efectos, como son el Registro de la Propiedad y el Mercantil.

Así el artículo 7.º del Reglamento (41) permite que se realice el depósito mediante la presentación de cualquier documento, ejemplar, tipo o modelo en que se contengan.

Se trata de un mero depósito de clausulado, y no de un Registro de derechos o de contratos; el depósito de las condiciones generales no requiere para nada que se acompañe el contrato en el que se contienen. Basta con presentar el clausulado sin título contractual alguno, ni formal ni sustantivo.

(40) La exclusión de los documentos privados del Registro de la Propiedad fue explicada ya en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, en la imposibilidad de que reciban aquéllos la sanción o sello de un Registro Público, dada la falta de garantía que los mismos entrañan.

(41) El artículo 7.º del Reglamento dispone: «*Las condiciones generales serán objeto de inscripción mediante el depósito del documento, ejemplar, tipo o modelo en que se contengan, que no necesitará ajustarse a ningún formulario de carácter oficial ni exigirá constancia de nota administrativa alguna sobre su situación fiscal*».

4.º Registro de calificación registral atenuada

El Registrador de Condiciones Generales no califica sistemáticamente las condiciones generales depositadas, sin perjuicio de que en su ejercicio profesional, necesariamente tendrá que incidir sobre determinados extremos: supuestos de ilegibilidad del clausulado, falta de acreditación de la cualidad de profesional, no concurrencia de los requisitos precisos para que la cláusula tenga el carácter de condición general, legitimación para solicitar el depósito, calificación de la persistencia en la utilización de las condiciones generales, etcétera (42).

A juicio del Consejo de Estado (43) «no es propiamente una calificación registral en el sentido que tiene en el Registro de la Propiedad y Mercantil, ya que no tiene efectos declarativos vinculantes sobre su naturaleza de condición general ni sobre su validez». Afirmación del Órgano Consultivo que

(42) Dispone el artículo 14 del Reglamento lo siguiente: «1. El Registrador, de conformidad con el artículo 11.9 de la Ley, extenderá en todo caso el asiento solicitado, previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos. A estos efectos, conforme a las reglas de competencia que establece el artículo 4.º, verificará en el plazo de cinco días hábiles el carácter de condiciones generales de las cláusulas cuyo depósito se solicita y la legitimación para solicitarlo.

2. El Registrador deberá comprobar la identidad del presentante y si no es el mismo predisponente exigirá que acredite debidamente su representación. Tratándose de predisponente persona jurídica, el Registrador comprobará la representación orgánica o voluntaria de la persona física que intervenga en su nombre.

3. El Registrador denegará, en el plazo de calificación, el depósito de las condiciones generales en los siguientes casos:

a) Cuando la persona que solicita el depósito no estuviera legitimado para ello o no acreditase suficientemente su representación.

b) Cuando se trate de cláusulas contenidas en contratos administrativos, contratos de trabajo, contratos de constitución de sociedades, contratos reguladores de relaciones familiares o sucesorios.

c) Cuando no sea un profesional el predisponente. La cualidad de profesional se acreditará al Registrador por cualquier medio admitido en Derecho, en particular por el certificado del alta a efectos del Impuesto de Actividades Económicas.

d) Cuando de las circunstancias concurrentes resulte que las cláusulas no han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Sin perjuicio de que se pueda acreditar de cualquier otra forma aquella finalidad, se entenderá que existe dicha finalidad cuando se acompañe más de un contrato en el que sí se hubieran incorporado.

4. El Registrador suspenderá el depósito de las condiciones generales ilegibles en tanto se aclaran sus términos por el predisponente, sin perjuicio de las facultades que en el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a Jueces y Tribunales.

5. La comunicación de la existencia de defectos al presentante se realizará mediante telecopia, correo electrónico o procedimiento telemático similar al domicilio señalado en la instancia y se hará constar al margen del Libro Diario. Caso de que el presentante careciera de medios de recepción telemáticos, la comunicación se hará por escrito y se remitirá por correo al citado domicilio».

(43) Dictamen de 17 de junio de 1999, pág. 27.

supone un correcto entendimiento de lo que es la calificación registral propiamente dicha, que no es un mero acto administrativo de permitir el acceso a un Registro Público, sino un verdadero juicio de validez del derecho inscrito, juicio impugnabile en vía jurisdiccional civil y no en contencioso-administrativo.

El Consejo de Estado prefiere hablar de «verificación» por parte del Registrador, como término que mejor se adecua a la función que va a realizar, que es «verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, para evitar que se inscriba lo que no son condiciones generales o condiciones generales en contratos excluidos».

Sin embargo, en el fondo, tal «verificación», en cuanto «control de los requisitos legalmente establecidos», no es sino una manifestación de una «calificación jurídica» del acto del depósito y del alcance jurídico de una cláusula contractual; lo que sí es cierto es que tal calificación no tiene el efecto propio que tiene en otros Registros, como el de la Propiedad o el Mercantil, que es la propia definición del derecho inscrito, a través de un juicio de validez (44). Esto es lo que no ocurre en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en la medida que el Registrador de Condiciones Generales no puede acceder al fondo de la validez sustantiva de la cláusula depositada (45).

En cualquier caso, es la propia Ley 7/1998 la que utiliza la expresión «calificación» cuando en el artículo 11.9 señala que el Registrador extenderá, en todo caso, el asiento solicitado «previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos». Por tanto, por mucho que el Consejo de Estado entienda que no debe utilizarse la expresión «calificación», lo cierto es que la misma tiene reconocimiento legal.

No obstante, conjugando la propia dicción legal con el ámbito propio de actuación del registrador de condiciones generales, que no abarca la validez de las condiciones generales depositadas, pero sí los requisitos legales y reglamentarios para que el depósito pueda verificarse, lo mejor es considerar que estamos ante una «calificación registral atenuada».

Es lo mismo que ocurre en otros sectores, dentro del ámbito de la calificación registral mercantil basada en la técnica del depósito. Así ocurre en el

(44) Cfr. Artículos 18 y 66 de la LH.

(45) No cabe confundir la posición del Registrador de Condiciones Generales con la de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, por mucho que también aquel cargo lo ejerza un Registrador de la Propiedad y Mercantil, ya que los Registradores a cargo de un Registro de la Propiedad o de un Mercantil sí podrán entrar a valorar, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, artículo 10.6 y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, si determinadas cláusulas contenidas en los títulos presentados a inscripción, son condiciones generales válidas o no, pudiendo denegar la inscripción de aquéllas que sean nulas por declaración legal (cláusulas abusivas de la lista contenida en la Disposición Adicional) o por previa declaración judicial (art. 10.6 citado).

caso del depósito de cuentas anuales de las empresas, en los que también se trata de una calificación atenuada, en cuanto no se extiende a la validez del contenido del título (46). Ello no impide que las empresas que depositan gozan de una presunción de validez de las cuentas depositadas, mientras no se impugnen judicialmente.

En efecto, la calificación registral de las cuentas anuales depositadas por las sociedades mercantiles no se extiende al fondo, realidad o contenido de las cuentas depositadas, ni a la validez o fiabilidad de su contenido, pero sí a otros extremos: que los documentos contables son los exigidos legalmente y se adecuan a los modelos obligatorios; que estén aprobados por la junta general, convocada con los requisitos legales; que conste la preceptiva firma; que se cumplan con las exigencias del tracto sucesivo; y que no sean contradictorias con otros asientos del registro o con el acuerdo social adoptado cuya inscripción se pretende (47).

5.º *Registro basado en la técnica del folio personal*

Se abrirá un folio a cada profesional y dentro de él un subfolio para cada condición general, referida según la propia denominación atribuida a la misma por el profesional. Ello, no obstante, la consulta de las condiciones generales podrá efectuarse tanto por razón del profesional como de la materia, incluso por sectores específicos de la contratación (48).

(46) Ello desvirtúa el argumento de que la llevanza del Registro de Condiciones Generales no se adecúa con la función registral, ya que ésta exigiría la calificación de la validez de las condiciones; aún siendo cierto que es más acorde con la calificación registral que el Registrador de Condiciones Generales califique el contenido de las cláusulas, no ha querido el legislador someter la validez de éstas a calificación sistemática, dejando tal función exclusivamente al juez. Pero ello no excluye que la verificación de los demás requisitos de acceso al Registro (que sea verdadera condición general, que no se trate de contratos excluidos, que sean legibles, que el depositante sea el predisponente, etc.) es una calificación jurídica, del mismo tenor que lo es la de las cuentas anuales depositadas por las empresas, o los contratos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en los que tampoco la calificación es plena por no extenderse a la validez.

(47) Véase GÓMEZ GÁLLIGO, «Auditoría. Cuentas anuales. Depósitos. Responsabilidad de las empresas que no depositan ni hacen auditorías. Revisión de las cuentas anuales y responsabilidad del auditor», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 59, diciembre de 1994, págs. 165 y sigs.

(48) Según el artículo 8 del Reglamento:

1. *El Registro de Condiciones Generales se llevará por el sistema de folio personal, de manera que las condiciones generales se inscribirán, clasificarán y consultarán por razón de la persona del predisponente.*

2. *Las condiciones generales podrán también ser consultadas por razón de la materia y por sectores específicos de la contratación.*

A efectos de localización de las condiciones generales por razón del predisponente, el Reglamento obliga al Registrador a la llevanza de un índice de profesionales (49).

Algunas connotaciones de la técnica de folio real, sí que existen, como es el caso de la modificación o rectificación de condiciones generales ya depositadas, que debe hacerse en el mismo folio mediante nota al margen del asiento relativo a las condiciones generales modificadas (50). Lo mismo ocurre tratándose de anotaciones preventivas, que deberán extenderse en el folio correspondiente a la condición general depositada.

6.º *Registro de trascendencia jurídica*

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un Registro Jurídico, en la medida que produce importantes efectos jurídicos la inscripción practicada.

Es cierto que no es un Registro de la eficacia radical que tiene el Registro de la Propiedad ni siquiera de los Registros Mobiliarios *strictu sensu*; pero no cabe desconocer que tampoco es un mero Registro administrativo o de mera publicidad.

El propio Consejo de Estado afirma que «el Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un registro de cláusulas contractuales y de sentencias cuya finalidad primordial, según la Ley 7/1998, que ha de interpretarse a la luz de la Constitución y de la Directiva 93/13/CEE, es proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas y evitar que se incluyan tales cláusulas en los contratos celebrados con los consumidores, sobre todo como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la Ley. El Registro ha de ser, ante todo, un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los

3. A estos efectos, dentro de las condiciones generales del mismo predisponente se clasificarán por razón de la materia, asignando a cada una la misma denominación o nombre identificativo que, en su caso, hubiera utilizado aquél.

(49) En efecto, el artículo 13 del Reglamento establece: «El Registrador de Condiciones Generales llevará un índice por orden alfabético y por procedimientos informáticos en el que se incorporará, al menos, la identificación del predisponente y un extracto de los diferentes asientos practicados relativos al mismo empresario en el Libro de Depósito de Condiciones Generales, con indicación del libro, folio y asiento de que se trate».

(50) Según el artículo 12 del Reglamento: «La rectificación o modificación por el predisponente de los modelos de condiciones generales ya inscritas, se realizará con los mismos requisitos que el depósito del clausulado que se rectifica, pero se hará constar además en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación por nota al margen del asiento relativo a las condiciones generales modificadas».

contratos celebrados entre profesionales y consumidores y la consecuente protección de éstos, teniendo en cuenta que la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a jueces y tribunales» (51).

El Consejo de Estado considera que este Registro no atribuye los efectos propios de la inscripción registral de un Registro como el de Propiedad o Mercantil, pero reconoce —como título para invocar la competencia del Estado— que es un Registro de transcendencia jurídica (52).

La inscripción en el Registro de Condiciones Generales, aunque posibilita el conocimiento general de las condiciones generales depositadas a efectos de posibles impugnaciones judiciales, atribuye otros efectos:

- a) Conlleva la necesaria legitimación en el tráfico del profesional que somete a la censura general sus clausulados. El profesional que realiza el depósito tendrá a su favor, de hecho, la legitimación en el tráfico comercial derivada de la publicidad registral en tanto no se contravenga por una declaración judicial. Cabalmente, la sociedad entenderá que quien deposita y no es objeto de impugnación judicial es porque sus condiciones se ajustan al Ordenamiento Jurídico; en cualquier caso, gozará del efecto de la prescripción, que necesariamente debe derivar de una presunción —tácitamente recogida en el art. 19 de la Ley— de legitimación derivada de la inscripción, ya que frente a quien no deposita no opera la prescripción, lo cual demuestra que ésta no se hace derivar meramente del transcurso del tiempo (53).
- b) En efecto, una manifestación del principio de legitimación lo recoge la propia Ley 7/1998, en cuanto determina que prescribirán las acciones colectivas de cesación y retractación por el transcurso de dos años desde el momento en que se practicó la inscripción de las condiciones

(51) Cfr. Dictamen de 17 de junio de 1999, sobre el Proyecto de Reglamento del RCGC, pág. 18.

(52) Cfr. Páginas 19 y 23 del Dictamen.

(53) El Consejo de Estado, en el citado dictamen de 17 de junio de 1999 —págs. 18 y 28— entiende que el efecto de legitimación positiva no está consagrado en la Ley 7/1998, ni sería compatible con la Directiva comunitaria que dicha ley transpone. A su juicio, la presunción de legitimidad en el tráfico supone un riesgo de que el registro pueda convertirse en un instrumento de los predisponentes para evitar acciones judiciales que puedan impedir el uso de cláusulas presuntamente abusivas. Relacionado con lo anterior, entiende que tampoco puede predicarse un principio general de salvaguarda judicial de los asientos. Sin embargo, en mi opinión, no cabe desconocer que en la práctica comercial, quien deposite tendrá a su favor el efecto de la prescripción de las acciones colectivas (cfr. art. 19 de la Ley), y tal efecto no puede hacerse derivar del mero transcurso del tiempo (las condiciones generales no depositadas no se favorecen de la prescripción), sino de una presunción tácita de que quien deposita y no es combatido judicialmente, es porque sus condiciones generales se ajustan a Derecho.

generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar (cfr. art. 19 de la Ley).

Esto no excluye (dado el carácter imprescriptible de las acciones individuales) que las acciones colectivas puedan ser ejercitadas en todo caso durante el año siguiente a la declaración judicial firme de nulidad o de no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una acción individual, que es imprescriptible.

- c) Las sentencias declarativas de la nulidad de una condición general (tanto en acciones individuales como colectivas) serán inscritas en el Registro de Condiciones Generales (cfr. art. 22 de la Ley), lo que permitirá su eficacia *erga omnes*. Así, los Notarios y Registradores de la Propiedad no autorizarán ni inscribirán contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencias inscritas (cfr. art. 10.6 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios).
- d) Pueden llegar a tener una eficacia prejudicial cuando constituyan doctrina legal, de manera que las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de las acciones colectivas vincularán a todos los jueces en ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la sentencia, y siempre que se trate del mismo predisponente (cfr. art. 20 de la Ley 7/1998).

En el efecto *ultra partes* es puesto de relieve en la Exposición de Motivos de la propia Ley (apartado III) cuando señala lo siguiente: «el carácter eminentemente jurídico de este Registro deriva de los efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas, así como del cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas, además del dictamen de conciliación que tendrá que emitir su titular».

El efecto *ultra partes* de las sentencias (estimatorias o no) dictadas en el ejercicio de acciones colectivas ha sido tomada por nuestro Ordenamiento Jurídico de la legislación alemana, y había sido reivindicado por la doctrina científica antes de la transposición de la Directiva 93/13/CEE.

ALBERTO EMPARANZA (54) ya puso de manifiesto que esta Directiva «encomienda a los Estados la instauración de un sistema de control que permita eliminar las condiciones contractuales declaradas abusivas por los Tribunales, no sólo en las partes en conflicto, sino también en el resto de las relaciones

(54) ALBERTO EMPARANZA, *La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el Ordenamiento español*, pág. 498.

negociales en las que se empleen tales condiciones. Teniendo en cuenta que en nuestro país el control sobre el contenido de las condiciones generales se ejercita por vía judicial, se hace preciso articular una norma que permita superar los efectos de la sentencia respecto del caso juzgado y los extienda *ultra partes*. Entre los tratamientos que recibe la controvertida cuestión en otros ordenamientos extranjeros, destaca la solución arbitrada por el legislador alemán. En este sistema, siempre que el litigio hubiera sido promovido mediante una acción colectiva encabezada por una asociación de consumidores, la sentencia amplía sus efectos a todos los adherentes sometidos a similares condiciones, con la mera invocación de los efectos sancionadores de la sentencia pronunciada. Estos efectos, no obstante, gozan de un alcance limitado, puesto que sólo podrán afectar al empresario predisponente condenado judicialmente. Un mecanismo similar podría ser incorporado a nuestro Ordenamiento con el fin de articular un modelo de protección eficaz de los adherentes de condiciones generales de la contratación».

Esta solución de la legislación alemana ha sido destacada por la doctrina como la experiencia probablemente más lograda desde el punto de vista técnico que hasta el momento nos ofrece el Derecho comparado (SÁNCHEZ ANDRÉS) (55).

La Ley española, aún siguiendo el ejemplo alemán, ha sido más restrictiva, atribuyendo ese efecto *ultra partes* tan sólo a las sentencias cuando constituyan doctrina legal (56).

El efecto *ultra partes* pudiera pensarse que deriva de la propia sentencia (57); y de hecho eso podría ser así por tratarse de una sentencia dictada en ejercicio de una acción colectiva, que lo que pretende es trascender a los meros intereses de las partes litigantes, al modo de las «class actions» del derecho anglosajón. Sin embargo, un estudio conjunto de la Ley nos demuestra que ésta ha hecho derivar tal efecto no sólo de la propia sentencia sino de su inscripción, y así no puede olvidarse que toda acción colectiva o individual

(55) SÁNCHEZ ANDRÉS, ANÍBAL, *El control de las condiciones generales en Derecho comparado: Panorama legislativo*, pág. 417. «La ley alemana ha sancionado una suerte de eficacia *ultra partes* de la sentencia inhibitoria, permitiendo a cualquier otro cliente del empresario vencido tener por inexistente la cláusula rechazada, con sólo remitirse a los efectos de aquella sentencia de cesación. Extensión del ámbito de la legitimación procesal, contenido inhibitorio de la sentencia y ampliación de los efectos respecto de posibles interesados, representan otras tantas piezas maestras que aseguran la operatividad del sistema».

(56) Frente a lo que pretendía el Proyecto de Ley, y en virtud de una enmienda del grupo CIU en el Congreso, se restringió la eficacia *ultra partes* al supuesto en que exista doctrina legal, excluyéndose, por tanto, que se trate de un criterio jurisprudencial no consolidado.

(57) Esta es la opinión del Consejo de Estado, en la página 30 de su dictamen de 17 de junio de 1999.

que determina la nulidad de una cláusula es de obligatoria inscripción en el Registro (cfr. art. 22), lo que hace que la Ley sea plenamente coherente: sólo lo que tiene general conocimiento a través de la inscripción trasciende la eficacia meramente inter-partes de la sentencia; y esto ocurre también con las acciones colectivas.

En principio, en el Registro de Condiciones Generales se inscriben las condiciones generales depositadas y las resoluciones judiciales estimatorias de acciones individuales o colectivas sobre nulidad de aquéllas. Pero la realidad es que su contenido es mucho más amplio: accederán, vía anotación preventiva, las demandas individuales y colectivas (por tanto, antes de la sentencia) y las resoluciones judiciales cautelares, como podrán ser las que ordenen la suspensión en la utilización o recomendación de las cláusulas. Y a través de la cancelación de anotaciones preventivas (caso de que no prospere la sentencia), en la medida que el texto del mandamiento contendrá la condición general declarada válida, ésta obtendrá también publicidad registral. Es decir, también el Registro reflejará las ejecutorias favorables de acciones individuales o colectivas.

- e) Finalmente, una de las manifestaciones de la trascendencia jurídica de este Registro es la posibilidad de someter la cuestión a dictamen de conciliación por parte del Registrador de Condiciones Generales de la Contratación. Este dictamen es voluntario y no vinculante, aunque lógicamente habrá que admitir que sea vinculante si así expresamente lo quieren ambas partes; no prejuzga la declaración judicial que en su caso pueda dictarse sobre la validez o no de la cláusula; exigirá la intervención y audiencia de todas las partes; y podrá plantearse antes del ejercicio de cualquier acción colectiva, sea de cesación, de retracción o declarativa.

Más discutible es la posibilidad de que se someta la cuestión a dictamen de conciliación tratándose de acciones individuales de nulidad o de no incorporación; pero, a mi juicio, nada impide que ambas partes sometan a dictamen previo cualquier cuestión ante un profesional, en este caso ante el Registrador de Condiciones Generales (58).

(58) El Consejo de Estado entendió, en su dictamen de 17 de junio de 1999 —pág. 35— que el Proyecto de Reglamento del RCG se apartaba del marco legal constituido por el artículo 13 de la Ley 7/1998. A resultas de ello, el Reglamento no contempla la posibilidad de que las acciones individuales puedan ser sometidas a dictamen de conciliación; sin embargo, podrían incluirse dentro de las cuestiones, que sin los efectos de aquél, pueden someterse al registrador, dentro de su competencia general para emitir dictámenes con arreglo a los artículos 222.7, 253.3 y 258.1 de la Ley Hipotecaria.

4. EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

No serían suficientes, a los efectos de entender la eficacia del Registro de Condiciones Generales, las referencias normativas hasta ahora realizadas. Debe añadirse una de gran importancia, que es la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, aprobada por Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999. En particular su artículo 11, que al regular los requisitos formales de los contratos inscribibles (ventas a plazos, arrendamientos financieros y demás en ella previstos, donde son práctica habitual la estipulación de condiciones generales), establece en su inciso último lo siguiente:

«A efectos de lo prevenido en el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, podrán inscribirse éstas en el Registro previsto en el artículo 11 de dicha Ley, en cuyo caso deberá constar en las condiciones particulares del contrato una referencia, firmada por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas, en la que figure que se le ha entregado un ejemplar de ellas».

Se trata de un párrafo introducido en la Ordenanza a sugerencia de la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, por el que se simplifican los requisitos formales de los contratos inscribibles, en la medida que no será necesaria la firma individualizada de las condiciones generales por cada una de las partes intervinientes, sino que será suficiente que concurren tres circunstancias:

- a) Que las condiciones generales estén depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
- b) Que en el contrato se contenga una referencia a los datos de inscripción de las mismas, firmada por el adherente.
- c) Que se entregue a éste un ejemplar de las condiciones generales.

Con ello el Registro adquiere un sentido nuevo, al facilitar el tráfico mercantil, al tiempo que asegura el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley 7/1998, según el cual *«las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas»*. Y es que realmente la Ley no exige la firma individualizada de las condiciones generales (59).

(59) A diferencia del Proyecto de Ley remitido a las Cortes, en que se exigía la firma individualizada de las condiciones generales, y en virtud de una enmienda del

Esta idea la generaliza el artículo 18 del Reglamento del Registro de Condiciones, a cuyo tenor:

«Los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una referencia y un recibí, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales y en la que figure que se le ha entregado un ejemplar de ellas. Esto no será de aplicación cuando alguna norma exija la incorporación material de las condiciones generales al documento».

La referencia expresa en el contrato a los datos de inscripción de las condiciones generales en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, junto con el recibí por parte del adherente de las condiciones generales, estando éstas depositadas, excluye la necesidad de firmar éstas individualizadamente. Lo único exigible —conforme al art. 5.º de la Ley— es que se haga referencia expresa a ellas en el contrato, que se entregue un ejemplar de las mismas y que el contrato se firme.

5. CONTENIDO DEL REGISTRO

El objeto del Registro es el depósito de las condiciones generales y la inscripción de las sentencias dictadas en el ejercicio de acciones colectivas, sean o no, consumidores los afectados, así como de las sentencias dictadas en el ejercicio de acciones individuales de nulidad o no incorporación (60). Dentro de las acciones individuales, incluso podrían acceder, a mi juicio, las sentencias dictadas en el ejercicio de una acción individual de nulidad basada en el Derecho civil, esto es, aunque no intervenga un profesional (61).

En el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, tal como resulta de los artículos 2 y 12 del Reglamento del Registro, se practicarán cuatro tipos de asientos: asientos de inscripción, anotaciones preventivas, asientos de cancelación y notas marginales.

Grupo parlamentario catalán, CIU, el artículo 5.º quedó finalmente redactado así, exigiendo tan sólo que fuera el propio contrato y no las condiciones generales, el que estuviera firmado, siempre que en él se hiciera referencia a las condiciones generales incorporadas.

(60) Cfr. Artículo 22 de la Ley 7/1998.

(61) Sentencias sobre carácter abusivo de determinadas cláusulas, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.255 y 1.256 del Código Civil.

1.º *Inscripción*

Serán objeto de inscripción:

- a) Las condiciones generales de la contratación que se depositen (es el depósito propiamente dicho).
- b) Las ejecutorias (testimonios de sentencias firmes) en que se recoja el fallo (62) de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción individual de nulidad o no incorporación de condiciones generales; la ejecutoria se presentará junto con el texto de la cláusula afectada, que —en consecuencia— también se reflejará en el asiento.
- c) Las ejecutorias en que se recoja el fallo de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción colectiva de cesación, retractación o declarativa de condiciones generales, también junto con el texto de la cláusula afectada.
- d) La persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas acreditada suficientemente al Registrador.

La persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas por acción individual o colectiva, podrá ser objeto de inscripción separada en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, mediante el depósito, a instancia de cualquier adherente o legitimado para interponer acciones colectivas, del ejemplar de contrato en el que aparezcan tales cláusulas, siempre que previamente se haya inscrito la sentencia judicial firme de nulidad y se acredite al Registrador suficientemente por cualquier medio admitido en Derecho la persistencia en dicha utilización.

Se presumirá que existe persistencia en la utilización cuando los contratos en que aquéllas se incorporen tengan fecha posterior a la sentencia, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la inscripción de la sentencia firme en el Registro. El Registrador notificará al predisponente la presentación de estos contratos (63), para que en el plazo de siete días hábiles pueda hacer las alegaciones que estime conveniente.

Una vez acreditada la persistencia en la utilización, el Registrador procederá a hacer constar la misma en el Registro mediante un asiento a continua-

(62) Tanto estimatorias como desestimatorias; en esto el Reglamento desarrolla lo dispuesto en la Ley, que en principio tan sólo cuenta con las sentencias estimatorias. Sin embargo, también es conveniente la publicidad registral de las sentencias desestimatorias, con iguales efectos prejudiciales, para evitar —esta vez en beneficio del profesional— reiterados procesos sobre la misma cláusula.

(63) Nada dice el Reglamento respecto de la liquidación de estos contratos. En consecuencia deberá estarse a la regla general, de manera que tales contratos deberán estar liquidados de los impuestos que devengare por razón del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

ción de la inscripción de la sentencia, salvo que existan asientos intermedios, en cuyo caso se hará constar a continuación de éstos. La persistencia en la utilización de condiciones generales declaradas nulas judicialmente podrá ser objeto de ulteriores asientos a medida que se exhiban al Registrador nuevos contratos en que tales cláusulas se utilicen.

Tales asientos sólo podrán ser cancelados con el consentimiento de cada uno de los adherentes o legitimados para interponer las acciones colectivas a cuya instancia se hubiere practicado la inscripción o por resolución judicial firme (art. 15 del Reglamento).

Habrà que entender que la inscripción en el Registro de la persistencia en la utilización de cláusulas nulas tendrá como efecto la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 24 de la Ley. A estos efectos el Reglamento impone al Registrador la obligación de comunicar al Ministerio de Justicia, en el mismo día en que las hubiere practicado, las anotaciones preventivas (habrá que entender también las inscripciones definitivas) realizadas por persistencia en la utilización de cláusulas nulas (cfr. art. 15.5).

2.º *Anotación preventiva*

Serán objeto de anotación preventiva (por tanto de publicidad registral meramente provisional):

- a) La interposición de acciones individuales de nulidad o de declaración de no incorporación de condiciones generales, junto con el texto de la cláusula afectada.
- b) La interposición de acciones colectivas de cesación, retractación o declarativas de condiciones generales, junto con el texto de la cláusula afectada.
- c) Las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general, junto con el texto de la cláusula afectada.

Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar de la fecha de la misma anotación, siendo prorrogable hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga. Una vez prorrogadas no se cancelarán sino en virtud de resolución judicial que acredite la finalización del procedimiento o que lleve a cabo la ejecución provisional de la sentencia dictada en el mismo, de conformidad con lo establecido en las vigentes leyes procesales (64).

(64) Cfr. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el que se establece como regla general la ejecución provisional de las sentencias obtenidas en primera instancia.

3.º *Cancelación*

Serán objeto de asiento de cancelación a instancia de parte interesada:

- a) Las anotaciones preventivas practicadas en el ejercicio de una acción individual de nulidad o no incorporación de condiciones generales, cuando la acción no hubiera prosperado. El mandamiento recogerá el fallo de la sentencia.
- b) Las anotaciones preventivas practicadas en el ejercicio de una acción colectiva de cesación, retractación o declarativa de condiciones generales, cuando la acción no hubiera prosperado. El mandamiento recogerá el fallo de la sentencia.

En los casos de las letras anteriores, si hubiera transacción extra-procesal, deberá ésta incorporarse y ratificarse ante el juez que hubiera ordenado la anotación, en cuyo caso producirá los mismos efectos que el desistimiento.

- c) Las anotaciones preventivas en que se hubiera acordado la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general cuando la decisión judicial se hubiere revocado.
- d) Las anotaciones preventivas a que se refieren las letras anteriores, por caducidad, cuando hayan transcurrido cuatro años desde su fecha sin que se haya prorrogado dentro del plazo de vigencia inicial.

4.º *Notas marginales*

Por vía de nota marginal se hará constar, entre otros supuestos, la rectificación de las condiciones generales a la que ya se hizo referencia con anterioridad.

6. REGLAS DE COMPETENCIA

Las condiciones generales de los contratos y los mandamientos y ejecutorias relativas a resoluciones judiciales se inscribirán en el Registro correspondiente al domicilio social o profesional del predisponente, o en su defecto al del establecimiento principal desde donde éste dirija y gestione fundamentalmente sus negocios. Así lo prevé el artículo 4.º del Reglamento.

7. FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO

1.º *Libros*

En los Registros Provinciales de Condiciones Generales de la Contratación se llevarán los siguientes libros:

- a) Libro Diario de Presentación.
- b) Libro de depósito y demás inscripciones y anotaciones.
- c) Índice de profesionales.

2.º *Libro Diario de Presentación*

De la presentación de las condiciones generales o de las resoluciones judiciales se practicará un asiento en el Libro Diario en el que se identificará al presentante y se relacionarán los modelos, ejecutorias o mandamientos presentados. Este asiento tendrá una vigencia de quince días hábiles.

La presentación podrá realizarse en cualquiera de los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles de España.

Los modelos se presentarán por duplicado junto con solicitud suscrita por el profesional, sea persona física o jurídica, que las utilice o recomiende. En la solicitud se hará constar el nombre, apellidos o denominación social, número o Cédula de Identificación Fiscal (NIF o CIF), número del Código de Actividades Económicas (CNAE), domicilio o establecimiento principal del profesional que efectúa el depósito, así como el nombre, apellidos o denominación social de los de su representante si se realiza a través de éste, y denominación identificativa de las condiciones generales de las que se solicita el depósito.

También podrá presentar los modelos de condiciones generales cualquiera persona física o jurídica que se hubiera adherido a algún contrato que las contenga, siempre que conste la autorización para ello por el predisponente en el mismo o mediante escrito suscrito por él o su representante; el Registrador de Condiciones Generales de la Contratación lo archivará. Con los mismos requisitos podrá efectuar el depósito cualquier entidad legitimada para interponer las acciones colectivas declarativa, de cesación o retractación.

En caso de falta de conformidad del predisponente, sólo podrán ser objeto de depósito las condiciones generales en virtud de ejecutoria de la sentencia firme estimatoria de una acción declarativa, de cesación o retractación. Entretanto se tomará anotación preventiva de la demanda si el juez, a instancia del interesado, así lo ordena.

Cuando se trate de resoluciones judiciales referentes a condiciones generales de la contratación, para la presentación deberá acompañarse mandamien-

to al efecto presentado por duplicado que contenga literalmente las condiciones generales afectadas. Uno de los ejemplares de los mandamientos se devolverá al juez que lo hubiera librado con nota de haberse practicado el depósito y el otro se archivará.

El Registrador practicará asiento de presentación y devolverá uno de los duplicados al presentante con nota acreditativa de la presentación efectuada.

Si la presentación se hubiera realizado en un Registro no competente, el Registrador practicará asiento de presentación en su Diario y remitirá el mismo día al Registrador de destino competente por telecopia, correo electrónico o similar, copia de los modelos presentados, lo que hará constar al pie de la solicitud. Por la misma vía el Registrador de destino acusará recibo en el mismo día o, si éste es inhábil en su Registro, el día siguiente hábil y en lo sucesivo se entenderá con el presentante. El Registrador de origen consignará este acuse de recibo por medio de nota al margen del asiento de presentación en el Libro Diario (art. 9 del Reglamento).

También podrá remitirse directamente a los Registros Provinciales por vía telemática o en soporte magnético el clausulado de aquellos profesionales que lo hubieren solicitado así al Registrador de Condiciones Generales de la Contratación correspondiente. Para ello deberá utilizarse una firma electrónica avanzada que permita apreciar la identidad del remitente, debidamente certificada, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. De la misma forma podrá el Registrador comunicarse con los interesados (art. 10 del Reglamento).

Sobre la posibilidad de presentación telemática o electrónica en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, se había pronunciado ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de noviembre de 1999, resolviendo consulta sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica en relación con la actuación profesional de los registradores de la propiedad y mercantiles. Esta Resolución aclara que en tales casos la presentación se entenderá producida (al igual que en la presentación por correo ordinario) cuando el Registrador proceda a la apertura del correo electrónico.

3.º *Libro de Inscripciones*

El libro de inscripciones o de depósito de Condiciones Generales, será de hojas móviles y deberá elaborarse por procedimientos informáticos o sustituirse por ficheros manuales o archivos informáticos, en cuyo caso deberán recogerse todas las circunstancias exigidas por la Ley y el Reglamento.

Los archivos informáticos serán objeto de copias de seguridad diariamente.

A cada predisponente se le asignará un número correlativo, a medida que se realicen depósitos de condiciones generales suyas. En cada folio, que irá precedido por el número asignado al predisponente y subnumerado correlativamente dentro de aquél, se hará constar, además del nombre del predisponente, el tipo de asiento practicado, denominación o nombre identificativo de las condiciones generales, traslado literal de éstas, los datos de presentación en el Libro Diario, la fecha del depósito y los datos del legajo o archivo informático donde se contengan los modelos.

El Registrador hará constar al pie del duplicado del modelo los datos del asiento, con referencia al folio del Libro de Depósito de Condiciones Generales en que se hubiera practicado (cfr. art. 11 del Reglamento).

El Registrador Provincial en cuyo Registro se hubiera verificado la inscripción de las condiciones generales, comunicará telemáticamente al Registrador Central el depósito efectuado, por referencia al predisponente, su sector de actividad, hoja, asiento, y denominación identificativa de las condiciones generales, en el plazo máximo de dos días hábiles (art. 16 del Reglamento).

8. EFECTOS DEL REGISTRO

GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que el Registro tan sólo va a producir el efecto de «centralizar y divulgar la jurisprudencia que vaya produciéndose en materia de condiciones generales, evitando así una dispersión de pronunciamientos judiciales y hasta de esfuerzos por parte de las entidades legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas, pero no aporta ningún efecto añadido o novedoso a las sentencias por el simple hecho de la inscripción» (65).

A mi juicio, sin embargo, el Registro produce los siguientes efectos:

1.º Prescripción

El principal efecto del Registro, conforme a los artículos 19 de la Ley y 17 del Reglamento, es que las acciones colectivas de cesación y retractación prescriben por el transcurso de dos años desde la fecha en que se practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar. Se considera como fecha de la inscripción para todos

(65) GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, *La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, núm. 4640, 1 de octubre de 1998.

los efectos legales la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma.

Hay que entender que el Reglamento no deja sin efecto la previsión legal que otorga la posibilidad de ejercitar las acciones colectivas, aún después de transcurrido el plazo de prescripción, cuando haya prosperado una acción individual de nulidad (cfr. art. 19.2 de la Ley).

La prescripción de las acciones colectivas es uno de los incentivos que tendrán los predisponentes para realizar el depósito de las condiciones generales.

2.º *Efecto prejudicial o «ultra partes»*

Destaca MAGRO SERVET (66) que «la inscripción en este Registro va a tener un especial carácter prejudicial en cuanto al efecto que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos judiciales en los que se estén discutiendo cláusulas idénticas, con la finalidad de que no se estén planteando continuamente, en diferentes juzgados, procedimientos relativos a las mismas cláusulas contractuales y en evitación de una multiplicidad de procesos con respecto a las mismas, sin posibilidad de acumulación y absolutamente descoordinados».

Una manifestación del efecto prejudicial se recoge en el artículo 20.1. de la Ley, al establecer que «la sentencia obtenida en el ejercicio de una acción de cesación impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo». Este es el efecto prejudicial más importante de una sentencia obtenida en el ejercicio de una acción colectiva de cesación: no va a afectar tan sólo al contrato en que se recojen, sino a todos los formularios del predisponente en los que se contengan cláusulas idénticas.

Además —y ésta es la segunda manifestación de la prejudicialidad— las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas, una vez que constituyan doctrinal legal, vinculará a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en el artículo 20.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente.

Es cierto que el efecto prejudicial deriva de la sentencia obtenida en el ejercicio de una acción colectiva. Pero no es menos cierto que la Ley vincula este efecto a la publicidad registral. Así, dispone el artículo 22 de la misma Ley, que tales sentencias deberán inscribirse en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

(66) MAGRO SERVET, VICENTE, Op. citado, pág. 1913.

De la misma forma, el artículo 17.2 del Reglamento dispone que las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas deberán inscribirse, conforme al artículo 22 de la Ley, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y vincularán a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su artículo 20, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente.

3.º Efecto «*erga omnes*»

Conforme a lo dispuesto en el artículo 10.6 de la Ley 26/1984, en la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional primera de la Ley 7/1998, los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

A Notarios y Registradores se les impone por tanto, una obligación; no se les atribuye una facultad. Deben denegar la autorización o la inscripción, respectivamente, cuando se pretendan incluir cláusulas judicialmente declaradas nulas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

A estos efectos Notarios y Registradores deberán consultar el citado Registro, bien a través de los instrumentos de publicidad formal, instrumental y continuada, a los que luego nos referiremos; bien a través de la publicación anual y gratuita realizada por el Registrador central. Cualquiera de los dos instrumentos puede considerarse suficiente para cumplir con la imposición legal y reglamentaria de impedir la inclusión en los contratos de cláusulas declaradas judicialmente nulas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales.

Esto no quiere decir que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, así como los Notarios, estén limitados en su función de control de legalidad y calificadora a las cláusulas declaradas nulas por sentencia inscrita; por el contrario, ningún precepto les restringe a ello. Al contrario, las reglas generales (cfr. art. 18 LH y 175 RN) les permiten denegar su intervención, cuando a su juicio, las cláusulas sean nulas por contravenir algún precepto imperativo.

Entre tales preceptos imperativos estará la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, introducida por la Disposición Adicional primera de la Ley 7/1998, y la lista de cláusulas abusivas contenida en ella. Tales cláusulas abusivas son declaradas por la ley, con carácter imperativo, nulas; y por tanto, siempre que objetivamente una cláusula quede incluida en las previstas en la relación (sin necesidad de valorar las circunstancias concurrentes, lo cual obligaría a esperar a una decisión judicial), también el Notario deberá negarse a autorizar y el Registrador denegar la inscripción, supuesto que se hubiera autorizado la escritura a pesar de todo.

4.º *Innecesidad de firma de las condiciones generales*

Las condiciones generales inscritas no necesitarán ser firmadas (ni por tanto estar incorporadas literalmente al contrato) cuando estén depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento.

Con ello se sigue la orientación doctrinal que defendía, aún en base al antiguo artículo 10.1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, la posibilidad de incorporar las condiciones generales al contrato sin que figuren en el propio documento contractual, siempre que se haga una referencia expresa a las mismas en éste y se facilite un ejemplar del texto de aquéllas previa o simultáneamente a la celebración de contrato (ALFARO AGUILA-REAL) (67).

Ello no excluye de la necesidad de que el predisponente entregue un ejemplar de las condiciones generales al adherente, que se haga una referencia explícita a las mismas en el contrato, y que se firme éste, como exige el artículo 5 de la Ley.

La única excepción es que la Ley exija expresamente la incorporación de las condiciones generales al contrato, ya que en tal caso sí será necesario el reflejo literal de las condiciones generales y por tanto su firma. Es el caso de las condiciones generales de los contratos formalizados ante Notario, el cual velará por su incorporación a la escritura (art. 23 de la Ley).

9. INFORMACIÓN SOBRE EL CONTENIDO DEL REGISTRO

Todas las personas tienen el derecho a conocer el contenido de los asientos registrales. A tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 7/1998, y artículos 19, 20 y 21 del Reglamento del Registro, pueden distinguirse tres tipos de información derivada del Registro de Condiciones Generales de la Contratación:

1.º *Publicidad formal*

La información sobre los asientos registrales puede tener lugar como publicidad formal, que se realizará bajo la responsabilidad y control profesional del Registrador que la dota de valor jurídico, o a través de publicación periódica de su contenido. Se prevé que la consulta se pueda realizar por razón del predisponente, por razón de la materia o —tratándose de condicio-

(67) ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, págs. 218 y sigs.

nes generales abusivas comprendidas en la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios— podrán también consultarse por razón del epígrafe o cláusula, de la 1 a la 29, en la que estuvieran incluidas.

La publicidad formal podrá realizarse mediante certificación o nota simple informativa. En ambos casos, se recogerán literalmente las condiciones generales depositadas (68).

El Registrador expedirá las notas simples informativas en el mismo día de la solicitud y las certificaciones en el plazo máximo de dos días por persona respecto de la que se solicita información.

Asimismo dispondrá de medios telemáticos que aseguren la solicitud y recepción por esta vía de publicidad formal por cualquier interesado, siempre que al mismo tiempo garanticen la imposibilidad de manipulación o televariado de los datos del Registro.

La publicidad formal podrá obtenerse a través de cualquier Registrador de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de España. Los Registradores mercantiles podrán hacer constar en la publicidad formal que expidan la circunstancia de que la sociedad o entidad inscrita ha depositado condiciones generales de sus contratos.

2.º *Publicidad instrumental*

Además de la publicidad formal, se puede acudir a la publicidad instrumental.

El artículo 20 del Reglamento establece que los Registradores de Condiciones Generales dispondrán, a través del Registro Central, de una base de datos, con carácter de publicidad instrumental, que estará integrada por un extracto de las condiciones generales depositadas y de las resoluciones judiciales recaídas sobre las mismas, que hubieran sido inscritas o anotadas preventivamente en cualquiera de los Registros Provinciales o en el Registro Central.

El Registrador Central dará traslado trimestralmente de las modificaciones habidas en la base de datos al Consejo de Consumidores y Usuarios y al Instituto Nacional de Consumo, para su conocimiento y traslado a los responsables de consumo de las Comunidades Autónomas.

(68) A diferencia de la publicidad formal en el ámbito del Registro de la Propiedad, donde no cabe reproducción literal o por fotocopia de los asientos, ya que el Registrador tiene que hacer un extracto del asiento, sin perjuicio del derecho del interesado a obtener cualquier extremo, siempre que tenga interés legítimo para ello y no se vulneren las normas sobre protección de datos de carácter personal.

Los Registradores Provinciales y Central actuarán coordinadamente, formando en común la base de datos, a la que podrá accederse telemáticamente desde cualquiera de ellos por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, si bien aquéllos adoptarán las medidas técnicas adecuadas para impedir la manipulación o televaciado del contenido de aquélla.

Cualquier interesado podrá, igualmente, solicitar al Registrador de Condiciones Generales información continuada sobre esta publicidad instrumental, de manera que pueda tener conocimiento inmediato de las condiciones generales depositadas en todos o algún sector específico de la contratación, o de las resoluciones judiciales afectantes a aquéllas que hayan sido anotadas o inscritas en el Registro.

Las anotaciones preventivas canceladas por caducidad o por resolución judicial no se comprenderán en la base de datos de publicidad instrumental.

3.º *Publicación periódica y gratuita*

El Registrador Central de Condiciones Generales de la Contratación realizará además una publicación anual donde consten las sentencias judiciales inscritas como consecuencia del ejercicio de acciones individuales o colectivas de nulidad o no incorporación, así como de acciones colectivas de cesación, retractación o declarativas de condiciones generales, clasificadas por sectores y predisponentes.

Cualquier interesado tendrá derecho a obtener gratuitamente esta publicación.

Además el Registrador Central remitirá gratuitamente esta publicación al Consejo de Consumidores y Usuarios, al Instituto Nacional de Consumo y a los órganos responsables de consumo de las Comunidades Autónomas.

Hay que entender que los Notarios y Registradores, para cumplir con la obligación prevista en el artículo 10.6 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, basta con que consulte esta publicación periódica; con ello habrá cumplido su obligación, sin perjuicio de la posibilidad de obtener información más actualizada acudiendo a los procedimientos de publicidad formal, esta vez, bajo la actuación profesional del Registrador de Condiciones Generales de la Contratación.

10. DICTAMEN DE CONCILIACIÓN

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley y 22 del Reglamento, previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Regis-

trador Provincial de Condiciones Generales de la Contratación competente para que en el plazo de quince días hábiles siguientes a la solicitud, dictamine sobre la adecuación de las cláusulas controvertidas a la Ley. Deben ser, por tanto, ambas partes las que sometan la cuestión al dictamen de conciliación, que adquiere así naturaleza cercana al arbitraje. No obstante, el dictamen no será vinculante, salvo que las dos partes expresamente lo hicieran constar así en la solicitud o cuando del examen realizado se aprecie que alguna cláusula está incluida en las previstas en la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (69).

El dictamen podrá consistir en proponer a éstas una redacción alternativa de todas o algunas de las cláusulas cuestionadas, o en determinar el alcance o interpretación de alguna de ellas. El Registrador también podrá proponer como suya la redacción alternativa sugerida por alguna de las partes.

Aunque no haya acuerdo entre las partes, también podrá someterse a dictamen al Registrador por parte del predisponente o del adherente, sin los efectos del dictamen de conciliación, la calificación de la validez de las condiciones generales; la opinión del Registrador será así la propia de un dictamen jurídico, sin mayor alcance. En estos casos, podrá someterse la cuestión al Registrador Central o a cualquiera de los provinciales (70), y no se limitará calificar los extremos a que se refiere el artículo 14 sino la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y a este Reglamento; incluso también podrá, en los mismos términos, plantearse al Registrador dictamen sobre validez o no de determinadas cláusulas, previamente a la interposición de una acción individual.

11. RECURSOS

Ante la decisión del Registrador de no practicar asiento de presentación, no expedir publicidad formal, o no emitir el dictamen de conciliación, y en general ante el incumplimiento de los deberes que le impone este Reglamento, el interesado podrá recurrir en queja directamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Contra la decisión del Registrador de suspender o denegar la inscripción o anotación preventiva de las condiciones generales o de la persistencia en su utilización cuando hayan sido declaradas judicialmente nulas, y en general

(69) Salvedad esta última, respecto del carácter vinculante del dictamen de conciliación cuando afecte a cláusulas nulas por abusivas incluidas en la «lista negra» de la Disposición Adicional de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introducida en el Reglamento por exigencia del Ministerio de Sanidad y Consumo.

(70) En realidad la cuestión podrá someterse a cualquier Registrador de la Propiedad y Mercantil.

contra la negativa a practicar cualquier asiento distinto del de presentación, podrá el interesado recurrir en vía gubernativa en los términos previstos en la legislación hipotecaria. En estos casos la resolución de la Dirección General no admitirá ulterior recurso, sin perjuicio de acudir a la vía judicial civil (art. 23 del Reglamento).

12. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL REGLAMENTO MERCANTIL E HIPOTECARIO

En todo lo no previsto en el Reglamento del Registro de Condiciones Generales y en cuanto no se oponga a su naturaleza, se aplicará lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil, y en su defecto en el Reglamento Hipotecario, en especial en cuanto a libros, asientos y publicidad formal (art. 24 del Reglamento).

XII. OTRAS SECCIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD MUEBLE

El Registro de Bienes Muebles dispone de otras secciones de interés. Me refiero a las secciones cuarta y quinta.

En la sección cuarta se abrirá folio a los derechos de propiedad intelectual e industrial, previamente inscritos en el Registro administrativo correspondiente, a los efectos de que se inscriban en el Registro de Bienes Muebles los contratos sobre los mismos: ventas a plazos, hipoteca mobiliaria o cualquier otro contrato válido sobre los mismos.

En la sección quinta se inscribirán otros bienes muebles registrales. Aquí tendrán acomodo las afecciones de créditos a favor de los Bancos Centrales.

En efecto, la Orden del Ministerio de Justicia, de 18 de diciembre de 1998 (*BOE* de 23 de diciembre) ha establecido lo siguiente:

«1. Se inscribirán en un Libro especial del Registro Central de Venta a Plazos de Bienes Muebles las afecciones de créditos no hipotecarios constituidas en favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de los Bancos Centrales de los Estados miembros de la Unión Europea a que se refiere la Disposición Adicional tercera de la Ley 46/1998 (de 17 de diciembre, de Introducción al euro).

2. Para su inscripción será título suficiente la presentación del correspondiente modelo oficial aprobado al efecto por el Banco de España, sin necesidad de que conste en ellos nota administrativa sobre su situación fiscal. El modelo podrá abarcar uno, varios o la totalidad de los créditos afectos por una misma entidad en favor del Banco Central correspondiente.

3. En la inscripción se hará constar:

- a) la entidad afectante y la beneficiaria;
- b) el importe global de los créditos afectos;
- c) la identificación de los créditos afectos con identificación de la persona de los deudores de los mismos;
- d) la fecha de los créditos afectos y la de la afección misma;
- e) la naturaleza e importe máximo de las obligaciones garantizadas;
- f) la circunstancia de quedar afectos al cumplimiento de las mismas.

4. Una vez presentado en el Registro por el Banco de España el modelo oficial de afección, el Registrador lo consignará en el Libro de recepción y en el mismo día calificará el título y, si cumpliera lo dispuesto en la Disposición Adicional tercera de la Ley 46/1998 y en esta Orden, practicará la inscripción, suspendiéndola o denegándola en caso contrario.

5. La notificación de la calificación e inscripción practicada se realizará telemáticamente, por correo electrónico o similar, al Banco de España, sin perjuicio de la que se realice a la entidad afectante, si lo solicita.

6. La identificación de los créditos cedidos, de su fecha y de la persona de los deudores no necesitará constar en el modelo oficial presentado a inscripción; a estos efectos bastará que tales circunstancias consten en soporte magnético cuyo contenido certifique el Banco de España o que se remitan por éste directamente de forma telemática a través de correo electrónico o similar. Para ello previamente aquél deberá aportar los datos identificativos de la firma digital o electrónica que permitan identificar al remitente.

7. En materia de honorarios, se aplicará la escala mínima del arancel vigente.

8. En todo lo demás no previsto en esta Orden, regirán la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles en cuanto le sea de aplicación».

La inscripción en este Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (ahora Registro de Bienes Muebles) de las afecciones de créditos no hipotecarios constituidas en favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de los bancos centrales de los Estados miembros de la Unión Europea es así requisito necesario para que tales afecciones constituyan propiamente una garantía real, con eficacia frente a terceros, y puedan ejecutarse a través del procedimiento que prevé la Disposición Adicional tercera de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de Introducción al euro. A su tenor, los contratos de afección inscritos serán títulos suficientes para su ejecución.

Este procedimiento ejecutivo se caracteriza por ser un supuesto de auténtica «autotutela», en la medida que en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, el beneficiario de la garantía adquirirá la titularidad de

pleno derecho de los préstamos afectos, subrogándose en la posición contractual de la entidad prestamista. Una vez satisfechas las citadas obligaciones con cargo a los pagos procedentes de los préstamos, el beneficiario restituirá el sobrante, si lo hubiese, a la entidad incumplidora. No obstante, podrá también ejecutarse la garantía mediante subasta organizada por el Banco de España, según el procedimiento que éste establezca, restituyéndose igualmente el sobrante, si lo hubiera a la entidad incumplidora.

La inscripción no sólo atribuye un procedimiento ejecutivo para el cobro de las garantías inscritas, sino que al mismo tiempo le atribuye preferencia *erga omnes*, en la medida que en caso de quiebra o suspensión de pagos de la entidad que hubiera afectado en garantía los préstamos, el beneficiario gozará de derecho absoluto de separación en relación a los derechos de crédito derivados de tales préstamos y no tales garantías no podrán verse afectadas por el período de retroacción de la quiebra.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Doctor en Derecho. Registrador
de la Propiedad y Mercantil
Letrado adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado

El «principio de tipicidad» en el nuevo régimen de nuestro Registro Mercantil

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES HISTORICOS Y FORMULACION ACTUAL.—
2. FUNDAMENTO.—3. OPERATIVIDAD: EL «PRINCIPIO DE TIPICIDAD»
EN RELACION CON LA APLICACION EXTENSIVA DE LAS NORMAS Y
CON LA ANALOGIA.—4. EL CONTENIDO DEL REGISTRO MERCANTIL:
4.1. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS. 4.2. TIPOLOGÍA REGISTRABLE: 4.2.1. *Sujetos
registrables*. 4.2.2. *Hechos registrables*. 4.3. MATERIAS EXPRESAMENTE NO REGIS-
TRABLES.—5. LO NO REGISTRABLE REGISTRADO.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS Y FORMULACION ACTUAL

El principio de tipicidad, en el sentido de que únicamente puede acceder al Registro Mercantil aquello que ha determinado el legislador, no se ha formulado expresamente en nuestro ordenamiento, sin que, por otra parte, se haya manifestado lo contrario, lo cual no ha dejado de plantear ciertos problemas interpretativos.

La cuestión, como es obvio, está íntimamente ligada al tema del contenido del Registro Mercantil, cuya trayectoria histórica presenta un indudable crecimiento, fenómeno que GARRIGUES calificó, con gran acierto, de marcha en «sentido horizontal», para distinguirlo de aquel otro fenómeno de movimiento en «sentido vertical», que utilizó para referirse al creciente fortalecimiento de los efectos de la inscripción (1).

Las «Ordenanzas de Bilbao», de 1737, únicamente contemplaban el depósito en el Archivo del Consulado de los contratos de sociedad y de su prórroga, así como el nombre de los socios (2).

(1) GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN, «El Registro Mercantil en Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 69, septiembre 1930, pág. 659.

(2) Vid. Cap. X, núms. 5 y 8.

El Código de Comercio de 1829 configuró nuestro primer «Registro Público del Comercio» con dos secciones: la primera o «matrícula general de comerciantes» en la que figurarían quienes se dedicasen al comercio, y la segunda en la que se inscribirían las «cartas dotes y capitulaciones matrimoniales» otorgadas por comerciantes, así como las de «restitución de dote», las escrituras «en que se contrae sociedad mercantil» y los «poderes que se otorguen por comerciantes a factores y dependientes suyos» (art. 22).

La Exposición de Motivos, que acompañó al Proyecto que se convertiría en el Código de Comercio de 1885, se refirió indirectamente a esta cuestión cuando, al observar el aumento considerable de los documentos inscribibles en el Registro Mercantil, puso un límite a esta expansión, toda vez que la misma sólo alcanzaría a «ciertos actos y operaciones mercantiles de transcendencia», en que pudieran hallarse interesados los terceros. Conforme a esta previsión, el Código determinó, por un lado, en su artículo 20, que en el Registro se inscribirían «comerciantes y compañías» y, en el 21, una serie de hechos y actos relativos a los mismos, con el aparente carácter de lista cerrada.

El Reglamento interino de 1885 introdujo, sin embargo, una cierta dosis de ambigüedad al establecer, respecto a los comerciantes individuales, que en su solicitud de acceso al Registro pudieran incluir, al margen de las circunstancias identificadoras, «lo que se tenga por conveniente» (art. 28) y, por otra parte, ordenar la inscripción en el libro de sociedades de «todos los actos, acuerdos, contratos y circunstancias que puedan influir sobre la libre disposición del capital o sobre el crédito» (art. 38.1.º). Ello dio lugar a que accedieran al Registro Mercantil —así se constata en los libros de aquella época—, infinidad de actos totalmente extraños al ámbito de su genuina competencia, tales como particiones hereditarias, adjudicaciones en pago de deudas y, sobre todo, préstamos simples. A este período corresponden las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1897, 18 de febrero de 1899 y 30 de octubre de 1909, en las que se dejó claro que el hecho de que tales créditos hubiesen sido inscritos no modificaba su naturaleza, ni mejoraba su condición y negándose la preferencia del crédito indebidamente inscrito sobre otro anterior no inscrito y preferente con arreglo a las normas legales (3).

(3) La sentencia de 15 de octubre de 1897, en su Considerando 3.º dice: «que la inscripción que de la escritura de préstamo se hizo en el Registro Mercantil, absolutamente en nada modifica los términos del problema jurídico —se trataba de hacer valer un contrato de préstamo con prohibición de disponer de un establecimiento hasta el reintegro del mismo, frente a una venta posterior—, ya porque este documento no es de los llamados a ser registrados, según el Código de Comercio, ya porque la obligación en dicha escritura consignada no varía de naturaleza por la inscripción»; la de 18 de febrero de 1899, resolviendo un caso de preferencia entre créditos, dice, en su Considerando 2.º: «que no puede interpretarse el artículo 26 del Código de Comercio aisladamente, sino como parte integrante que es del Título 2.º de dicho Cuerpo legal, donde por regularse

El Reglamento de 1919 no facilitó mucho las cosas, ya que se limitó a reproducir, respecto a los comerciantes individuales, lo dicho por el Reglamento de 1885, aunque matizando aquello de «lo que tenga por conveniente» con el añadido de «y sea oportuno en la inscripción» (art. 93). En lo que concierne a las sociedades, reprodujo, en su artículo 112.4.º, el respectivo apartado citado del Reglamento de 1885. La realidad subsiguiente llevó a decir a GARRIGUES, tras la minuciosa observación de los libros correspondientes a la provincia de Madrid, que los Registradores «practican todas las inscripciones que solicitan los comerciantes con tal de que tengan alguna relación, aun muy remota, con las operaciones del negocio» (4).

El Reglamento de 1956 se inclinó abiertamente por la tipicidad al considerar como materia de reserva legal la determinación de lo que pudiera acceder al Registro. Así en su artículo 1.º se establecía que, junto a «comerciantes o empresarios individuales» y «sociedades mercantiles» se inscribirían «los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las Leyes». No obstante, el propio Reglamento hacía sus correspondientes enumeraciones. Así, respecto a los empresarios individuales, en el artículo 74, se relacionaban «los poderes generales» y su «revocación», autorizaciones, habilitaciones, ceses de separaciones conyugales, transferencia de administraciones de dote, revocaciones de la licencia marital para comerciar, capítulos matrimoniales, escrituras dotales o títulos que acrediten la propiedad de los bienes parafernales, las emisiones de obligaciones u otros títulos y, finalmente, los títulos de propiedad industrial, patentes de invención, marcas de fábrica y nombre comercial y la cancelación de los mismos. En lo que se refiere a las sociedades mercantiles, el artículo 86, tras enumerar, en sus apartados primero a séptimo, la constitución, los aumentos o disminuciones del capital social, la prórroga del plazo de duración, las emisiones de obligaciones y otros títulos y sus amortizaciones, el nombramiento y cese de administradores y liquidadores, los poderes generales, con excepción de los para pleitos, así como su modificación, revocación y sustitución y la fusión, transformación, rescisión parcial, disolución y liquidación, se añadía un apartado octavo, en el que se incluían «todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los actos inscritos e influyan sobre la libre disposición del capital». A su

el Registro Mercantil están contenidos los preceptos que le sirven de complemento y determinan su alcance y, siendo esto así, aparece evidente que los efectos atribuidos por dicho artículo 26 a la inscripción en el Registro se refieren exclusivamente a aquellos documentos que, conforme a los artículos 21 y 22, son susceptibles de inscripción, pero no a cualquier otro documento aunque de hecho resulte inscrito», y la de 30 de octubre de 1909, en un caso similar de discutida preferencia, consagra en su Considerando único, como «evidente», que «la inscripción del crédito de GS en el Registro Mercantil, no modifica su naturaleza ni mejora su condición para obtener preferencia sobre el de DPL».

(4) *Ob. cit.*, pág. 668.

vez, en el artículo 88, se preveía la inscripción de sucursales de las sociedades extranjeras en términos muy similares.

Este Reglamento —especialmente en su preámbulo—, se refería ya, sin ningún recato, a los principios inspiradores del Registro Mercantil, comparándolos con los entonces ya generalizados y famosos «principios hipotecarios» y, sin embargo, no hizo ninguna referencia expresa a la tipicidad, a pesar de lo que, sin ninguna duda, se desprendía de sus preceptos.

En 1968 comienzan a publicarse, por el Consejo de las Comunidades Europeas, las Directivas sobre las sociedades de capital y en ellas no se aborda expresamente este tema. En la primera de ellas, precisamente la genérica relativa a la publicidad registral o equivalente, se opta por un criterio de mínimos, en el sentido de dejar al arbitrio de los Estados la delimitación de la materia registrable, la cual, sin embargo, debería alcanzar, «al menos» a una serie de «actos e indicaciones» que se relacionaban (art. 2.º-1) (5). Por otra parte, los preceptos de esta Directiva dan pie para que en el Derecho comunitario europeo se pueda distinguir, dentro de lo mercantilmente registrable, entre aquello que es propiamente inscribible, lo que es publicable en los correspondientes boletines nacionales y lo que es depositable (6).

La reforma del Código de Comercio de 21 de julio de 1973 alcanzó a su artículo 16, referente al objeto de la inscripción e incluyó, entre sus nuevos apartados, el quinto, en el que se declaraban inscribibles: «Cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes

(5) Dice así: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades se refiera al menos a los actos e indicaciones siguientes: a) La escritura de constitución y los estatutos si fueran objeto de un acto separado. b) Las modificaciones de los actos mencionados en la letra a), comprendida la prórroga de la sociedad. c) Después de cada modificación de la escritura de constitución o de los estatutos, el texto íntegro del acto modificado en su redacción actualizada. d) El nombramiento, el cese de funciones, así como la identidad de las personas que, como órgano legalmente previsto o, como miembro de tal órgano, tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros y representarla en juicio o participen en la administración, la vigilancia o el control de la sociedad; las medidas de publicidad deberán precisar si las personas que tengan poder de obligar a la sociedad pueden hacerlo por sí o deben hacerlo conjuntamente. e) Al menos anualmente, el importe del capital suscrito, cuando la escritura de constitución o los estatutos mencionen un capital autorizado, a menos que todo aumento de capital suscrito implique una modificación de los estatutos. f) El balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio. (...) g) Todo cambio de domicilio social. h) La disolución de la sociedad. i) La resolución judicial que declare la nulidad de la sociedad. j) El nombramiento y la identidad de los liquidadores, así como sus poderes respectivos, a menos que estos poderes resultasen expresa y exclusivamente de la ley o de los estatutos. k) El cierre de la liquidación y la cancelación del registro en los Estados miembros en que ésta produzca efectos jurídicos».

(6) Cfr. artículos 2.1 y 3.4.

sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos». Este precepto de difícil interpretación no varió ostensiblemente la situación y vino a confirmar, una vez más, aquella tendencia expansiva del Registro Mercantil, al franquear sus puertas a personas y entidades que carecían de carácter mercantil (7). No podemos dejar pasar por alto, al referirnos a esta reforma de 1973, el hecho de que por primera vez en nuestra historia, previendo nuestra posible integración en las Comunidades Europeas, se hablase aquí ya de la publicación de un «Boletín Oficial del Registro Mercantil» para dar información suficiente de los datos esenciales «que el Reglamento determine», recogidos en el Registro central, que, a su vez, se creaba con carácter meramente informativo y de los anuncios y avisos «que establezcan las disposiciones en vigor» (art. 30 del Código Civil); aunque esta norma no llegó a desarrollarse, con ello se daba entrada a una nueva categoría en el ámbito de nuestro derecho registral mercantil, la de lo «publicable».

Durante este período, la doctrina adoptó una actitud, en cierto modo coherente con el Código y el Reglamento, ya que no incluyó entre aquellos principios al de tipicidad (8), sin perjuicio de que algunos autores se plantearan la cuestión, incluso, se preguntasen, como GARRIGUES, si las enumeraciones del Reglamento había que tomarlas «de un modo limitativo» (9). Podría resumirse la situación de aquella época diciendo que se aceptaba, que se inscribiesen numerosos hechos y actos relativos a comerciantes individuales y sociales y otras entidades, pero se sostenía que sólo gozaban de los efectos jurídicos de la inscripción los hechos que, según la ley, podían o debían ser inscritos.

La Resolución de la DGRN de 5 de abril de 1983 fue quizá la que, por vez primera, utilizó el verbo tipificar para explicar el carácter limitado de lo inscribible y, así, justificó la prohibición de acceso al Registro de los préstamos, al considerar que «en el artículo 21 del Código no aparecen tipificados

(7) Vid., en este sentido, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, «El Registro Mercantil español (Formación y desarrollo)», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España* (Fuentes y evolución), Madrid, 1974, pág. 130. Igualmente, VICENT CHULIÁ, al comentar esta novedad, aludía a que ello venía impuesto por el sistema de llevanza del Registro por el sistema de folio personal, lo que exigía la previa inscripción, por ejemplo, de propietarios de buques o aeronaves, emisores de obligaciones o agrupaciones temporales de empresas, conforme a la legislación de entonces; vid. su *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1986, T. I, pág. 93.

(8) Vid., como suficientemente expresivos, BOLLAIN ROZALEM, JOSÉ, «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 64, 1957, págs. 409 y sigs.; GARCÍA JIMÉNEZ, CASIMIRO, «Los principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Notarial*, 1957, III, págs. 215 y sigs., y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, MANUEL, «Notas sobre el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en *RDN*, 1958, I, págs. 270 y sigs.

(9) *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1976, pág. 699.

como inscribibles los préstamos tanto simples —que no son objeto de inscripción en ningún Registro jurídico— como con garantía real —que sólo lo son en aquellos Registros en donde está inscrito el bien objeto de la garantía— e idéntico criterio se establece al desarrollar la materia de actos inscribibles en el Reglamento del Registro Mercantil en sus artículos 1, 76 y 86, si bien en este último precepto la generalidad con que aparece redactado su número 8 ha podido plantear alguna controversia».

En este estado de la cuestión se produce la gran reforma del 89, que consagró legalmente los principios registrales mercantiles, pero que no mencionó expresamente entre ellos al de tipicidad, aunque bien se cuidó de delimitar la materia susceptible de registración en los siguientes términos:

El artículo 16 del Código Civil establece que: «1. El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de:

Primero: Los empresarios individuales.

Segundo: Las sociedades mercantiles.

Tercero: Las entidades de crédito y de seguros, así como las sociedades de garantía recíproca.

Cuarto: Las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones.

Quinto: Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la Ley.

Sexto: Las agrupaciones de interés económico.

Séptimo: Los actos y contratos que establezca la ley.

2. Igualmente corresponderá al Registro Mercantil la legalización de los libros de los empresarios, el depósito y la publicidad de los documentos contables y cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes».

Este precepto legal ha de completarse con el apartado 4 del artículo 17 del propio Código que dice que: «En Madrid se establecerá, además, un Registro Mercantil central, de carácter meramente informativo, cuya estructura y funcionamiento se determinará reglamentariamente».

El Reglamento amplía y, en cierto modo, precisa este marco legal, al decir en su artículo 2, bajo el epígrafe «Objeto del Registro Mercantil»:

«El Registro Mercantil tiene por objeto:

- a) La inscripción de los empresarios y demás sujetos establecidos por la Ley, y de los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la Ley y este Reglamento.
- b) La legalización de los libros de los empresarios, el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas y el depósito y publicidad de los documentos contables.

- c) La centralización y publicación de la información registral, que será llevada a cabo por el Registro Mercantil Central en los términos prevenidos por este Reglamento».

Estos textos, mantenidos sustancialmente en las reformas posteriores, constituyen el entramado básico que nos permite afirmar, como tesis de principio, que nuestro sistema registral mercantil continúa obedeciendo al principio de tipicidad o de *numerus clausus* de lo registrable, aunque no se haya formulado explícitamente y que dentro de lo registrable, se hace ahora preciso diferenciar entre lo estrictamente inscribible, lo depositable en el Registro Mercantil y lo publicable en su Boletín Oficial y sin que esta afirmación inicial esté exenta de problemas o necesitada de distinciones o matizaciones, como vamos a ver enseguida. Por otra parte, viene también a mantenerse nuestra ya tradicional distinción, dentro de lo registrable, de dos grandes grupos: los sujetos inscribibles y los hechos o actos registrables relativos a los mismos.

2. FUNDAMENTO

El concepto dogmático-jurídico de «tipicidad» entra en el amplio campo de la teoría general del Derecho por la puerta de la ciencia del Derecho penal. Fue BELING quien, a comienzos del siglo XX, destacó como uno de los elementos constitutivos del delito, el de la tipicidad, íntimamente ligado al fundamental principio penal de «legalidad» y como una derivación del mismo (10). La teoría arraigó pronto y, aunque con matizaciones, se aceptó comúnmente. En términos generales, venía a poner de relieve que, para que exista delito, la conducta del agente tenía que adecuarse al «tipo» descrito por el legislador, es decir, la acción u omisión para ser delictiva, entre otros caracteres, debía ser típica y reunir, por tanto, todos y cada uno de los elementos configuradores diseñados en el correspondiente precepto penal. Nuestro vigente Código Penal, por ejemplo, tras proclamar, en su artículo primero, el «principio de legalidad» («No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración»),

(10) La construcción de E. Beling no es meramente especulativa, sino que tiene su base en el artículo 59 del Código Penal alemán de 1871, en cuyo apartado primero se decía que «si alguien, al realizar una conducta punible, no conocía la presencia de circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que aumentan la punibilidad, estas circunstancias no deben serle imputadas». Sus principales obras sobre esta materia, *Die Lehre vom Verbrechen*, publicada en 1906, y *Die Lehre vom Tatbestand*, que vio la luz en 1930, fueron difundidas y traducidas en nuestro país por F. Ballvé y L. Prieto Castro-J. Aguirre Cárdenas, respectivamente, muy poco tiempo después.

plasma el de «tipicidad», en artículos, como el cuarto, al decir que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», o como en el décimo, que recoge, mejorándola, la tradicional fórmula con que se encabezaban nuestros anteriores textos penales: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley».

El legislador, por tanto, en aras de la seguridad jurídica, se reserva en exclusiva la facultad de prever y precisar con detalle aquellos comportamientos que merecen una sanción penal, sin que ninguna otra autoridad judicial o administrativa, ni ningún particular pueda añadir ni quitar nada al catálogo legal.

Partiendo de aquí, lo cierto es que la expresión «principio de tipicidad» se ha generalizado en el mundo jurídico para indicar que obedecen al mismo, aquellos conjuntos cerrados o *numerus clausus* de casos o supuestos a los que, en exclusiva, el legislador asocia determinados efectos o sujeta a un régimen específico o a una disciplina particular.

Pues bien, al igual que el legislador se reserva la facultad de describir las conductas punibles, también se ha reservado la de determinar aquello que es inscribible en determinados Registros jurídicos, por la especial trascendencia que tiene su conocimiento para el conjunto social y por los singulares efectos que a la registración se otorgan.

Este es el caso de nuestro Registro Mercantil al que únicamente puede acceder lo que expresamente determinan las leyes o su propio Reglamento. Si nos fijamos bien, la redacción de los artículos 16 del Código Civil y 2 del RRM, en la parte que nos concierne, obedecen a una estructura lógica muy similar a la de los preceptos penales referidos.

¿Cuál es la razón por la que nuestro legislador se ha reservado la facultad de seleccionar el contenido del Registro Mercantil o ha atribuido la misma, únicamente, al Reglamento regulador del mismo?

El fundamento último de esta decisión no es otro que la salvaguardia de la seguridad jurídica, que quedaría malparada si se dejase, al arbitrio de los particulares o a la discreción del Registrador o de otras autoridades, la fijación de la materia registrable dentro del inmenso mundo de la actividad mercantil. Si tener seguridad jurídica es estar exento o a cubierto de peligros, riesgos o sorpresas perjudiciales, es lógico que los terceros, principales afectados, en su contra o a su favor, por la publicidad registral sepan, de antemano y con precisión, lo que puede acceder al Registro.

A otras razones, derivadas de las exigencias de esa seguridad y complementarias de ella, se refería la Resolución de 1983, citada, cuando decía que de admitirse que todos los actos de una Sociedad «puedan tener, a voluntad del interesado, acceso al Registro, se sembraría el confusionismo al permitir a su titular que ingresasen en el Registro sólo los que reforzaran su solvencia y dejar de hacerlo en aquellos otros que la perjudicaran, creando así una apariencia de solvencia no concorde con la situación real y, por último, que

debido a la congestión de datos acumulados se perdería la claridad que deben mostrar los asientos registrales, aparte de invadir esferas que son ajenas al Registro Mercantil».

Con argumentos muy semejantes justificó PAZ-ARES la tipificación de las informaciones registrales que, sin lugar a dudas, realizó la Reforma de 1989, al afirmar que «si se dejasen en indeterminación los actos inscribibles, no podría dársele (al Registro Mercantil) la eficacia de la inoponibilidad, pues los terceros, ignorantes de lo que puede acceder, no acudirían al Registro» y que «por otra parte, se recargaría el contenido de la hoja y disminuiría con ello la claridad y la oportunidad del Registro» (11). En esta misma línea, PAU PEDRÓN había destacado el llamado «peligro de la inabarcabilidad» del Registro, que preocupaba a la doctrina alemana, por lo que se hacía necesario limitar los hechos susceptibles de inscripción, para evitar una imagen exhaustiva de las relaciones que mantiene una entidad inscrita, lo que desvirtuaría su propia función de registro (12).

La seguridad jurídica, en lo básico, y la funcionalidad, en lo instrumental, son, por tanto, la razón de ser de este «principio de tipicidad».

Cuestión distinta de ésta, aunque indudablemente relacionada con ella, es la de conocer cuáles son los motivos que impulsan al legislador para incluir o no un determinado sujeto o un hecho concreto en el elenco de lo registrable, lo que nos lleva, de inmediato, a preguntarnos si existe algún denominador común que fuera predicable de todo aquello que tiene abiertas las puertas del Registro Mercantil.

Una prueba de la interrelación de estas cuestiones nos la da la propia Resolución de 1983, que acabo de citar, y que aborda la segunda de ellas. Con referencia al anterior artículo 21 de nuestro Código de Comercio, considera la Resolución que dicho precepto, «al enumerar los actos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil, incluye una serie de actos y relaciones contractuales que por estar llamados a trascender a terceros —contratos de sociedad, de mandato, así como apoderamientos o capítulos matrimoniales— el ordenamiento jurídico los califica de inscribibles y atribuye a su inscripción una determinada eficacia jurídica y, junto a éstos, el propio artículo 21 del Código enumera otros a los que impone igualmente la necesidad de su inscripción con una finalidad de control y como requisito de su regularidad formal —emisión de obligaciones—».

PAU PEDRÓN, con referencia a la Reforma de 1989 y en momento inmediatamente posterior a la misma, sostenía que «puede decirse que la publi-

(11) PAZ-ARES, CÁNDIDO, «La reforma del Registro Mercantil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1990, vol. IV, pág. 477.

(12) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «El Registro Mercantil», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, T. V, vol. II, Madrid, 1990, pág. 25.

dad registral (mercantil) versa sobre tres cuestiones: el régimen de responsabilidad, la identificación del empresario y su representación; a cada una de estas tres cuestiones o materias pueden adscribirse los once datos que según el artículo 2 de la Primera Directiva de sociedades han de ser objeto de publicidad obligatoria y lo mismo cabría decir de los trece datos del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil» (13). En este mismo contexto, el propio PAU PEDRÓN se refería a la gran novedad que, respecto al pasado, suponía el acceso al Registro de las cuentas anuales de las sociedades de capital y de otras entidades, con lo que se va a dar publicidad a «todos los actos que afecten a la situación económica y financiera del empresario, pero lo van a hacer por la vía del depósito, debidamente sistematizados en los documentos contables» (14).

También a estos significativos tiempos pertenecen algunas Resoluciones en las que se nos habla genéricamente, como materia del Registro Mercantil, de las «situaciones» relativas a la «configuración», «estructura» y «régimen de funcionamiento de las entidades mercantiles» (15).

Todo ello son intentos plausibles de englobar en un espacio común la materia registrable, tarea que se me antoja inalcanzable, por depender de criterios de política legislativa, sujeta al devenir de los tiempos, a razones de oportunidad y, en este caso además, al vértigo propio del tráfico jurídico mercantil en una era en la que la mercantilización o, al menos su estilo, se incrementa día a día. Digo esto último, porque el Registro Mercantil se ha destacado como un instrumento enormemente válido y eficaz para dar publicidad a entidades y situaciones que, aunque directamente, no estén incluidas en lo que tradicionalmente se denominaba la actividad comercial, lo cierto es que en la realidad actual se comportan, se desenvuelven o se dan de forma muy similar y, en tanto las mismas no figuren en otros Registros, han hecho del Mercantil un Registro residual al que se remiten esas entidades y sus principales vicisitudes.

La reciente historia de la regulación de nuestro Registro Mercantil nos da muy buenas lecciones de ello y la última versa nada menos que sobre las controvertidas «sociedades civiles» (16), bastante huérfanas de legislación y que, para remedio de muchos y de mucho, han acabado, paradójicamente, en este Registro, mal que le pese a su propio nombre.

(13) *Ob. cit.*, pág. 33.

(14) *Ibid.*, pág. 25.

(15) Vid., entre otras, las de 28 de diciembre de 1990, 2 de enero de 1992 y 6 de junio de 1994.

(16) La Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, ha modificado el RRM, añadiendo a su artículo 81 un apartado 3, que dice así: «Podrán también inscribirse las sociedades civiles cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil».

Observando nuestro Derecho positivo podría ser un buen test tratar de responder a preguntas como la de por qué se inscriben las cooperativas de crédito y las de seguros y no las de producción o consumo o qué razón hay para inscribir una emisión de obligaciones y, sin embargo, no pueda inscribirse un crédito hipotecario de gran envergadura o, también, intentar averiguar si existe algún punto de coincidencia entre las sociedades mercantiles, las cajas de ahorro, los planes de pensiones, las sociedades civiles y las sucursales o entre hechos tales como una demanda impugnando un acuerdo social, el impago de determinados impuestos o la presentación de las cuentas anuales.

Pienso que es difícil encontrar una respuesta única y sencilla a todos estos fenómenos registrales, quizá no exista un denominador común, pero no renuncio a señalar unos hilos conductores que, creo, dan cierta unidad al contenido de nuestro Registro Mercantil: en lo estático se trata siempre de la identificación y determinación de ámbitos de responsabilidad de carácter mercantil o asimilado que operan en el tráfico jurídico y, en lo dinámico, de las distintas vicisitudes que les afectan y cuya publicidad, en uno y otro caso, el legislador ha estimado de especial relevancia respecto a terceros.

3. OPERATIVIDAD: EL «PRINCIPIO DE TIPICIDAD» EN RELACION CON LA APLICACION EXTENSIVA DE LAS NORMAS Y CON LA ANALOGIA

El «principio de tipicidad» se traduce, en la práctica, en un doble mandato. El primero dirigido al legislador para que determine con precisión la materia registrable y el segundo, destinado al Registrador, para que únicamente franquee la puerta del Registro a aquello que el legislador le haya señalado previamente.

El legislador se ve obligado, por tanto, en aras de esa precisión y en ausencia de un claro denominador común que pudiera englobar todo lo registrable, a presentar casuísticamente esta materia. Esas listas de casos, no obstante, han de ser objeto de interpretación, como acontece con cualquier otra norma, y esa labor interpretativa corresponde al Registrador.

No es una tarea fácil ya que, con mucha frecuencia, en esos listados figuran, a su vez, conceptos cuya aplicación extensiva o restrictiva o, incluso, analógica, nos reconduce al planteamiento de nuevos problemas.

PAZ-ARES se ha ocupado del tema y, con referencia a nuestros preceptos legales y reglamentarios, sostiene que «es claro que con ello queda excluida la posibilidad de la analogía general o “analogia iuris”, que, sobre la base de la finalidad normativo-típica de la institución registral, conduciría a postular la inscribibilidad de todos los hechos relevantes para el tráfico», en cambio cree «que el recurso a la analogía particular o “analogia legis” no debe vedar-

se y que, en consecuencia, ha de admitirse la registración de un hecho no previsto, siempre y cuando sea similar a otro específicamente regulado» y que «la razón que justifica ese margen de flexibilidad se halla en que, en tales casos, la claridad y la abarcabilidad del Registro no quedan en entredicho», ya que «la analogía particular impone un control riguroso de los hechos no previstos y por tanto constituye un tamiz muy fino de la información atípica que afluye al Registro» (17). No obstante, el propio autor reconoce lo excepcional de esta analogía, que sólo cabe en aquellos supuestos de registración voluntaria, eludiendo siempre un posible fraude de ley y una posible sorpresa del tercero y debiendo precisarse que la registración de estos hechos atípicos, «en ningún caso podrá perjudicar a terceros de buena fe, aunque, como es natural, podrán ser hechos valer por éstos» (18).

Creo, no obstante que, una vez reconocido y aceptado el «principio de tipicidad» —no olvidemos sus orígenes—, no puede ni debe aceptarse el recurso a la analogía en la doble variedad apuntada, como radicalmente contraria a dicho principio. La analogía, como es generalmente aceptado, implica la aplicación de una norma a hechos que no están comprendidos ni en su letra ni en su espíritu o voluntad, pero que son semejantes a los incluidos en la misma. En la «analogía legis», ciertamente se parte de un precepto o, mejor, de su «ratio», pero, indudablemente, se busca un precepto nuevo, algo no legislado, se acude a una fuente jurídica especial (19), lo que es incompatible con la adopción por el legislador de aquel «principio».

Pienso, además, que tampoco es posible una interpretación extensiva o ampliatoria de la norma para incluir dentro de ella supuestos que no están en su letra, pero sí en su espíritu y me baso, para ello, en el propio fundamento de la tipicidad, que pretende excluir todo posible riesgo de perjuicio a terceros que podrían verse sorprendidos desfavorablemente ante la existencia de hechos inscritos, cuya inscripción no tenían por qué haber previsto ni sospechado.

Algo muy distinto son aquellos casos en los que el propio legislador identifica la materia registrable a través de procedimientos analógicos o *per relationem*, en los que el Registrador se limita a aplicar los correspondientes preceptos. Así, por ejemplo, cuando el RRM, al referirse al contenido de la hoja abierta a las sociedades de garantía recíproca, cooperativas de crédito, mutuas y cooperativas de seguros, mutualidades de previsión social, sociedades de inversión o agrupaciones de interés económico, expresa que se inscribirán las circunstancias del contenido de la hoja de las sociedades en general,

(17) *Ob. cit.*, pág. 477. A esta misma postura parece adherirse PAU-PEDRÓN, *ob. cit.*, pág. 26.

(18) *Ibid.*, pág. 478.

(19) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1957, pág. 91.

«en la medida en que sean compatibles con su específica regulación» (arts. 249, 254, 259, 264 y 268 del RRM) o cuando al tratar de las cajas de ahorro o de la emisión de obligaciones u otros valores por éstas se remite a otros preceptos «en la medida en que resulten compatibles» (art. 276) o «en cuanto resulten aplicables» (art. 270, 10) o, también, cuando el precepto contiene enunciados genéricos, como es el apartado 8.º del artículo 87 o el 11 del 94 del mismo RRM, que, al hablar del contenido de la hoja de empresarios individuales y de sociedades, nos hablan de que se inscribirán «en general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados». Ciertamente, en estas ocasiones, al Registrador compete apreciar esa compatibilidad, aplicabilidad o modificación y tales operaciones no dejan de ser, ni van más allá de una interpretación, en principio ni extensiva ni restrictiva, de las correspondientes normas.

4. EL CONTENIDO DEL REGISTRO MERCANTIL

4.1. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

De lo visto hasta ahora, fácilmente se desprende que al Registro Mercantil llega un conjunto heterogéneo de realidades y que no todas acceden de la misma forma y por la misma vía, lo que necesariamente obliga a una cierta sistematización.

Por un lado, podemos distinguir entre las entidades que acceden al Registro, por vía de inmatriculación o primera inscripción, a las que el Código de Comercio y el RRM se refiere, en términos genéricos, con los nombres de «sujetos», «empresarios», «sociedades», «entidades», «instituciones», «personas naturales o jurídicas» y «agrupaciones» y que figuran predeterminados en las leyes o en el propio Reglamento del Registro Mercantil (cfr. arts. 16 y 22 del Código de Comercio, y 2, 81 y 87 del RRM) y, por otra parte, todas aquellas particularidades que les caracterizan o eventos o vicisitudes que les afectan, incluso aunque figuren en esa misma primera inscripción y a las que los correspondientes preceptos se refieren con los términos genéricos de «actos», «contratos», «circunstancias», «pactos», «condiciones» o «menciones» (cfr., entre otros, arts. 16 y 22 del Código de Comercio, y 2, 81, 87, 94, 114, 115, 175, 209, 210 y 212 del RRM).

Sin duda este frondoso panorama terminológico requiere una simplificación y puede ser la de distinguir, únicamente, entre «sujetos», entendida esta palabra en su sentido más amplio, capaz de englobar todos aquellos entes susceptibles de ser centros de imputación de derechos y deberes, que abren folio registral, aunque no tengan reconocida expresamente personalidad jurídica y sean o no empresarios y «hechos», vocablo que incluye todas aquellas otras situaciones,

circunstancias y acaecimientos que influyen en la vida y devenir de nuestros «sujetos», en definitiva, todo aquello que integra su historial.

A esta terminología voy a tratar de ajustarme, considerando, por tanto, que, en cuanto a su contenido, el Registro Mercantil es un registro de determinados «sujetos» y de señalados «hechos» que les conciernen, a todo lo cual, en conjunto, llamaré materia «registrable».

Por otra parte, no todo lo que accede al Registro Mercantil lo hace con la misma finalidad, dada la diversidad de funciones que desempeña, ni todo es objeto del mismo tratamiento.

Podemos así diferenciar lo que acude al Registro para ser inscrito, en sentido amplio, de aquello otro que es objeto de publicación en el BORME y de lo que, simplemente, es materia de depósito.

A su vez, dentro de lo inscribible y prescindiendo de lo meramente instrumental —como pudieran ser los asientos de presentación o las notas de oficina—, podemos distinguir entre lo que provoca un asiento de inscripción y lo que genera una anotación preventiva, una nota marginal o una cancelación (20) (cfr. art. 33.1 RRM).

Hechas estas consideraciones previas, voy a tratar de afrontar, con ánimo de clasificarlo, el ineludible casuismo con que se manifiesta nuestro legislador, distinguiendo básicamente entre sujetos y hechos registrables.

4.2. TIPOLOGÍA REGISTRABLE

4.2.1. *Sujetos registrables*

En el Registro Mercantil se registran, mediante un primer asiento de inscripción, en el correspondiente «Libro de inscripciones», los sujetos siguientes: los empresarios individuales, las sociedades mercantiles, las sociedades de garantía recíproca, las cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguros y las mutualidades de previsión social, las sociedades de inversión colectiva, las agrupaciones de interés económico, las cajas de ahorro, los fondos de inversión, los fondos de pensiones, las sucursales de cualquiera de los sujetos anteriormente indicados y de sociedades y otras entidades extranjeras con personalidad jurídica y fin lucrativo, las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español y las sociedades civiles (cfr. art. 81.1 y 3 RRM).

(20) El RRM se refiere a las cancelaciones como una de las clases de asientos a practicar en los libros, a las que se asignará un número correlativo, al igual que a las inscripciones (cfr. arts. 33.1 y 35), sin embargo, la cancelación de determinados asientos se lleva a cabo por medio de asientos identificados por letras, a la manera de las anotaciones preventivas (cfr. art. 33.2) o a través de notas marginales (cfr. arts. 104, 145, 238, 289, etc.).

Esta relación es cerrada, en los términos vistos, pero, naturalmente, queda abierta al futuro, lo que también expresa el Reglamento, sin ninguna necesidad de hacerlo, al incluir dentro de los sujetos de inscripción obligatoria a «las demás personas o entidades que establezcan las leyes» [art. 81.1, aptdo. *m*)].

Ha de advertirse que estos sujetos llegan al Registro acompañados de inmensos cortejos de datos y circunstancias que, según los casos (21), perfilan su identidad, sus peculiares características, su estructura y su régimen de funcionamiento, todo lo cual ha de reflejarse en ese primer asiento que determina la apertura de la llamada «hoja personal», medio o sistema por el que se lleva el propio Registro (cfr. art. 3 RRM).

4.2.2. *Hechos registrables*

Una vez practicado ese primer asiento en los libros de inscripciones, pueden acceder al Registro Mercantil un sinnúmero de hechos registrables, que integrarán el historial registral del «sujeto». A ellos se refiere el Reglamento de muy diversas formas: como complemento del «contenido de la hoja» iniciada por el primer asiento, como «actos posteriores» o a lo largo de su articulado sin alusión genérica.

En una síntesis valiente y arriesgada, me atrevería a decir que todos los «hechos» posteriores a la inmatriculación de un «sujeto» en el Registro Mercantil no son sino variaciones de las circunstancias reflejadas en la primera inscripción o ampliaciones de su capacidad operativa en lo personal —apoderados—, en lo territorial —sucursales— o en lo económico —recurso, por quien puede hacerlo, a la emisión de valores—.

No obstante, voy a dar, a modo de catálogo orientativo, una relación de los «hechos» básicos, distinguiendo entre los que son objeto de inscripción, anotación, nota marginal y cancelación, y los que lo son de depósito o de publicación en el BORME.

A) Por vía de inscripción, propiamente dicha, acceden al Registro Mercantil, muchas veces en la propia primera inscripción:

a) En relación con el empresario individual:

- los poderes y su modificación, revocación y sustitución;
- la apertura, cierre, identificación, domicilio, actividades, identidad de representantes y facultades de las sucursales;

(21) Vid. los artículos del RRM referentes a las respectivas primeras inscripciones, especialmente los 114, 175, 209, 250, 255, 265, 271, 280, 287 y 297.

- las declaraciones judiciales que modifiquen su capacidad, el nombramiento para suplir, por causa de incapacidad o incompatibilidad, a quien ostente su guarda o representación legal;
- las capitulaciones matrimoniales, el consentimiento, la oposición y revocación a que se refieren los artículos 6 a 10 del Código de Comercio;
- las resoluciones judiciales dictadas en causa de divorcio, separación o nulidad matrimonial o procedimientos de incapacitación;
- la suspensión de pagos y la quiebra y, finalmente,
- los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados (cfr. arts. 87, 90, 295 y sigs. y 320 y sigs.).

b) En relación con las sociedades mercantiles en general y otras entidades:

- la modificación del contrato y de los estatutos sociales, así como los aumentos y reducciones del capital y la prórroga del plazo de duración;
- el nombramiento y cese de administradores, liquidadores, auditores, secretarios y vicesecretarios de los órganos colegiados de administración, tanto los titulares como, en su caso, los suplentes;
- los poderes y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución;
- la apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales;
- la transformación, fusión, rescisión, rescisión parcial, disolución, reactivación, liquidación, cesión global del activo y pasivo, extinción de la sociedad y, en su caso, el activo sobrevenido;
- la designación de la entidad encargada de la llevanza del registro contable en el caso de que los valores se hallen representados por medio de anotaciones en cuenta;
- la suspensión de pagos y la quiebra y las medidas administrativas de intervención;
- las certificaciones y actas acreditativas de la falta de aprobación de las cuentas anuales;
- las resoluciones judiciales o administrativas en los términos establecidos en las Leyes y en el propio RRM;
- la emisión de obligaciones u otros valores negociables, agrupados en emisiones, realizadas por sociedades anónimas o entidades autorizadas para ello y los demás actos y circunstancias relativos a los mismos cuya inscripción esté legalmente establecida;

- la admisión y exclusión de cualquier clase de valores a negociación en un mercado secundario oficial;
- el cierre provisional por impago del impuesto de sociedades;
- la adquisición o pérdida del carácter unipersonal de la sociedad, así como el cambio de socio único y, finalmente,
- los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados (cfr. arts. 94, 96, 174, 242, 246, 248 y 378 del RRM), y
- las denominaciones de las sociedades y demás entidades inscritas, su reserva temporal y las de otras entidades cuya constitución se halle inscrita en otros Registros públicos, aunque no sean inscribibles en el registro Mercantil y las denominaciones de origen, todas ellas en el Registro Mercantil Central y en los términos previstos en los artículos 395 a 397 del RRM.

B) Por vía de anotación preventiva, acceden al Registro Mercantil:

- la solicitud de levantamiento de acta notarial de la Junta General (art. 104 del RRM);
- las demandas de impugnación de los acuerdos de la Junta General, de la Asamblea de Obligacionistas o de los órganos colegiados de administración y la de suspensión de tales acuerdos (arts. 155 y 157 del RRM) (22);
- las demandas de disolución judicial de las sociedades (art. 241 del RRM);
- las resoluciones judiciales relativas a suspensiones de pagos y quiebras, en tanto no sean firmes (art. 323 del RRM) y, finalmente,
- la suspensión de la práctica de asientos por defectos subsanables (art. 62.4 del RRM), por consulta a la Dirección General o por presentación simultánea de títulos contradictorios (arts. 80 del RRM en relación con los arts. 422 y 481 del Reglamento Hipotecario).

C) Por medio de nota marginal, con independencia de las que se practican para relacionar asientos o de oficina, se hacen constar determinados «hechos» que alteran situaciones previamente inscritas, como la caducidad de nombramientos (cfr. art. 145 del RRM), la de sociedades o entidades de carácter temporal o cuyo capital quede por debajo del mínimo legal (cfr.

(22) En este apartado han de quedar incluidas, por tanto, todas aquellas demandas tendientes a provocar un cambio o modificación en la situación registral previa, sin necesidad de mayores argumentos, a los que recurre LANZAS GALVACHE, JOAQUÍN, en «Las anotaciones preventivas y las sociedades anónimas», en *RDM*, núm. 210, octubre-diciembre, 1993, pág. 1316.

art. 238 del RRM) o la de fondos de pensiones no inscritos en el correspondiente Registro administrativo (cfr. art. 289 del RRM), el cierre provisional en los casos de disminución del capital por debajo del mínimo legal en virtud de resolución judicial (cfr. art. 173 del RRM), de transformación de sociedad limitada en cooperativa o durante la tramitación de fusiones y escisiones de sociedades y otras entidades (cfr. art. 231 del RRM), la solicitud del levantamiento de acta notarial en las Juntas Generales de las sociedades limitadas siempre que en el orden del día figure algún acuerdo susceptible de inscripción o la aprobación de las cuentas anuales (cfr. art. 194 del RRM) y la suscripción total o parcial de valores emitidos (cfr. art. 311 del RRM).

D) Por vía de depósito acceden al Registro Mercantil:

- las cuentas anuales de los empresarios individuales inscritos y de las sociedades y otras entidades, estén o no obligadas a ello y que comprenden los siguientes documentos: la solicitud del depósito, el acuerdo aprobatorio por el órgano competente, las cuentas anuales propiamente dichas, debidamente identificadas, el informe de gestión y, en su caso, el de los auditores, el documento relativo a los negocios sobre acciones propias y la certificación de que las cuentas auditadas se corresponden con las presentadas (cfr. art. 365 del RRM);
- el programa de fundación y el correspondiente folleto explicativo en el caso de fundación sucesiva de las sociedades anónimas (cfr. art. 129 del RRM);
- el balance de la sociedad civil o de la cooperativa en el caso de su transformación en sociedad limitada (cfr. art. 218 del RRM);
- los proyectos de fusión y escisión (cfr. arts. 226 y 236 del RRM) y
- los libros y documentación, al cesar en su actividad el empresario individual o al liquidarse las sociedades y entidades inscritas (cfr. arts. 247 y 392 del RRM).

E) Son objeto de publicación en el BORME, además de los hechos básicos a que acabamos de hacer referencia y que, en su caso, lo serán en forma extractada, aunque suficiente para apreciar su contenido esencial (cfr. art. 390 del RRM), aquellos otros referentes a los acuerdos de reducción de capital cuando algún accionista hubiese ejercitado el derecho de separación (cfr. art. 161 del RRM), los acuerdos o los hechos que den lugar al derecho de separación de los socios de las sociedades limitadas (cfr. art. 205 del RRM), los anuncios previos a transformaciones, fusiones y escisiones, en los términos de los artículos 219 a 222 y 226 del RRM, los acuerdos de reactivación o de cesión global del activo y del pasivo y la relación de las socie-

dades que hubiesen cumplido, durante el mes anterior, con su obligación de depositar las cuentas anuales (cfr. art. 392 del RRM).

4.3. MATERIAS EXPRESAMENTE NO REGISTRABLES

Existen algunas materias, ciertamente muy pocas, que el legislador ha querido excluir de forma expresa del Registro Mercantil, con la pretensión indudable de no querer suscitar equívocos a la hora de atribuir o no efectos registrales a las mismas.

A este capítulo pertenecen:

- «las enumeraciones de facultades de los órganos de administración que sean consignadas en los estatutos» de las sociedades limitadas y anónimas y de las entidades a las que supletoriamente se aplican las legislaciones de éstas (arts. 124, 185, 215, 258, 263, 267 y 276 del RRM), prohibición, que tiene su fundamento legal en los artículos 129 de la LSA y 63 de la LSL que establecen que «cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros», o
- la inclusión en la descripción del objeto social de sociedades anónimas y limitadas de «los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades incluidas en él» o consignar como parte de dicho objeto «la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado» (arts. 117 y 177 del RRM).

5. LO NO REGISTRABLE REGISTRADO

Puede ocurrir que algo no registrable figure, sin embargo, en el Registro Mercantil.

¿Qué valor puede tener tal constancia? Esta pregunta y su correspondiente respuesta encajarían mejor en lo referente a la eficacia de la registración, pero prefiero abordarla, aunque sea en términos muy breves, para completar todo lo relacionado con lo que, por una u otra razón, constituye lo que hallamos en el Registro Mercantil.

Ya vimos como nuestro Tribunal Supremo y nuestra Dirección General había privado de toda eficacia a aquellas consignaciones, a pesar de que podía ser discutible su acceso al Registro. Hoy la situación es más sencilla al ser más clara la inaccesibilidad de lo atípico al Registro.

PAZ-ARES ha sostenido, sin embargo, que «la inscripción —y posterior publicación en el Boletín— de hechos atípicos en ningún caso podrá perjudicar a terceros de buena fe, aunque, como es natural, podrán ser hechos valer por ellos» y que «los hechos atípicos son y se someten a las mismas reglas que los hechos de inscripción voluntaria» (23).

Ciertamente, aunque sólo sea por aplicación de la tradicional doctrina de los actos propios, lo hecho llegar al Registro Mercantil, mediante las oportunas declaraciones o actuaciones, debe ser asumido por quienes las han realizado y, por tanto, cargar con sus consecuencias. Otra cosa distinta es aplicar a lo atípico que accede al Registro Mercantil lo dispuesto respecto de las inscripciones voluntarias, donde sí los efectos pueden alcanzar a tercero, ya que aceptar lo contrario sería privar de eficacia registral a la inscripción de lo voluntario, en contra de lo previsto, por ejemplo, respecto al empresario individual no naviero a quien el propio Código de Comercio reconoce expresamente la facultad de «aprovecharse de sus efectos legales» (art. 19.1).

PABLO CASADO BURBANO

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad y Mercantil

La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ALGUNAS CUESTIONES BASICAS EN RELACION CON LA SOCIEDAD CIVIL. MODIFICACION DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL. POSIBILIDAD DEL ACCESO DE LA SOCIEDAD CIVIL A DICHO REGISTRO: A) SOCIEDAD CIVIL-SOCIEDAD MERCANTIL. B) MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL: 1. *La inscripción de la Sociedad Civil en el Registro Mercantil. La publicidad y la personalidad jurídica de las Sociedades Civiles.* 2. *El nuevo artículo 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil:* a) La identidad de los socios; b) La denominación de la sociedad en la que se hará constar la expresión «Sociedad Civil»; c) El objeto de la sociedad; d) El Régimen de Administración; e) Plazo de duración si se hubiera pactado; f) Los demás pactos lícitos que se hubieren estipulado; g) Otros actos inscribibles en la hoja abierta en la sociedad.—III. APLICACIONES PRACTICAS DE LAS SOCIEDADES CIVILES: A) LAS SOCIEDADES DE EXPLOTACIÓN AGRARIA (PECUARIAS, FORESTALES, PESQUERAS). B) EN EL SECTOR ARTESANAL. C) SOCIEDADES DE PEQUEÑAS EXPLOTACIONES: BARES, CAFETERÍAS, ESPECTÁCULOS, ETC. D) LAS SOCIEDADES PARTICULARES DE USO Y DISFRUTE. E) LA SOCIEDAD CIVIL Y LA MULTIPROPIEDAD. F) SOCIEDADES DEL TRÁFICO INMOBILIARIO. G) LAS SOCIEDADES PROFESIONALES. H) OTROS SUPUESTOS.

I. INTRODUCCION

En diversas ocasiones me he ocupado, del para mí, apasionante mundo jurídico de la Sociedad Civil (1). Ya indiqué en su momento que «existen

(1) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, en «La Sociedad Civil y su conexión registral», en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 112, abril 1990. También en «La

algunos casos de instituciones y figuras jurídicas que tuvieron en su momento una aplicación práctica normal, pero que por el devenir de los tiempos, quedan desenfocadas, o mejor dicho desfasadas, y quizá faltas de eficacia práctica. Esta circunstancia puede venir determinada por diversos motivos: unas veces, la realidad social la supera, y quedan como fósiles jurídicos que sirven para analizar antecedentes históricos, que casi siempre se suelen exponer en la mayoría de las tesis doctorales, o en trabajos de erudición; otras veces, lo que ocurre, es que el legislador no ha sabido ir adaptándolas, creando nuevos contenidos, y abriendo nuevas perspectivas, e incluso realizando reformas que estuvieran en sintonía con las que practica en otros campos de diversas disciplinas jurídicas. A pesar de todo ello, y aunque estas primeras líneas, pudieran ser aplicadas de forma rotunda y contundente a la Sociedad Civil, me niego a aceptarlo de esa forma y sin más análisis. Existe una tendencia actual a mercantilizar todo; y utilizo esta palabra en sus dos acepciones, pero fundamentalmente, en la que más me interesa, que es la de ir mermando el Código Civil, y en general las Instituciones Civiles en aras, de lo que sacramentalmente se denomina especialidad mercantil, o necesidades del tráfico jurídico mercantil...» (2)

Desde un primer momento, me pareció fundamental desempolvar la Institución de la Sociedad Civil, que en los últimos tiempos había sido tratada como un fósil histórico arrinconada en el Código Civil, para conseguir que entrara en el juego normal de las relaciones jurídicas actuales, abriendo, o intentando abrir varios frentes, tanto de *lege data*, como de *lege ferenda*.

Los temas tratados en esas reflexiones fueron variados: la inscripción de la Sociedad Civil en el Registro Mercantil, la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adquisiciones de bienes inmuebles por las Sociedades Civiles; su distinción con la comunidad de bienes, su personalidad jurídica, los problemas de forma, las sociedades mixtas, la disolución, la transmisión de la parte o participación que cada socio tiene en la misma, y un largo etcétera.

Estos temas tratados por la Doctrina han sido el eje central de nuestros trabajos, sin olvidar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en el doble tratamiento de las Sociedades Civiles y su conexión en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad.

Sociedad Civil: su problemática en el tráfico jurídico. Análisis jurisprudencial», en *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 170, febrero 1995. También en «Comunidad de bienes, cooperativas y otras formas de empresas», Consejo General del Notariado, tomo I, págs. 55 y sigs., Madrid, 1996. Asimismo en «La Sociedad Civil: una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 647, julio-agosto 1998.

(2) GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, en «La Sociedad Civil: su problemática en el tráfico jurídico...», *ob. cit.*, págs. 589 a 612.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este nuevo trabajo sobre la Sociedad Civil, me centraré en el tema específico de la modificación del Reglamento del Registro Mercantil en virtud de la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, siendo este análisis la evolución lógica y escalonada de una serie de argumentaciones que ya expusimos en su día, y que será necesario volver a recapitular para centrar el tema tras la importante reforma del Reglamento del Registro Mercantil en esta cuestión de la Sociedad Civil.

II. ALGUNAS CUESTIONES BASICAS EN RELACION CON LA SOCIEDAD CIVIL. MODIFICACION DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL. POSIBILIDAD DEL ACCESO DE LA SOCIEDAD CIVIL A DICHO REGISTRO

A) SOCIEDAD CIVIL-SOCIEDAD MERCANTIL

De la propia redacción que establece el artículo 1.665 del Código Civil no puede llegarse con claridad a un concepto definido de Sociedad Civil como tipo. Ya indicábamos «que la definición que en él se plasma podría ser perfectamente encajable dentro de un concepto general de sociedad. No cabe duda que la distinción que más interesa en el tráfico es el de la Sociedad Civil y Mercantil, pues es en este punto donde verdaderamente se plantean los problemas de la especialidad del Derecho Mercantil y la atracción de sus normas a la hora de su aplicación. Se han utilizado doctrinalmente diversos criterios para intentar llegar a una distinción. Se acude al criterio, unas veces del objeto, otras veces de la forma; a veces se combinan ambos, objeto y forma, es decir, se caracteriza la Sociedad Mercantil como aquella que además de tener un objeto mercantil reúne los requisitos establecidos en el Código de Comercio, es decir, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. En principio, el criterio de la forma en sí y por sí no significa nada, ya que se trata de una adjetivación del derecho o una forma de manifestación de una institución, con la salvedad de algunos tipos societarios, como ocurre en las Anónimas, las Limitadas o las de Garantía Recíproca, en las que la forma atrae a la sustancia, y en estos casos, la sociedad es *ab-initio* mercantil con independencia del objeto... Incluso con este criterio formalista exclusivo caeríamos en contradicción con el artículo 1.670 del Código Civil, relativo a las sociedades mixtas, es decir, sociedades con objeto civil, pero que revisten formas mercantiles (salvo lo indicado para algunos tipos especiales de sociedades mercantiles, ... como la anónima o limitada). Es pues, el criterio del objeto el que desde un punto de vista dogmático y jurídico debe ser el que

presida la distinción entre lo civil y lo mercantil. Autores como MANUEL DE LA CÁMARA se inclinan claramente por este criterio (3). No obstante, este criterio diferenciador también plantea problemas a la hora de poder definir con claridad lo que es actividad mercantil, tráfico mercantil, acto de comercio en relación con el artículo 116 del Código de Comercio, en conexión con los artículos 1 y 2 de este mismo cuerpo legal» (4).

Traemos a colación este tema básico, pues desde el punto de vista registral la calificación que haga el Registrador, acerca del objeto civil o mercantil va a ser esencial. Lo ha sido cara al Registro de la Propiedad, pues en algunas resoluciones de la Dirección General el punto esencial que determinaba la cuestión era que la Sociedad Civil no era tal, pues su objeto era mercantil, y por ello para poder inscribir inmuebles a su nombre en el Registro de la Propiedad, debería constituirse en alguna de las formas societarias mercantiles, es decir, con escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. Son varias las resoluciones del Centro Directivo en este sentido como, por ejemplo, la de 28 de junio de 1985, 1 de abril de 1997 y 30 de abril de 1997. Ya hemos tratado en otras ocasiones el tema central de estas resoluciones, y conviene recordar que en la Resolución de 28 de junio de 1985 se planteaba el problema antes indicado del objeto civil o mercantil. Indicábamos que «En dicha resolución, el Registrador denegó la inscripción de la compra de un local hecho por una Sociedad Civil, cuyo objeto era la elaboración y comercialización de congelados agrícolas, ganaderos, marinos...; compraventa y reventa de productos congelados y de elementos industriales. El Registrador basó su denegación en que el objeto de la sociedad, aunque se hubiera constituido civilmente, era de carácter mercantil, denominando a la misma dentro del grupo de las sociedades de objeto mercantil atípicas. Apoyándose en el artículo 118 del Código de Comercio, esto suponía para él la regular constitución de la sociedad, compañía mercantil, asimismo sacaba a relucir el artículo 383 del Reglamento Hipotecario... la DGRN, al entrar en el fondo de la cuestión, lo centra diciendo: la cuestión planteada es, pues, si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad, la adquisición de un inmueble de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil, porque aunque tiene objeto mercantil, según pretende el recurrente, es de carácter civil por su constitución. La Dirección sigue exponiendo, que todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio tiene consideración de acto de comercio, y por ello regulada, en primer lugar, en las disposiciones contenidas en el Código de Comercio. Admite también el

(3) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1977, pág. 143 y sigs.

(4) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, «La Sociedad Civil y su conexión registral», *ob. cit.*, pág. 156.

carácter imperativo de las normas mercantiles de las sociedades no sustraíbles por la simple voluntad de los socios. Indica a continuación, que aunque el contrato de sociedad en el Código de Comercio es válido entre las partes como tal contrato, cualquiera que sea la forma de celebración, sólo alcanza plenitud de efectos ante terceros al otorgarse la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil» (5). En cambio, la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997, de la que hice un estudio crítico de la misma, no puede entrar en la discusión sobre el carácter civil o mercantil del objeto, ya que el Registrador no utiliza este argumento en su nota de calificación, aunque posteriormente el Registrador en el recurso introduzca esta cuestión; por ello, esta última resolución está haciendo referencia a una Sociedad Civil pura tanto subjetiva como objetivamente. Los comentarios a esta resolución han sido varios, pero en general todos en sentido crítico, incluido el mío, porque desdibuja en nuestra opinión el sentido básico y esencial de lo que el Código Civil establece con respecto a la Sociedad Civil y su personalidad jurídica, reflexión que trataremos más adelante de forma resumida, porque ya la hemos expuesto en otro trabajo con más amplitud (6).

B) MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

1. *La inscripción de la Sociedad Civil en el Registro Mercantil*

Uno de los puntos esenciales que han sido el centro de polémica en relación con la Sociedad Civil, y su conexión registral, tanto en relación con el Registro de la Propiedad y con el Registro Mercantil, ha sido sin duda el de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil. El problema, como luego analizaremos, se ha planteado con respecto a las Sociedades Civiles puras, tanto objetiva como subjetivamente, puesto que las sociedades que denominamos

(5) Para un análisis más amplio de estas resoluciones, vid. «La Sociedad Civil: su problemática en el tráfico jurídico», *ob. cit.*, págs. 591-592. Asimismo en «La Sociedad Civil: una crisis provocada...», *ob. cit.*, págs. 1167 y sigs.

(6) Sobre los comentarios a esta Resolución de 31 de marzo de 1997, hay que tener en cuenta el trabajo de RICARDO CÁBANAS TREJO y RAFAEL BONARDELL LENZANO, en «La vuelta a la caverna: La Sociedad Civil no tiene personalidad jurídica» (Comentario crítico de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997, *BOE* 100 de 26 de abril de 1997), en *La Notaría*, abril de 1994, núm. 4, págs. 33 y sigs. Asimismo, FERNANDO PANTALEÓN, en «Personalidad jurídica de las Sociedades Civiles», en *La Ley*, núm. 4.368, 8 de septiembre de 1997, págs. 1 y sigs. ANTONIO TELLEZ LAPEIRA, «Sociedad Civil y personalidad jurídica», en *La Ley*, núm. 2.378, 22 de septiembre de 1997, págs. 1-2. También BASILIO JAVIER AGUIRRE FERNÁNDEZ, en «La personalidad jurídica de las Sociedades Civiles a propósito de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 647, julio-agosto 1998, págs. 1191 y sigs.

mixtas del artículo 1.670 del Código Civil, es decir, aquellas sociedades civiles por su objeto que revistieran formas mercantiles no planteaban problemas, ya que su constitución debería ser en escritura pública, con inscripción obligatoria en el Registro Mercantil. El propio artículo 1.670, establece un régimen jurídico en el sentido de que las mismas serán reguladas por disposiciones mercantiles en cuanto no se opongan a las del propio Código Civil. La problemática que han planteado estas sociedades mixtas es la de averiguar qué normas de una y otra materia, tanto la civil como la mercantil, les van a ser aplicables. Han habido muchas opiniones doctrinales al respecto, pero quizá las más aceptadas, como indica CÁMARA, son las que entienden que a este tipo de sociedades se les debe aplicar íntegramente el régimen de tipo social mercantil escogido, excepto las normas que obedecen a la condición de comerciantes de la sociedad. Existirán, indudablemente, un conjunto de normas mercantiles que se les deberán aplicar para dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico, y así «Los preceptos mercantiles referentes a la constitución de la sociedad, representación de la misma, organización corporativa y régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales» (7). La ya citada resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN, centra su hilo argumental indicando que solamente tendrán personalidad jurídica las Sociedades Civiles del artículo 1.670 del Código Civil, es decir, aquéllas que sean civiles por su objeto, pero que revistan algunas de las formas mercantiles, ya que éstas deben inscribirse en el Registro Mercantil, y por ello tienen esa publicidad frente a terceros. Ya criticamos en su momento el contenido y el sentido de esa Resolución, con su correspondiente argumentación (8). Como ya indicamos anteriormente, otro tema es el de determinadas formas societarias, como la Anónima o la Limitada, en donde el carácter mercantil viene determinado claramente por haberse constituido en dicha forma, con independencia de su objeto, al derivar de la propia Ley.

La personalidad jurídica de las Sociedades Civiles está enmarcada en el propio Código Civil en sus artículos 1.665 y siguientes, por ello hemos defendido siempre que la Sociedad Civil que cumpla los requisitos establecidos en dicho Código, tendrá la personalidad jurídica correspondiente, con los requisitos formales necesarios, cuando en la constitución se hubieren aportado bienes inmuebles o derechos reales donde la escritura pública tendrá el carácter de forma *ad-solemnitatem*. El artículo básico es el 1.669 del Código Civil, que establece que «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos

(7) CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *ob. cit.*, pág. 153.

(8) GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, en «La Sociedad Civil: una crisis provocada...», *ob. cit.*, págs. 1165 y sigs.

contrate en su propio nombre con los terceros... Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

Aunque el artículo no esté enunciado de forma positiva, está claro que de él se puede derivar que la Sociedad Civil va a tener personalidad jurídica, *a sensu contrario* cuando no mantenga los pactos secretos, y cuando cada uno de los socios no contrate en su propio nombre. Por ello el tratamiento del artículo 1.669 y del 1.670 debe ser analizado por separado, aunque quizá hubiera sido más conveniente una claridad mayor por parte del legislador. No nos vamos a detener ahora en el análisis histórico-jurídico sobre el precepto, que ya ha sido tratado en otros trabajos, pero el tema esencial radicaba en determinar qué tipo de publicidad exige el artículo 1.669 para considerar que la Sociedad Civil tiene personalidad jurídica. La práctica totalidad de los tratadistas han estimado que este artículo sólo exige la publicidad de hecho, y que ésta existe desde el momento en que comienzan las operaciones sociales, y la sociedad se manifiesta como tal en el tráfico mediante el ejercicio de la actividad *nomine societatis*, y la adquisición de la personalidad jurídica no puede supeditarse o condicionarse al cumplimiento de ningún requisito de publicidad, como indica PAZ-ARES (9). Solamente, y como autor más destacado, el profesor DE CASTRO entendía que la publicidad que exige el artículo 1.669 del Código Civil era una publicidad de carácter registral.

En su momento defendimos el que las Sociedades Civiles pudieran inscribirse en el Registro Mercantil por razones de dotar de una publicidad clara y nítida frente a terceros a las mismas, y por razones de seguridad en el tráfico jurídico. Defendimos esta postura en relación a las Sociedades Civiles puras, tanto objetiva como subjetivamente, ya que los casos de las Sociedades Civiles que revisten formas reconocidas en el Código de Comercio, las del artículo 1.670 del Código Civil no planteaban problemas, ya que debían constituirse en escritura pública y ser inscritas en el Registro Mercantil; y aquéllas que tuvieran objeto mercantil no eran auténticas Sociedades Civiles, y al realizar actos de comercio quedarían inmersas de lleno en la legislación mercantil, siendo auténticas sociedades mercantiles que tienen su régimen específico, de constitución y de publicidad, mediante el acceso al Registro Mercantil (10).

Estas razones de publicidad y seguridad hacían que fuésemos favorables al acceso al Registro Mercantil de estas Sociedades Civiles puras, creando

(9) PAZ-ARES, CÁNDIDO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, págs. 1357 y 1358. También sobre el tema de la personalidad jurídica, vid., CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 21, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, págs. 140 y sigs.

(10) En este sentido, HERNÁNDEZ MANCHA, MANUEL, «Las Sociedades Civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, julio-agosto, núm. 280, año 1991, págs. 1605, 1606 y 1610.

una sección especial para ellas y aprovechando la reforma societaria que se hizo en el año 1989 y en los sucesivos Reglamentos del Registro Mercantil, tanto el del 29 de diciembre de 1989 como el recientemente modificado en este punto de 19 de julio de 1996, y abogábamos por su acceso en el Registro Mercantil y no en un registro distinto o especial, ya que es en el Registro Mercantil donde se tienen las bases registrales más adecuadas desde el punto de vista societario, así como unas personas cualificadas para la calificación registral.

La reforma, objeto de este trabajo, del Reglamento del Registro Mercantil introduce la posibilidad del acceso al Registro Mercantil de las Sociedades Civiles puras, ya que las mixtas eran por supuesto inscribibles, y además con carácter necesario. La Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en su número 2, añade un apartado 3 al artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996. Este artículo 81 hace referencia a los sujetos y actos de inscripción obligatoria, estableciéndose en el apartado 1 la inscripción obligatoria de determinados sujetos, y en el apartado 2, la inscripción necesaria de los actos o circunstancias que establezcan las leyes o reglamentos en la hoja abierta a cada uno de los sujetos mencionados. El nuevo apartado 3 establece: «podrán también inscribirse las Sociedades Civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil».

Vamos a intentar analizar los problemas y el análisis que se puede derivar de esta novedad. Como punto de partida me congratulo de que por fin el legislador haya permitido la inscripción de las Sociedades Civiles en el concepto de Sociedad Civil que estamos dando en el Registro Mercantil. Como reivindicación que hemos planteado ya desde el año 1990, ello supone un motivo de alegría, y debemos ser congruentes con lo que en su día hemos expuesto.

Una primera cuestión es el determinar si por vía reglamentaria y a través de un Real Decreto, se puede determinar la posibilidad de la inscripción de las Sociedades Civiles puras en el Registro Mercantil.

El artículo 16 del Código de Comercio, cuando establece qué es lo que se inscribe en el Registro Mercantil, en el número 5 habla de «Cualesquiera personas naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley», con una redacción parecida a la que establece el propio artículo 81.1.m) del RRM. En su momento hicimos esfuerzos para ver si con la ley en la mano las Sociedades Civiles podrían inscribirse en el Registro Mercantil, intentando hacer un estudio histórico de las diferentes redacciones del artículo 16 del Código de Comercio y del RRM (11). Con la nueva redacción del artículo 16.5 del

(11) GARCÍA MÁ, FRANCISCO JAVIER, «La Sociedad Civil y su conexión registral», *ob. cit.*, págs. 645 y sigs.

Código de Comercio, ciertamente el problema se hacía más peliagudo, ya que la única ley que regula las Sociedades Civiles es el Código Civil, y se sabe perfectamente lo que éste exige en sus artículos 1.665 y siguientes; aunque no existe por supuesto ninguna norma de este Código que prohíba el acceso de la Sociedad Civil pura a ningún Registro Público. A pesar de esta posible dificultad, y teniendo en cuenta los antecedentes, hay que dar viabilidad a esta modificación reglamentaria, no olvidando el aspecto positivo que de ella se va a derivar.

Un segundo punto, y en este caso es el quid de la cuestión, es el relativo a la obligatoriedad de la inscripción de estas Sociedades Civiles puras. A la vista de la redacción, la respuesta es clara, no son de inscripción obligatoria, sino de carácter discrecional, a diferencia de las enumeradas en el propio artículo 81.1.

Una vez determinado esto, la siguiente pregunta es si estas Sociedades Civiles, para tener personalidad jurídica, deben estar inscritas en el Registro Mercantil. Mi respuesta es rotundamente que no, tanto por el carácter de la voluntariedad de esta inscripción, que el propio texto determina, como de la propia regulación establecida en el Código Civil. Para que la inscripción fuese necesaria para obtener la Sociedad Civil personalidad jurídica debería de haberse modificado el Código Civil, y haberlo así expresamente contemplado porque como ya hemos expuesto en muchas ocasiones, la publicidad de la que habla el Código Civil no es en absoluto la registral. Incluso ya indicamos que las recientes reformas legislativas, como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, al hacer referencia a la transformación de estas sociedades, en el artículo 87.2 indica que «cuando el objeto de la Sociedad de Responsabilidad Limitada no sea mercantil, podrá transformarse además en Sociedad Civil», viendo claramente cómo el legislador mantiene este carácter de la Sociedad Civil a la hora de transformar una Limitada en una Civil. El propio artículo 91 de la citada Ley expone con claridad que la transformación efectuada con arreglo a lo prevenido en esta ley, no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad que continuará subsistiendo bajo la forma nueva, todo ello también en conexión con el RRM, lo que da como consecuencia lógica, el que el legislador estaba determinando con claridad que esa Sociedad Civil tiene personalidad jurídica, aunque salga del propio Registro Mercantil. El propio artículo 92, también de la Ley de Limitadas, está haciendo referencia a la transformación de las Sociedades Civiles en Sociedades de Responsabilidad Limitada, que no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada; y el artículo 222.3 del RRM en el caso de transformación de Sociedad Limitada en Sociedad Civil, habla de la cancelación de los asientos relativos a la sociedad transformada. Este es uno de los puntos de mayor quiebra de la resolución ya citada de 31 de marzo de 1997, en contra de

lo que esta resolución indicaba con relación a las nuevas tendencias legislativas sobre la publicidad y la personalidad jurídica. Otros ejemplos eran el de la Ley 19/95, de 4 de julio, sobre modernización de explotaciones agrarias, en su artículo 5.º, la Ley 9/97, de 23 de junio, sobre la participación de la Generalidad en las Sociedades Mercantiles y Civiles; la Orden del Ministerio de Justicia, de 10 de junio de 1997, el Impuesto de Sociedades de 27 de diciembre de 1995 (12).

Así pues, consideramos que esa inscripción no dota de personalidad jurídica a la Sociedad Civil, siempre y cuando se constituya y reúna los requisitos establecidos en el Código Civil (13). Incluso en el tema de la inscripción, de la publicidad y de la personalidad jurídica, se han indicado con acierto, «que tras las intervenciones legislativas que suponen los artículos 15 y 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas... y el artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, que las sociedades en formación e irregulares gozan de la personalidad jurídica básica descrita en el artículo 38.1 del Código Civil (como resultaba ya del tenor literal del art. 116.2 del Código de Comercio, y ahora resulta de los arts. 1 y 22.1 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico que no subordina la atribución a éstas de personalidad jurídica a su inscripción registral). Y que la inscripción en el Registro Mercantil sólo es precisa para que las sociedades de capital adquieran su especial personalidad jurídica (art. 7.1 *in fine*, 11.1 de las Leyes de Sociedades Anónimas, respectivamente)» (14). Asimismo «Otro tema será el considerar que el contenido del artículo 38, párrafo 1.º del Código Civil está determinando por ser todas las posibilidades de la capacidad jurídica y de obrar de las personas jurídicas, entre ellas las de ser titulares registrales, circunstancia esta a la que me adhiero plenamente a pesar del artículo 383 del RH que está pensando en las mercantiles y por analogía en aquellas otras que son susceptibles de inscripción, aunque hay parte de la doctrina que entiende que las Sociedades Civiles externas, las

(12) En este sentido, vid. mi trabajo, «La Sociedad Civil: una crisis provocada...», *ob. cit.*, págs. 1186 y sigs. Asimismo, AGUIRRE FERNÁNDEZ, BASILIO JAVIER, *ob. cit.*, y GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, en «La Titularidad Registral en las Sociedades Civiles», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, año 1998, julio punto núm. 39. En este sentido, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en relación con el artículo 91 de la Ley de Limitadas, en relación con el 87, y con el 222 del RRM, expone también la incongruencia de la resolución en este punto acerca de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil transformada, sin necesidad de estar inscrita en Registro alguno, tal y como pretende la Resolución.

(13) En contra, MÍNGUEZ SANZ, SALVADOR, en «Intercomunicación entre Registros Mercantiles. Inscripción de Sociedades Civiles. Artículos 12, 81 y 269.bis del Reglamento del Registro Mercantil», dentro de la obra *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 373.

(14) FERNANDO PANTALEÓN, *ob. cit.*, pág. 3.

sociedades en formación y las sociedades irregulares podían figurar como titulares registrales con su propia denominación social» (15).

Indicado todo lo anterior, y una vez que el legislador permite la inscripción de las Sociedades Civiles puras en el Registro Mercantil, habrá que preguntarse qué efectos tiene esta inscripción, y sobre todo la conexión con la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad, bienes inmuebles a nombre de estas Sociedades Civiles. Descartada la tesis que la inscripción da la personalidad jurídica, y que por lo tanto es necesaria para la misma, y en aras de buscar una solución intermedia, podemos entender que aquellas Sociedades Civiles puras que quieran inscribir bienes inmuebles a su nombre en el Registro de la Propiedad, podrán estar inscritas en el Registro Mercantil previamente, debido a que el legislador nos ha abierto las puertas para su inscripción, que por razones de la complejidad del tráfico jurídico, y de la propia calificación registral, que muchas veces haría imposible el atemperar y calificar el artículo 1.669 del Código Civil, en cuanto a la publicidad de hecho, facilitando la justificación de su publicidad esa inscripción previa en el Registro Mercantil, a estos efectos única y exclusivamente.

La inscripción en el Registro Mercantil no dota de personalidad jurídica a la Sociedad Civil, sino de una publicidad especial frente a terceros. Todo ello con independencia de que por el artículo 38, párrafo 1.º del Código Civil pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, estas Sociedades Civiles si cumplen los requisitos del Código Civil para ganar su personalidad jurídica como auténticas sociedades externas. Ello no quiere decir que si el Registrador de la Propiedad no alberga dudas acerca de que la Sociedad Civil que se le presenta es externa, y por lo tanto se cumplen a *sensu contrario* los requisitos para que se dé su personalidad jurídica conforme al artículo 1.669 del Código Civil, pueda en estos casos acceder a la inscripción, por ejemplo, de bienes inmuebles a nombre de dicha Sociedad Civil.

Pero no cabe la menor duda que si esta Sociedad Civil se encuentra inscrita previamente en el Registro Mercantil, su calificación acerca del carácter de sociedad externa, y no sólo interna, será total. Un supuesto en que el Registrador de la Propiedad podría constatar ese carácter de sociedad externa podría ser, por ejemplo, a través de la presentación de una sentencia firme que así lo hay declarado; en este caso, por ejemplo, aunque no estuviese inscrita previamente en el Registro Mercantil, el Registrador de la Propiedad tendría ya un elemento fundamental en el que basarse en su calificación, a los efectos de determinarse la personalidad jurídica de la Sociedad Civil.

(15) FERNANDO PANTALEÓN, *ob. cit.*, págs. 3 y 6, reseñando a FRANCISCO GARDEAZÁBAL DEL RÍO, en GARRIDO DE PALMA y otros, *Las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, I, Madrid, 1996, págs. 266 y 322.

El artículo 383 del RH establece que, «No podrá practicarse a favor de Sociedad Mercantil, ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil». Este artículo está pesando ciertamente en las Sociedades Mercantiles, y no creo que por analogía pueda aplicarse a las Sociedades Civiles, aunque existen opiniones contrarias, y por esta vía, algunos piensan que debería exigirse la previa inscripción en el Registro Mercantil, aunque como antes he indicado, me parece más congruente y lógica la otra solución.

En cuanto a la titulación que debe ser necesaria, está claro que es la escritura pública el cauce normal necesario para la inscripción de las mismas en el Registro Mercantil; principio de titulación pública necesario por aplicación, entre otros, del propio artículo 5 del RRM. En su momento al tratar el tema de la titulación de estas Sociedades Civiles y al hilo de los problemas que planteaba, al comentar la Resolución de 31 de marzo de 1997, indicábamos que «En la nota de calificación del Registrador no aparece ningún aspecto relativo al título constitutivo de la Sociedad Civil, que después adquiere un inmueble para su inscripción». En definitiva, la constitución en documento privado o público de la Sociedad Civil.

Como bien sabemos, el Código Civil regula en los artículos 1.667 y 1.668 los requisitos de forma para la constitución de la Sociedad Civil, según haya o no aportación de bienes inmuebles o derechos reales. Siempre he defendido la titulación pública en cuanto a las posteriores adquisiciones de inmuebles de la Sociedad Civil, en relación con el documento constitutivo, y en relación con la posterior inscripción en el Registro de la Propiedad de dichas adquisiciones.

HERNÁNDEZ MANCHA ha discrepado de BADÍA y de nuestra opinión, entendiendo que no es correcto el indicar que el principio de titulación pública obliga a que conste en escritura no sólo la adquisición del inmueble, sino la constitución misma de la sociedad; como si la adquisición inmobiliaria anterior implicase una nulidad relativa sobrevenida del acuerdo constitutivo realizado privadamente; entendemos, continúa diciendo el mismo autor, que el artículo 3 de la LH domina el acto de la adquisición en sí... pero entendemos que dicho precepto no obliga a retrotraernos al momento de la fundación del ente social» (16). Este autor, por supuesto, hace razonamiento cuando la sociedad al nacer no necesita el documento público para su constitución, conforme al artículo 1.667 del Código Civil; pero a pesar de ello discrepa-

(16) HERNÁNDEZ MANCHA, MANUEL, «Las Sociedades Civiles particulares...», *ob. cit.*, pág. 1609. Contrario a esta opinión, ANGEL BADÍA SADILLAS, «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil en el Derecho español», en *RCDI*, año LXII, núm. 573, pág. 326 y sigs. Asimismo, vid., GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, en «La Sociedad Civil: una crisis provocada...», *ob. cit.*, págs. 1175 y sigs.

mos porque al menos es necesario dotar de una fehaciencia previa al acto de la adquisición del inmueble, aunque la Sociedad Civil en esos casos no lo requiera para adquirir su personalidad, pero en cambio sí parece esencial la titulación pública, al menos para algo tan sencillo como acreditar la representación de las personas que van a actuar en nombre de la misma, todo ello no solamente por el artículo 3 de la LH, sino también por el artículo 1.280 del Código Civil que dispone: «deberán constar en documento público: 5.º El poder para contraer matrimonio... El poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que tenga que redactarse en escritura pública o que haya de perjudicar a terceros»; en relación a este punto, si la sociedad se ha constituido en documento privado por no haberse aportado bienes inmuebles o derechos reales, ya que de otro modo la escritura pública sería requisito esencial, si con posterioridad esta sociedad pretende inscribir un inmueble a su nombre mediante escritura pública, compareciendo un representante de la sociedad por las razones antes expuestas, lo más oportuno será realizar una elevación a público del documento privado en el que se constituyó la Sociedad Civil como requisito previo, y con posterioridad la inscripción de la escritura pública de adquisición del inmueble (17).

Esta era nuestra opinión sobre la titulación previa, antes de la ya comentada reforma del RRM, con mayor razón en este caso y tras la reforma la escritura pública es requisito necesario para que la Sociedad Civil pueda inscribirse en el Registro Mercantil, aunque no se aporten bienes inmuebles o derechos reales, y ello como paso previo a la inscripción de la adquisición de inmuebles de estas sociedades en el Registro de la Propiedad. No obstante, si el Registrador de la Propiedad accediese a la inscripción en el Registro de su cargo de la adquisición de un bien inmueble a nombre de una Sociedad Civil pura, objetiva y subjetivamente, aunque no estuviese previamente inscrita en el Registro Mercantil porque le constase esa publicidad de hecho de la Sociedad Civil por cualquier medio, por supuesto se debería exigir la titulación pública, por lo que ya indicamos y defendimos antes de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, donde no se permitía el acceso de las Sociedades Civiles al Registro Mercantil.

Como indicamos anteriormente, el nuevo apartado 3 del artículo 81 del RRM que permite la inscripción de las Sociedades Civiles en el Registro Mercantil, indica que cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil.

(17) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, «La Sociedad Civil: su problemática en el tráfico jurídico...», *ob. cit.*, págs. 605 y 606. Para ver otras posturas, JOSÉ ANTONIO RUIZ RICO, «Las sociedades y el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 268, junio 1990, reseñado por HERNÁNDEZ MANCHA, *ob. cit.*, pág. 1609.

Como matización indicaremos que si estas sociedades tienen un objeto, que no sea civil sino mercantil, no estaremos hablando de una Sociedad Civil sino de una Sociedad Mercantil, ya que como se ha indicado en numerosas ocasiones, el objeto es el punto de distinción fundamental entre las Sociedades Civiles puras y las Sociedades Mercantiles.

La expresión, aunque no tengan forma mercantil, no me parece tan descabellada como se ha indicado por algún autor, ya que considero conforme al artículo 1.669 del Código Civil, la posibilidad de la existencia de las llamadas Sociedades mixtas, lo que en terminología de PAZ-ARES se ha llamado sociedades objetivamente mercantiles y subjetivamente civiles (18). Volveremos a insistir sobre esta cuestión en el epígrafe siguiente de este trabajo.

2. *El nuevo artículo 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil*

Tras la reforma se añade una sección 5.^a al capítulo IX del Título II bajo la rúbrica «De la inscripción de las Sociedades Civiles», integrada por un único artículo 269 bis. Este artículo 269 bis aparece con la denominación «De la inscripción de las Sociedades Civiles» y establece:

«1. Las Sociedades Civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado.

2. Las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables.

En la inscripción 1.^a de las Sociedades Civiles se hará constar las siguientes circunstancias:

- 1.º La identidad de los socios.
- 2.º La denominación de la sociedad en la que deberá constar la expresión «Sociedad Civil».
- 3.º El objeto de la Sociedad.
- 4.º El régimen de administración.
- 5.º Pacto de duración si se hubiera pactado.
- 6.º Los demás pactos lícitos que se hubiesen estipulado.

En la hoja abierta a la sociedad serán inscribibles el nombramiento, cese y renuncia de los administradores, los poderes generales, su modificación o revocación, la admisión de nuevos socios, así como la separación o exclusión de los existentes, la transmisión de participaciones entre los socios, y las

(18) En contra, MÍNGUEZ SANZ, *ob. cit.*, págs. 373 y 374.

resoluciones judiciales o administrativas que afecten al régimen de administración de la sociedad».

El apartado 1 de este artículo no es nada nuevo, ya que podían existir sociedades civiles por el objeto, con forma mercantil, como muy bien establece el artículo 1.670 del Código Civil, y como hemos indicado anteriormente se puede hablar de Sociedades Civiles subjetiva y objetivamente mercantiles.

La única cuestión es que no podemos hablar de Sociedad Civil, aunque tenga objeto civil, cuando revistan, por ejemplo, la forma de Anónima o Limitada, porque sus respectivas leyes establecen que estas sociedades por tomar esta forma, siempre serán mercantiles. En cambio sí sería posible el tema de las Sociedades Mixtas en relación, por ejemplo, a las Colectivas y Comanditarias. Ya tratamos, líneas arriba, el tema de las Sociedades Mixtas y las distintas posturas doctrinales en relación con qué normas de aplicación deberán regularse según los casos y circunstancias. Por tanto no me parece mal el que se haya empezado este artículo haciendo referencia a las mismas como una constatación de algo que ya existe, y quizás la intención del legislador es buena y acertada, ya que la novedad es la de aquellas Sociedades Civiles que no teniendo forma mercantil van a poder acceder al Registro Mercantil, cosa que antes no era posible. Incluso por la dicción del propio artículo 81 del RRM en el nuevo apartado 3, lo que el legislador en el fondo está queriendo decir es la posibilidad del acceso de la Sociedad Civil pura al Registro Mercantil, pero no con requisito de obligatoriedad y de necesidad para ganar su personalidad jurídica. Está claro que este nuevo apartado 3 está pensando en éstas, ya que las que tienen forma mercantil y no son subjetivamente mercantiles sino civiles, al tomar esa forma mercantil, la legislación específica mercantil obliga necesariamente a la inscripción en el Registro Mercantil, y estarían por lo tanto encuadradas en el apartado 1 del artículo 81 del citado RRM.

La novedad pues radica en el apartado 2 del 269 bis, que hace referencia exclusiva a las Sociedades Civiles puras objetiva y subjetivamente. En dicho apartado, como hemos transcrito, se establecen las circunstancias mínimas que deberán contener la primera inscripción de las mismas. Nos remitimos en cuanto a la personalidad, la publicidad, la jurisprudencia, a lo indicado anteriormente, y a lo expuesto en otros trabajos que hemos realizado sobre la Sociedad Civil, sobre todo en relación a las resoluciones de la DGRN y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (19).

A continuación, iremos analizando alguno de los problemas que se plantean al hilo del estudio o análisis de cada uno de estos requisitos, no ya sólo

(19) Vid. GARCÍA MÁ, FRANCISCO JAVIER, «La Sociedad Civil y su problemática en el tráfico jurídico...», *ob. cit.*

desde el punto de vista registral, sino del punto de vista general de la globalización de la Sociedad Civil. También deberemos tener en cuenta que el propio 269 bis en el apartado 2.º, al hacer referencia a que las Sociedades Civiles que no tienen forma mercantil, pueden inscribirse en el Registro, indica que ello será con arreglo a las normas generales del propio RRM, en cuanto le sean aplicables, por ello habrá que intentar establecer qué normas son aplicables o, en definitiva, compatibles con la idiosincrasia de la Sociedad Civil pura.

a) La identidad de los socios

La remisión y aplicación reglamentaria, al tema de la identidad, es la del propio artículo 38 del RRM.

En cuanto a los elementos subjetivos o elementos personales del contrato de Sociedad Civil podríamos indicar que:

A) Elementos personales

No establece el Código Civil una regulación específica en esta materia, por lo que habrá que acudir a la teoría general del contrato (en cuanto a capacidad arts. 1.265 y siguientes del Código Civil).

El único artículo que hace referencia específica al tema de la capacidad, o mejor dicho, al de las prohibiciones de contratar, es el 1.677, cuando establece: **«No pueden contraer Sociedad Universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o venta»**. La idea última de este artículo estaba en la prohibición legal que fijaba el Código antes de la reforma de 1981, en donde los cónyuges no podían contratar entre sí ni realizar donaciones. La reforma de 1981 del Código Civil incardina en el artículo 1.323 que «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos», y el artículo 1.458, que «El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente».

Así pues, este artículo 1.677 ha perdido casi por completo el sentido, ya que su objetivo era el evitar esas Sociedades entre cónyuges de carácter universal (quizá sólo queden vestigios en los arts. 752 y 221 del mismo cuerpo legal).

Como ya indicábamos líneas arriba, también hay que tener en cuenta que el concepto de Sociedad Universal procede de un anacronismo histórico (de las *societas* romanas), que quizá hubiera sido bueno desterrar del Código Civil (y que puede tener alguna aplicación en el Derecho Foral como, por

ejemplo, en Galicia, en la llamada Compañía Familiar Gallega). Pero las realmente importantes, en cuanto a la utilidad actual, son las llamadas Sociedades Particulares.

En cuanto a los **menores emancipados**, consideramos que pueden ser perfectametne socios en la Sociedad. La Doctrina no ha sido pacífica en este tema, entendiendo algún sector que no podrían constituir Sociedades Civiles sin autorización expresa, aunque sólo aportaran a ella bienes muebles, pues los socios civiles responden de las obligaciones sociales con todos sus bienes presentes y futuros, y por consiguiente podrían resultar afectados en estas Sociedades los bienes inmuebles del menor (20). No compartimos esta opinión, en el sentido expuesto por autores como CAPILLA, PAZ-ARES, etc., ya que el artículo 323 del Código Civil está indicando claramente que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, salvo los supuestos excepcionados; de otra manera quedaría virtualmente sin contenido el artículo 323 en ese párrafo inicial, no pudiendo por ello, a través de esa interpretación, poder celebrar ningún contrato, porque siempre existirá la responsabilidad contractual del artículo 1.911 del Código Civil, en la que pueden verse afectados bienes inmuebles, pero por ese mecanismo metodológico, tampoco podría comprar un bien inmueble el menor emancipado. Lo que sí hay que tener en cuenta es que sí se aportan bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor por aplicación del artículo 323 del Código Civil, los menores emancipados deberán tener el complemento de capacidad de sus padres, y en su defecto el de su tutor. No compartimos la idea de excepcionar este complemento de capacidad, aduciendo que el negocio de aportación a la Sociedad es una aportación de inmuebles a un fondo común, diferenciándolo con la transferencia de propiedad, provocada directamente por el contrato de compraventa.

En cuanto al **menor no emancipado**, está claro que no podrá celebrar por sí solo el contrato de Sociedad, y por ello nos remitimos a las reglas generales de capacidad, artículos 1.263.1, y 322 *a sensu contrario*.

En este punto se han discutido fundamentalmente dos temas: el primero, es si los representantes legales podrían constituir la Sociedad en nombre del menor o no, y si ello es posible, si lo podrían hacer sin más requisitos (21). Creemos que sí es posible que los representantes legales puedan representar al menor a pesar de las críticas aducidas por la responsabilidad ilimitada que asumen los socios en la Sociedad Civil (22). Otra cuestión diferente es cuando se aporten bienes inmuebles, establecimientos mercantiles..., en donde

(20) CASTÁN TOBEÑAS, citando a PONSÁ, en la *ob. cit.*, pág. 583.

(21) CAPILLA RONCERO, en *Comentarios al Código Civil*, pág. 120.

(22) En el mismo sentido, PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1319, y CAPILLA, *ob. cit.*, pág. 120.

deberemos aplicar los principios generales en materia patrimonial, en sede de Patria Potestad, es decir, centrados en el artículo 166 del Código Civil, y si lo es en sede de tutela en el artículo 277.1.2; en estos casos se requerirá la autorización judicial, considerando que el acto de aportación, sí está dentro de los de enajenación.

Un supuesto especial es el del último párrafo del ya citado artículo 166, cuando indica: «...No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público...» En este caso, no sería necesaria la autorización judicial, ya que aunque el menor no esté emancipado, pero tenga cumplidos los dieciséis años, puede consentir la transmisión del bien a la hora de la constitución de la Sociedad, sin ser necesaria la autorización judicial, y ello sin necesidad de acudir a la vía de la emancipación para conseguir el efecto de evitar esa autorización. Lo que ocurre es que en este caso, a diferencia del supuesto del menor emancipado, el acto lo realizan los padres como representantes legales de los menores, pero con el consentimiento del menor que tenga dieciséis años; en cambio en el supuesto del menor emancipado, el acto lo realiza él, pero con el complemento de capacidad del menor emancipado. No existe, en cambio, el mismo tratamiento para el sometido a tutela en estos supuestos similares (por ejemplo, un menor que sea huérfano), circunstancia esta que ya critiqué en su momento (23).

Otro problema que se puede plantear es el caso de las llamadas Sociedades Paterno-Filiales; se ha indicado que las dudas para la constitución de éstas provienen de la autocontratación, tanto en el momento de la constitución como en un momento posterior, cuando el representante legal es a su vez socio en la Sociedad (24). En nuestra opinión, si solamente el conflicto de intereses o autocontratación, recayera sobre uno de los progenitores, el que va a ser socio, la misma se podría salvar en base al artículo 163 del Código Civil, que hace referencia al conflicto de intereses y que en el párrafo segundo da la solución: «...Si el conflicto de intereses existiera sólo por uno de los progenitores, corresponden al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor o completar su capacidad». Si por el contrario los progenitores ambos son socios, o bien sólo existiere uno de ellos, siendo también socio, habría que acudir a la figura jurídica del defensor judicial.

En cuanto a **las Personas Jurídicas**, para determinar si pueden ser socios de una sociedad civil, el artículo 1.665 hace referencia a dos o más personas,

(23) GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, en «Aspectos del Régimen Patrimonial de la Patria Potestad», comentarios a los artículos 164.2, número 1.º y 166, último párrafo del Código Civil, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*.

(24) Para este planteamiento, GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, I, pág. 198, reseñado por PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1319.

sin distinguir entre personas naturales y jurídicas, terminología que aclara y especifica el Código Civil en los artículos 29 y siguientes para las personas físicas, y en el 35 y siguientes para las personas jurídicas (25). Se adujo como razonamiento en contra, el que, en la Sociedad Civil, la responsabilidad de los socios es ilimitada, pero ello no es en sí un obstáculo, ya que, por ejemplo, si uno de los socios es una Sociedad Limitada, su responsabilidad es ilimitada en cuanto a su patrimonio social. El problema a plantearse está dentro del concepto genérico de persona jurídica, qué tipos serían los que pudieran ser socios en una Sociedad Civil. En principio una Anónima, una Limitada, una Colectiva, o una Comanditaria pudieran ser socios, y algún autor establece incluso a una Sociedad Civil, a una corporación e incluso asociación o fundación (26).

En el tema de las asociaciones y fundaciones, hay opiniones encontradas, desde el punto de vista doctrinal, al hacer hincapié en el fin lucrativo que tiene la Sociedad Civil, que no lo tienen en cambio las asociaciones y fundaciones. Esta discusión se solventa con el sentido de concepto de fin lucrativo, o si éste es esencial como se ha entendido tradicionalmente para la Sociedad Civil (27).

b) La denominación de la sociedad en la que se hará constar la expresión «Sociedad Civil»

Los artículos 398 y sigs. del RRM, hacen referencia a la composición y denominación de las sociedades y demás entidades inscribibles, pudiendo aplicarse a estas Sociedades Civiles todo el tema de denominación de los propios artículos del Reglamento y de la propia jurisprudencia de la Dirección General. Como se ha indicado «Hay que señalar que la exigencia de una denominación social no resulta de la regulación del Código Civil y no parece aplicable el artículo 126 del CCo, pudiendo por tanto admitirse denominaciones objetivas y subjetivas». En relación con la posibilidad de usar abreviaturas, el artículo 403 del RRM, no recoge, como es lógico, el de la Sociedad Civil, aunque el legislador podría haber aprovechado para hacerlo, pero no parece que pudiera haber inconveniente por analogía el que pudiera utilizarse dicha abreviatura (28). En cuanto a la opinión de utilizar la analogía, para

(25) En este sentido, PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1320, y CAPILLA, en *Comentarios al Código Civil*, pag. 123.

(26) Así, PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1320.

(27) En contra de la inclusión, CAPILLA, en *ob. cit.*, pág. 124.

(28) En cuanto a la denominación y la abreviatura, MÍNGUEZ SANZ, SALVADOR, *ob. cit.*, pág. 380.

poder utilizar abreviaturas en la Sociedad Civil, ciertamente no parece des-acertado del todo, el problema en nuestra opinión será que al no existir una norma que especifique el tipo exacto de abreviatura permitida, se deje a la libre elección de los constituyentes, y ello pueda crear variedad o diferencias entre unas y otras, por ello considero que sería necesario que se especificara en el propio artículo 403 del Reglamento, y dejar aparcada la cuestión hasta que se produzca esta reforma expresa.

c) El objeto de la sociedad

En relación con el objeto de la sociedad, nos remitimos a lo expuesto líneas arriba, sobre la distinción entre Sociedades Civiles y Sociedades Mercantiles, y la problemática que se planteaba con los diferentes criterios de distinción.

Esta cuestión es esencial y deberá ser uno de los puntos fundamentales de la calificación del Registrador Mercantil al enfrentarse a la inscripción o no de la Sociedad Civil pura objetiva y subjetivamente, y en su caso calificar el objeto como mercantil o no, ya que de ello dependerá el que el propio Registrador exija si el objeto es mercantil, que la sociedad se constituya conforme a las normas mercantiles. Con anterioridad a la Reforma en cuanto a las Sociedades Civiles, el propio Registrador de la Propiedad calificaba esta circunstancia, y en reiterada jurisprudencia de la DGRN, cuando la sociedad tenía objeto mercantil, había una remisión al 383 del RH. No obstante el problema sigue existiendo por la dificultad de poder establecer con nitidez la diferencia entre lo civil y lo mercantil, ya que incluso la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha tenido un criterio unitario, ya que en muchas ocasiones ha considerado civiles a determinadas sociedades en donde el aspecto mercantil era claro, como en los supuestos de explotaciones de bares, cafeterías, etc. (29).

En lo referente al objeto, según el artículo 1.666 del Código Civil, éste ha de ser lícito, y cuando se declare la disolución de una sociedad ilícita, las ganancias se destinarán a los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y, en su defecto, a los de la provincia. Otro requisito es que debe establecerse en interés común de los socios, de ahí que el artículo 1.691 del Código Civil, declare nulo el pacto por el cual se excluya a alguno de los socios de toda participación en las ganancias. En cuanto al tema de la Sociedad Universal nos remitimos a lo ya indicado, en los elementos personales,

(29) Sentencias del TS, entre otras la de 7 de octubre 1976 y 2 de junio de 1981, reseñadas por CAPILLA, *ob. cit.*, pág. 147. Además de lo indicado en el trabajo sobre la diferencia entre Sociedad Civil y Mercantil, vid., CÁNDIDO PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1314.

teniendo en cuenta que todo nuestro comentario está centrado en las llamadas Sociedades Civiles particulares.

d) El Régimen de Administración

Se ha indicado que «parece desacertada la redacción del artículo, teniendo en cuenta que tanto los artículos 114 y 124 del Reglamento para las sociedades anónimas como los artículos 175 y 185 para las sociedades limitadas, hablan de administración y representación, exigiendo además la identidad de la persona que se encargue inicialmente de tal administración y representación» (30).

En cuanto a la posibilidad de aplicar el artículo 124 del RRM, nos parece que es posible, incluso con una mayor libertad de buscar incluso otras vías alternativas, ya que en materia de la Sociedad Civil pura no hay que constreñirse a lo establecido en el propio RRM, que está haciendo referencia expresa a los tipos societarios mercantiles.

Es necesario no obstante hacer una matización, en cuanto al artículo 124.4 del RRM que introduce una novedad, en la reforma del RRM de 1996, cuando establece que no podrán inscribirse en el Registro Mercantil las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos, y ello por la especial configuración de la Sociedad Civil regulada en el Código Civil, a diferencia de la reforma mercantil en materia societaria, sobre todo en las anónimas y limitadas en relación con el ámbito de la representación, que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, y que cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros e incluso la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social (art. 129 LSA). Esta prohibición no sería lógica en la inscripción de las Sociedades Civiles puras por sus especiales características.

En cuanto a la regulación del Código Civil, en relación al régimen de administración y representación «...es interesante indicar que la administración y representación en la Sociedad Civil es uno de los puntos esenciales, cara a las relaciones, no sólo internas, sino también a las externas. Parece que está generalizada la idea que cuando hablamos de administración estamos refiriéndonos a las relaciones internas, es decir, a la Sociedad interna, mientras que cuando

(30) MÍNGUEZ SANZ, SALVADOR, *ob. cit.*, págs. 381 y 382.

hablamos de representación hacemos referencia a las relaciones de la Sociedad con el exterior. Lo que ocurre es que en la práctica, en la diversidad de los tipos societarios, administración y representación, suelen ir unidas, aunque pueden estar separadas. En definitiva, la administración sería la actuación en la esfera interna, y la representación, la actuación en la esfera externa (31).

La administración de la Sociedad Civil está regulada en los artículos 1.692 y siguientes del Código Civil, estableciéndose una regulación distinta, según se haya determinado una estipulación específica por los socios o no, y en su consecuencia si se ha hecho en el contrato social.

En el primer caso, sus facultades son casi omnímodas, debido a que las puede ejercer a pesar de la oposición de sus compañeros, y el poder concedido es irrevocable, salvo que exista una causa legítima. Si el nombramiento ha sido en un momento posterior del contrato social, entonces sí podrá ser revocado. Hay que indicar, que es criticable esta postura del Código Civil, en cuanto a otorgar esa irrevocabilidad, que en principio es extraña a la esencia y naturaleza del mandato en el Código Civil, y en general en nuestro sistema jurídico. También hay que observar, que el Código Civil habla de socio-administrador, por lo que no se puede entender que esta irrevocabilidad abarque a los socios no administradores (32).

Si hay varios administradores, las hipótesis pueden ser variadas. En primer lugar, si se han determinado las funciones de cada administrador, habrá que estar a lo determinado. Si no se ha especificado nada, e incluso no se establece que cada uno no pueda funcionar, sin el consentimiento de los otros, entonces cada administrador podría ejercitar todos los actos separadamente. Ahora bien, si se ha estipulado que los socios administradores deben funcionar con el consentimiento de los otros, habrá que acudir a esta fórmula.

Puede ocurrir que no se haya estipulado nada en el contrato social. Ciertamente, es extraño que se dé en la práctica; el Código Civil regula en el artículo 1.695 esta posibilidad, estableciendo que todos los socios se consideran apoderados, y lo que haga cada uno, obligará a la Sociedad, pudiendo cada socio oponerse a las operaciones que hagan los demás socios, antes de que haya producido efecto legal. En este mismo sentido, también se prevé en el número cuarto del mismo artículo 1.695 que ninguno de los socios puede hacer novedad en los bienes inmuebles, aunque se alegue que es útil a la Sociedad, y cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo común.

(31) Como indica PAZ-ARES: «...a nuestro juicio, sin embargo, no puede contraponerse, en términos tan tajantes, las actividades de administración y representación... si la actividad es contemplada desde el punto de vista de las relaciones internas, es administración; si es contemplada desde el punto de vista de las relaciones externas, es representación». *Ob. cit.*, págs. 1448 y 1449.

(32) CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, pág. 590.

Debemos considerar que las normas contenidas en los artículos 1.692-1.695, son de naturaleza dispositiva, y pueden ser alteradas por tanto, por las partes en el contrato social (33). En cuanto al último párrafo del artículo 1.695, relativo a la alteración de los inmuebles sociales, parece que sólo puede explicarse en el contexto de las sociedades de uso y disfrute, e incluso se ha indicado que de no ser así habría que privarla de contenido, considerando que se refiere sólo a los socios no administradores (34).

En cuanto a la representación, ya indicamos que hace referencia a la actuación en la esfera externa, y que aunque pueda distinguirse doctrinalmente de la administración, muchas veces la mayoría van indisolublemente unidas, siendo dos caras de una misma moneda. En esta representación, los poderes de los administradores estarán circunscritos al objeto social, en conexión con las relaciones hacia los terceros; aunque es posible que se pudieran establecer determinados límites en el contrato social o en el acto de nombramiento, tanto cualitativa como cuantitativamente, distinguiendo entre los actos ordinarios y los extraordinarios.

Desde el punto de vista de la comparecencia en el Documento Público Notarial, el tema de la representación, y por ende, el de la intervención en la escritura, nos interesa de una manera especial.

Ya se hace referencia de esta cuestión al tratar el problema de la sociedad civil y la conexión registral. Por ello creemos que en virtud del artículo 3 de la Ley Hipotecaria (Principio de Titulación Pública), en los casos en que deba acceder al Registro algún documento que contenga actos inscribibles, como también en los supuestos generales, por el artículo 1.280 del Código Civil, el Notario debe exigir la titulación pública en la constitución de la Sociedad, es decir, la Escritura Pública, para acreditar esa representación y las facultades del representante. Nos referimos, por ejemplo, al supuesto en que una Sociedad Civil se haya constituido en documento privado (por no exigirse la forma pública, al no aportarse bienes inmuebles o derechos reales); en este caso, la Sociedad Civil adquiere un inmueble, o en general se necesita acreditar la representación para hacer otro documento público que traiga causa en esa representación, en nuestra opinión debería o deberá elevarse a escritura pública el documento privado de constitución con la comparecencia de los que suscribieron aquel documento privado, y con base a esa elevación a público del contrato se podrán realizar los siguientes documentos (35).

(33) En este mismo sentido, PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1451.

(34) Vid. PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1468. CAPILLA, reseñado por PAZ-ARES en la obra *Comentarios al Código Civil*, pág. 465.

(35) En este sentido, ANGEL BADÍA SALILLAS, en la *RCDI*, año LXII, núm. 573, pág. 326, «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil en el Derecho español», *ob. cit.*, págs. 330 y sigs.

Todo ello hay que ponerlo en conexión con el artículo 1.280 del Código Civil, donde se establece que deberán constar en documento público: «...5.º el poder para contraer matrimonio... el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a terceros».

En relación con este punto, uno de los problemas que se nos presentan a diario es el del otorgamiento de poderes, muchos de ellos a pleitos, que quieren hacerlos aparentes representantes de la Sociedad Civil, presentando al efecto, un documento privado de constitución. Nuestra solución sería la ya apuntada de la elevación a público del documento privado, por las razones ya expuestas, además de lo endeble de la titulación privada (36). En cuanto al tema de la titulación pública nos remitimos al comentario realizado sobre este tema líneas arriba.

e) Plazo de duración si se hubiera pactado

En cuanto al plazo de duración, y en general el régimen de duración de la Sociedad Civil, habrá que remitirse a los artículos correspondientes del Código Civil. En este sentido el artículo 1.680 establece los criterios generales en cuanto a la duración de la Sociedad Civil, siendo en primer lugar la del tiempo convenido; a falta de convenio por el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto a la sociedad, si aquél por su naturaleza tiene una duración limitada; y en cualquier otro caso por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se le reserva en el artículo 1.700 y lo dispuesto en el 1.704. Si la sociedad se hubiere constituido por un tiempo determinado, ésta se extinguirá cuando expire el mismo, como indica el artículo 1.700.1.º del Código Civil (37).

También el artículo 1.702 del Código Civil prevé que la sociedad constituida por tiempo determinado puede prorrogarse por consentimiento de todos los socios, indicando que este consentimiento puede ser expreso o tácito, y que se justificará por los medios ordinarios. Cara a la calificación del Registro Mercantil en cuanto a esta prórroga, nos parece de muy difícil justificación ese consentimiento tácito, por lo que creemos que deberá ser expreso. El artículo 1.703 del Código Civil establece, como es lógico, que si se

(36) Vid. nuestro trabajo «La Sociedad Civil: su problemática en el tráfico jurídico», *ob. cit.*, pág. 606.

(37) PAZ-ARES aclara que el efecto disolutorio sólo se produce cuando el plazo previsto en el contrato es un plazo fijo o un plazo máximo. Si se trata de un plazo mínimo, el vencimiento no afectará a la subsistencia de la sociedad, únicamente habrá la posibilidad de denunciarla. Reseñado por MÍNGUEZ SANZ, SALVADOR, *ob. cit.*, pág. 382.

prorroga el término antes de expirar el mismo, continuará la sociedad primitiva, y si se prorroga después se entiende que se constituye una nueva sociedad. Traslado esta circunstancia a la regulación mercantil, sobre todo al RRM, el artículo 238 al hablar de la disolución de las sociedades, en relación a la disolución de pleno derecho establece en el apartado 3 que en caso de disolución por transcurso del término, la prórroga de la sociedad no producirá términos si el acuerdo correspondiente se presentase en el Registro Mercantil una vez transcurrido el plazo de duración de la sociedad. Asimismo el artículo 261 de la Ley de Anónimas establece que transcurrido el término de duración de la sociedad, ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil. En nuestra opinión, al tratarse de una norma específica mercantil no puede ser aplicada por analogía a las Sociedades Civiles puras, por ello, teniendo en cuenta el artículo 1.703 del Código Civil ya reseñado, bastará que la prórroga se haya consentido antes de expirado el término pactado en la escritura de constitución de la Sociedad Civil.

f) Los demás pactos lícitos que se hubieren estipulado

Pueden existir todo un conjunto de pactos que los socios en el contrato social puedan establecer y que se derivan de la propia lectura del Código Civil en los artículos 1.665 a 1.708. Entre otros, el régimen de las pérdidas y ganancias que se repartirán de conformidad a lo pactado (art. 1.689 del Código Civil); el supuesto en que los socios han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas (art. 1.690); los pactos de exclusión de una parte en las ganancias o las pérdidas (art. 1.691); el pacto relativo a la continuación de la sociedad aunque muera uno de los socios (art. 1.704); pactos sobre la transmisión de las partes sociales, etc. En cambio todos los artículos del Código Civil, referentes a la administración y representación de la Sociedad Civil, aunque surgen de pactos sociales, se encuadrarán en el punto referente al régimen de administración ya visto.

g) Otros actos inscribibles en la hoja abierta en la sociedad

El último párrafo del nuevo 269 bis hace referencia a otros actos que serán inscribibles en la hoja abierta a la sociedad, y por el propio enunciado del texto establece esta circunstancia como una posibilidad, pero no con carácter obligatorio.

Ya expusimos nuestra opinión y la interpretación que dábamos al apartado 3 del artículo 81 del RRM, en el sentido de no ser obligatoria la inscrip-

ción de la Sociedad Civil pura para alcanzar su personalidad jurídica, y lo que considerábamos que debía de significar esa inscripción, cara a la posterior inscripción de la adquisición de inmuebles por Sociedades Civiles en el Registro de la Propiedad, a su nombre; a diferencia del artículo 94 del RRM, donde se exige la obligatoriedad de la inscripción en la hoja abierta de cada sociedad de determinados actos, el 269 bis, al referir una serie de actos en el último párrafo como los del nombramiento, cese y renuncia de los administradores, los poderes generales, etc., parece que le da un carácter de voluntariedad y no necesidad.

El punto es ciertamente discutible, pero creo que si voluntariamente se ha optado por acceder al Registro Mercantil, a la hora de constituir una Sociedad Civil, o bien el querer esa publicidad en una ya constituida, debe ser lógico como consecuencia que la vida societaria, a los efectos de su publicidad, siga transcurriendo en el propio Registro Mercantil. Por ello creo que esos actos que están enumerados en el párrafo último del 269 bis, deberán ser inscribibles con carácter necesario, ya que los socios quieren voluntariamente acogerse a un sistema de publicidad especial, ya que de otra manera el caos y el marasmo serían totales.

Con independencia de que analizemos estos actos inscribibles, hay un tema esencial al que no se hace mención en este último párrafo del 269 bis que es el relativo a la disolución y liquidación de la sociedad que, como es lógico, también debe ser otro acto inscribible.

En relación a la extinción de la sociedad «los artículos 1.700 a 1.708 regulan las causas de extinción de la Sociedad. No vamos ahora a detenernos en un análisis de su articulado, sino apuntar uno de los problemas que siempre se han esgrimido como negativos, a la hora de elegir a la Sociedad Civil como la forma societaria más adecuada. El artículo 1.700 enumera las causas de extinción de la Sociedad, y en su número 4 dice: “Por la voluntad de cualquiera de los socios con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707”».

Hay que tener en cuenta que el Código prevé algunos supuestos en que no procederá esa disolución por voluntad de algunos de los socios, como en el caso en que la Sociedad se hubiese constituido en forma mercantil, cuando se haya señalado término para la duración de la Sociedad o resulte éste de la naturaleza de los negocios; por excepción en estos dos últimos casos se puede pedir la disolución si interviene un justo motivo (art. 1.705, apart. 1.º, y art. 1.707). Para llegar a la extinción de la Sociedad habrá que dar lugar primero a la disolución, que traerá como consecuencia la liquidación, y posteriormente la extinción.

El problema central es si se pueden arbitrar, en el contrato social, unos mecanismos para evitar esa disolución cuando uno de los socios quiera salirse de la Sociedad, o quizá en terminología más adecuada, en el caso de la

denuncia de uno de los socios; este planteamiento es muy importante, y lo centramos en aquellos supuestos en los que el Código prevé la posibilidad de disolución por la simple voluntad de un socio, no en aquéllos en los que puede existir determinadas escapatorias, como en los supuestos ya vistos, en que no procede dicha disolución.

Así pues, el supuesto de disolución regulado en el artículo 1.705.1 del Código Civil, está haciendo referencia a la disolución *ad nutum*, o denuncia *ad nutum*, y el artículo 1.707 hace referencia a la disolución *ex justa causa*. Como se ha indicado, «la única causa eficiente de la disolución de la Sociedad, en el supuesto del 1.705 punto 1.º, es la voluntad del socio, en cambio en el 2.º, para que proceda, es imprescindible además que concurra un justo motivo que la fundamente. E incluso, habría que entender que la disolución de la Sociedad por la voluntad unilateral de un socio no tiene porqué ser total, aunque en ésta piense el Código, sino que también puede ser parcial (limitada a la salida de un socio de la Sociedad). La disolución total comporta la desaparición de todos los vínculos contractuales y orgánicos que unen a los socios entre sí, por lo que cada uno de ellos pierde tal cualidad. La disolución parcial conlleva la ruptura del vínculo contractual y orgánico, pero sólo respecto de un socio. Esta puede producirse por la propia voluntad del socio, y se habla entonces de separación; o de modo forzoso, si se obliga al socio a dejar de formar parte de la Sociedad, como es el caso de la exclusión» (38).

En el supuesto más conflictivo, es decir, de la denuncia libre o *ad nutum*, o disolución *ad nutum*, se pueden plantear algunas soluciones alternativas para evitar la disolución total de la Sociedad.

Creemos que no es posible establecer un pacto de exclusión en el contrato social de esa facultad de denuncia o derecho de separación, de modo total y absoluto, ya que ello iría en contra de la propia esencia de la Sociedad y de las propias características del vínculo (39).

Lo que sí sería posible, para evitar los efectos devastadores de la disolución total, sería el establecer mecanismos alternativos. A veces se ha propuesto que serían válidas esas cláusulas de exclusión, de la separación o denuncia, cuando el contrato prevé una cláusula de libre transmisibilidad de las participaciones (40).

La solución más coherente sería, en todo caso, que al operar esa separación o denuncia se produjese una liquidación parcial en cuanto a la parte del socio que se separa. Es decir, una disolución parcial que aunque el Código

(38) QUESADA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 22 y 23.

(39) En este sentido, la mayoría de la doctrina como SCAEVOLA, CAPILLA, GIRÓN, GARRIGUES. Reseñado por PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1508.

(40) En este sentido, CAPILLA y GIRÓN. Con bastantes dudas SCAEVOLA y PAZ-ARES. Vid. PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1508.

sólo tiene un atisbo de ella, en el artículo 1.706.1 nada impide que se pueda adaptar aquí la teoría de la disolución parcial, tan presente en el derecho mercantil.

Como establece QUESADA GONZÁLEZ, «El desfase de nuestro Código en esta materia, se pone claramente de manifiesto en vista de las reformas habidas, tanto en Francia como en Italia... y la actual regulación de la Sociedad Civil en nuestro Código es fiel reflejo de lo que disponía el Code de 1804» (41). Como indica CAPILLA, se puede establecer en el contrato social una cláusula general de continuación, a pesar de la separación o denuncia, y en este caso operaría de lleno la disolución parcial (42).

Con estas consideraciones, uno de los graves inconvenientes que se aducen en muchos campos del tráfico jurídico, a la hora de elegir a la Sociedad Civil como tipo societario, quedaría eliminado.

En cuanto al nombramiento, cese y renuncia de los administradores, he de señalar como argumento favorable a nuestra tesis, de que esos actos descritos en el último párrafo del 269 bis deben ser de inscripción obligatoria, ya que el propio nombramiento de administradores en un primer momento puede realizarse en el acto constitutivo, y como sabemos se encontraría dentro del propio régimen de administración, que es una de las circunstancias necesarias y mínimas que se exigen como requisito para que la Sociedad Civil se inscriba en el Registro Mercantil, conforme al 269 bis.2 del RRM. En cuanto al sistema de nombramiento y toda su problemática, nos remitimos a lo ya indicado en el apartado correspondiente al régimen de administración.

Siguiendo a MÍNGUEZ SANZ, SALVADOR (43), «Nos parecen aplicables los siguientes artículos del Reglamento: 138, circunstancias de los administradores; 141, aceptación del nombramiento, y 143, administrador persona jurídica. Parece dudosa la aplicación del artículo 142, título inscribible, al no existir normalmente junta en la Sociedad Civil, por lo que nos parece que el nombramiento hecho fuera del acto constitutivo deberá hacerse en escritura pública. En cambio, no parecen aplicables los artículos 139 y 140 ni el resto de la sección 4.^a, al corresponder a concepciones capitalistas y no ajustarse a la estructura de la Sociedad Civil. Si se señala plazo, se aplicará el artículo 144, pero no así el 145, por las razones expuestas anteriormente. Conviene recordar que si no se señala plazo, conforme a la norma civil, el nombramiento se entenderá hecho por tiempo indefinido... Si el cese se produce por fallecimiento del administrador, será aplicable la norma del artículo 147.1-3.º del

(41) QUESADA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 24. Esta autora hace un interesante y profundo estudio sobre la disolución de la Sociedad Civil por voluntad unilateral de un socio.

(42) CAPILLA, en *Comentarios al Código Civil*, págs. 670 y 671.

(43) MÍNGUEZ SANZ, SALVADOR, *ob. cit.*, págs. 383 y 384.

RRM. El cese de administradores contractuales conforme al artículo 1.692 del Código Civil exige legítima causa, aunque no creo que sea calificable tal extremo por el legislador por analogía a la doctrina de la DG en materia de cese de auditores. En cambio, como se modifica el título constitutivo, se precisará escritura pública otorgada por el resto de los socios. Si los administradores han sido nombrados fuera del acto constitutivo, pueden ser revocados libremente por acuerdo social unánime, del que se habrá de excluir al socio administrador que se pretende revocar salvo que dentro de la libertad de pacto se haya articulado un sistema distinto de nombramiento y cese... si la separación obedece a resolución judicial firme, el título exigible será el testimonio de la misma conforme al artículo 148.b) del RRM... Renuncia. Si es de un administrador nombrado en el acto constitutivo, se exige justa causa, tampoco calificable por el Registrador y escritura pública. Por el contrario, si se trata de un administrador nombrado fuera del acto constitutivo, se admite el principio de la libre dimisión sin más obstáculo que el artículo 1.736 del Código Civil, que tampoco será calificable por el Registrador...»

En cuanto a los poderes generales, su modificación o revocación, será de aplicación el artículo 94.1.5.º del RRM cuando establece que «En la hoja abierta cada sociedad se inscribirá obligatoriamente: Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos...» En principio, estos poderes deben ser otorgados por todos los socios, aunque pudiera pensarse, que en los estatutos al administrador nombrado se le hayan dado facultades para que otorgue los mismos, estando claro que el título será la escritura pública.

En cuanto a la separación y exclusión de socios nos remitimos al apartado referente a la extinción de la sociedad, en concordancia con la consideración en relación con la voluntad de un socio para la disolución, regulados con criterio general en los artículos 1.700 a 1.708, que regulan las causas de extinción de la sociedad. No obstante indicar que aparte de lo ya tratado en el tema de la disolución, cabe indicar que en el caso de la separación debe existir un acuerdo unánime y escritura pública, incluso si se ha previsto la posibilidad del derecho de separación al socio, éste deberá así manifestarlo en escritura pública. En el caso de exclusión como se ha indicado, «Además de la hipótesis del artículo 1.706 del Código Civil, la exclusión también cabe si se pactó en el contrato. La titulación, al ser en ambos casos una modificación del contrato social, será la escritura pública otorgada por todos los socios, salvo el excluido o, por analogía con el artículo 266.3 del RRM, por el administrador facultado por acuerdo unánime del resto de los socios. La escritura deberá contener la causa legada y la notificación fehaciente al excluido. Es más dudosa la aplicación del párrafo 2.º del 266.3, aunque me inclino

por considerarla aplicable en base a lo dispuesto en el 269 bis al remitirse a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables...» (44)

En cuanto a la admisión de nuevos socios, hay que indicar que este apartado está en íntima relación con el de la transmisión de participaciones entre los socios, transmisión de participaciones a la que también hemos hecho referencia al hablar de la extinción y en concreto de la disolución, ya que el establecimiento en el contrato social de cláusulas generales de continuación, o en general de pactos en cuanto a la transmisión de las partes sociales, puede facilitar el funcionamiento de la Sociedad Civil. No cabe duda que uno de los supuestos de admisión de nuevos socios será la transmisión de las partes sociales a un tercero que en principio va a requerir el consentimiento unánime de todos los socios, aunque algún autor como PAZ-ARES, ha indicado que el contrato social puede tener y regular con libertad estas cuestiones, estableciendo incluso cláusulas de libre transmisibilidad. No obstante, el principio general debe ser el del consentimiento de todos los socios, tanto para la admisión como en su caso, la transmisión de las partes sociales que en el fondo lo que implican en ambos casos puede ser una modificación del contrato social por el carácter personal y esencialmente personalista de la sociedad civil. Las mismas consideraciones pueden aplicarse en relación con la transmisión de participaciones entre los socios, o la transmisión de participaciones a terceros con las consideraciones antes indicadas en relación con la admisión de nuevos socios.

En cuanto a las resoluciones judiciales y administrativas que afecten al régimen de administración de la sociedad, como se ha indicado acertadamente al no tener la condición de comerciante, la Sociedad Civil no estará sometida al régimen de la suspensión de pagos o quiebras, sino al régimen del Código Civil de la quita y espera y el concurso de acreedores, todo ello con relación con el 323 del RRM, y en cuanto a las resoluciones administrativas habrá que tener en cuenta el artículo 327 del RRM, pero siempre con las prevenciones y peculiaridades que tiene la Sociedad Civil (45).

III. APLICACIONES PRACTICAS DE LA SOCIEDAD CIVIL

No quisiera ni podría terminar este trabajo sin establecer el posible campo de aplicación que tiene la Sociedad Civil en el momento presente, ya que si hemos defendido en numerosas ocasiones el desempolvar la institución y la figura del Código Civil, es necesario establecer, por sectores, qué importancia tiene y qué ventajas pueden darse a la hora de elegir el tipo social de la

(44) MÍNGUEZ SANZ, SALVADOR, *ob. cit.*, págs. 385 y 386.

(45) En este sentido, MÍNGUEZ SANZ, *ob. cit.*

Sociedad Civil. Quisiera adelantar una idea que después será desarrollada en concreto, en relación con la aplicación práctica de la misma, y es en concreto el de las Sociedades Profesionales, que tienen hoy una necesidad fundamental de ser reguladas, existiendo en la actualidad un Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, donde creo que la Sociedad Civil, como sociedad personalista por esencia, tiene un campo de actuación estelar y fundamental en las Sociedades Profesionales.

En este sentido, indicaba (46):

III. APLICACIONES PRACTICAS DE LAS SOCIEDADES CIVILES

1. Introducción

Como ya indicábamos líneas arriba, debemos dejar aparte, en nuestra opinión, a las Sociedades llamadas Universales, por los motivos aducidos entonces, y centrándonos en la Sociedad Civil particular, es decir, la del artículo 1.678 del Código Civil cuando dice: «La Sociedad particular tiene únicamente por objeto, cosas determinadas, su uso o sus frutos o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte».

Es aquí donde pensamos se desenvuelve con más soltura el campo de aplicación de la Sociedad Civil, y en donde existe una esperanza de que pueda continuar viva en el futuro, a pesar de todos los problemas que la acechan, y que en parte han sido analizados; y todo ello con independencia de que la Sociedad Civil necesite una remodelación jurídica y una puesta a punto. Intentaremos analizar estos supuestos de aplicación práctica en función del objeto y de la actividad que despliegue la Sociedad.

A) LAS SOCIEDADES DE EXPLOTACIÓN AGRARIA (PECUARIAS, FORESTALES, PESQUERAS)

Quizá uno de los supuestos que más claramente encajan dentro de la Sociedad Civil particular sea el de las explotaciones agrarias, criterio este también sustentado por los antecedentes históricos, sistemáticos e incluso sociales.

La actividad agraria *per se*, aparece claramente desgajada del Código de Comercio. El artículo 326 del mismo, al establecer que es lo que no se reputará mercantil, indica en el número 2, «...las ventas que hicieren los

(46) GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, en *La Sociedad Civil*, en «Comunidades de Bienes, Cooperativas...», *ob. cit.*, págs. 71 y sigs.

propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos de productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les pague las rentas». Incluso en alguna legislación específica existía alguna remisión (47). También la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es reiterada en esta materia (48). Esta realidad se hace también patente en la reciente legislación sobre la Propiedad Rústica, como la Ley 19/95, de 4 de julio, sobre modernización de las explotaciones agrarias.

En esta Ley se intentan fijar unas reglas referentes a la Propiedad rústica y al sistema jurídico agrícola, previendo la posibilidad de la explotación agraria de carácter asociativo; y entre las diversas formas jurídicas que deben tener, lo que se denomina en la Ley, Explotaciones Asociativas Prioritarias, contempla el tipo específico de la Sociedad Civil. El carácter esencialmente personalista de la misma se adapta y acomoda a este tipo de explotaciones, tradicionalmente de carácter familiar, que pueden dar un gran juego en el futuro por su carácter más personalizado, sin tener que acudir a la rígida reglamentación mercantil. La misma indicación puede establecerse para sectores como los pecuarios, forestales, e incluso los pesqueros. El problema a veces radica en los límites o fronteras, cuando éstos puedan rozar la actividad mercantil (49).

B) EN EL SECTOR ARTESANAL

En este ámbito, la exclusión de la actividad mercantil tiene también larga tradición. Recordando de nuevo el citado artículo 326 del Código de Comercio, en donde se indica que no se reputarán mercantiles: «3.º Las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieran éstos en sus talleres».

(47) En las Sociedades Agrarias de Transformación, el trasfondo de Sociedad Civil está latente y claro. El Real Decreto 1776/81, de 3 de agosto, determina que para lo no previsto en su Ley especial, hay una remisión a la Sociedad Civil (art. 1.1). Citado por PAZ-ARES, pág. 1394, *ob. cit.*

(48) Sentencias del TS, entre otras, 24 de mayo de 1971, 17 de abril de 1973, 16 de octubre de 1978, 11 de noviembre de 1978, 20 de diciembre de 1980, 12 de mayo de 1981. Reseñadas por CAPILLA, en *Comentarios al Código Civil*, pág. 147.

(49) En este sentido el comentario realizado por GIRÓN, en *Apuntes, empresa*, I, pág. 65, citado por PAZ-ARES, pág. 1394. El propio PAZ-ARES indica que la linde o frontera puede estar en la divisoria que separa las empresas organizadas (en las que predomina el factor capital, que buscan un lucro capitalista y hacen cálculo de capital) y las empresas simplificadas (en las que predomina el factor trabajo y la búsqueda de un lucro meramente profesional, y que operan sobre la base del llamado cálculo natural), *ob. cit.*, pág. 1395.

La propia actividad artesanal parece chocar con el concepto típico de empresa aunque, como indica PAZ-ARES, a veces también se puede rozar la actividad mercantil, si predomina el factor capital, sobre el del trabajo (50).

C) SOCIEDADES DE PEQUEÑAS EXPLOTACIONES:
BARES, CAFETERÍAS, ESPECTÁCULOS, ETC.

En este aspecto, la Jurisprudencia las ha encajado y regulado, en muchas ocasiones, dentro del marco de actuación de la Sociedad Civil, pero en realidad, en nuestra opinión, la actividad es netamente de carácter mercantil, tanto desde el punto de vista subjetivo, normalmente empresario individual, como objetivamente actividad mercantil (51).

D) LAS SOCIEDADES PARTICULARES DE USO Y DISFRUTE

Dentro del campo de aplicación del artículo 1.678 del Código Civil, pueden existir una amalgama variada de Sociedades Civiles particulares. Dentro de ellas se puede hacer referencia a las del **uso de cosas comunes en las comunidades de propietarios, en urbanizaciones**, en las que existen muchos intereses en común (piscinas, clubes, viales, etc.), en la que la Sociedad Civil se puede adaptar plenamente a ese fin.

CÁMARA hace un estudio sistemático y bien argumentado sobre este tema, en cuanto a las ventajas que reportaría la forma societaria civil, indicándose por él, que en muchas ocasiones, el promotor de la urbanización desea desprenderse de la titularidad de las zonas y servicios comunes, y la fórmula de la comunidad romana no resuelve muchos problemas; desde construir el derecho sobre la cuota, como derecho subjetivamente real, surgiendo también otro de carácter registral. Así, si se adopta el acuerdo de desafectar un terreno común para su enajenación, en la misma deberían concurrir todos los comuneros, en cambio la Sociedad Civil, dotada de personalidad jurídica, resolvería estos problemas.

También CÁMARA soslaya los posibles problemas en cuanto a la unanimidad, de conformidad con el artículo 1.696 del Código Civil, con la posibilidad de que el consentimiento pueda prestarse anticipadamente al constituirse la sociedad (52).

(50) PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1394.

(51) En cuanto a las sentencias, entre otras, la de 30 de marzo de 1974, 7 de octubre de 1976, 2 de julio de 1981, cifra CAPILLA, *ob. cit.*, pág. 147.

(52) DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, *ob. cit.*, pág. 149.

E) LA SOCIEDAD CIVIL Y LA MULTIPROPIEDAD

No es ahora el momento de entrar en el estudio del fenómeno de la multipropiedad, palabra que ha servido para determinar una institución que en algunas zonas, sobre todo en las turísticas, se ha desarrollado con fuerza.

Multipropiedad, tiempo compartido, engloba a veces fenómenos diversos de una misma idea. En definitiva o bien el uso y disfrute de un derecho real limitado, o bien su configuración como un auténtico derecho de propiedad, o su caracterización como un derecho obligacional, determinándose que la cuota que le corresponde al titular en ese bien se estructura a través de una unidad temporal. En este sentido se ha planteado si el fenómeno de la multipropiedad se encuadra dentro de los derechos obligacionales, si el instrumento jurídico a través del cual se pueda estructurar pueda ser una Sociedad Civil.

Todo ello con independencia que en nuestra opinión la mejor solución no es la de regular la figura del tiempo compartido como derecho obligacional, sino como derecho real, entre otras razones por la seguridad frente a terceros, por el sistema de transmisión en nuestro derecho positivo, así como por el acceso al Registro de la Propiedad de los derechos reales con eficacia *erga omnes*. La configuración como derecho obligacional ha venido generalmente importada, fundamentalmente, de los llamados sistemas anglosajones.

A pesar de ello, si se encuadra como derecho obligacional, se podría pensar en la Sociedad Civil, como antes indicábamos, en definitiva orientar la figura de la multipropiedad a través del fenómeno asociativo.

La Sociedad Civil estaría integrada por los multipropietarios, siendo la Sociedad, la dueña del inmueble, y en sus estatutos se concedería el derecho de uso durante los períodos de tiempo. El Derecho así, sería personal y no real, y en los Estatutos Sociales se debería prever el evitar que los acreedores de los socios pudieran hacer fracasar la multipropiedad.

Algún autor ha señalado los mayores inconvenientes de adoptar esta forma de Sociedad Civil. Entre otros argumentos, la responsabilidad ilimitada de los socios con su patrimonio por las deudas sociales, el inconveniente de la unanimidad para realizar cualquier novedad sobre bienes inmuebles, las causas de disolución, en el sentido de que cualquiera de los socios podrá pedir la misma, y el fenómeno de la transmisión de su derecho por un socio que requeriría el consentimiento de los demás (53). Realmente es cierto el conjunto de problemas que se plantean, cara a la articulación, de la multipropiedad, a través de la Sociedad Civil, pero entendemos que alguno de los esco-

(53) HERNÁNDEZ ANTOLÍN, JOSÉ MANUEL, en «La Multipropiedad en la práctica notarial». Estado de Derecho vigente de la proyectada Legislación y de la Normativa Comunitaria, en *Actualidad Civil*, 1995-2, pág. 419.

llos se podría salvar pactando un régimen de mayoría que soslayara el sistema del artículo 1.696 del Código Civil.

F) SOCIEDADES DEL TRÁFICO INMOBILIARIO

Dentro de este grupo se encuentran un conjunto de situaciones, en los que de una forma u otra es el tráfico jurídico inmobiliario el que caracteriza la actividad de la Sociedad con distintas formas.

En un primer caso se encontrarían aquéllas en las que varias personas adquieren un solar, luego se dedican a su construcción y posterior enajenación.

En nuestra opinión, la actividad la consideramos, no de carácter civil, sino mercantil (54); no obstante, la Jurisprudencia del TS en algunos casos, ha llegado a calificar a estas Sociedades como Civiles y no Mercantiles, quizá porque la misma desafortunadamente nombra a las Sociedades Mercantiles irregulares como Sociedades Civiles privadas. Según esta línea jurisprudencial, hay Sociedades Mercantiles por el objeto, sometidas a las disposiciones del Código Civil (55).

En cambio también existe otra corriente jurisprudencial que entiende que las Sociedades irregulares, dedicadas a actividades comerciales, son propiamente Sociedades Mercantiles, quedando en consecuencia sujetas a las disposiciones del Código de Comercio (56).

El problema radica, en el análisis de las Sociedades que se dedican al tráfico inmobiliario, identificar su carácter civil o mercantil, ya que el artículo 325 del Código de Comercio establece: **«Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa».**

Los argumentos históricos del artículo 325 del Código de Comercio, que parece mirar sólo la mercantilidad con respecto a los bienes muebles, y no a los inmuebles, han sido ampliamente rebatidos por un gran sector doctrinal (CASTÁN, GARRIGUES, GIRÓN), empezando por el de la Exposición de Motivos del propio Código de Comercio que no deja dudas a que la actividad con los inmuebles también puede reputarse mercantil.

(54) En este sentido, PAZ-ARES, citando a SCAEVOLA, CASTÁN y AZURZA, en *ob. cit.*, pág. 1395.

(55) Entre otras, las sentencias del TS de 2 de junio y 25 de noviembre de 1981, 30 de julio de 1972 y 30 de abril de 1974. Reseñadas por CAPILLA en *Comentarios al Código Civil*, pág. 71.

(56) Sentencia del Supremo, de 21 de junio de 1983, 22 de noviembre de 1973, 15 de octubre de 1974 y 6 de abril de 1961. Reseñadas por CAPILLA en *Comentarios al Código Civil*, pág. 71.

Algún autor indica que estas Sociedades lo suelen ser de un solo negocio, produciéndose la unión de los sujetos que la componen, por los más diversos motivos, pero sin organizarse habitualmente para este tipo de actividad en común, aunque cada uno de los intervinientes por separado sí se dedique profesionalmente a la edificación (57).

Otro conjunto de situaciones son las que podríamos definir dentro del grupo de la construcción en comunidad, pero centrados en el tipo de la Sociedad Civil, ya que existen posibilidades de hacerlo a través de la Comunidad de Bienes, que son objeto de estudio en otro tema de este libro. El supuesto de hecho es cuando varias personas compren un solar o terreno para hacerse un edificio, y luego repartirse cada uno su vivienda para uso propio. La Doctrina como CAPILLA y MUÑOZ DE DIOS, no se inclinan por la solución de la Sociedad Civil, y otros consideran que sí puede haber auténtica Sociedad Civil (58).

Ciertamente, esta modalidad a la que estamos haciendo referencia, podría encajar dentro de la Sociedad Civil, *strictu sensu*, lo que ocurre es que se discute si la forma más adecuada en estos casos sería la Comunidad. A la fórmula de Sociedad Civil se le ponen diversos escollos, como es el de la *affectio societatis*, que no aparece claro en las mismas; otros hablan de carencia de ánimo de lucro, e incluso se ha hablado de falta de objeto común. Al final también se indica, por cierto sector doctrinal, que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, las disposiciones relativas a la insolvencia y muerte de un socio, hacen desaconsejar esta figura (59).

A pesar de los problemas planteados, sería posible el realizarlo a través de una fórmula de Sociedad Civil aunque, claro está, siempre hay que buscar el medio práctico más adecuado, menos costoso y más problemático para llevarlo a la práctica.

Por ello creemos que quizá la cooperativa de viviendas puede ser la figura jurídica que mejor se adapte a este tema, con las repercusiones importantes del régimen fiscal de cooperativas en lo relativo a las cooperativas de viviendas.

Otra fórmula posible, sería la de aportación de un solar por un sujeto a cambio de un piso o local. Aquí también han existido discusiones doctrinales en cuanto a encuadrar o intentar sistematizar esta figura dándole un contenido jurídico.

(57) CAPILLA, en *Comentarios al Código Civil*, pág. 73.

(58) PAZ-ARES indica: «Como la Sociedad es en la normalidad de los casos interna, coexistirá ciertamente la Sociedad con la comunidad sobre el inmueble..., pero la existencia de Sociedad no puede ponerse en duda, puesto que hay un fin común, que es la construcción de un edificio, para satisfacer las necesidades de vivienda de los partícipes».

(59) Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, en «La construcción sobre edificio futuro», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 56, junio de 1967. MUÑOZ DE DIOS, GERARDO, en *Aportación de solar y construcción en Comunidad*, Madrid, 1987.

En un primer momento, la tesis de la permuta de cosa presente por cosa futura fue defendida por CÁMARA y JOSÉ LUIS MERINO, siendo contrario a la misma CAMY, y con matizaciones con respecto a esta figura por MUÑOZ DE DIOS, sólo aplicable para él en algunos supuestos.

El propio MUÑOZ DE DIOS llega a indicar que la fórmula más adecuada sería la del contrato de empresa junto con LUCAS FERNÁNDEZ, desechando en todo momento la configuración como Sociedad, y por ello también como Sociedad Civil.

Otra posibilidad es la de la aportación del solar a cambio de una participación en los beneficios, resultantes de la venta, en la que podría articularse la fórmula de la Sociedad Civil, teniendo detractores y partidarios (60).

G) LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

Simplemente indicar que quizá una de las aplicaciones más interesantes para el futuro de la Sociedad Civil, sea el de las Sociedades Profesionales, siendo la Sociedad Civil, en muchas ocasiones, la más adecuada para la organización de ese conjunto de personas.

Sabemos que el inciso final del artículo 1.678 contempla el caso de Sociedades Particulares, cuyo objeto se concreta en el ejercicio de una profesión o arte.

Es necesario distinguir la auténtica Sociedad profesional o de profesionales, de otro tipo de organizaciones que no tienen nada que ver con el problema central y que son ciertamente Sociedades.

Por ejemplo, varias personas se asocian porque quieren compartir unos medios materiales que les son necesarios para el ejercicio de su profesión. Pudiendo configurarse este tipo de Sociedad en nuestra opinión, tanto no solamente desde el punto de vista interno como desde el punto de vista externo.

Tampoco estamos haciendo referencia a los supuestos en que varias personas tratan de comunicar el resultado de la profesión, desde el punto de vista de las ganancias o de los gastos.

(60) PAZ-ARES indica que la construcción societaria ha sido objetada por la aplicación de la responsabilidad personal e ilimitada del socio, contraria a la voluntad de las partes, puesto que el aportante del solar no quiere quedar vinculado por las deudas que se contraigan durante el proceso de construcción... Así, MUÑOZ DE DIOS... También CAPILLA. Continúa indicando PAZ-ARES que si de la interpretación del contrato se infiere claramente que la voluntad negocial fue limitar el riesgo del aportante del solar a la propia aportación, el supuesto habrá de calificarse como cuentas en participación atípicas, *ob. cit.*, 1396.

Como indica la Doctrina, un ejemplo interesante en este punto, es el convenio entre los Notarios, regulado en el artículo 42 del Reglamento Notarial, donde efectivamente, cada uno ejerce su profesión con su propio protocolo y con independencia de los otros, o de otro notario con el que exista convenio, e incluso compartiendo gastos.

El problema fundamental es el de la Sociedad Profesional, que sería, en sentido estricto, así denominada, para distinguirla, de las Sociedades de profesionales (61). Estas sociedades lo serán tanto desde un punto de vista interno como desde un punto de vista externo, y su objeto social es la prestación de servicios profesionales. Se ha discutido su posibilidad de encaje en el actual derecho positivo español.

El planteamiento es que los socios se obligan a aportar su actividad profesional, indicándose por gran parte de la Doctrina, que este tipo de sociedad no pueda admitirse, sobre todo en las profesiones colegiadas.

También algún sector doctrinal las admite abiertamente, basándose en el propio artículo 1.678, que contempla como prototipo de la Sociedad Civil, la que tenga por objeto el ejercicio de una profesión o arte. En este sentido, se ha indicado que se utiliza como criterio negativo a su admisión, el carácter personalísimo de la prestación del trabajo intelectual, y el deber de prestación personal del trabajo, contraargumentándose entre otros aspectos, en el sentido de que la prestación de servicios por parte de la Sociedad no excluye la prestación personal.

PAZ-ARES dice que se ha utilizado el argumento negativo por la imposibilidad de la Sociedad de prestar actividad profesional por carecer de titulación precisa y no hallarse debidamente colegiada; indica este autor, como contraargumento, que la finalidad perseguida por la Ley se cumple sobradamente, siempre que las prestaciones profesionales que se imputan a la Sociedad se desarrollen materialmente por profesionales habilitados. También se ha utilizado el argumento negativo de la incompatibilidad entre el régimen societario y el principio de libre determinación del profesional que presta el servicio; como contraargumento se indica que aunque la Sociedad pueda decidir los encargos que acepta, y modo de repartir su ejecución entre los socios, no puede imponerse al socio las modalidades técnicas que haya de observarse (62). CAPILLA también hace un estudio sobre lo que él denomina Sociedades profesionales, argumentando los problemas e inconvenientes que se presentan, sobre todo por la imposibilidad de que las sociedades puedan ejercer una profesión colegiada, y que la Sociedad, por su propia naturaleza, no puede obtener, por ejemplo, la licenciatura correspondiente (63).

(61) En este sentido, CÁMARA, citado por PAZ-ARES en la *ob. cit.*, pág. 1404.

(62) PAZ-ARES, *ob. cit.*, págs. 1403, 1404, 1405 y 1406.

(63) CAPILLA, «Comentarios al Código Civil», *ob. cit.*, pág. 158.

La DGRN, en nuestra opinión, ha cerrado muchas veces el camino a lo que denominamos Sociedades profesionales en sentido estricto, entre otras las Resoluciones de 2 de febrero de 1986 y la de 23 de abril de 1993 donde, entre otros puntos, establecen el carácter estrictamente personal de la actividad profesional, prohíbe que ésta puede ser atribuida a un ente abstracto, reservando la posibilidad societaria, única y exclusivamente, a las sociedades que son mediadoras, en el sentido de no proporcionar al solicitante la prestación que está reservada al profesional, sino servir, no sólo de intermediaria, para que sea este último quien la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas (64).

Debería de admitirse la auténtica sociedad de profesionales en sentido estricto, o sociedad profesional en terminología de otros autores, no dejando reducido el campo de actuación solo y exclusivamente a las sociedades intermediarias o de mediación, ya que esto implica desconocer una auténtica realidad social a la que el derecho debe dar respuesta, y buena prueba de ello es el tratamiento que se ha dado en alguna legislación de nuestro entorno, como en Francia con las Sociedades profesionales, así como en Alemania.

La Comisión General de Codificación ha elaborado un Anteproyecto sobre una Ley de Sociedades Profesionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que tienen por objeto la actividad profesional. En este texto no se crea una forma social nueva y específica de la Sociedad Profesional, sino que se permite escoger cualquiera de los tipos sociales existentes. El texto plantea muchas cuestiones como las referentes a la posibilidad de que varias profesiones puedan confluir en una Sociedad Profesional con el difícil tema de las incompatibilidades. Se trata también la cuestión esencial de la responsabilidad de la sociedad y de la responsabilidad de los socios que ejercen una actividad profesional, y que cuando ellos ejercen y prestan esa actividad están sometidos a una responsabilidad personal, y deben realizar esa actividad bajo el mandato de sus propias normas de carácter corporativo y deontológico. Con ello se determina con claridad que la actividad profesional no es realizada por la sociedad, sino por lo socios profesionales, refutándose el argumento de aquéllos que impedían la existencia de Sociedades Profesionales bajo la excusa de que una sociedad no tiene titulación ni puede estar colegiada.

Otro tema esencial en el borrador del Anteproyecto es el de la posibilidad de que la Sociedad Profesional tome alguno de los tipos societarios de las sociedades de capital como, por ejemplo, el tipo social de las Anónimas, o el de las Limitadas. Para que ello sea posible se flexibilizan determinadas normas y principios de las sociedades de capital que podrían chocar frontalmente con las Sociedades Profesionales, que son sociedades personalistas por esen-

(64) Resumen de AVILA ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 357.

cia. Cuestiones como la transmisión de las partes sociales, el valor de las mismas, los derechos de exclusión y de separación de los socios, son tratados en este texto. No es este el momento de analizar en profundidad todos los problemas que plantea este borrador de la Comisión que, por otra parte, ha sido objeto de estudio intenso, en un Curso sobre Sociedades Profesionales patrocinado por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense en El Escorial, en concreto en el verano de este año. Como conclusión final, debemos indicar nuestra postura totalmente positiva hacia la viabilidad y existencia de las Sociedades Profesionales como tales, y la creación de un marco jurídico que las sustente y que las dote de seguridad. Pensando además que las Sociedades Civiles, por su carácter esencialmente personalista, deben jugar un papel esencial en las Sociedades Profesionales, requiriendo esta circunstancia una adaptación de las normas contenidas en el Código Civil y que quizá deberían haber sido plasmadas en el texto presentado por la Comisión General de Codificación.

H) OTROS SUPUESTOS

PAZ-ARES (65) recoge, aparte de los supuestos más estudiados, otro conjunto de posibilidades en los que la Sociedad Civil podría tener un hueco en el campo de aplicación práctica. A modo de resumen citaremos algunos, a su vez reseñados por dicho autor.

1. El ámbito de formas consorciales elementales. La colaboración interempresarial rudimentaria, como las ocasionales y las no necesitadas de una organización compleja, citando el autor reseñado, el supuesto del acuerdo de dos empresas para realizar conjuntamente una campaña publicitaria.

2. La Sociedad Civil en el ámbito del derecho de la competencia. Así, bajo el cartel de acuerdo de varias empresas independientes, dirigido a limitar la competencia, también citado por PAZ-ARES.

3. Construcción de grupos de Sociedades dentro de unos límites, y aunque puedan utilizarse otras formas.

4. Sociedad en programación o Sociedad en proyecto que, según indica PAZ-ARES, es aquella fase preliminar en el iter fundacional de una Sociedad Anónima o Limitada, en el que varias personas negocian o estudian la posibilidad de constituir una sociedad; continúa indicando este autor, que aunque no siempre se puede llegar a una Sociedad Civil (66).

5. Sociedades para fines culturales sociales e ideales. Por ejemplo, para expediciones científicas, de estudio de investigación, etc.

(65) PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1397.

(66) PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1399.

6. Sociedades de tenencia. Dentro de estas sociedades existen problemas para su admisibilidad como sociedades civiles, y son aquellas que tienen por objeto la tenencia y administración de ciertos bienes, por lo general inmuebles (67).

BREVE ADDENDA DE URGENCIA AL TRABAJO SOBRE «LA SOCIEDAD CIVIL EN EL MARCO DE LA REFORMA DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL EN VIRTUD DEL REAL DECRETO 1867/1998, DE 4 DE SEPTIEMBRE», POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE 24 DE FEBRERO DE 2000

Con posterioridad a la elaboración del trabajo que realicé, sobre la Sociedad Civil, en la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, en virtud de un recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, el Tribunal Supremo, en la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de fecha 24 de febrero de 2000, entre otras cuestiones, que no son objeto de estudio en este momento, declara nula la Disposición Adicional Unica del citado Real Decreto, en virtud de la cual se daba vía libre para la posibilidad de la inscripción de las Sociedades Civiles, yo matizaría de las puras tanto objetiva como subjetivamente, en el Registro Mercantil. Y hago referencia a las Sociedades Civiles puras, ya que aquellas Sociedades Civiles por el objeto o subjetivamente civiles, que conforme al artículo 1.670 del Código Civil, revistieran alguna de las formas mercantiles, tenían acceso, o deben tenerlo, ya que se constituyen conforme al Código de Comercio. No hacemos referencia a aquellas que adoptaran formas como, por ejemplo, la Anónima y la Limitada, que en virtud de sus leyes respectivas, eran ya mercantiles ab initio, con independencia de que su objeto fuera civil.

El problema, pues, se vuelve a plantear, con respecto a aquellas Sociedades Civiles tanto objetiva como subjetivamente, encontrándonos en la misma situación anterior a la de la reforma, ahora declarada nula, es decir, se nos cierra la vía del acceso al Registro Mercantil.

El Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Noveno, establece que «...En el fundamento jurídico nueve del escrito de demanda, los recurrentes impugnan el artículo 81.3 y 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil en la redacción dada por la Disposición Adicional Unica del Real Decreto 1867/98, sobre la base de que, en su opinión, son contrarios a los artículos 16.1.5 y 19.2 al Código de Comercio... Esta Sala entiende que es cierto que

(67) Vid. PAZ-ARES, *ob. cit.*, pág. 1402.

el Real Decreto impugnado asume en parte la observación del Consejo de Estado en la materia objeto de la Disposición Adicional impugnada, y así ha suprimido del Texto la reforma del artículo 383 del Reglamento. Ahora bien, lo cierto es que la Disposición Adicional impugnada, viene a modificar el artículo 81.3 del Reglamento del Registro Mercantil en el sentido de establecer la posibilidad de acceso al Registro Mercantil de las Sociedades Civiles, en todo caso, olvidando que el Código de Comercio establece que dicho acceso deberá establecerse por Ley (art. 16.1.5) y que tal inscripción será obligatoria (art. 19), salvo para las empresas individuales a excepción del Naviero... La expresión del artículo 16.1.5 del Código de Comercio «cuando así lo disponga la Ley», debe ser entendida como reserva formal de Ley, según se infiere de la interpretación que efectúa el propio Reglamento del Registro Mercantil al establecer que aquél tiene por objeto la inscripción de las empresas y demás sujetos establecidos por la Ley, así como los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la Ley y este Reglamento, se establece así claramente una interpretación en la que se distingue entre el rango normativo exigido para abrir el acceso al Registro según se trate de sujetos o de los actos y contratos, de tal manera que respecto a los primeros, no cabe hacerlo por vía reglamentaria... Del mismo modo, el carácter potestativo que parece inferirse de la expresión «podrá», utilizada para el artículo 81.3 del Reglamento del Registro Mercantil, hace que tanto el artículo 81.3 como el 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil en la redacción que le da la Disposición Adicional del Real Decreto objeto de recurso, sean contrarias al artículo 19 del Código de Comercio. Si, por el contrario, se entendiese que la fórmula no es potestativa y que, por tanto, la inscripción es obligatoria, se estaría ante el defecto ya asumido en el informe del Consejo de Estado de interferir en la regulación de las Sociedades Civiles reservada al Código Civil y, en consecuencia, estaríamos ante idéntica infracción del principio de jerarquía normativa, razones por las que la disposición debe ser considerada nula en los puntos objeto de impugnación». Asimismo, con carácter general en el Fundamento de Derecho Tercero, también se analiza esta Disposición Adicional Unica, estableciéndose que «...Siguiendo el orden establecido por los recurrentes en su escrito de demanda, analizaremos a continuación la cuestión relativa a los vicios de procedimiento en la elaboración de la Disposición impugnada, vicios que los recurrentes en vía contenciosa concretan en la omisión de los trámites de informe a que se refieren los artículos 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 24 de la Ley del Gobierno y 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, todo ello en relación con la Disposición Adicional Unica del Real Decreto objeto de impugnación, sobre la base de que ésta no figuraba en el proyecto sometido a informe... Si bien en relación con la modificación del artículo 81 pudiera entenderse, cuestiones de jerarquía normativa a las que nos referiremos más

adelante, aparte, que no hace sino asumir la recomendación del Consejo de Estado, la cuestión se plantea en cuanto a los artículos 12 y 269 bis en los que se tratan materias a las que en nada se refiere el Proyecto sometido a informe, lo que impide que pueda entenderse que estemos ante un simple cambio de técnica normativa, interpretación que, por el contrario, sí cabe respecto de la modificación del artículo 81, y estimar que la materia regulada ha sido objeto de los informes preceptivos y, en especial, del informe del Consejo de Estado... Así las cosas, habida cuenta que en la Disposición Adicional Unica, y en lo que atañe a los artículos 12 y 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil, se regulan materias a las que en absoluto se refería el Proyecto de Reglamento sometido a informe del Consejo de Estado, resulta claro que se ha omitido respecto de aquélla parte de la Disposición recurrida, un trámite esencial que determina la nulidad del Reglamento en lo que se refiere a los apartados 1 y 3 de la Disposición Adicional en cuestión.»

En el trabajo, al que he hecho referencia, ya indiqué el problema que planteaba esta reforma en relación a dilucidar si por vía reglamentaria se puede determinar que una nueva persona jurídica sea inscribible en el Registro Mercantil. Expuse el contenido propio del artículo 16 del Código de Comercio, que establece que es lo que se inscribe en el Registro Mercantil, y como en su apartado 1.5 habla de «cualesquiera personas naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la Ley». En su momento hicimos esfuerzos para ver si con la ley en la mano las Sociedades Civiles podrían inscribirse en el Registro Mercantil, intentando hacer un estudio histórico de las diferentes redacciones del artículo 16 del Código de Comercio y del RRM. Con la nueva redacción del artículo 16.1.5 del Código de Comercio, ciertamente el problema se hacía más peliagudo, ya que la única Ley que regula las Sociedades Civiles puras es el Código Civil, y se sabe perfectamente lo que éste exige en sus artículos 1.665 y siguientes. En el trabajo planteé el problema, aunque opté por dar viabilidad a la reforma por el aspecto beneficioso que creía y creo que de ella se iba a derivar.

Por todo ello, la cuestión había sido ya planteada por mí desde el año 1990, en los distintos trabajos realizados sobre la Sociedad Civil y su acceso al Registro Mercantil, y como intentamos ir analizando sobre todo las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos gubernativos, tanto en materia de propiedad como mercantiles, para intentar conseguir tener un apoyo efectivo del acceso de la Sociedad Civil pura en el Registro Mercantil, y como nuestras conclusiones llegaban siempre a una conclusión negativa, a pesar de que siempre hemos defendido el acceso de estas Sociedades al Registro Mercantil, criterio no seguido ni defendido por parte de la Doctrina.

De la sentencia, pues, en base al artículo 16.1.5 del Código de Comercio, se determina que la expresión «cuando así lo disponga la Ley» debe ser

entendida en el sentido de reserva formal de Ley, y no de una remisión genérica al ordenamiento jurídico, y ello, en mi opinión, sin necesidad de acudir al propio argumento del artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil. La remisión que hace la sentencia a la infracción del artículo 19 del Código de Comercio, que establece la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil de la relación que se indica en los supuestos contemplados en el apartado 1 del artículo 16 del mismo cuerpo legal, salvo para los empresarios individuales, que será potestativa, con excepción del Naviero, viene, en nuestra opinión, como consecuencia de la necesidad planteada de que el acceso de la Sociedad Civil fuera determinado por Ley, que en su caso hubiera modificado este artículo 19; pero, en mi opinión, el artículo esencial es el 16.1.5 del Código de Comercio, ya que tanto si la inscripción se determina con carácter, bien potestativo o bien obligatorio, debe aplicarse el 16.1.5 del Código de Comercio, que no distingue entre la inscripción obligatoria o potestativa, sino que simplemente indica cuáles son los supuestos contemplados que pueden tener acceso al Registro Mercantil y, por lo tanto, los susceptibles de inscripción. En ambos casos se interfiere en la regulación de las Sociedades Civiles, reservada al Código Civil, y en mi opinión no solamente se interfiere cuando la inscripción sea obligatoria, sino también cuando es potestativa, y la Ley que debe abrir paso a una u otra estará en el Código Civil.

Indicado lo anterior, en el momento presente y tras esta nulidad de la Disposición Adicional Unica, se puede optar por exigir que en la reforma legal correspondiente se exija que la inscripción de la Sociedad Civil pura lo sea con carácter potestativo o bien con carácter obligatorio, con la reforma, en su caso, del artículo 19 del Código de Comercio, si se opta por el carácter potestativo. La sentencia en ningún caso trata la cuestión de la personalidad jurídica de la Sociedad Civil pura, en relación con la inscripción en el Registro Mercantil, pero pudiera deducirse, si se diera en la futura reforma el carácter obligatorio de la inscripción en el Registro Mercantil de la Sociedad Civil, y sobre todo en base a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de marzo de 1997, que la personalidad jurídica de la Sociedad Civil se adquiere por la inscripción en el Registro Mercantil, habiendo sido nosotros contrarios a esa conclusión o determinación, ya que como hemos expuesto en muchas ocasiones, y en el último trabajo, al que estamos haciendo esta addenda, ello no era así, por lo establecido en el propio Código Civil y que habría otros mecanismos para entender el artículo 1.669 del Código Civil, a la hora de demostrar que esa Sociedad Civil tendría personalidad jurídica. Por ello, me decanto y sé que será objeto de variadas críticas, por el carácter potestativo de la inscripción en el Registro Mercantil, por los argumentos ya expuestos en mi último trabajo, y con el análisis realizado. Otra posible solución sería en la reforma legal entender que la inscripción sea obligatoria, pero que ello no implica que dicha inscripción determine

la personalidad jurídica, y por último, el darle a esa inscripción el carácter de constitutiva.

Lo que ocurre es que la inscripción obligatoria dará, sin lugar a dudas, argumentos totales a aquellos que defendían, a diferencia de nosotros, que la personalidad jurídica de la Sociedad Civil pura se conseguía por la inscripción en el Registro Mercantil. Para evitar eso, en la reforma del Código Civil debería, si se opta por la inscripción obligatoria, dejar bien claro el significado y alcance de la misma.

A pesar de todas estas posibilidades, vuelvo a repetir que opto por el carácter potestativo, porque ello desnaturaliza mucho menos la esencia de la figura de la Sociedad Civil enmarcada en el seno del Código Civil, aunque las posibilidades pueden ser varias. Al optar por el carácter potestativo, vuelvo a hacer hincapié que la publicidad en el Registro Mercantil facilitará, a los efectos de la seguridad del tráfico, la a veces, difícil demostración de la personalidad jurídica, a través de la publicidad de hecho, pero teniendo en cuenta, como ya he indicado en el último trabajo, que puede haber otros medios para que, por ejemplo, el Registrador de la Propiedad pueda apreciar esa publicidad, y acceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre de una Sociedad Civil, de la adquisición, por ejemplo, de un bien inmueble, que era y es uno de los caballos de batalla, que se habían suscitado en el tráfico jurídico inmobiliario.

No obstante, esta sentencia del Tribunal Supremo, creo que de *lege ferenda* siguen vigentes todos los aspectos que he estudiado y trabajado, en relación a los requisitos y circunstancias que deben constar en la inscripción de las Sociedades Civiles en el Registro Mercantil, cuando una ley así lo permita, con las críticas y matizaciones que hemos hecho a lo largo del trabajo que analizaba la reforma del Registro Mercantil y con la significación que dábamos a ese carácter potestativo o no obligatorio de la inscripción de estas sociedades en el Reglamento del Registro Mercantil.

Las espadas, pues, siguen en alto y volvemos a una situación anterior, pero los planteamientos de base siguen siendo los mismos expuestos en este último trabajo y en otros anteriores míos.

Como última conclusión indicar que es necesario no ahogar a la Sociedad Civil, facilitar su movilidad en el tráfico jurídico y saber utilizarla, esperando que el legislador no se olvide, como tantas otras veces ha hecho, de esta apasionante institución jurídica.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario

Letrado Adscrito a la Dirección General

de los Registros y del Notariado

Académico correspondiente de la Real Academia

de Jurisprudencia y Legislación

Requerimientos del Derecho Comunitario en cuanto al régimen de adquisición y utilización de bienes inmuebles (*)

INTRODUCCION

La Unión Europea se configura como una organización sin precedentes en el derecho internacional, incorporando elementos de integración y cooperación y con vocación dinámica dentro de un proceso de mayor cohesión entre los Estados miembros. Los objetivos de la Unión se declaran en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y sus medios en el artículo 3, derivando sus competencias de las necesidades para el logro de esos objetivos. El derecho comunitario se basa en consecuencia en el desarrollo de ciertas libertades básicas para el logro del mercado común y una serie de políticas comunes, y debe responder a determinados principios: atribución, subsidiariedad y proporcionalidad.

¿Qué significado tienen en este contexto los derechos de propiedad sobre bienes inmuebles? El derecho comunitario responde a ello con la aserción de un principio general de reconocimiento de los derechos internos en el artículo 295 del Tratado de la Comunidad Europea, limitado por ciertos aspectos:

- El concepto de propiedad que resulta de los Tratados y los principios generales comunitarios, el llamado derecho primario.
- El juego de las principales libertades comunitarias: libre circulación de personas y capitales, derecho de establecimiento.

(*) Ponencia presentada en representación del Ministerio de Justicia de España en la Asamblea del Grupo de expertos en administración y protección de derechos reales de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas. Ginebra, noviembre de 1999.

- El significado particular de ciertas políticas comunitarias: política agraria común, política de medio ambiente, protección a los consumidores.
- El reflejo del aspecto de cooperación jurídica en el campo de los derechos reales.

Así la sentencia del Tribunal de Justicia 302/97, dice que aunque el régimen de propiedad inmobiliaria sigue siendo competencia de cada uno de los Estados miembros, en virtud del artículo 295 del Tratado, esta disposición no sustrae a dicho régimen de las normas fundamentales del mismo.

EL PRINCIPIO GENERAL

El principio general referido a la propiedad se declara en el artículo 295 del Tratado de la Comunidad Europea (tras la reforma del Tratado de Amsterdam): «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros».

Esta declaración es un punto de partida que debe interpretarse a la luz del sistema comunitario, de manera que se encuentra matizada por la necesidad de alcanzar los objetivos comunes, como el TEJ ha señalado en el asunto Hauer.

Para entender debidamente el significado del artículo 295 ha de conocerse si hay un concepto de propiedad generalmente aceptado en el Tratado. Ello nos lleva a considerar la diferencia entre un concepto constitucional y un concepto civil de propiedad.

La organización de los medios de producción conlleva la elección de una cierta forma de orden constitucional; la evolución desde el primer liberalismo de las sociedades capitalistas desarrolladas nos muestra un Estado más o menos activo, pero siempre influyente en la actividad económica.

A partir de la Constitución de Weimar, las constituciones contemporáneas definen un cierto concepto de organización económica con proyección directa en el sistema de propiedad; esa definición corresponde con el Estado social de derecho. Ello no implica un concepto constitucional rígido y uniforme; diferentes manifestaciones del mismo se observan en derecho comparado, dependiendo de la mayor o menor intervención estatal y sin perjuicio de que esa intervención esté decreciendo notablemente en los últimos tiempos.

Junto con ese concepto constitucional de propiedad, el concepto civil no se refiere al aspecto organizativo, sino a la relación de la persona con el objeto, al contenido de esa relación y a sus posibles límites; ello no significa que el concepto civil de propiedad no tenga un contenido político; ese contenido existe, pero considerado desde la perspectiva individual y no desde la de organización del sistema económico.

Desde ese plano civil observamos en cuanto el nacimiento de los derechos y en relación con los bienes inmuebles la diversidad de sistemas existentes en la tradición jurídica europea: constitución por el mero acuerdo o consentimiento, por contrato y tradición o entrega, por acuerdo traslativo e inscripción registral.

En relación con el contenido de los derechos, será posible comparar un concepto pleno de propiedad procedente de la tradición romanista y su percepción liberal con diferentes formas de propiedad procedentes de la combinación del derecho romano y feudal, muy presentes en el mundo anglosajón pero observables también en el derecho continental codificado.

Aceptando pues, esta doble perspectiva constitucional civil del concepto de propiedad, puede percibirse que en el derecho comunitario un cierto concepto de propiedad constitucional es aceptado y forma parte del *acquis comunitario* a través de la interpretación de los Tratados, la posición del TEJ, la Declaración Europea de Derechos Humanos y el común de los derechos nacionales, mientras la consideración jurídica de las diferentes formas de propiedad está referida al derecho interno.

En consecuencia, el artículo 295 manifiesta el respeto a la tradición jurídica interna de los Estados, pero implica también un cierto concepto de propiedad común en todos los Estados miembros desde el punto de vista estructural.

Este concepto de propiedad, asumido por el derecho comunitario, está en consonancia con el artículo 6 del TUE, que dice: «La Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de las libertades fundamentales y los derechos humanos y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de derecho comunitario».

Los rasgos particulares de este derecho fundamental a través también del propio derecho comunitario, serían:

- Aceptación del principio general de propiedad privada.
- Propiedad privada como presupuesto para el intercambio en el mercado común.
- Aceptación de limitaciones al principio por razones de interés común, nacional o comunitario.
- Aplicación plena del principio de no-discriminación.

Al mismo tiempo la regulación jurídica del derecho de propiedad y los derechos reales sobre inmuebles queda referida al derecho interno de los Estados miembros, de acuerdo, recordamos, con las reglas generales del Derecho Internacional Privado en la materia que llama a la ley de situación del bien para determinar el régimen jurídico de la propiedad y los derechos reales sobre bienes inmuebles. Las razones que llevan a esta solución son de

diferente naturaleza: la razón constitucional se refiere a la relación del suelo y sus usos con la constitución económica; la razón práctica, a la posibilidad de aplicación de las decisiones judiciales relativas a inmuebles; la razón jurídica, a la superposición de la tradición jurídica romana y la tradición jurídica feudal que ha dado lugar a una multiplicidad en las formulaciones de la propiedad y los derechos reales sobre bienes inmuebles.

Este planteamiento de vinculación entre bien y regulación jurídica prevista en el lugar de su situación se confirma en el ámbito convencional europeo en instrumentos como el Convenio Europeo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales o la Convención Europea sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en lo que a competencia judicial se refiere.

EL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y LAS PRINCIPALES LIBERTADES COMUNITARIAS

Sobre la base de lo dicho, hay que observar cómo el concepto de propiedad asumido a nivel de derecho comunitario es aceptado, limitado o influenciado por la propia regulación del derecho comunitario y las políticas particulares previstas en el mismo.

Veamos cómo la adquisición de bienes inmuebles está directamente relacionada con el establecimiento del mercado común y sus libertades fundamentales, principalmente libertad de circulación de trabajadores, libertad de establecimiento y libertad de circulación de capitales.

Las libertades de circulación de personas implican la libertad para fijar la residencia mediante la adquisición de la propiedad y los derechos reales inmobiliarios, en primer lugar desde una perspectiva económica con la finalidad de hacer operativo el mercado común. Los artículos 39 y siguientes del Tratado de la Comunidad Europea, se refieren a la libre circulación de trabajadores, y los artículos 43 y siguientes a la libertad de establecimiento en particular. El artículo 44.2 señala que el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular, haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro, en la medida en que no se contravengan los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 33 (relativos a la Política Agrícola Común).

El TEJ ha tenido ocasión, en sentencias como las de los asuntos 305/87 o C-302-97, de pronunciarse al respecto configurando la libertad de adquisición, explotación y enajenación de bienes inmuebles como complemento necesario de la libertad de establecimiento y libre circulación de capitales.

Excepciones a este principio han sido admitidas en relación con la adquisición de segundas residencias y por motivos de orden público en los Tratados de adhesión de Austria, Finlandia y Suecia con carácter temporal y en el «Protocolo sobre adquisición de inmuebles en Dinamarca» con carácter indefinido.

Pero mientras esta perspectiva se refiere al significado económico de la Comunidad, un cambio es observable en tiempos recientes hacia otro punto de vista.

Este cambio surge de la aplicación del principio de no-discriminación por razón de nacionalidad, conforme al artículo 12 del TCE y del artículo 18, referido a la ciudadanía de la Unión, según el cual todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho a circular libremente y residir en el territorio de los Estados miembros.

La incorporación en el Tratado de Amsterdam al pilar comunitario de elementos del tercer pilar referidos a inmigración, asilo, otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas y cooperación jurídica-civil, así como la incorporación del Acuerdo de Schengen, apoyan también esa interpretación, confirmada por la Comisión en su «Segundo informe sobre la ciudadanía», de acuerdo con el cual nos referimos a un derecho fundamental y personal, fuera del contexto de la actividad económica.

¿Cuáles son los límites de este derecho? El artículo 18 se refiere a las limitaciones y condiciones recogidas en el Tratado y las medidas adoptadas para darle efecto; las normas publicadas hasta ahora en este campo (Directivas 93/96, 90/365, 90/364) establecen la obligación de los Estados miembros de garantizar el derecho de residencia siempre que se tengan suficientes recursos para no constituir una carga en el sistema de seguridad social y se esté cubierto por el seguro médico.

En consecuencia, el derecho a adquirir derechos reales en el espacio comunitario es reconocido por las libertades económicas de establecimiento y movimiento de trabajadores, pero también es hoy el resultado de principios políticos vinculados a la libertad de movimiento sobre la base de no-discriminación por razón de nacionalidad y la propia ciudadanía europea.

Por lo que se refiere a la relación entre la libre circulación de capitales y las transacciones inmobiliarias, de los artículos 56 y siguientes del TCE resulta un doble régimen:

- Si la transacción tiene lugar entre Estados miembros se aplica la regla general de libertad de movimiento de capitales y pagos. Las posibles excepciones se refieren a:
 - el sistema fiscal;
 - supervisión de instituciones financieras;
 - orden público o seguridad pública;
 - restricciones permitidas a la libertad de establecimiento.

- Si la transacción tiene lugar entre Estados miembros y terceros países, se admiten las restricciones existentes el 31-12-93, y el artículo 57-C-2 establece una declaración de intenciones tendentes a conseguir el objetivo de la libre circulación de capitales pero sin reglas obligatorias inmediatas.

EL SIGNIFICADO PARTICULAR DE CIERTAS POLITICAS COMUNITARIAS

La actividad de la Comunidad, en la puesta en práctica de ciertas políticas, afecta también al concepto de derechos de propiedad en relación con inmuebles.

La Política Agraria Común tiene una doble faceta: la de regulación de los mercados y la estructural.

En este segundo aspecto existen restricciones sobre ciertos usos o formas de explotación del suelo para el logro de objetivos comunes. La presente regulación recoge al respecto reglas sobre retiradas de tierras en cultivo o ciertas medidas de acompañamiento relativas a la forestación de tierras como los Reglamentos 2080/92 ó 23/96 y a la protección del medio ambiente, como los Reglamentos 2078/92 ó 2772/95, todo ello con proyección en el régimen de explotación y utilización de bienes inmuebles.

En lo que se refiere a la política de medio ambiente, el TCE incluye la protección medioambiental como una particular política comunitaria; se trata de un campo de competencias concurrentes de la Comunidad y los Estados miembros, en el cual aquélla ha actuado a través de cinco programas que han aprobado reglas referidas a la limitación de ciertos usos del suelo; es importante, en este sentido, la Directiva 85/337 sobre evaluación de impactos medioambientales que establece la necesidad de autorización para ciertos proyectos referidos a inmuebles con posible impacto medioambiental.

La política de protección a los consumidores se lleva a cabo en la Comunidad desde 1972, y su significación ha sido cada vez mayor.

La cuestión aquí es proporcionar el adecuado equilibrio entre las partes intervinientes sobre la base de la posición más débil en que el consumidor está situado en la relación contractual, reforzando el derecho a una información mayor y más veraz e introduciendo nuevos derechos como el de desistimiento a favor del consumidor.

Los principales aspectos de esta política comunitaria se refieren a la salud y seguridad del consumidor, la educación e información del mismo y la protección de los intereses económicos de los consumidores.

En este último aspecto hay reglas que pueden afectar a la propiedad y los derechos reales en relación con la regulación de ciertas situaciones contractuales que se señalan a continuación.

Destaca la Directiva 94/47 sobre la impropriadamente llamada multipropiedad que recoge el marco jurídico para el nacimiento y las garantías en relación con dicha figura. En la Directiva se establece una mínima regulación uniforme en relación con la información contractual previa, el derecho de desistimiento y el lenguaje utilizado en el contrato. Han de citarse también las Directivas sobre publicidad engañosa y crédito al consumo con posible incidencia en el tema que nos ocupa.

La Directiva 97/7 regula para los contratos a distancia especiales obligaciones de información al consumidor, así como el derecho de desistimiento; el artículo 3.1 de la misma excluye de su aplicación los contratos celebrados para la construcción y venta de inmuebles, así como los referidos a inmuebles con intervención de instituciones financieras, como en el caso de la hipoteca.

COOPERACION JURIDICA

La cooperación jurídica civil fue inicialmente incluida en el tercer pilar en el contexto del Tratado de Maastricht. El Tratado de Amsterdam lleva la cuestión aún enmarcándola en el campo de la cooperación, al pilar comunitario.

Un importante punto de incidencia en esta materia se refiere a la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de los bienes de los obligados en cualquier país comunitario, aunque la cuestión puede referirse a cualquier supuesto de cooperación jurídica-civil con incidencia en materia inmobiliaria, hoy objeto de muchos tratados bilaterales en el interior de la Comunidad.

Destaca en este punto la Convención de Bruselas sobre competencia judicial civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones y ejecución de resoluciones judiciales, convención firmada bajo el paraguas del entonces artículo 293 del Tratado que insta a los Estados miembros a entablar negociaciones entre ellos en orden a asegurar a favor de los nacionales la simplificación de las formalidades de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales.

También ha de mencionarse en este contexto la Convención sobre la ley, aplicable a las obligaciones contractuales, aunque ésta no fue firmada formalmente bajo el artículo 293, entonces 220 del Tratado.

JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Registrador de la Propiedad

Retornos al título constitutivo de la Propiedad Horizontal

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. OBJETO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.—III. LA CONSTITUCION EXPRESA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: 1. TÍTULO EN SENTIDO MATERIAL: A) *Acto jurídico unilateral*. B) *Contrato unilateral*. C) *Testamento*. D) *Negocio jurídico bi o plurilateral*. E) *Resolución judicial o arbitral*. 2. TÍTULO EN SENTIDO FORMAL: A) *Contenido mínimo obligatorio*. B) *Contenido facultativo*.—IV. EL REGLAMENTO DE REGIMEN INTERIOR.—V. INSCRIPCION DEL TITULO CONSTITUTIVO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VI. LA PROPIEDAD HORIZONTAL DE HECHO.—VII. BIBLIOGRAFIA.

I. PLANTEAMIENTO

Recientemente me he ocupado del Derecho Civil español en los últimos cincuenta años (1), intentando dar una visión general de los problemas que presenta en el tríptico de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Allí se hablaba de la necesidad de una reflexión de conjunto, recogidos sobre nosotros mismos, con el fin de sentar pautas de control y seguimiento que hagan posible medir logros y retrocesos, pudiendo así perfeccionar progresivamente el estado de nuestra legislación civil actual. Todo ello en este fin de siglo que, además, es fin de milenio, época propicia, aunque siempre lo sea, para un recuento del pasado con una vocación de proyectos del futuro.

Pero esta reflexión, a mi juicio, de cara al siglo que comienza, debe plantearse igualmente en el terreno puntual de categorías específicas, descendiendo de aquella visión generalizada al detalle de problemas concretos que es como resulta verdaderamente significativa y completa. Aquélla, intentaba

(1) Editado por el Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2000.

llamar la atención sobre ciertos problemas de encrucijada en la que se encuentra nuestro Derecho Civil español, de cara al futuro. Esta tarea, en cambio, se vertebra en un sinfín de temáticas a abordar por muchos, cada uno según su especialización y sensibilidades, a fin de ofrecer en una visión desde un foco cercano a los problemas, las disfunciones, las readaptaciones de cada categoría a las nuevas realidades que se presentan porque, en la evolución de la vida, las necesidades son diferentes y cambian de aspecto, destacando algunos nuevos y anulando otros, simplemente obsoletos.

Y a fin de participar en la tarea, me propongo aludir en este artículo, aprovechando la singularidad de este número especial de la Revista, a un tema sobre el que quisiera llamar la atención porque entiendo que las circunstancias sociológicas, geográficas y económicas que rodearon la elaboración de la Ley de Propiedad Horizontal en 1960 son muy diferentes de las que aparecen cuarenta años después, y sin embargo, no han sido consideradas suficientemente en la nueva modificación operada en 1999, por más que en la temática se ha trabajado ampliamente desde el Ministerio de Justicia y Comisión General de Codificación con variados Proyectos sobre Conjuntos Inmobiliarios, Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas.

Me refiero al título constitutivo de la propiedad horizontal, tema en torno al cual se barajan muchas imprecisiones conceptuales que resulta preciso aclarar, como presupuesto previo a cualquier tipo de reflexión, toda vez que frecuentemente se involucran, creando no pocas confusiones sobre el particular y consiguientes conclusiones equivocadas. Son los términos acto, contrato, título constitutivo, estatuto y reglamento, todos ellos de propiedad horizontal.

II. OBJETO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Para la delimitación conceptual, apenas apuntada, es necesario asimismo partir con carácter previo y, de menos a más, de un proceso de gradación secuencial que contempla, primero, el *objeto físico* de la propiedad horizontal. Se trata de una edificación, construcción u obra en que se distinguen espacios susceptibles de ser aprovechados separadamente y con carácter autónomo, por tener salida propia a un elemento común como puede ser una escalera o rellano, o a la vía pública.

Ese es un requisito imprescindible, así requerido en el artículo 396 del Código Civil. Pero no basta con ello porque tales espacios no pueden concebirse sin hallarse articulados en un contexto compuesto por otros elementos también comunes que le prestan funcionalidad y apoyo, y le dotan de los servicios precisos sin los cuales no es posible su aprovechamiento. Nos referimos al suelo, cimentaciones, pasos, muros, patios, pozos, canalizaciones etc., todos ellos igualmente reseñados en el precepto mencionado.

De esta suerte, se configuran dos clases de elementos que podemos llamar comunes por naturaleza. Unos, los que permiten salida y entrada independiente de dicho espacio separado y acotado, sin ningún género de servidumbre u otro derecho real limitado, y otros, los que además, aseguran su funcionamiento dotándole de los servicios imprescindibles para un aprovechamiento adecuado.

Alguno de estos elementos, en opinión de LACRUZ (2), son comunes de una manera objetiva, en la medida en que esa pretendida objetividad se entienda para cada edificio en concreto y no como concepto universal válido para todos y cada uno de los edificios en régimen de propiedad horizontal. Son ejemplos claros, el suelo que puede ser común, pero también privativo y la construcción haberse realizado en virtud de un derecho de superficie. O también el vuelo, en el que suele ser frecuente reservarse el constructor el derecho de sobreelevar una o más plantas, como así lo permite el artículo 16 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, modificado en estos particulares por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

La articulación en un contexto común puede contar, además, con una serie de elementos que son comunes por destino, también llamados *procomunales* que se caracterizan (3) por no ser esenciales al inmueble y estar destinados a él por voluntad de los propietarios, toda vez que prestan un servicio a la comunidad y son indivisibles, sin que recaigan sobre ellos derechos de adquisición preferente. A ellos se refiere indirectamente y a *sensu contrario* en el último inciso del artículo 4 de la Ley cuando habla de que *la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios*.

Cuando este objeto físico que acabamos de describir es contemplado por el Derecho, puede ocurrir:

- Bien que el edificio o construcción, en su caso, vengán siendo aprovechados por una sola persona, dueño del mismo. Es el caso, por ejemplo, del que siendo titular de todos los espacios separados y comunes, arrienda los primeros, acaso reservándose alguno para vivienda o local de uso propio, o generalmente de modo parcial los segundos, por ejemplo, parte de un hall de entrada para librería-kiosko de periódicos. En tales supuestos no ha surgido la situación llamada de propiedad horizontal, por más que material que no jurídicamente se den las condiciones para establecerla.

(2) *Elementos de Derecho civil III*, vol. II, 2.^a edición, J. M. Bosch editor, S.A. Barcelona, 1991, pág. 539 y sigs.

(3) Vid. el estudio de POVEDA DÍAZ, J., *Elementos procomunales en la propiedad horizontal*. Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1983.

- Bien que se transmita el dominio de uno o más espacios, pisos o locales separados e independientes que necesitan para subsistir el apoyo de otros elementos comunes. De esta suerte, se barajan en la situación así creada, y para el dueño de cada piso o local, dos tipos de derechos subjetivos, como aclara el artículo 3 de la LPH, a saber:
 - * El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, comprendidos dentro de sus límites, al servicio *exclusivo* del propietario y los anejos fuera del espacio delimitado que se digan expresamente.
 - * La copropiedad con los demás dueños de los pisos o locales de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, respecto de los cuales ha de señalarse una cuota de participación que sirve a distintas finalidades: reparto de gastos, votación, etc.

Pues bien, cuando coinciden los elementos físicos descritos con esta combinación de derechos a un tiempo exclusivos, por una parte, y en copropiedad, simultáneamente por otra, es cuando puede hablarse propiamente de propiedad horizontal que, a su vez, puede ser de un edificio o construcción exenta, o de una pluralidad de edificios, o conjuntos inmobiliarios, llegando incluso en mayor grado de complejidad a las llamadas urbanizaciones privadas.

Sin embargo, esta situación compleja de objetos físicos y derechos recaentes sobre ellos puede existir sólo virtualmente mediante su ideación en un simple proyecto plasmado documentalmente por un constructor o un propietario único del edificio en cuestión, o puede haber devenido existente en la práctica mediante la distribución y adjudicación de propiedades exclusivas y comunes entre distintos titulares, en un acuerdo entre ellos. Puede, incluso, venir funcionando como comunidades de hecho, sin ningún tipo de instrumentación. Veamos separadamente estas tres situaciones.

III. LA CONSTITUCION EXPRESA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

1. TÍTULO EN SENTIDO MATERIAL

El entramado físico y jurídico aludido suele contenerse en lo que se llama título constitutivo de la propiedad horizontal, entendido en un *sentido material*, como el acto o negocio jurídico, o declaración de voluntad que genera

la situación de propiedad horizontal y puede ser hecho *unilateral* y bi o plurilateralmente. En el primer supuesto, a su vez, constituye:

A) *Acto jurídico unilateral*

Realizado por el constructor o el dueño de un terreno en que se señalan las condiciones necesarias para constituir la propiedad horizontal que no deviene tal hasta que existan dos o más propiedades sobre el objeto que enseguida veremos en el siguiente epígrafe. Es el caso de la declaración de la obra nueva en construcción y consiguiente constitución de la propiedad horizontal, inscrita en el Registro de la Propiedad, con vistas a la venta sobre plano de la cosa futura que constituyen los pisos y locales de un edificio simplemente comenzado, bastando el proyecto técnico y la licencia municipal de obra.

En este sentido merece citarse la STS de 27 de mayo de 1993 (AR 4077), referida a una serie de alteraciones de los elementos comunes efectuadas por el promotor constructor, antes de enajenar los diferentes pisos o locales, pero respecto de una obra cuya declaración ya se había hecho constar en el Registro de la Propiedad. Dice lo siguiente:

La sentencia recurrida, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo en 22-10-1990, centra perfectamente el debate al decir que la Comunidad de Propietarios del edificio número 21 de la calle Velázquez, de Blimea, representada por su Presidente don Froilán B. G., que actuaba también en nombre propio, ejercitaron contra los demandados don Belarmino Ll. R. y su esposa doña María Antonia O. G., promotores y constructores del referido edificio, la correspondiente acción, con fundamento en los artículos 5, 7, párrafo segundo, 11 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21-7-1960, y 396 del Código Civil,

alegando al efecto que

los demandados habían llevado a cabo determinadas alteraciones en los elementos comunes del inmueble, concretamente en la escalera, pared maestra y cubierta, según detallaban en el hecho quinto (tapiado de la escalera a la altura de la planta cuarta, con el fin de aprovechar el hueco de su caja en beneficio propio y exclusivo, al haberse reservado la planta en su totalidad, comunicando las dos viviendas de dicha planta y construyendo en el mencionado hueco de escalera una habitación, por lo que hubieron de procurarse salida a través de otro edificio que está pegado por su parte posterior, propiedad de los mismos demandados, abriendo en pared maestra un hueco de comunicación; y cambio de parte de la cubierta, que era de teja curva, por una terraza que sólo pueden utilizar los ocupantes de la planta),

modificando así el título constitutivo,

integrado por la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal otorgado en 6-9-1978, e inscrita en el Registro, sin consentimiento unánime de los propietarios de los demás pisos, postulando la reposición de tales elementos a su estado primitivo; tesis rechazada por los demandados, quienes sostuvieron que el edificio litigioso se había construido en dos fases, la segunda llevada a cabo en el año 1975, antes pues del otorgamiento de la aludida escritura, y que su configuración actual data de aquella fecha, lo que era perfectamente conocido por los adquirentes de los pisos, aunque no fue recogido así en el título, siendo tal postura desestimada por la sentencia de primera instancia, que acogió en parte las pretensiones de los actores (sólo rechazó la indemnización de daños y perjuicios por no haberse probado) y contra la que se presentó la apelación, en la que se revocó la sentencia del Juzgado, absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda.

Razona la Audiencia, en su Fundamento de Derecho Segundo, que para la «adecuada solución ha de tenerse en cuenta que la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en sentencias 7-10-1978 (AR 3212), 4-7-1980 (AR 3084) y 3-2-1983 (AR 801), ha declarado que cualquier alteración, mediante obras, de los elementos comunes, por afectar al título constitutivo, según el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, debe someterse al régimen establecido para la modificación del mismo, es decir, que requiere la unanimidad a que se refiere el artículo 16 de la propia Ley, y las anexiones efectuadas por la sola voluntad de los promotores, establecimiento de estatutos o sus modificaciones por ellos hechas después de la venta de todos o algunos de los pisos o locales sin el consentimiento de los copartícipes existentes, es nula...». Es cierto cuanto expresa.

Sigue diciendo la Audiencia, separándolo mediante punto y coma: «Si bien cuando no existe una alteración en el estado que tenía la edificación al tiempo de verificarse la enajenación de los locales y viviendas, sino que se mantiene un estado de hecho establecido originariamente, sin perjuicio alguno para el adecuado uso y disfrute, no sólo de los pisos, sino incluso de las restantes participaciones indivisas, según lo previsto al tiempo de la construcción por los promotores, contratistas y constructores, no se produce una alteración incontestada de los estatutos ni una violación legal, pues lo que simplemente persiste en una situación de hecho válidamente establecida...».

Conscientes de que alteramos el orden normal que se sigue en una sentencia de casación, hemos de salir al paso de la doctrina que sienta la Audiencia Provincial, porque, aunque fuera cierto que las obras se ejecutan antes de la venta de los pisos, no lo es menos que éstos se adquieren en un edificio sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal con la estructura, configuración y distribución que en el Registro constan, sin que aparezca acreditado que los compradores conocieran y prestaran su asentimiento al cambio de los elementos comunes, aunque éste se hubiera producido antes,

supuesto en el cual

los propietarios del edificio tenían que haber trasladado la modificación o alteración al Registro, cosa que podían hacer precisamente por ser los únicos propietarios, pero al no actuar así vendieron lo que en el Registro constaba respecto a los elementos comunes, sin modificación alguna; y si los compradores conocían las alteraciones introducidas y estaban conformes con ellas debió expresarse tal conformidad en todas y cada una de las escrituras de venta, extremo que no puede presumirse, como hace la Audiencia, por el peligro e inseguridad jurídica que introduce, al infringir el principio de exactitud registral. Ciertamente que esta presunción tiene el carácter de *iuris tantum*, pero su destrucción, la prueba en su contra, al igual que la acreditación del consentimiento de los adquirentes, enfrentada a sus manifestaciones y a su actuar, correspondía a los vendedores propietarios iniciales del edificio, no al órgano jurisdiccional por meras presunciones gratuitas, que además se basan en gran parte en el reconocimiento judicial llevado a cabo, no por el Tribunal colegiado, sino por el Juez de Primera Instancia, que falló en sentido contrario a como lo hizo aquél. En definitiva: ni la doctrina mantenida por la Audiencia es defendible, ni cabe invertir, como hace, la carga probatoria, ni pueden establecerse presunciones como las que realiza para mantener su peligrosa tesis.

La esencia del litigio no se encuentra, como afirma la Audiencia, en que las obras se realizasen antes de la venta de los pisos y no después, ya que aun en el primer caso habría de constar el asentimiento de los compradores, que si en la parte privativa adquieren una cosa cierta, tal como se encuentra a la vista, no tienen por qué saber siquiera que los elementos comunes se han alterado respecto a lo que consta en el Registro, por lo que tampoco es decisivo que los demandantes no indiquen en su demanda la fecha o época en que se realizaron las modificaciones, ni las de adquisición de las viviendas, no bastando la afirmación de la Audiencia, sin apoyo fáctico (salvo su interpretación de la prueba de reconocimiento judicial) de que «las obras parece más lógico que se llevasen a cabo en fase de construcción del edificio».

El primer motivo del recurso denuncia error en la apreciación de la prueba, resultante de documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradicho por otros elementos probatorios, citando como documentos de apoyo: la Escritura de Declaración de Obra Nueva y División Horizontal, otorgada por los demandados en 6-9-1978, y presentada en el Registro el 14 de noviembre del propio año; la certificación registral de las inscripciones relativas a los dos pisos, A y B, de la última planta, y la escritura de adquisición de uno de los pisos que integra la comunidad.

Por todos los documentos se constata la descripción del edificio en su conjunto, la integración de los pisos en el mismo perímetro, tipo de cubierta o tejado y linderos de todos los pisos con el hueco de la escalera, por lo que las obras realizadas, sin lugar a dudas, afectan a los elementos

comunes por naturaleza, lo que obliga al acogimiento del motivo, al igual que el segundo, que denuncia violación del artículo 1.218 del Código Civil, ya que los demandados, hoy recurridos, quedaron vinculados a las manifestaciones que hicieron al otorgar los documentos expresados, que no modificaron con posterioridad, ni destruyeron en el pleito por prueba en contrario, extremo no tenido en cuenta por la Audiencia, que ignora la presunción de veracidad sin razonamiento alguno que la destruya, por lo que las descripciones contenidas en los títulos ha de entenderse que revelan la realidad existente al tiempo de sus respectivos otorgamientos.

Igual suerte estimatoria ha de correr el motivo tercero que, con cita de los artículos 1.3.º y 38 de la Ley Hipotecaria, considera desconocida por la Sala de instancia la presunción *iuris tantum* de exactitud registral, su publicidad y la protección que a los asientos han de prestar los Tribunales.

El motivo cuarto, congruente con los anteriores, acusa inaplicación del artículo 1.250 del Código Civil, al no tener en cuenta la Audiencia que las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas, por lo que no podía exigir prueba a la Comunidad actora y sí a los demandados, hoy recurridos, que son los que alegaron al error en las escrituras e inscripciones, siendo, además, dichos demandados los que habrían de tener a su disposición las pruebas pertinentes en orden a destruir las presunciones que favorecían a los actores y que no presentaron, por lo que no se entiende que, manifestando insistentemente la Sala de instancia la carencia de prueba, utilice expresiones como «parece más lógico», «existen datos e indicios para entender», «sin que pueda atribuirse valor decisivo a la confesión de la demandada», todo ello con inversión de la carga probatoria e infracción de cuanto se viene razonando, para acomodar su decisión a la que dice ser doctrina que estableció en su sentencia de 17-9-1984, cuya base fáctica ignoramos,

pero que en modo alguno puede aplicarse al supuesto que nos ocupa,

que tampoco se ajusta al estudiado por esta Sala en su sentencia de 28-4-1992 (AR 4467) —citada por la parte recurrida en el acto de la vista— en la que se partía de que el título constitutivo de la propiedad horizontal se limitó a expresar los elementos esenciales e ineludibles exigidos por los párrafos primero y segundo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin referirse para nada a aquellas otras estipulaciones, meramente opcionales, que señala el párrafo tercero del citado precepto, acogiendo respecto de éstas el consentimiento tácito, pero estimando la demanda y casando la sentencia recurrida respecto a la obra instalada en elementos comunes, que es lo que se hace aquí al afectar la obra a los que lo son por naturaleza y nada se consensuó sobre ellos. Y conste que esta Sala está actuando ya como si lo fuese de instancia, por haber acogido previamente los motivos anteriores, que fuerzan la estimación del que nos ocupa, al igual que la del siguiente en cuanto denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil, en relación con los artículos 5, 8, 11 y

16, norma 1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, dado que el cierre de la escalera para construir una habitación en beneficio exclusivo, la apertura de un hueco en la pared de cierre del edificio para comunicarlo con otro colindante y la alteración de la cubierta o tejado para crear una terraza de uso excluyente, constituyen materia que requiere el consentimiento unánime, con modificación del título constitutivo.

B) *Contrato unilateral*

Es el caso, por ejemplo, de la donación a varias personas de suelo sobre el que ya existe un proyecto de construcción, las licencias municipales correspondientes y la distribución de lo construido en propiedad horizontal con adjudicaciones específicas por vía de liberalidad que, obviamente, tienen que haber sido aceptadas.

Sobre esta materia, precisamente la RDGRN de 23 junio 1995 (AR 5330) prevé un caso de inscripción de propiedad horizontal cuyo título público es una donación en favor de distintas personas a las que se asignan locales comerciales. Dice así en su fundamento de derecho primero:

Vistos los artículos 7, 8, números 3, 4 y 5, y 205 de la Ley Hipotecaria, la cuestión consiste en decir si conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria es posible, dándose los demás requisitos, la inmatriculación de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en virtud de título público de donación en favor de varias personas a las que se asignan los distintos locales, cuando en el mismo título y, precisamente, para delimitar el derecho que se quiere donar a cada uno, es determinado por los donantes el régimen de propiedad horizontal.

La contestación ha de ser positiva, pues el caso es que del título resulta, no que a cada donatario se transmita sólo la respectiva propiedad separada —la cual ni sustantiva ni registralmente tiene vida totalmente independiente del edificio—, sino que a los varios donatarios se les ha transferido el dominio de todo el edificio y que, sobre él, ostentan determinada cotitularidad que, como los demás tipos de cotitularidad, permite abrir un folio al edificio en su conjunto (cfr. arts. 7 y 8, núms. 3.º y 4.º, de la Ley Hipotecaria) y que es una cotitularidad especial que registralmente se caracteriza porque, a diferencia de los casos ordinarios de copropiedad, permite abrir también folio, independiente pero conexo con el folio relativo a todo el edificio, a cada uno de los pisos o locales objeto de propiedad separada (cfr. art. 8, núm. 5.º, de la Ley Hipotecaria).

A nada conduce el intento del Registrador de distinguir, en el mismo título, dos momentos, constitución del régimen de propiedad horizontal, donación de cada piso o local; sobre no responder esta distinción a lo querido por los donantes (que lo que quieren no es constituir para sí el régimen de propiedad horizontal, sino delimitar los derechos donados),

tampoco sería obstáculo para la inmatriculación, ya que ésta habría de practicarse en virtud del título por el que, con el edificio en su conjunto, se transfieren todos los pisos o locales objeto de propiedad separada y del título sería presupuesto complementario —en cuanto precisa los derechos que se donan a cada uno— la escritura de previa constitución del régimen de propiedad horizontal.

C) *Testamento*

Habrán de constar las mismas circunstancias de descripción del objeto físico sobre el que recae la propiedad horizontal y la serie de circunstancias mínimas que exige el artículo 5 LPH y, si se quiere, el contenido facultativo que luego se dirá. Será necesaria la aceptación de la herencia por quienes hayan sido nombrados.

La STS de 6 noviembre de 1989 (AR 7931), sobre constitución del régimen de propiedad horizontal, sienta las siguientes consideraciones:

En todos estos casos se habla de título predispuesto, o situación de prehorizontalidad que no alcanza su verdadera plenitud y significación hasta que por la aceptación de las distribuciones y asignaciones de espacios o pisos y locales, con la consiguiente adjudicación individualizada de los mismos, así como de las diferentes cuotas en los elementos comunes y demás normas de funcionamiento, resulten al menos dos titularidades diferentes. De esta suerte, el sistema establecido reglamentariamente por el constructor o por el propietario único, será aceptado por los adquirentes de los pisos o locales respectivos en sus respectivos actos de adquisición y sólo entonces, puede hablarse de consolidación contractual de un régimen virtual, diseñado inmodificablemente, esto es, como un contrato de adhesión (4).

D) *Negocio jurídico bi o plurilateral*

El negocio jurídico constitutivo se forma por la voluntad de dos o más que ya son titulares en esa compleja urdimbre de elementos exclusivos y comunes, después de efectuada la división del edificio en planos separados o porciones de éstos y atribuidos en propiedad a personas distintas, siendo aprobada por unanimidad en Junta de todos ellos constituida al efecto.

(4) En parecidos términos SALIS, «Regolamento contrattuale di condominio e regolamento predisposto», en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Dott. Giuffrè Milano Editore, pág. 1827.

Puede por tanto ser incorporado a un contrato de permuta, y en tal sentido la RDGRN de 16 de mayo de 1996 (AR 3950) destaca en sus fundamentos jurídicos 2.º al 6.º lo siguiente:

SEGUNDO.—Si se tiene en cuenta que aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1.538, 609 y 1.095 del Código Civil), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462.2 del Código Civil (cfr. art. 1.541 del Código Civil), la cuestión debatida consistirá en decidir si en el concreto negocio realizado, puede estimarse que en favor de la recurrente se ha operado ya, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto de los cinco pisos o locales que ella adquiría, 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.

Prescindiendo por ahora de las especiales características de los bienes que una de las partes —el constructor— da en permuta, de los términos del negocio celebrado no resulta concluyente la exclusión respecto de ellos, del efecto traditorio inherente a la escritura pública. Ciertamente, la cláusula 5.ª en cuanto alude a una obligación de entrega que se cumplirá mediante el otorgamiento de acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación, parece confirmar esa exclusión; ahora bien, si se tiene en cuenta que la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega;

y que en la escritura calificada se reitera (en las cláusulas 5.ª y 6.ª) la expresión: «las cinco fincas que en esta escritura adquiere la recurrente», difícilmente podría negarse en el caso debatido el efecto traditorio inherente al otorgamiento de la escritura pública respecto de esas cinco fincas que adquiere la recurrente, si las mismas estuviesen totalmente construidas en el momento del otorgamiento de aquélla, ese deber de entrega que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial, mas deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor, que como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil) del efecto traditorio inherente a la escritura pública; ello vendría avalado además por el criterio de reciprocidad que ha de inspirar la interpretación de los contratos onerosos (cfr. art. 1.289 del Código Civil), por cuanto es indudable el efecto traditorio sobre el solar permutado por la recurrente.

TERCERO.—Corresponde analizar ahora si por las especiales características del derecho adquirido por una de las partes permutantes puede alterarse las anteriores conclusiones sobre la efectividad del juego traditorio respecto de tales derechos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que

el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso, en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. art.392.II del Código Civil) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.);

con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión de aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior, a medida que avanzan las obras y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si éste se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 del Código Civil).

CUARTO.—Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir ha de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que, si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura de folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción —cfr. art. 8.4.º de la Ley Hipotecaria—), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar; antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9.3.º de la Ley Hipotecaria); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8.4, párrafo 2.º, *in fine*, Ley Hipotecaria);

la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquélla y del edificio resultante (cfr. arts. 392.II del Código Civil, 2 de la Ley Hipotecaria, 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 8.4.º de la Ley Hipotecaria, y 16.2.º del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1982 (AR 6941) y 18 de abril de 1988 (AR 3358). Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar, determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya des-

cripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo.

QUINTO.—La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido no puede aparecer obstaculizada por el hecho de que la contraprestación por la adquisición de esos cinco pisos, sea la cesión del propio solar sobre el que ha de realizarse la edificación en el que aquéllos se integran; aun cuando en tal hipótesis pudiera resultar más adecuado, la celebración de un negocio atípico, *do ut des*, por el que el dueño de la parcela que retiene sobre ella el derecho sobre cinco pisos o locales a cuya construcción se compromete la otra parte contratante, y da a ésta derechos (comunidad) sobre la parcela que le permitieran hacerse dueño exclusivo de los restantes pisos del edificio que se compromete a construir, nada obsta a la validez del negocio tal como ha sido configurado, esto es, como un negocio de permuta (si bien con ciertas particularidades que lo singularizan),

por el que

una de las partes cede íntegramente el suelo a la otra y ésta, a cambio, asume la obligación de realizar determinadas edificaciones y transfiere inmediatamente a aquélla el derecho a cinco pisos o locales del edificio convenido; las respectivas prestaciones son posibles, lícitas y perfectamente determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso, obstaculice la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio, al estar otorgado en escritura pública.

SEXTO.—Queda, por último, la cuestión de si inscritos a favor del constructor todos los pisos y locales del edificio construido, puede practicarse una segunda inscripción de los cinco pisos y locales objeto de la permuta, a favor del cedente, en virtud de ese mismo título. Puede pensarse que los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. arts. 1, 20, 38, 40 y 220 de la Ley Hipotecaria), impiden esta segunda inscripción, toda vez que a favor del permutable promotor se inscribió en pleno dominio la totalidad del solar (sin que en el folio respectivo constara como carga, gravamen o coparticipación en esa titularidad dominical, los derechos que adquiriría o retenía la recurrente)

lo cual, a su vez,

determinó que por él sólo se declarara e inscribiera el régimen de propiedad horizontal, y a su favor se extendieran los primeros asientos de cada uno de los pisos resultantes. Ahora bien, tales obstáculos son sólo aparentes, pues, la inscripción parcial de un negocio en modo alguno puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico-reales entonces omitidos, siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento. En definitiva, lo que se pretende es inscribir esos cinco pisos a favor de otra persona, en virtud de una transmisión otorgada por el propio constructor y titular regis-

tral actual, con la única particularidad de que dicho negocio traslativo es anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos.

Desde este punto de vista, el Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente que al otorgamiento del título constitutivo deben concurrir todos los que sean en ese momento propietarios, toda vez que se trata de una suerte de contrato que establece el régimen por el que han de regirse las futuras relaciones entre los partícipes. Así, tal y como dice la STS de 30 de marzo de 1999 (AR 2421)

...tan sólo el propietario único o los copropietarios (art. 5, segundo y último párrafos, Ley de Propiedad Horizontal) pueden ser los sujetos de tales negocios jurídicos. Y no es sujeto la persona que ha comprado, pero no adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición real o simbólica).

Así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia; la sentencia de 3 de febrero de 1975 (AR 326) dijo: «de existir alguna persona con esta titularidad dominical, aun cuando su adquisición constase únicamente en documento privado, se precisa la presencia de ésta...», exige, por tanto, la adquisición del dominio, que no se ha producido en el presente caso;

en el mismo sentido la de 27 de febrero de 1987 (AR 1001), en que se celebraron compraventas en documento privado, pero la sentencia parte de la adquisición del derecho de propiedad por los compradores y dice: «la escritura pública de obra nueva y la de constitución (o modificación) de la propiedad horizontal deben ser otorgados por todos aquellos que en el momento de realizarse esas operaciones sean titulares de dominio...», titularidad que no tenía el actor en el presente caso cuando se otorgó la escritura de modificación;

la de 17 de julio de 1987 (AR 5799) insiste en la idea: «...sin que conste en los hechos probados en la sentencia recurrida haber tomado posesión de aquélla antes de otorgarse la escritura pública de venta; y ello es así porque la propiedad plena no se adquiere, en caso de transmisión mediante documento privado, hasta que no tiene lugar la tradición o entrega...», que precisamente es el caso presente; lo que reitera la de 24 de enero de 1994 (AR 439): «la comunidad de propietarios no se había constituido al tiempo de la fecha de los contratos privados de venta, ni se constituyó hasta la terminación del edificio y la puesta a disposición de los pisos y plazas de garaje, por lo que una vez llegado ese momento fue cuando las personas que compraron en documento privado, adquirieron la efectiva propiedad de sus pisos...;

igualmente lo reitera la de 11 de junio de 1994 (AR 4810) que mantiene que no es nulo el título constitutivo otorgado por el promotor al no existir en el momento del otorgamiento otros copropietarios, pues se habían vendido por documento privado determinados pisos, pero no se había producido tradición de los mismos.

El recurso de casación formulado por don Francisco M. B. consta de un motivo único, amparado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, por infracción del párrafo final del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y de la jurisprudencia. La esencia del motivo es que en el momento en que «Levante Ibérica, S.A.» otorgó la escritura de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, 20 de junio de 1990, atribuyendo el uso exclusivo de la azotea a los dos áticos —escritura que se ha declarado nula en la sentencia de instancia en lo relativo a la atribución de tal uso exclusivo al ático que ha adquirido este recurrente— el comprador don Tomás C., demandante y también recurrente en casación, había celebrado contrato de compraventa, primero, en documento privado y, segundo, con cláusula de reserva de dominio, por lo cual no había llegado todavía a adquirir la propiedad; así, el único propietario era «Levante Ibérica, S.A.» y por ello era el único sujeto del negocio jurídico unilateral de constitución o de modificación del título constitutivo de propiedad horizontal.

El motivo debe ser acogido. Se ha razonado suficientemente aquí. Siguiendo la doctrina del título y modo, no había ningún copropietario del inmueble al tiempo en que el único propietario otorgó las escrituras de constitución y más tarde de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. El demandante don Tomás C. era comprador, en documento privado y con pacto de reserva de dominio y no llegó a adquirir el derecho de propiedad hasta que, teniendo el título (compraventa) tuvo el modo (posesión); cuando pagó el precio, se otorgó escritura pública y, como dice literalmente la sentencia de instancia, «la entrega de la vivienda que le corresponde no se produjo sino hasta el momento en que estuvo completamente pagado el precio, momento en el cual se otorga la correspondiente escritura pública y deja de producir efectos el pacto de reserva de dominio».

En conclusión, se reitera la doctrina de esta Sala en el sentido de que el título constitutivo de la propiedad horizontal o su modificación debe ser otorgado por el propietario único del edificio, que lo es pese a haber vendido pisos en que los compradores no han adquirido el derecho de propiedad sobre los mismos, por tener el título (compraventa) pero no el modo (tradición real o simbólica). Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia, ha infringido el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y debe ser casada. Sin embargo, en el campo del derecho de obligaciones, se había celebrado un contrato por el que la promotora había vendido al demandante un determinado piso, con la cuota de elementos comunes y si aquel vendedor altera el objeto del contrato, por más que el comprador no haya adquirido la propiedad, está incumpliendo lo pactado en el mismo, incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad pese a que no pueda dar lugar a la nulidad del título o de su modificación.

Por su parte, la RDGRN de 19 febrero de 1999 (AR 738) confirma:

El Registrador deniega la inscripción de la escritura «por implicar una modificación o alteración de la propiedad horizontal que afecta a su régimen constitutivo y, apareciendo algunas de las fincas de aquélla a nombre

de terceras personas con posterioridad a la inscripción de la división horizontal, es necesario el acuerdo por unanimidad de todos los propietarios afectados». El recurrente alega que la escritura fue otorgada por todos los que en aquel momento eran propietarios del inmueble. Ciertamente, la configuración de unos trasteros olvidados en la escritura inicial de constitución de la propiedad horizontal como anejos de elementos privativos implica una modificación del título constitutivo (cfr. art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal) 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 (cfr. arts. 396 del Código Civil y 3 y siguientes de la Ley de Propiedad Horizontal).

Si a eso se añade que, por exigencias del tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria), 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 de esos elementos privativos, por cuanto, para los titulares actuales, no producen efecto aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, y 13, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria).

Y la Resolución del mismo Centro Directivo de 23 de marzo de 1998 (AR 1860) precisa:

PRIMERO.—Ha de decidirse en el presente recurso si la transformación de destino de un local de negocio en vivienda supone o no una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, que requerirá el acuerdo de la junta de copropietarios en la forma que preceptivamente establecen los artículos 5 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

SEGUNDO.—Como ya señalara este Centro Directivo en su Resolución de 25 de septiembre de 1991, la alteración del destino de un elemento privativo supone un cambio importante en la medida que afecta a todos los copropietarios del inmueble y requerirá la aprobación de la Junta de condueños al suponer una modificación del título constitutivo (cfr. art. 5 de la Ley de Propiedad Horizontal), y ello aun cuando el cambio de destino no conlleve cambio o modificación de cuotas ni alteración en la estructura o fábrica del edificio.

Ahora bien, sentado lo anterior, ha de determinarse si de la mera descripción, en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal del elemento privativo en cuestión como local comercial, puede inferirse una atribución de destino cuya alteración suponga modificación de este título. A este respecto, debe tenerse en cuenta, como ya señalara este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 20 de febrero de 1989) que «en la propiedad horizontal, la necesidad de armonizar la

tendencia a la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la Ley de Propiedad Horizontal como propiedad separada, arts. 1 y 3), con la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación, y por ello, tratándose de los elementos privativos, ha de ser regla la de la posibilidad de todo uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (normalidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad, artículo 7, *in fine*, de la Ley de Propiedad Horizontal)».

Ciertamente, dicha amplitud de goce puede ser restringida por el título constitutivo, dentro del debido respeto a la ley (arts. 5 y 7, *in fine*, de la Ley de Propiedad Horizontal); mas la exigencia de interpretación estricta de tales límites exige que hayan de ser formulados con claridad y precisión, sin que puedan deducirse, como en el caso debatido, de una simple expresión descriptiva, como la de «locales de negocio» (véase, en tal sentido, el art. 8 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 abril).

E) *Resolución judicial o arbitral de constitución de propiedad horizontal*

Resulta permitida como último recurso en caso de desacuerdo entre las partes para formar la propiedad horizontal, bien se refiera la discrepancia a la descripción del objeto físico, bien a la determinación de las cuotas o la existencia de derechos reales de servidumbres u otros que puedan existir para el correcto funcionamiento de la construcción o edificación.

En definitiva, y concluyendo sobre todas estas hipótesis de creación de título constitutivo, en cualquier caso, el diseño establecido unilateral o plurilateralmente ha de ajustarse a las prescripciones imperativas establecidas en el artículo 5 de la LPH, siendo nulas de pleno derecho todas aquellas previsiones contrarias a la misma, por virtud de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil. Mas siendo contradicha esta nulidad, debe ser destruida mediante nuevo acuerdo entre las partes, o en su caso, mediante nueva acción ante los Tribunales de Justicia, o resuelta en el arbitraje correspondiente.

Resta por decir que a tenor de lo establecido en la Disposición Transitoria primera, párrafo segundo de la Ley 8/1999, de 6 de abril, en el plazo de dos años a contar desde la publicación de esta Ley en el *Boletín Oficial del Estado* las comunidades de propietarios deberán adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en ella en lo que estuviere en contradicción con sus preceptos. Transcurridos

los dos años, cualquiera de los propietarios podrá instar judicialmente la adaptación prevenida en la presente disposición por el procedimiento señalado en la norma 2 del artículo 16.

En tal caso, y estando los Estatutos incorporados al Título constitutivo, se requieren las formalidades de unanimidad de los copartícipes en la Propiedad horizontal, a menos que todavía pueda disponer unilateralmente el constructor o propietario único, no habiéndose vendido ninguna propiedad separada. Si así no fuera y tampoco se consigue la unanimidad en la adaptación, por más que ésta sea una obligación legal, estaríamos en presencia de un caso de título constitutivo creado por Resolución judicial.

2. TÍTULO EN SENTIDO FORMAL

Las anteriores consideraciones nos llevan de la mano al estudio del título constitutivo de la propiedad horizontal en *sentido formal*, porque el negocio jurídico de constitución de que venimos hablando, por razones de seguridad jurídica, debe documentarse por escrito público o privado, con un contenido mínimo imperativo, acompañado de todas las previsiones circunstanciales y específicas que las partes quieran añadir o modificar posteriormente siempre que se cumplan los requisitos legales.

A los fines apuntados, el artículo 5 de la LPH prevé la existencia de los siguientes elementos:

A) *Contenido mínimo obligatorio*

En él debe figurar:

Aa) La descripción del edificio en su conjunto, expresando las circunstancias de los artículos 9 LH y 51 de su Reglamento, mencionando, además, las instalaciones y servicios con que cuente. Y aunque aparecen bien definidos en el artículo 396 del Código Civil, especialmente después de la modificación operada por Ley 8/1999, de 6 de abril, no está de más describir los elementos comunes, toda vez que aquéllos son una descripción global de todo lo que pueda presentarse en la realidad de lo construido, aparte de otros que lo son por adscripción de los propietarios como elementos procomunales, que no figurarían nunca en la ley, y permiten su desafectación si así se decide con los requisitos suficientes.

A estos efectos conviene aludir a una Resolución del Tribunal Supremo que cita otras muchas, todas ellas expresivas de que la enumeración contenida en el artículo 396 del Código Civil no es en su totalidad de *ius cogens* sino de *ius dispositivum*, razón por la cual resulta todavía más necesaria la elabo-

ración del título constitutivo. Dice la STS de 10 de febrero de 1992 (AR 11299) lo siguiente:

Partiendo de la previa y fundamental premisa de que el único tema sometido a debate en el proceso de que dimana este recurso es el relativo a determinar si el patio o terrado litigioso es un elemento privativo (propiedad exclusiva de los demandantes, por ser los dueños del ya dicho departamento número tres: «piso bajo, puerta segunda», sobre el que pisa el expresado piso o terrado) o si, por el contrario, es un elemento común del edificio, el referido motivo ha de ser desestimado, por las consideraciones siguientes:

1.^a Porque el artículo 350 del Código Civil, en cuanto concede al propietario de un terreno el derecho sobre el vuelo del mismo (*usque ad coelum*, según la anacrónica y desfasada expresión clásica), concretado esencialmente en un derecho a edificar sobre dicho terreno (con las limitaciones urbanísticas o de otra índole que legalmente se hallen establecidas), no puede ser tomado aisladamente en consideración (como, al parecer, pretenden los recurrentes) cuando se trata de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, como aquí ocurre, sino que ha de serlo en íntima conexión con la normativa específica de esa forma especial de propiedad y, precisamente, con arreglo a ella, el «vuelo» es un elemento común de todo edificio construido bajo dicho régimen, según establece expresamente el artículo 396 del Código Civil, en la nueva redacción que le dio el artículo 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21-7-1960,

aparte de que en el presente supuesto litigioso

no se cuestiona problema alguno relativo al derecho al vuelo sobre la parte ya construida de un edificio (en cuanto a la posibilidad de seguir edificando sobre ella), sino el distinto y muy concreto de determinar si una parte o elemento (patio o terrado) de un edificio construido en régimen de propiedad horizontal es un elemento privativo (perteneciente en exclusividad a los propietarios del «piso primero, puerta segunda», sobre el que pisa o se asienta el referido patio o terrado) o si, por el contrario, es elemento común del edificio, cuya solución no puede hallarse acudiendo al artículo 350 del Código Civil, tan desacertadamente invocado por los recurrentes, sino a través de la normativa específica de la propiedad horizontal y de la doctrina jurisprudencial que la interpreta y desarrolla.

2.^a Porque las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas «terrazas a nivel») tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil (al mencionar entre ellos a las «cubiertas») y si bien la descripción, no de *numerus clausus*, sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum*. Sentencias de esta Sala de 23-5-1984 (AR 2544), 17-6-1988 (AR 5115), entre otras,

lo que permite que

bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.^a del artículo 16 de la Ley de 21-7-1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que, no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. Sentencias de 31 de enero y 15 de marzo de 1985 (AR 1211 y 1168), 27-2-1987 (AR 1001), 5 de junio y 18 de julio de 1989 (AR 4297 y 5720), entre otras, mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada,

siendo éste el supuesto aquí contemplado

en el que el patio o terrado construido sobre el departamento número tres: «piso bajo, puerta segunda» (propiedad de los demandantes, aquí recurrentes) no aparece (ni en el título constitutivo, ni por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) que sea elemento privativo, ni de dichos recurrentes, que no lo usan, ni lo han usado nunca (pues no tiene posibilidad de acceso al mismo desde su referido departamento número tres), ni tampoco de los codemandados don Emilio P. P. y don Lorenzo M. C. (y su esposa), los cuales, sin derecho alguno de propiedad exclusiva sobre el repetido patio o terrado, lo vienen usando (cada uno en una parte) por mera tolerancia, al parecer, de la Comunidad de Propietarios, la cual, en cualquier momento y cumpliendo los requisitos legales para ello, podrá adoptar el acuerdo que considere pertinente en cuanto al uso o destino de dicho elemento hasta ahora común.

3.^a La sentencia recurrida declara probado que los actores, aquí recurrentes, han realizado «gestiones y tratos para la compra del terrado, lo que evidencia de forma concluyente la inexistencia de la premisa fundamental de prosperabilidad de la acción reivindicatoria, cual es el título de propiedad» (Fundamento de Derecho primero de la referida sentencia), cuyo hecho probado ha de ser mantenido invariable en esta vía casacional, al no haber sido desvirtuado por medio impugnatorio adecuado.

4.^a Finalmente, en cuanto a la sentencia de esta Sala de fecha 25-5-1984 (única que se cita en el motivo y cuya doctrina se denuncia como infringida), después de recordarle a los recurrentes que el recurso de casación no puede válidamente asentarse en una sola sentencia de esta Sala que, por su unicidad, hace quebrar la denunciada infracción de doctrina jurisprudencial, que exige, al menos, dos resoluciones conformes para que pueda darse. Sentencias 1-3-1985 (AR 1102), 10-3-1986 (AR 1169), 12-12-1988 (AR 9432),

5-7-1989 (AR 5399), 23-6-1990 (AR 4888), entre otras muchas, ha de constatarse que la invocada sentencia de 25-5-1984, lejos de contradecirla, es totalmente conforme con la doctrina que acaba de exponerse en este Fundamento jurídico, a la que plenamente se ajusta la sentencia aquí recurrida.

Por el motivo tercero, con la misma sede procesal que el anterior (ordinal quinto), los recurrentes denuncian textualmente «infracción de la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias del Tribunal Supremo de 18-5-1960 (AR 1736), 5-3-1964 (AR 1331) y 11-10-1967 (AR 4479) infringida por el concepto de violación», para lo que aduce, también literalmente, que «Si bien es cierto que las referidas sentencias sientan la doctrina legal que las condiciones relativas a la extensión objetiva de la propiedad horizontal ha de ser interpretación restrictiva, requiriéndose prueba suficiente de la pertenencia, ya a la Comunidad, ya al concreto propietario que reivindica cualquiera de los elementos, usos o servicios que integran esta forma de propiedad, sin que pueda ampliarse con prevalencia del interés particular, al trascendente y primordial del comunitario. No es menos cierto que cuando se demuestra que un elemento en un régimen de propiedad horizontal es privativo y no común debe considerársele como tal elemento privativo».

El expresado motivo, carente en absoluto de consistencia jurídica, ha de ser también desestimado, pues con el mismo se limitan los recurrentes a hacer supuesto de la cuestión, ya que en aplicación correcta y adecuada de la referida doctrina jurisprudencial, contenida no sólo en las sentencias citadas en el motivo, sino en alguna otra posterior, como la de 5-5-1986 (AR 2341), la sentencia recurrida declara que el patio o terrado litigioso es un elemento común del edificio, pues aparte de que quien ejercita, como aquí ocurre, la acción reivindicatoria de un bien, ha de probar inexcusablemente su titularidad dominical sobre dicho bien.

Por su parte, la STS de 31 diciembre de 1993 (AR 9920) en cuanto a la adscripción por el promotor con carácter previo a la venta de algunos elementos comunes como anejo a algunos de los propietarios singulares dijo en su fundamento jurídico 2.º:

...la sentencia recurrida resuelve con absoluta corrección al señalar que «la propia entidad demandada había configurado el uso exclusivo de la terraza para la vivienda adquirida por el actor», según las escrituras públicas de fechas 21-11-1986 (declaración de obra nueva y propiedad horizontal) y de 24 de diciembre del propio año, lo que es posible conforme a la sentencia de este Tribunal Supremo de 19-2-1971 (AR 1343) y, no siendo un elemento común por naturaleza, según sentencia de 10-5-1965 (AR 2521), se permite un uso por destino no compartido por los demás copropietarios, a lo que sólo cabe añadir que los elementos comunes que no lo son por su propia naturaleza o esencia (por ejemplo: solar, cimentaciones), es decir, los que lo son por destino, pueden adscribirse en el concepto de anejos a alguno o algunos de los propietarios singulares [sentencias de 10-5-1965, ya citada, y 12-2-1981 (AR 390)], y tal adscripción la puede rea-

lizar el promotor antes de proceder a la venta (así lo hizo en el caso que nos ocupa, al otorgar la escritura de división horizontal) o la propia comunidad mediante acuerdo unánime sobre su desafectación [ver sentencias de 12-11-1969 (AR 5171), 27-4-1976 (AR 1928), 6-6-1979 (AR 2323) y 5-6-1989 (AR 4297)]; y respecto de un patio la de 17-7-1987 (AR 5799), o respecto de una terraza la de 27-2-1987 (AR 1001);

Lo que no puede el promotor es variar el destino, una vez vendido algún piso o local privativo sin contar con la voluntad de los comuneros, que es precisamente lo que se hizo con la escritura de 4-4-1988 y por eso se declara nula, siendo además de significar que la finca 13.747 (4.º A) sigue figurando en el Registro de la Propiedad a nombre de «Urbanizaciones Algezares» y si hay un adquirente de ella ha de ajustarse a la primitiva escritura de división horizontal, pues en modo alguno es tercero hipotecario.

A los demás propietarios, respecto de los que no consta la fecha de adquisición (anterior o posterior a 4-4-1988), tampoco les afecta que el uso de la terraza corresponda conjuntamente a los pisos 4.º A y 4.º E o solamente a este último, no obstante lo cual, tuvo la Audiencia la precaución de no anular sus inscripciones.

Por último, si el título es nulo, lo será también su inscripción, pues ésta no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH) y la sentencia ya citada, de 27-2-1987, es clara al señalar que una vez iniciada la venta de pisos, viviendas, locales y demás espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, ya no le es factible al propietario del solar y de la construcción que ha efectuado las enajenaciones el delimitar por sí la propiedad horizontal y, en sede del título, olvidar lo que dispone el párrafo 2 del artículo 5 acerca de la fijación de la cuota de participación que habrá de ser determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos o por acuerdo de todos los propietarios existentes.

La RDGRN de 25 octubre 1996 (AR 7488), por su parte, trató un caso de inscripción en el Registro de la Propiedad como finca independiente de una plaza de garaje aneja a la vivienda, de la que se segregaba, y al efecto dijo:

PRIMERO.—En el presente recurso se dilucida la inscribibilidad de una escritura denominada por las partes de segregación y venta por la que los dueños de una vivienda situada en la planta alta segunda y tercera de un edificio en Régimen de Propiedad Horizontal que tiene como anejo una determinada plaza de garaje, segregan y venden como finca independiente dicha plaza habida cuenta de la concurrencia de las siguientes circunstancias:

1.º De los Estatutos inscritos en el Registro de la Propiedad resulta que los garajes están vinculados a las viviendas y que «los que no resulten titulares de los departamentos de la planta baja y de sótano podrán sin necesidad del consentimiento individual ni conjunto de los demás propietarios... dividir, segregar, agrupar los departamentos mismos, asignando a

los resultantes las cuotas de participación correspondientes dentro de los límites de las propias de los departamentos originarios, y comunicarlos entre sí o con otros pertenecientes a edificios colindantes...

En particular, se hace constar expresamente la facultad por parte de los propietarios de las plazas de garaje, ya sea como fincas independientes o en su carácter de anejo inseparable de las viviendas, para cerrar sin necesidad del consentimiento individual o conjunto de los demás propietarios del conjunto urbanístico, las citadas plazas...».

2.º La planta sótano se destina a garaje y las restantes (baja, primera, segunda y tercera) a viviendas.

3.º En el folio abierto a cada vivienda se describe cada plaza de garaje como anejo.

SEGUNDO.—Se pretende, pues, una división de un elemento privativo mediante la configuración de su anejo como finca independiente, supuesto al que resulta plenamente aplicable el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin que de los Estatutos rectores del Régimen de Propiedad Horizontal, pueda deducirse la no necesidad de autorización de la Junta de propietarios, pues, sobre establecerse en aquéllos una vinculación de los garajes a las viviendas, cuya alteración supondría una modificación del título constitutivo precisada del acuerdo unánime (vid. art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal), claramente se constriñe a los propietarios de los elementos privativos ubicados de las plantas baja y sótano, la facultad de realizar tales divisiones sin necesidad del consentimiento de los demás propietarios, y no procede ahora prejuzgar la justificación de la concreción de tal previsión estatutaria que, ciertamente, no armoniza con el destino a vivienda de todos los elementos privativos en que se divide el edificio en cuestión, cualquiera que sea la planta en que se hallen.

Ab) La descripción de los pisos o locales como elementos privativos, expresiva de su extensión superficial, linderos, planta en que se encuentre y anejos, todo ello con el suficiente detalle de los artículos 51 RH y 5 LPH, por lo que habrá que asignar a cada piso o local un número correlativo que en la inscripción registral ha de expresarse en letra.

Por otro lado, no pueden constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más que los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente que se permite mayor número. Esta limitación no será aplicable a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que en la licencia el número de éstos constituya condición esencial (art. 53.a NCRH).

Ac) La fijación de las cuotas de participación que es una suerte de módulo sobre el que se vertebra todo el régimen de la propiedad horizontal, establecidas en centésimas y referidas al valor total de la edificación, de modo que la

relación existente entre ambos datos exija que el valor de todas las cuotas sea siempre igual a cien. Para su determinación se barajan una serie de factores como la superficie útil, el emplazamiento interior o exterior, la situación de cada piso o local y el uso que racionalmente se presuma que va a efectuarse de los bienes comunes. Y esta determinación no puede verse alterada por la realización de obras de mejora o por menoscabos que sucedieren en el interior de los pisos o locales, aunque, de resultar manifiestamente faltas de equidad o excesivamente onerosas, pueden ser impugnadas ante los Tribunales.

Sobre el establecimiento de unas cuotas de participación distintos y más gravosos, en Estatutos no elevados a escritura pública que modifican los coeficientes originarios, la STS de 9 de noviembre de 1994 (AR 8478), en sus fundamentos jurídicos 1.º a 7.º, declara:

PRIMERO.—Dedica la recurrente, doña Elisa de S. G. (demandante en el pleito) a combatir la sentencia de apelación en los cinco primeros motivos de su recurso, denunciando error en la apreciación de la prueba y, al efecto, sostiene que en los Estatutos de la Comunidad de fecha 20 de enero de 1969, en su artículo 23 fijaron la participación del 14 por 100 para los locales de la planta baja y 13,78 por 100 para los de la entreplanta (total 27,78 por 100), de la actora, tratándose de cuotas de contribución al sostenimiento de los gastos comunes, pero no de cuotas de propiedad o atribución de la misma.

De esta manera no se señala concreto error documental, sino que más bien se lleva a cabo impugnación de la interpretación de la Sala de instancia, que fijó en el 27,78 por 100 la contribución a los gastos de la comunidad, lo que opera correctamente como cuota comunal participativa, a la que prestó su conformidad expresa don Natividad del R. A., esposo de la recurrente (fallecido el 26 de diciembre de 1980), en el que concurría la condición de promotor y constructor del edificio.

El acuerdo referido de los Estatutos se presenta general, pues la distribución de cuotas se refiere no sólo a los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes, sino también a todos los demás, cargas y tributos no susceptibles de individualización.

Los referidos Estatutos fueron aprobados por unanimidad en la Junta de Propietarios que tuvo lugar el 26 de enero de 1969, con lo que resultan plenamente eficaces y vinculantes y suponen la modificación del título constitutivo que contiene la escritura de 15 de julio de 1968 de obra nueva y división horizontal, que otorgó el referido don Natividad del R. A., en la que el porcentaje asignado al local bajo se fijó en el 16,26 por 100, lo que resultaba adecuado, toda vez que no contempla el documento las dos entreplantas en que fue dividido dicho local bajo como elementos constructivos agregados a la primitiva edificación.

El referido porcentaje del 27,78 por 100 ha venido rigiendo desde su aprobación, sin impugnación alguna y fue satisfecho por la recurrente y sumando desde entonces, vinculándola como acto propio, si bien quedó

reducido al actual y vigente del 26,74 por 100, al minorarse en 1,04 por 100 por consecuencia de la segregación de 110 metros cuadrados del local bajo (con una extensión original de 496/83 metros cuadrados), y su venta por escritura pública de 22 de diciembre de 1970, a «Laboratorios Lasa», confirmándose así en local independiente, todo lo cual conlleva a la desestimación de la impugnación.

SEGUNDO.—El segundo motivo se relaciona con el anterior y le corresponde también suerte de rechazo, ya que se alega que los dos locales que conforman la entreplanta, con extensiones respectivas de 333 y 145 metros cuadrados, ya estaban construidos al tiempo de división de la propiedad horizontal. Como queda dicho, este documento no refleja para nada tal construcción y sólo en los estatutos se hace referencia previsoramente y con la denominación de «oficinas de entreplanta» a dichas edificaciones clandestinas. Sucede que cuando adquieren existencia jurídica, independiente de la material, lo es a partir de la escritura de fecha 16 de octubre de 1982, sobre división del local bajo de referencia al construirse dentro del mismo la entreplanta. Dicha escritura la otorgó la recurrente, una vez que obtuvo el preceptivo consentimiento de la Junta de propietarios, que le fue concedido el 16 de junio anterior, constando en la correspondiente acta que en todo caso se otorgaba «siempre que no afecte en perjuicio de la Comunidad del inmueble», lo que equivale a que no supondría ello reducción de la cuota contributiva asignada en daño de los demás cotitulares.

TERCERO.—Lo expuesto arrastra la desestimación del motivo tres que señala el proyecto fin de obra, anterior a la división horizontal, en cuanto constata la existencia de la entreplanta, que sólo accedió a la condición de finca independiente al ser autorizada por la Comunidad, como constata la mencionada escritura de 16 de octubre de 1982. En todo caso, en la problemática de las cuotas ha de estarse a lo acordado por la Junta, ya expresado y que regula la actividad de la Comunidad de Propietarios, contemplando la existencia de la referida entreplanta y la conformación en su día en dos locales independientes, a los que le corresponde cuota participativa para atender a los gastos comunes.

CUARTO.—En el motivo cuarto se atacan los Estatutos, al reputarlos inexistentes, cuando fueron aprobados con las formalidades legales, intervención y asenso del esposo de la actora, los que han venido rigiendo desde entonces la vida de la Comunidad, como normativa propia, sin impugnaciones ni desconocimiento de los mismos en su eficacia y fuerza de obligar.

Se pretende plantear, con osadía y contrariando los actos propios vinculantes, la aprobación de dichos Estatutos, que llevó a cabo, como queda reseñado, la Junta que refleja el acta de 26 de enero de 1969, alegándose que faltó unanimidad en la misma, sin precisar ni identificar los pretendidos propietarios ausentes, así como si efectivamente existían por haberse producido la necesaria enajenación de las viviendas por el promotor de referencia.

De esta manera se trata de reconducir el debate a tiempos antiguos, sobre un acto jurídico firme y acatado por la propia recurrente y plantear

extemporáneamente cuestión nueva no alegada en la demanda ni siquiera referida al contestar a la reconvencción, lo que no es posible en este extraordinario recurso, con lo que el motivo claudica inevitablemente.

QUINTO.—El último motivo sobre error probatorio, con pretendido apoyo en las actas de Comunidad que relaciona, así como sorprendentemente y con heteróclita técnica casacional, en escrito del Letrado de la recurrente a la Comunidad —lo que pone de manifiesto desconocimiento sobre la necesidad de que los documentos sean por sí literosuficientes—. Se argumenta que el Tribunal de Apelación sienta que la pretensión de la actora es la de contribución a los gastos comunes, correspondiente al actualizado y preexistente porcentaje del 26,74 por 100, cuando en realidad lo que trata es que se le mantenga la cuota que fija la escritura de división horizontal de 15 de julio de 1968, es decir, 12,96 por 100, al deducirse de la asignada inicial del 16, 26 por 100, la partida de 3,30 por 100 correspondiente al local bajo vendido a «Laboratorios Lasa»; si bien el súplico de la demanda no lo interesa así expresamente.

La pretensión implica desconocer una vez más la modificación operada por los Estatutos debidamente aprobados y realizar así apreciación propia e interesada de la documental obrante, que la Sala tuvo en cuenta y valoró en forma que se presenta totalmente correcta, lo que aleja toda posible censura impugnatoria por error en la apreciación de la prueba y hace perecer el motivo, pues de esta manera resultaría que los locales nuevos, integrados en la entreplanta, no tendrían que satisfacer cuota contributiva alguna.

SEXTO.—Por la vía del número 5.º del artículo procesal 1.692, articula la recurrente los motivos sexto, séptimo y octavo para denunciar infracción de los artículos 43, 5, 3 y 4, 6, 16.1.º, 8, 4 y 5, 7 y 8, 3.b).2, 5.2 y 9.5.º, todos ellos de la Ley de Propiedad y doctrina jurisprudencial que se reseña, los que han de ser analizados conjuntamente al converger sus impugnaciones.

Ya se dejó explicado, y en la categoría de hechos firmes, al desestimarse las impugnaciones por errores probatorios, que en la reseñada escritura de división horizontal otorgada por esposo de la recurrente, como promotor-propietario del edificio, no se menciona ni incluye el local entreplanta y, por tanto, su obligada cuota participativa de los gastos comunes. Fueron los Estatutos que rigen la Comunidad, debidamente aprobados en Junta, los que corrigieron la situación al darse la realidad material de la construcción de la referida entreplanta dentro del espacio comprendido en el local bajo, en cierto sentido impuesta, pues no se había producido la autorización expresa y necesaria de la Junta de Propietarios, atribuyendo a aquélla una participación del 13,78 por 100 (correspondiendo el 9,23 por 100 a la entreplanta derecha y 4,55 por 100 a la izquierda), reservándose para el bajo exclusivamente la cuota del 14 por 100 que se redujo al 12,96 por 100 por la venta de parte del mismo a «Laboratorios Lasa», siendo dicha cuota inferior a la de la escritura de división horizontal que era el 16,26 por 100.

Y así resulta conforme y autoriza el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto prevé que la división material de los locales, reali-

zada con las autorizaciones que impone —las que concurrieron en el caso de autos—, lleva consigo la fijación de nuevas cuotas para los espacios reformados, sin alteración de las cuotas de las restantes y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5, que ha de ponerse en relación con el 16.1.º, al haberse producido la correcta modificación del artículo constitutivo, por los Estatutos, aprobados debidamente (art. 13.4.º), los que no precisan, como se argumenta, que conste necesariamente en escritura pública como requisito *ad solemnitatem* exigible, pues la formalización de este negocio comunal (pacto estatutario) puede llevarse a cabo en forma de documento privado, plenamente eficaz y vinculante, teniéndose en cuenta al respecto el artículo 1.280 del Código Civil.

El título constitutivo que en forma unilateral otorgó el promotor no le alcanza la consideración de blindado, para no poder ser modificado en materia de determinación de las cuotas participativas por los copropietarios, que son los auténticos y directos interesados en la gestación del régimen de propiedad horizontal y al que accedieron por la compra de sus respectivas viviendas o locales, pues la Ley especial que lo regula de 21 julio de 1960 es expresamente permisiva y así lo autoriza, cumpliéndose con lo que previene su artículo 16.

Aunque el promotor establezca las cuotas de participación, éstas no son inmutables, pero no las puede modificar a su conveniencia, ya que requiere el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios como requisito legal imperativo. Es procedente, por tanto, la modificación del título constitutivo por medio de los Estatutos, en los que cabe establecer un régimen de coeficientes participativos distinto e incluso más gravoso que el precedente, así como fijar exclusiones, conforme a doctrina reiterada de esta Sala, sentencias de 28 de diciembre de 1984 (AR 6300), 2 de marzo de 1989 (AR 1745), 2 de febrero de 1991 (AR 700), 22 de diciembre de 1993 (AR 10109) y 22 de marzo de 1994 (AR 2563), entre otras, y toda vez que la norma estatutaria es plenamente válida y así lo declaró la sentencia recurrida, conclusión que esta Sala comparte en razón a los términos en los que se planteó el debate y las pruebas practicadas en el mismo.

La recurrente lo que pretende es desvincularse ahora de la obligación de pago de las cuotas asignadas, cuando prestó su fallecido esposo, como titular condómino, su aprobación expresa a los Estatutos que las fijaron y que son objeto de continuada aplicación y ello para obtener rebaja de sus contribuciones comunales, careciendo de toda apoyatura probatoria y de asistencia legal necesaria. De esta manera no cumple el mandato del artículo 9.5.º, en relación al 20 de la Ley de Propiedad Horizontal, que le impone el deber de contribuir con arreglo a lo fijado en el título, o estar, en forma disyuntiva, a lo especialmente establecido, que en este caso hay que referir al pacto estatutario válido de referencia, debidamente adoptado y no impugnado, conforme a lo ordenado en el artículo 16 y la proyección jurídica que representan los actos propios de la causante y de su esposo, los que son determinantes para que ninguno de los motivos estudiados pueda ser acogido.

SEPTIMO.—También decae el último motivo que no se explica bien ni se justifica, toda vez que se aduce infracción del artículo 16.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal y jurisprudencia que lo desarrolla, ya que se argumenta que cabe modificación del título constitutivo, por resolución judicial, que es lo que se postula, al ser la cuota de los locales comparativamente desproporcionada.

La recurrente instó su derecho ante la Junta de Propietarios, la que según acta de la Junta celebrada el 20 de julio de 1987, no accedió a sus pretensiones, y dicho acuerdo se suplica sea declarado nulo, lo que evidentemente no procede, ya que no se probó concurrieran causas determinantes para decretar invalidez e ineficacia y menos suplantarle por resolución judicial, al no darse los supuestos de impugnación judicial que contiene el artículo 16 citado. El sistema estatutario acordado de distribución de cuotas para atender a los gastos comunes, en tanto no sea modificado con observancia de los requisitos y normativa legal que lo disciplinan, ha de prevalecer como preexistente, ejecutable y que obliga a la que recurre a seguir acatándolo y cumpliendo, como ha venido realizando con anterioridad al pleito.

B) *Contenido facultativo*

Constituye el *estatuto de la propiedad horizontal*, es decir, una parte del título formal constitutivo, recogido en el párrafo tercero del artículo 5 LPH. El precepto, por tanto, como acertadamente observa RAMS ALBESA (5) acumula dos órdenes de ideas distintas y de muy diferente alcance cuyo único nexo de unión es la idea convencional de su generación y ser el continente de esa voluntad el título constitutivo, aunque la buena técnica notarial ha deslindado el título y el estatuto en lo material y en lo formal como función primordial y accesorio, respectivamente, insertando estos últimos como anexo al título constitutivo. Pues bien, añadimos nosotros, que esta parte, accesorio del título constitutivo pero a veces tan importante como él en las relaciones entre los copropietarios, resulta compendiada en un conjunto de cláusulas que tienen por objeto:

Ba) Limitar el destino o actividad que puede desarrollarse en los elementos privativos, teniendo en cuenta que la regla general es la permisividad y la excepción la prohibición o límite, de suerte que ésta sólo opera en la medida en que sea establecida de una manera expresa y claramente, siendo todo ello susceptible de interpretación restrictiva. Además, en todo caso, no pueden ser contrarias a la ley, la moral o el orden público, ni pueden encerrar

(5) En VV.AA., *La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Trivium, Madrid, 1999, pág. 280.

ningún tipo de discriminaciones étnicas, religiosas, políticas, etc., siendo su objetivo el interés general de la comunidad. Y para que surtan eficacia contra tercero, es preciso la inscripción del estatuto en el Registro de la Propiedad.

En relación con estas prohibiciones, la STS de 10 de julio de 1995 (AR 5554) señala claramente que las actividades no permitidas sólo perjudican a tercero si la prohibición en Estatutos se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad. En este sentido dice:

El estudio de los restantes motivos, tercero, cuarto y quinto, debe hacerse conjuntamente por la íntima conexión existente entre ellos, interponiéndose el tercero contra la parte del fallo por el que se condena a los demandados a que destinen el local a la actividad que tenía inicialmente o, en su caso, a otra autorizada por la comunidad competente, y los cuarto y quinto, contra la parte de aquél que declara que el único destino autorizado del local 4.bis de la Galería Comercial del Complejo Nuevo Centro es el previsto en la cláusula quinta del contrato de compraventa acompañado a la demanda como documento número tres, y citándose las infracciones de los artículos 19, párrafo segundo, 7.3 y 5, de la Ley de Propiedad Horizontal, y 1.257 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 12 de marzo de 1981 (AR 911), 5 de marzo de 1990 (AR 1666), 18 de julio de 1991 (AR 5397) y 4 de junio de 1964 (AR 3097), 3 de diciembre de 1963 y 27 de junio de 1961, y el desarrollo argumental de los motivos responde, resumidamente, a cuanto sigue:

— La simple lectura del párrafo 2.º del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, no parece pueda deducirse otra conclusión, en cuanto a la finalidad de la acción que se concede a la Junta de Propietarios, que aquélla no es sino la posibilidad de obtener del juez el lanzamiento o la resolución referidas a los arrendatarios u ocupantes y al contrato de arrendamiento, pero no faculta a la Junta para que pueda obtener un fallo por el que se obligue al arrendatario a continuar en la posesión del local, cesar en la actividad para que la arrendó y desarrolla, obligatoriamente, otra diferente a la que venía destinándolo al no estar previsto en la Ley.

— En desarrollo de la norma del artículo 3.2 del Código Civil, la jurisprudencia, previniendo un posible exceso en la aplicación de la equidad, ha establecido que la Ley ha de mandarlo expresamente, concediendo al juez discrecionalidad o facultad de decidir según la equidad, evitando así los peligros que podrían derivarse en la interpretación de la Ley por una excesiva inclinación a esta cláusula general de equidad [sentencias de 25 de febrero de 1984 (AR 809) y 19 de abril de 1985 (AR 1804)].

— Igualmente, los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto el sometimiento de los jueces a la constitución y al imperio de la Ley.

— El artículo 9 de la Constitución establece la sumisión de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. A pesar de la buena voluntad que acredita la Sala de apelación,

no es inferior al castigo que infringe al arrendatario u ocupante del local, decretando que se destine el local a la actividad inicial, en lugar de la resolución del contrato, ya que ello conlleva los mismos perjuicios económicos, pues el final es el mismo, la desaparición de la explotación, con pérdida, por inutilización, de la maquinaria, clientela, nombre comercial, etc. (motivo tercero).

— En relación con el artículo 7.3 y 5 de la reiterada Ley, la sentencia lleva a cabo una extraordinaria restricción de las facultades dominicales del propietario, y con ello las de uso que ostenta el arrendatario, al constreñirse al mínimo las facultades de utilización, y ello en virtud de unas pretendidas disposiciones estatutarias que no han tenido, cuando menos completamente, acceso al Registro de la Propiedad, por deducirse de un documento privado que sólo es conocido por los intervinientes.

— En aplicación de las normas hermenéuticas del artículo 3 del Código Civil, toda limitación a la propiedad individual ha de interpretarse de modo restrictivo, salvo que afecte a los elementos comunes [sentencias de 7 febrero de 1989 (AR 672) y 5 de marzo de 1990 (AR 1666)], y en igual sentido se pronuncia la Dirección General de Registros y Notariado en Resolución de 12 de diciembre de 1986 (AR 7887).

— Desde siempre, la Jurisprudencia ha venido exigiendo, al tratar de la aplicación de los artículos 348 y 349 del Código, una interpretación restrictiva, y al pronunciarse sobre el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, tiene establecido que para que las prohibiciones y limitaciones que los estatutos establezcan, sólo causarán perjuicio a terceros cuando estén inscritos en el Registro (sentencia de 29 de abril de 1970, AR 2053) (motivo cuarto).

— En relación con el artículo 1.257 del Código, la doctrina jurisprudencial ha declarado que «los derechos y obligaciones que se derivan de las contrataciones privadas llevadas a efecto, sólo serán exigibles entre las partes contratantes» (sentencias de 4 de junio de 1964; 3 de diciembre de 1963 y 27 de junio de 1961).

— La Sala sentenciadora dota de eficacia *erga omnes* al documento tres de la demanda, cuando se trata de una fotocopia, y a los acuerdos o pactos en él contenidos, incluso estando en contradicción, como se reconoce en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, con la escritura de 29 de mayo de 1987, por la que doña Encarnación B. compra a «Plurfin, S.A.», el local objeto del arrendamiento, cuya escritura contiene una cláusula genérica menos limitativa de derecho que el contrato privado, y

Parece incomprensible que se anteponga, frente a terceros que ignoran su existencia, el contenido del contrato y las especificaciones pactadas, frente al carácter público de lo establecido en la Guía de Nuevo Centro, documento confeccionado por el Promotor de la Galería y del Complejo, y que sirvió desde el principio y a todos los interesados para conocer el uso a que venían destinados los diferentes locales (motivo quinto).

En el motivo quinto se pretende realmente atacar la apreciación probatoria de la Sala *a quo* respecto a la eficacia que otorgó al documento número tres de la demanda, de fecha 14 de septiembre de 1982, confrontándole con la escritura de 29 de mayo de 1987 y con el documento número cuatro de la contestación a la demanda por los recurrentes (guía de establecimientos, servicios y situación de Nuevo Centro), lo que, casacionalmente, es impropio de un motivo con sede en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con referencia a los tres motivos que son objeto de examen, resulta de suma transcendencia el artículo octavo del Estatuto Privativo que había de regir el uso y disfrute del llamado «Edificio número 5, Galería Comercial», que expresa: «Como inherente a su dominio, cada propietario tendrá la libre disposición y gozará de pleno disfrute de su local, si bien el destino inicialmente pactado y referenciado en el título de adquisición, no podrá ser alterado hasta transcurridos tres años a contar desde la inauguración de Nuevo Centro, transcurrido este plazo, el destino podrá ser variado siempre que cuente con la aprobación de las dos terceras partes de la Junta General», y en su conexión con él, la declaración fáctica formulada en el sexto fundamento de la sentencia recurrida y relativa a «que el destino pactado en el primer título de adquisición del local fue el de “club de vídeo y alquiler de televisión, vídeos y sonido y venta de cintas vírgenes para vídeo”», y que ha devenido inatacable.

Ese primer título de que se habla en la sentencia es el documento privado de 14 de septiembre de 1982 y calificado en la misma como de verdadera compraventa (documento número 3 de la demanda), precisamente, por ser objeto de tal calificación y por la declaración fáctica hecha mención, el específico destino convenido es el que ha de mandar y marcar la suerte posterior del local, a reserva de una futura alteración y previo cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 8.º de los Estatutos, y es por ello, por lo que la cláusula insertada en el documento privado ha de prevalecer sobre la genérica de la escritura de mayo de 1987.

La remisión que el artículo 8.º estatutario hace al destino inicial pactado en el título adquisitivo, origina que ese título, el de compraventa de 14 de septiembre de 1982, quede conectado con las normas estatutarias, de forma que, en cierto modo, viene a ser un complemento de las mismas y su efectividad trasciende a los posteriores titulares del local y ocupantes arrendaticios del mismo, los cuales, en su caso, tendrían acción frente al titular del que trajeran causa en punto a la exigencia de las responsabilidades a que hubiere lugar, con lo cual, no es posible atribuir al Tribunal *a quo* infracción alguna en torno al artículo 1.257 del Código Civil y jurisprudencia que le interpreta.

Por análogas razones a las expresadas, tampoco es de estimar ninguna vulneración acerca del artículo 7, párrafo tercero, de la Ley sobre Propiedad Horizontal, dado que las actividades permitidas en el local se encontraban condicionadas a las convenidas en el título inicial y a la observancia de las prescripciones contenidas en el artículo 8 de los Estatutos, cuyas

restricciones o exigencias no pueden conceptuarse como limitaciones contrarias al derecho de propiedad, en los términos definidos en los artículos 348 y 349 del Código Civil, ni vulneración, asimismo, del artículo 5 de la Ley 49/1960, pues, insistiendo en lo dicho, aquel título adquisitivo vino a complementar el artículo 8 de los Estatutos, y lo así estatuido y pactado no representaba condición o limitación contraria a la Ley, a la moral ni al orden público.

En cualquier caso, las manifestaciones de destino hechas por el primitivo dueño de la finca en la escritura de división horizontal sobre un elemento privativo, no obligan al posterior adquirente del mismo. En cuanto a un posible cambio de destino, la STS de 21 de diciembre de 1993 (AR 10101) señala en sus fundamentos jurídicos 4.º a 6.º lo siguiente:

CUARTO.—El motivo primero, con apoyo procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente), aparece textualmente formulado «por violación, en su aspecto negativo, o de falta de aplicación, del párrafo 3.º del artículo 5 de la Ley 49/1960, de 21 julio, sobre Propiedad Horizontal», y en el alegato integrador de su desarrollo, después de exponer unas consideraciones generales acerca del régimen de toda propiedad horizontal y de las funciones propias del título constitutivo de la misma y luego de citar algunas sentencias de esta Sala (las de 22-1-1914 y 9-2-1983, AR 957), y de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo (las de 4-4-1977, AR 2628), 24-4-1968, AR 2460) y 26-4-1967, por este orden, contenedoras de la doctrina general de que la propiedad no puede concebirse como un derecho absoluto, pues se halla sometida a limitaciones de diversa índole, la Comunidad de Propietarios recurrente viene a sostener, como núcleo esencial de su tesis impugnatoria, que como el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal del edificio a que se refiere este proceso expresa el destino de los dos locales del sótano (garaje y almacén, respectivamente), los propietarios actuales de dichos locales, dice la recurrente, no pueden darles un destino distinto de los expresados.

La respuesta casacional que corresponde al expresado motivo ha de ser totalmente desestimatoria del mismo, pues si bien es cierto que en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal o en los Estatutos correspondientes se pueden establecer disposiciones «en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales», según dicción del párrafo 3.º del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, e incluso imponer prohibiciones expresas respecto a concretas y específicas actividades no queridas por los copropietarios del edificio, otorgantes del título constitutivo o de los Estatutos (prohibiciones convencionales), éste no es el supuesto aquí contemplado,

pues la mera y simple descripción (ya transcrita literalmente en el fundamento jurídico anterior de esta resolución), que en la escritura de obra nueva y de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal

(carente de Estatutos), los promotores-constructores hicieron de los dos expresados locales, no puede en modo alguno ser entendida como expresión del destino único de los mismos, ni, mucho menos, como prohibición de que los adquirentes de dichos locales, actuales propietarios de ellos (en cuanto se trata de elementos privativos, sin ninguna adscripción al servicio comunitario del edificio), puedan dedicarlos a otras actividades comerciales diferentes de las meramente insinuadas, como antes se ha dicho, en la descripción que de ellos hicieron los promotores-constructores en la repetida escritura pública de obra nueva y de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal,

si se tiene en cuenta que cualquier prohibición de ese tipo (que aquí no existe), en cuanto comporta una limitación de las facultades dominicales, no puede presumirse, ni interpretarse de manera extensiva. Sentencias de esta Sala de 7 de febrero y 20 de diciembre de 1989 (AR 672 y 8855) y que ninguna incidencia pueden tener las manifestaciones de destino que el primitivo dueño de toda la finca hiciera en la escritura de división horizontal y que al posterior propietario del elemento privativo (local comercial en este caso) no obligaban, pues al presumirse libre toda propiedad, bien pudo cambiar después el destino de su finca, si no existía una prohibición legal o contractual que se lo impidiera [sentencia de 5-3-1990 (AR 1666)], ello sin perjuicio, como es obvio, de que la Comunidad pueda oponerse al ejercicio de actividades prohibidas por el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal («dolosos para la finca, inmORALES, peligrosas, incómodas o insalubres»), pero éste no es el caso debatido en el presente litigio, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida.

QUINTO.—La desestimación que acaba de hacerse del motivo primero ha de llevar aparejada la del segundo, que es una mera reiteración del anterior, y por el que, denunciando ahora «violación, en su aspecto negativo, o falta de aplicación, del párrafo 3.º del artículo 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal», la recurrente parece sostener que, al haberse expresado en el título de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, el destino de los dos expresados locales, ello ha de entenderse, viene a decir, como prohibición estatutaria de cualquier otra actividad; el fenecimiento del expresado motivo viene determinado por la circunstancia de que, como acaba de decirse al desestimar el motivo anterior, y aquí es necesario reiterar, la repetida escritura pública de obra nueva y de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, otorgada por los promotores-constructores (único título constitutivo existente, dada la carencia de estatutos), no contiene prohibición alguna de que los propietarios de los dos referidos locales comerciales (elementos privativos, se repite, sin adscripción alguna, por tanto, al servicio comunitario del edificio) puedan cambiar el destino originario, meramente insinuado por los constructores-promotores en la descripción que, en la repetida escritura pública hicieron de los expresados locales, ni que, por tanto, puedan dedicarlos a la actividad comercial que tengan por conveniente, siempre

que la misma no sea, como ya se tiene dicho, de las prohibidas por imperativo legal, que no es el tema aquí debatido.

SEXTO.—Con el carácter de complementario de los dos anteriores y con la misma residencia procesal que ellos (ordinal quinto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la hoy vigente), aparece formulado el motivo tercero y último, por el que, denunciando «violación en su aspecto negativo, o de falta de aplicación del párrafo 4.º del artículo 5, y del número 1 del artículo 16, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal de 11-7-1960», la Comunidad de Propietarios recurrente sostiene que la entidad mercantil demandada, propietaria de los dos expresados locales, al cambiar el destino de los mismos, ha alterado el título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio, sin concurrir el consentimiento unánime de todos los propietarios y, además, agrega, la Comunidad de Propietarios, en su Junta Extraordinaria de 7-9-1987, prohibió a la demandada entidad mercantil el referido cambio de destino, sin que haya impugnado dicho acuerdo.

Las mismas razones anteriormente expuestas, al desestimar los dos primeros motivos, han de conducir también al decaimiento del que ahora nos ocupa, pues al no contener el título constitutivo, como ya se dijo, prohibición alguna de que los propietarios de los dos locales comerciales (elementos estrictamente privativos, se repite) pudieran dedicar los mismos a otra actividad mercantil distinta de la originariamente insinuada por los promotores-constructores en la tantas veces repetida escritura pública de obra nueva y de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, la realización de dicho cambio podían verificarla los propietarios de los locales por su propia y exclusiva decisión, en cuanto perteneciente al estricto ámbito de sus facultades dominicales, sin que ello implique alteración alguna del título constitutivo ni, por tanto, requiera el consentimiento, no ya unánime, sino ni siquiera mayoritario, de los demás componentes de la Comunidad de Propietarios, y sin que, por otra parte, el Acuerdo prohibitivo del referido cambio, adoptado en la Junta Extraordinaria de 7-9-1987, pueda ser vinculante para la entidad propietaria de los referidos locales, la cual no necesita autorización alguna para dicho cambio, por pertenecer el mismo, como antes se ha dicho, al estricto ámbito de sus facultades dominicales, siempre que con ello no se incida (es necesario repetir, dada la reiterativa tesis impugnatoria única sostenida en los tres motivos del recurso) en alguna de las actividades prohibidas *ex lege* («inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres»), que no es el tema debatido en este litigio.

Bb) Autorizar la unión, división, segregación o agregación de pisos o locales anejos, a favor del promotor, que sólo son eficaces durante la construcción del edificio, a fin de permitir una estructuración adecuada a las exigencias del mercado, singularmente en relación con las naves diáfanas que luego serán mamparizadas oportunamente.

Pero esa misma facultad puede ser concedida a los titulares de un piso o local, sin necesidad de que tengan que recabar la autorización de la Junta con posterioridad, en los términos del nuevo artículo 7 LPH, redactado de acuerdo con la Ley 8/1999, de 6 de abril. Naturalmente habrán de estar delimitadas las facultades que, en ningún caso constituyen una ilimitada posibilidad discrecional que pueda alterar los términos del contenido mínimo, ni el estatutario. Sin embargo, no será necesaria la alusión a los estatutos cuando la segregación no afecte a la seguridad del edificio. En tal sentido, la STS de 20 de diciembre de 1989 (AR 8855) ha dicho:

Primera: Que reconociendo el artículo 3 de la aludida Ley de Propiedad Horizontal al dueño de cada piso o local el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, en el que incluye los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas las clases que estén comprendidas dentro de un límite y sirvan exclusivamente al propietario y aclarando el 7.º que el propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, facultando asimismo el 8.º la visión material de los pisos o locales para formar otros más reducidos o independientes,

parece lógico concluir que

la actividad realizada por la entidad demandada, al fraccionar en dos el local de su propiedad, sin que con ello alterase la seguridad o estructura del edificio, en modo alguno faculta a los demás propietarios para solicitar y obtener judicialmente la demolición de las obras realizadas, máxime, cuando en modo alguno consta acreditado que con ello se produjera perjuicio alguno al resto de los copropietarios —pues no puede entenderse, en principio, y sin prueba alguna específica que lo demuestre, que la transformación de una parte de local destinado a restaurante en supermercado comporta tal perjuicio a los restantes copropietarios—, ni quepa tampoco sostener que la alusión que en la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de Propiedad Horizontal se hace del local, al decir que el mismo se halla destinado a restaurante, implique, en modo alguno, una prohibición estatutaria de destinarse por su propietario el aludido local o parte del mismo a una actividad diferente, prohibición esta que, por comportar una limitación de las facultades dominicales, no puede presumirse ni interpretarse de manera extensiva, lo que conlleva la conclusión de que la Sala de Instancia, al así intentarlo, no cometió la infracción de los artículos 3, 7 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal que denuncia la recurrente.

Segunda: Que, por otra parte, y si bien es cierto que el párrafo 2.º del artículo 8.º requiere la aprobación de la Junta de Propietarios para la divi-

sión material de los pisos o locales, también lo es que, como claramente se deduce del tenor literal del precepto, ello sólo será necesario cuando, por atribuirse los pisos o locales resultantes de la división a propietarios diferentes, se produzca una alteración de las cuotas de participación, supuesto en el que es procedente la fijación de cuotas nuevas de participación para los pisos reformados, pero no cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, ambos locales quedaron en manos del mismo y anterior propietario, lo que hace innecesaria la fijación de nuevas cuotas y no permite atribuir al incumplimiento de este siempre conveniente sometimiento de la división a la aprobación de la Junta, un carácter antijurídico tal que comporta la declaración judicial de demolición de las obras.

Bc) Regular el uso y disfrute de los elementos comunes, atribuyéndolo incluso con carácter exclusivo a uno o varios de los comuneros, que habrán de beneficiarse de las cosas conforme a su destino y satisfarán los gastos de conservación y mantenimiento que el uso provoque, todo ello, en los términos que se establecen según el párrafo siguiente. Puede llegarse incluso a la constitución de subcomunidades de uso, cuya asignación no se basa en el título de propiedad o mejor copropiedad que es del conjunto de titularidades, sino en el derecho real de simple uso, por ejemplo, el acceso a una piscina y ajardinado cuyos gastos no quieren ser satisfechos por el conjunto de propietarios. Y se regula y dirige por un propio órgano colectivo de gestión.

En este sentido, la RDGRN de 26 de abril de 1996 (AR 3244) se refiere a un local garaje con cuota indivisa única que lleva implícito el uso exclusivo de una porción abstracta de la superficie total del mismo en sus fundamentos jurídicos 3.º y 4.º:

TERCERO.—Para la resolución del presente recurso debe partirse de la doctrina sentada en la resolución citada en los vistos (8 de mayo de 1995, AR 4094) según la cual la fijación de determinadas cuotas indivisas como consecuencia de la pretendida división de un local-garaje que forma parte como finca independiente de una propiedad horizontal, que en el supuesto ahora debatido se fijan en 25 cuotas, no da lugar a que las cuotas indivisas puedan ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales puedan operar en todo su rigor los principios hipotecarios y entre ellos, el de tracto sucesivo; de conformidad con los artículos 396 y 401 del Código Civil, 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8 de la Ley Hipotecaria, para que pueda hablarse de propiedad separada en un régimen de propiedad horizontal, no basta con definir una cuota abstracta respecto del todo, sino que se precisa, además, la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecta ese derecho singular y exclusivo de propiedad, y en cuyo goce se concreta esa participación abstracta.

Faltando esa delimitación especial, las cuotas que se señalen por el propietario único del local carecerán de sustantividad jurídica actual que permita diferenciarlas entre sí, por más que a cada una se le asigne un número; la sola cuota indivisa no es más que una medida de participación de cada comunero en la titularidad compartida, y, por tanto, no tiene sentido jurídico distinguir cuotas indivisas en el derecho perteneciente a un solo sujeto ni tampoco cabe, en caso de comunidad, hablar de otra cuota que la global que corresponda a cada titular.

CUARTO.—En el supuesto debatido ha de estimarse que cuando se pretende el acceso al Registro, el transmitente lo que en realidad ostenta es la titularidad de una porción abstracta de la superficie total del garaje, y lo que se pretende inscribir se refiere a una porción abstracta de esa superficie total, la cual, sumada a las ya transmitidas, no excede de la que correspondía a esa cuota global única que retiene el transmitente, por lo que no hay razón para suspender su despacho por falta de tracto sucesivo.

La discrepancia en las numeraciones entre la asignada a la plaza incluida en la compraventa y las que registralmente corresponden a las pretendidas cuotas indivisas diferenciadas aún retenidas por el transmitente no es argumento suficiente en contra, porque ni en aquella ni en éstas; tales números identifican objetos jurídicos distintos sino meras fracciones puramente ideales de un mismo objeto jurídico. En este caso concreto, además, el comprador ha renunciado a la asignación de una plaza concreta.

Y la RDGRN de 15 de noviembre de 1994 (AR 8897) en materia de subcomunidades, sostiene en sus fundamentos de derecho 1.º y 2.º lo siguiente:

PRIMERO.—En el caso planteado no hay propiamente subcomunidad a cuyo régimen sea aplicable, en cuanto conjunto inmobiliario autónomo, directamente o por analogía, la Ley de Propiedad Horizontal. Si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 392 del Código Civil, sólo puede reconocerse la existencia de una comunidad jurídica cuando varios sujetos participan en la titularidad de una cosa o un derecho común, integrándose dicha comunidad por todos los cotitulares, habrá de concluirse que entre los propietarios de parte de un edificio dividido horizontalmente, sólo podrá reconocerse la existencia de una verdadera comunidad jurídica distinta de la constituida por todos los propietarios del edificio en su conjunto, cuando dicha parte, objetivada jurídicamente como una de las propiedades separadas en que se ha dividido previamente el edificio en su conjunto, se hallare, a su vez, dividida en régimen de propiedad horizontal.

SEGUNDO.—Aunque no haya propiamente subcomunidad, no habría inconveniente, por razones prácticas y por analogía con lo previsto en los artículos 26 del Código de Comercio y 106 del Reglamento del Registro Mercantil, en diligenciar un libro especial relativo a las actuaciones del órgano colectivo específico de la comunidad parcial de intereses que constituyen los propietarios de los pisos o locales que, dentro de la comunidad

total, tienen que soportar determinados gastos, de que quedan exentos los demás propietarios. Pero para ello sería necesario, obviamente, que exista ese órgano colectivo especial permanente; es decir, que de los Estatutos resulte de modo indubitado que determinados asuntos habrán de ser decididos por una junta que es especial por estar constituida sólo por esos propietarios. En el presente caso no se ha justificado que resulte de los estatutos de un modo claro y directo que exista ese órgano colectivo especial, por lo que no puede diligenciarse más que el libro correspondiente a la Junta General de propietarios.

Por otro lado, la conversión de elementos comunes en privativos implica la desafectación y objetivación jurídica de los mismos y consiguiente señalamiento de nuevas cuotas y reordenación de los servicios en su caso. A tal fin, la RDGRN de 13 de junio de 1998 (AR 5231) establece:

PRIMERO.—En el presente recurso se debate la inscripción de un acuerdo de la Junta de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal por el que se desafecta la vivienda portería, que pasa, en lo sucesivo, a constituir finca independiente con su cuota en el condominio sobre los elementos comunes —y con la consiguiente alteración de las cuotas restantes— y de la posterior venta de dicha vivienda efectuada por el Presidente de la Comunidad de Propietarios en representación de ésta.

El Registrador suspende la inscripción por no concurrir el consentimiento de los titulares de créditos hipotecarios recayentes sobre algunos de los pisos o locales integrantes de ese edificio, consentimiento que se precisaría por cuanto que la desafectación disminuye su garantía.

SEGUNDO.—El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la inseparabilidad entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre la parte privativa, y la participación en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. arts. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 396 del Código Civil), no procediendo la enajenación de estos últimos sino juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable, de modo que los actos dispositivos sobre el piso o local se extienden necesariamente a los dos elementos que según se ha señalado integran el complejo derecho sobre el piso enajenado o gravado.

TERCERO.—Es principio básico de nuestro sistema que la división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantizado, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellos o de todos simultáneamente (cfr. arts. 122 y 125 de la Ley Hipotecaria).

CUARTO.—De las consideraciones anteriores se desprende inequívocamente que cuando una parte de ese derecho complejo en que consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirá pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente,

y ello es, precisamente, lo que ocurre en el supuesto debatido,

en el que respecto de una parte de los elementos comunes, que no es estrictamente necesaria para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos, se acuerda, conjuntamente, su objetivación jurídica (mediante su configuración como un nuevo elemento privativo con su cuota sobre el todo), su desvinculación de la específica afección al servicio o utilidad común que se le había asignado en el título constitutivo, y su enajenación inmediata. En tal caso, es evidente que la cuota que a cada piso o local preexistente correspondía sobre el todo —cuota que integraba el dominio de dicho piso o local—, se descompone en dos nuevos elementos:

la nueva cuota sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes (que sigue siendo anejo inseparable del piso o local), y la cuota proporcional pertinente en el nuevo objeto jurídico antes integrado en ese todo común (ya desligada del dominio del piso), continuando ambas afectas a los gravámenes que pesaban sobre el derecho matriz —el dominio del piso o local— y ello aun cuando se haya acordado que ese nuevo objeto jurídico sea inmediatamente transmitido a tercero; y se verifique efectivamente dicha transmisión (cfr. arts. 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria).

QUINTO.—Ha de señalarse, por último, que la desafectación, en cuanto acto modificador del título constitutivo de la propiedad horizontal, es competencia exclusiva de la Junta de Propietarios (cfr. arts. 5, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), quedando restringida la legitimación para asistir a ella a los respectivos propietarios de los elementos privativos (cfr. arts. 14 de la Ley de Propiedad Horizontal y 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, por analogía).

SEXTO.—Por todo ello ha de concluirse en la no necesidad del consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria constituida sobre un piso o local para la enajenación del elemento común previamente desafectado y objetivado jurídicamente, si bien aquella garantía subsistirá sobre éste en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble.

Bd) Imputar gastos por encima de la cuota cuando se realiza un uso extraordinario o incluso exclusivo de algún elemento común, o la exención de algunos de ellos, cuando el servicio común no se utiliza, por ejemplo, los de ascensor, tratándose de locales de negocio con salida a calle.

En relación a los gastos, la STS de 2 de febrero de 1991 (AR 700) señala, con motivo de la:

errónea aplicación del párrafo quinto del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, la entidad recurrente viene, en síntesis, a sostener que el artículo 17 de los Estatutos por los que se rige la Comunidad de Propietarios del Edificio Olimpia excluye a los locales comerciales números

uno y dos de contribuir al pago de los gastos que dicho precepto estatutario enumera, por lo que entiende que es nulo el Acuerdo aquí impugnado (de fecha 3 de diciembre de 1985) de la Junta de Propietarios de dicho edificio, en el que se le impone la obligación de contribuir al pago de dichos gastos.

Como la sentencia recurrida, después de reconocer la plena vigencia de la expresada norma estatutaria, que nadie cuestiona, declara la validez del acuerdo impugnado, pero sin utilizar razonamiento alguno para ello en lo que respecta a los gastos de «alumbrado exterior, reparaciones exteriores y pintura», y haciendo una sutil distinción, de que luego se hablará, en lo atinente a los gastos de portero y seguridad social de éste, procede que el estudio del motivo único del recurso sea hecho en términos de doctrina general, sin perjuicio de ocuparnos también, posteriormente, de la referida distinción a que acude la sentencia recurrida para declarar la obligación por parte de la entidad recurrente de contribuir al pago de los gastos de portero y sostener, en consecuencia, la validez del acuerdo impugnado.

La solución, en sede de teoría general, de la cuestión que plantea el único motivo del recurso ha de venir dada por esta doble consideración:

1.^a El sistema de distribución de los gastos generales que, en principio, ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución en régimen de propiedad horizontal, puede ser modificado por medio de los Estatutos, en los que cabe establecer un régimen de participación distinto o incluso consignar ciertas exclusiones en favor de determinados elementos privativos (pisos o locales) del edificio, así se desprende del número 5.º del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando dice que cada propietario contribuirá a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a «lo especialmente establecido», y así lo tiene declarado esta Sala al interpretar dicho precepto —sentencias de 16 de febrero de 1971 (AR 910), 5 de diciembre de 1974 (AR 4585), 27 de abril de 1976 (AR 1928), 7 de octubre de 1978 (AR 3212), 28 de diciembre de 1984 (AR 6300), 2 de marzo de 1989 (AR 1745)—.

2.^a A dicho sistema estatutario de distribución de gastos habrá de atenderse la Comunidad en tanto no sea modificado por la misma con observancia de los requisitos legales establecidos en la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, que exige el acuerdo unánime de todos los propietarios que integran la Comunidad para poder modificar las reglas contenidas en los estatutos. Como en el caso que nos ocupa, por un lado, el artículo 17 de los Estatutos por los que se rige la Comunidad de Propietarios del Edificio Olimpia establece:

«a) En los gastos que se produzcan con el alumbrado, limpieza y reparaciones de los zaguanes, vestíbulos, escaleras y aparatos elevadores, reparaciones de las azoteas y servicios de conserjería (sic) y guardería, no participarán ni el local garaje descrito al número 1 de la división horizontal, ni el local comercial comprendido bajo el número 2 en dicha división horizontal;

b) Tales gastos serán satisfechos por los pisos viviendas en la proporción siguiente...» y como, por otro lado, dicha norma estatutaria no ha sido modificada por acuerdo unánime de todos los miembros de la Comunidad de Propietarios demandada (la sentencia recurrida no ha cuestionado en momento alguno la plena vigencia de la misma), es evidente que el Acuerdo de la Junta de Propietarios aquí impugnado, que impone a la entidad recurrente, en cuanto propietaria de los ya referidos locales números 1 y 2, la obligación de contribuir a los gastos de los que está excluida por dicha norma estatutaria, no puede tener validez, por lo que la sentencia recurrida, al no haberlo entendido así, aunque sin razonamiento alguno, respecto a los gastos «de alumbrado exterior, reparaciones exteriores y pintura», ha infringido el artículo 9.5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, en la correcta interpretación, ya dicha anteriormente, que del mismo debe hacerse.

Por lo que respecta a los gastos de portero y seguridad social de éste, la sentencia recurrida, con el único razonamiento que utiliza para resolver toda la problemática litigiosa, encuentra la justificación a la validez del Acuerdo impugnado en la no identidad de los términos «conserjería» y «portería» y en que el artículo 17 de los Estatutos excluye a los expresados locales solamente del pago de los gastos de los «servicios de conserjería y guardería», pero no de los de «portería».

La tesis exegética de la Sala *a quo*, tan artificiosamente construida, no puede ser aceptada, pues aparte de que los términos «conserje» y «portero», referidos a un inmueble urbano de naturaleza privada (no pública), como el aquí contemplado, entrañan, en la realidad social y en la práctica usual, conceptos sinónimos o idénticos, en cuanto hacen referencia al empleado que cuida o vigila la entrada y guarda del inmueble, aparte de ello, decimos, en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios demandada, aquí recurrida, no existe norma alguna que, directa o indirectamente, permita establecer tan rebuscada distinción, habiendo de entenderse que con la frase «servicios de conserjería» (no «consejería» como erróneamente dice) y «guardería» que utiliza el artículo 17 de dichos Estatutos, se está refiriendo al empleado que tiene dicha misión de vigilancia de la entrada y guarda del inmueble, llámasele de una o de otra forma. Lo razonado en éste y en el anterior Fundamento de Derecho ha de comportar la estimación del motivo.

Y la STS de 20 de marzo de 1984 (AR 1314) afirma:

...a partir de la afirmación de ser el patio elemento común del edificio y corresponder al titular del local «el uso exclusivo, y no la propiedad», según se ha comprobado largamente, es obvio que carecía dicho titular propietario y no podía consiguientemente autorizar a su arrendatario, para la obra cuyas características también se han recordado prolijamente y por las cuales, como acertadamente entendió la Sala de instancia, se dispone de un elemento ajeno por pertenecer el mismo a la copropiedad y ésta a todos

(y no sólo al disponente) los dueños de pisos o locales, según el artículo 3.º de la Ley 49/1960, de 21 julio, sobre Propiedad Horizontal.

Y por ello

excediéndose las facultades reconocidas a los propietarios de cada piso o local, según el séptimo, por alterar la estructura general del inmueble, su configuración o estado exteriores y afectar así al título constitutivo, conforme al once, por lo cual debió ir precedida la obra de acuerdo adoptado en junta de propietarios con sujeción a la norma de la unanimidad prevenida en el 16; sin que el dato en que el motivo se funda de estar cubiertos con obra otros patios, sea determinante si el litigioso sigue siendo elemento común y la obra no aparece autorizada a tal punto que ni siquiera se tiene alegada la existencia de la indispensable autorización.

Y más adelante

...tampoco merecería estimación este motivo en cuanto que no ofrece relación alguna el contenido de los artículos con los fundamentos de hecho de la demanda, pues, en efecto, no se pone en duda que la posesión se puede tener por medio de otra persona (431) ni que la posesión puede tenerse no sólo en el concepto de dueño sino en el de tenedor de la cosa o derecho para poseerlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona (432), ni que, consiguientemente, el arrendatario sea poseedor y pueda estar autorizado por el arrendador para efectuar obras de acondicionamiento del local;

pero todo ello no conlleva que, desde el local arrendado y con ocasión de las obras de acondicionamiento del mismo, debidamente autorizadas por el arrendador, se disponga de un elemento común del inmueble sobre el cual el arrendador no tiene otro derecho que el de uso, perteneciendo el dominio a la comunidad, que es lo sucedido; sin que se descubra el sentido de invocarse asimismo el artículo 480, relativo al derecho real de usufructo que no puede confundirse en modo alguno con el derecho de usar del patio que corresponde al titular del local según los términos antes ampliamente consignados de la escriturada de constitución de la División Horizontal (derecho que, ciertamente, fue cedido insegregablemente con el local y por el concepto de arrendamiento, por los titulares de la propiedad, al Centro);

pues,

siendo dicho derecho de uso, por formar parte del «estatuto privativo» contenido en el «título constitutivo» (párr. 3.º del art. 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal) de cierta sustancia real al poder perjudicar a tercero si se halla inscrito en el Registro de la Propiedad y a diferencia de las normas de régimen interior objeto del artículo 6.º y pensadas por el legislador para sólo regular los detalles de la convivencia y la adecuada utili-

zación de los elementos y servicios comunes, con índole puramente obligacional, de existencia por lo tanto eventual como potestativa que es, pero, con todo, no autoriza aquel derecho más allá de la mera utilización del patio común y conforme a los términos del «título constitutivo», notoriamente excedidos con la obra ejecutada por el ente arrendatario; pues, en efecto, se trata de un «patio de luces» —en el sentido de las sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1972 (AR 1458), 30 de diciembre de 1975 (AR 4846) y 5 y 2 enero 1980 (AR 17), entre otras—, o sea, de uno más de los elementos necesarios y por ello comunes para el adecuado uso y disfrute de los diferentes pisos y locales (párr. 1.º del art. 396 del Código Civil) y abarcado por la copropiedad atribuida a los titulares de éstos (apartado «b» del art. 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal);

viniendo los patios de la clase expresada destinados a darles luz y aire a los pisos y locales y no pudiendo consiguientemente el titular del local a que esté atribuido el derecho de uso ejecutar obras en el mismo sin acuerdo previo unánime de la Junta conforme a los textos legales antes recordados —sentencias de 30 de junio de 1967 (AR 3496) y 21 de mayo de 1970 (AR 2411)—; y aun parando la atención muy especialmente en la facultad de usar el patio en exclusiva, pero claramente se le adjetiva al patio llamándole «descubierto» y separando tal uso del derecho de propiedad, expresamente atribuido este último a la comunidad: supuesto análogo (cuando menos) al que contempló la sentencia de esta Sala de 2 de mayo de 1964 (AR 2184) al sentar la doctrina de que la «exclusividad» del uso y disfrute se limita al patio descubierto, que ha de conservar «su carácter de tal» y su «peculiar destino», sin que autorice utilizaciones y disfrutes que reduzcan siquiera la extensión descubierta.

Be) Reservar el derecho de sobreelevación de una o más plantas en los términos establecidos en el artículo 16.2 del RH

A tal fin, la RDGRN de 6 de noviembre de 1996 (AR 7928) en punto a la reserva a favor de uno de los propietarios del derecho a elevar las plantas permitidas por la normativa urbanística, declara su improcedencia cuando se constituye como un derecho real limitado singular de carácter perpetuo e irredimible sin justa causa. Dice al efecto en sus fundamentos jurídicos 1.º a 3.º:

PRIMERO.—Dividido un edificio en régimen de propiedad horizontal, las dueñas del mismo se reservan en los estatutos respectivos, el derecho a elevar las plantas que ahora o en lo sucesivo permitan las ordenanzas municipales para ellas y sus sucesores, con previsión de fijación de cuotas entre las existentes y las que se edifiquen en proporción a la superficie resultante. El Registrador suspende la inscripción por indeterminación de dicha cláusula estatutaria, al conculcar el principio de especialidad ya que: a) no se concreta el número de plantas a edificar, y b) no queda especificado hasta cuándo las dueñas del edificio van a poder seguir haciendo uso de dicha facultad que se reservan, ya que el derecho de vuelo no tiene fijado plazo para su ejercicio.

SEGUNDO.—Ciertamente, las exigencias del principio de especialidad, que impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 del Reglamento Hipotecario, impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado que, además de presentar contornos especialmente difusos, produce una clara indeterminación en la extensión de los derechos de propiedad especial y separada recayente sobre los distintos pisos y locales configurados como elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal constituido (la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos y locales, así como las características generales del complejo urbanístico, quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las ordenanzas municipales).

Lo que ocurre en el caso debatido es que tras esa aparente falta de determinación (no especificación del número de plantas a construir, del plazo de desenvolvimiento o realización de la construcción, duración, imprecisión de los criterios de fijación de las futuras cuotas en la comunidad, etc.), lo que subyace no es un derecho de los configurados en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es la materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística (vid. arts. 5, 8, 23, 26 y 31 de la Ley del Suelo);

se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos de los arts. 368 y siguientes del Código Civil), lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (vid. arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico-política y su trascendencia *erga omnes*) que excluyen la constitución derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (vid. arts. 513, 526, 546, 1.608 y 1.655 del Código Civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad.

TERCERO.—En cuanto al tercero de los defectos de la nota, debe confirmarse igualmente el criterio del Registrador, toda vez como tiene declarado reiteradamente este centro directivo (vid. Resoluciones de 9 de febrero de 1898, 16 de julio de 1902, 28 de marzo de 1903, 14 de diciem-

bre de 1912 y 23 de marzo de 1994 (AR 2028) el principio de especialidad que impone la determinación precisa y complementaria del contenido y alcance de los derechos que pretenden su acceso al Registro (vid. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), exige en los casos de cotitularidad sobre el derecho inscribible la especificación de la concreta participación que a cada cotitular corresponde (cfr. art. 54 del Reglamento Hipotecario), sin que baste la mera presunción de igualdad derivada de los artículos 393 y 1.138 del Código Civil, presunción que en modo alguno define, dado su carácter de tal, la verdadera extensión del derecho de cada titular.

Y por su parte, la STS de 10 de mayo de 1999 (AR 2886) declara la incompatibilidad entre la reserva de un derecho de vuelo de titularidad ajena a la Comunidad con la Comunidad misma de propiedad horizontal. En este sentido, dice literalmente en sus fundamentos jurídicos:

PRIMERO.—El único motivo de casación opone a la sentencia impugnada la infracción explícita del artículo 396 del Código Civil y de los preceptos concordantes de la Ley de Propiedad Horizontal. En la constitución del derecho de vuelo, ahora impugnado, el constructor del edificio ha mostrado una actitud exorbitante y claramente abusiva, como demuestra la cronología documental obrante en los autos: En efecto, en el contrato privado de compraventa de 12 de noviembre de 1985 el recurrente adquirió una de las viviendas, aduciendo que lo hacía «con la parte proporcional de los elementos comunes». Y para desvanecer cualquier posible duda al respecto se subrayó que cuando estuviese concluido el edificio, éste se sujetaría a la normativa de la Ley de 21 de julio de 1960 (es decir, al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal).

El 31 de julio de 1989 se otorga la escritura de declaración de obra nueva y constitución del edificio bajo el régimen de la propiedad horizontal; sorprendentemente el 25 de abril de 1990, el vendedor otorga otro instrumento «aclaratorio» de dicha escritura, arguyendo que al otorgarse aquella, por error, se había omitido consignar que se había reservado el derecho de vuelo sobre el edificio, restringiendo el uso de la azotea a favor del propietario de la vivienda número ... y que, por ello, en este sentido se rectificaba aquella escritura.

SEGUNDO.—El artículo 6 de la LOPJ y otras normas básicas coincidentes ordenan a los Jueces y Tribunales que se abstengan de aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición que se opongan a las leyes y al principio de jerarquía normativa. Por ello, esta Sala no puede conceder eficacia jurídica al artículo 16 del Reglamento Hipotecario porque, este precepto se opone al Código Civil y a la Ley de Propiedad Horizontal en su concreta confrontación con los artículos 369 del Código Civil y 3 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El derecho de elevación es una realidad en la vida jurídica española y está consagrado en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario; su estable-

cimiento es correcto en algunos casos e incorrecto en los supuestos de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal. Este derecho, tal como se programa en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, es incompatible con el Código Civil y con la Ley de Propiedad Horizontal, y por tanto, su regulación es inaplicable al caso por contrariar al principio de jerarquía normativa. Este aserto es verdadero, como lo demuestra la simple lectura combinada del artículo 396 del Código Civil y del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

— El artículo 396 establece que los diferentes pisos o locales de un edificio podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, fosos y cubiertas.

— El artículo 16 del Reglamento Hipotecario proclama la inscribibilidad del derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero.

Si hacemos pasar este último precepto por la piedra de toque del artículo 396 del Código Civil, se advierte claramente que deviene inviable. El elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de propietarios; si no, lo construido, por accesión, será otro elemento común, también perteneciente a todos los condueños.

Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho: la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen en copropiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá, por accesión, lo que se construya subterráneamente ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso. El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.

TERCERO.—El artículo 16 del Reglamento Hipotecario, con su literalidad, desdibuja la característica de ser un derecho real en cosa ajena. Según este precepto, el propietario de un edificio puede reservarse el derecho de elevar una o más plantas sobre él «en caso de enajenación de todo o parte de la finca».

Efectivamente, si no se enajena la totalidad del inmueble (si se transmitiese todo el bien, éste pasaría a pertenecer a terceros, y por tanto el derecho de elevación se constituiría sobre un bien de otro, siendo un auténtico derecho real en cosa ajena) si por ejemplo, el constructor transmite

dos de los pisos de la casa y se reserva diez, es evidente que el derecho reservado en una gran proporción no es un derecho real en cosa ajena, sino un derecho real sobre cosa propia.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario configura legalmente el derecho de vuelo como el derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio existente o el de profundizar en el subsuelo mediante construcciones antes inexistentes. El propio Reglamento le confiere carácter real y lo declara inscribible. Y lo diferencia del derecho de superficie, al que se refiere el mismo precepto.

CUARTO.—El único motivo del recurso se basa en la vulneración del artículo 396 del Código Civil por parte de la sentencia recurrida. Indudablemente, un reconocimiento del derecho de vuelo, que grave un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, pugna frontalmente con la normativa explícita de dicho precepto y por ello es preciso casar la sentencia recurrida.

Con frecuencia se autorizan escrituras notariales en las que el constructor de una casa de pisos, constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, y, con vistas a la próxima enajenación de las viviendas, se reserva el derecho a levantar una o varias plantas, derecho que ejercerá cuando ya los diferentes pisos pertenezcan a terceros adquirentes, es decir, dispone de lo que no es suyo.

Jurídicamente considerado, el negocio es muy sutil. Cuando todavía el edificio es suyo, el constructor se reserva el derecho de levantar una o más plantas, lo cual guarda congruencia con el *ius aedificandi* o facultad de construir *usque ad caelos et ad inferos* que caracterizó tradicionalmente a la *proprietas plena*. Pero este derecho reservado se ejercerá normalmente cuando ya los diversos pisos pertenezcan a extraños, con lo que funcionará como un auténtico *ius in re aliena* o propio derecho real en cosa ajena.

El examen de la reserva del derecho de elevación propicia una cierta proclividad a considerar que estamos en presencia de una situación condicional, a pensar que todo depende de que, en su día, se levante o no un nuevo piso. Pero lo cierto es que no hay tal, sobre todo si ponemos la vista en las condiciones propias, en las determinaciones accesorias de la voluntad, emanadas de la voluntad de las partes contratantes. Sin olvidar, por otra parte, la posible incidencia de una *condictio iuris*. Para que admitiésemos la existencia de una condición negocial sería preciso que la adquisición del derecho de elevación se hiciera depender de un hecho incierto. Por ejemplo, si se utilizara ésa o parecida fórmula: «si vendo el ático del inmueble, me reservo el derecho de levantar un nuevo piso...».

En las escrituras más corrientes, el constructor se reserva el derecho de una forma rotunda y sin hacerlo depender de futuras contingencias. Por tanto no existe auténtica condición.

Lo que ocurre es que la condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *condictio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista

edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario.

QUINTO.—Las decisiones adversas al recurrente se han basado en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que, según interpreta el juzgador *a quo*, permite al constructor establecer cláusulas sobre el uso de los elementos comunes. Que esto no es así, lo patentiza la redacción literal del precepto: «El título podrá contener... disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso y destino del edificio... instalaciones y servicios...».

Pero este artículo 5 de la Ley no avala sino que descalifica las afirmaciones del reservista del derecho de elevación. El uso y destino de los elementos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal no puede decidirse por quien, habiendo transmitido todas las viviendas de que consta, ya carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios, y si éste, arrogándose facultades de que carece, quiere regular el uso de tales ingredientes de la casa (entre los que están las azoteas) estará conculcando el derecho positivo, adoptando decisiones prohibidas por la ley y por lo tanto nulas.

Los actos proscritos por una ley pueden ser de dos clases, o con prohibición directa o con prohibición indirecta. Los primeros son los que resultan de los términos explícitos de la norma, que vedan, con amenaza de nulidad, las actitudes que se opongan a ella; las otras prohibiciones resultan circunlocutoriamente de un mandato; de una orden positiva: se manda una determinada conducta, en forma imperativa, con lo que, por contraste, se está prohibiendo cualquier actitud opuesta al mandato legal. Esto es claro. Si el legislador ordena que los bienes gananciales deben distribuirse a partes iguales entre los cónyuges al disolverse la sociedad conyugal, es evidente que será contrario a la normativa oficial un reparto disimilar, en el que el marido percibe el 70 por 100 del acervo matrimonial y la mujer el 30 por 100. Este reparto sería ineficaz por opuesto a la ley.

Lo mismo ocurre con el régimen de la propiedad horizontal. Según el artículo 1 de la LPH esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y en lo que las mismas permitan por la voluntad de los interesados. De ahí que la voluntad de los particulares no tenga ningún juego si las normas no permiten ciertas desviaciones en la regulación legal.

El artículo 396 del Código Civil es rotundo y transparente: la propiedad separada de cada piso o local lleva inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes, como el suelo, el vuelo, cubiertas... Las cubiertas (terrazas, azoteas, solados...) son elementos comunes y el vuelo que está por encima de ellas, también. Y cada piso (como parte integrante o inherente a él) ostenta una cuota sobre esos elementos comunes, de la que no puede ser privado por decisión arbitraria del constructor (antiguo dueño) que carece de derechos actuales sobre el inmueble.

Al edificar dos áticos en alguna forma se está parcelando la azotea, violentando otra de las normas imperativas del artículo 396: «las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas junto con la parte determinada

privativa de la que son anejo inseparable». Si las terrazas y el vuelo sobre ellas son anejo inseparable de los pisos, es evidente que quien no sea dueño de ellos no puede enajenarlas, ni gravarlas, ni afectarles de ninguna forma.

SEXTO.—Lo que hemos afirmado con respecto a los actos contrarios a las leyes, podemos sostenerlo también con respecto a los actos permitidos. Las leyes pueden permitir de dos formas: o bien facultando expresamente a los interesados para realizar determinados actos, o bien si no son afectados por la presión de normas imperativas: de esa forma se permite lo que no se ordena, lo que no se prescribe. El resultado es el mismo que cuando analizábamos la situación desde la óptica de las normas prohibitivas. Porque el artículo 396 del Código Civil establece de forma imperativa que la propiedad de cada piso llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Y por tanto, no está permitida una regulación que se oponga a esta estricta normativa. Si los elementos comunes son inherentes (por cuotas proporcionales) a todos y cada uno de los pisos y/o sólo a algunos, es evidente que la disponibilidad sobre el uso de los mismos no se puede sustraer al conjunto de los copropietarios.

SEPTIMO.—El derecho de elevación al que se refiere el artículo 16 del RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales lo otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título lucrativo.

Dicha sentencia ha merecido una juiciosa crítica de RAMS ALBESA (6) que asumimos en su totalidad, toda vez que no vemos la imposibilidad de que un derecho de vuelo, mientras sea tal, no pueda residenciarse fuera de la comunidad horizontal si ha sido desafectado como elemento común. Y por ello, lo que era cubierta no deja de ser elemento común sino que se transforma en techo del último piso o local originariamente construido y suelo de la nueva construcción realizada. No hay obstáculo si la facultad de elevación estaba autorizada por el que constituyó el título ejecutivo al que luego se han ido adhiriendo los sucesivos adquirentes de pisos y locales. Sólo cuando se ejercita efectivamente el derecho de sobreelevación, construyendo lo oportuno, y no antes, lo construido supone una integración en el régimen de propiedad horizontal con la redistribución de cuotas y la reordenación de elementos privativos y comunes. No puede verse obstáculo o contradicción entre el artículo 16 del RH y el 396 del Código Civil.

IV. EL REGLAMENTO DE REGIMEN INTERIOR

Los detalles de convivencia y adecuado uso y disfrute de los elementos comunes precisan necesariamente de una regulación en la realidad social,

(6) Vid. nota anterior, pág. 266 y sigs.

máxime en las grandes comunidades donde se presentan problemas de todo tipo cuya urgencia no puede esperar al trámite lento de convocatorias, votaciones, impugnaciones, etc., y de los que suelen desentenderse muchos de los partícipes a los que no les afecta o, afectándoles, pasan por desidia de su solución, en espera de que se resuelvan por otros.

A tal fin, el artículo 6 LPH, no afectado por la modificación de 1999, señala que para regular precisamente estos detalles y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los Estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre administración, es decir, con las mayorías establecidas legalmente. Tales normas no son objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, pues en caso de limitar verdaderamente derechos deben incorporarse a los Estatutos o al título constitutivo, en su caso, que sí ingresan en el mismo, como enseguida veremos en el epígrafe siguiente.

Sobre la distinción entre las normas contenidas en el Título constitutivo y en los Estatutos por una parte, y las integradas en el Reglamento de Régimen interior resulta interesante la STS de 26 junio de 1995 (AR 5115) que, con ocasión de la coexistencia de dos tipos de comunidades, una propia del edificio, otra de la urbanización en que éste se enclava, determina:

Ha de afirmarse desde ahora que los motivos segundo y tercero han de ser acogidos, pues no cabe dudar que, ya se constituyese la Mancomunidad en 1980, como afirma el demandante, bien en 1981, cual se recoge en el artículo 1.º del denominado «Reglamento de Régimen Interior» de la Mancomunidad «Las Chapas», el mismo constituye unos auténticos Estatutos, que crean derechos y deberes, señalan cuotas, sancionan e, incluso, invaden competencias propias de cada una de las diecisiete comunidades que se corresponden con igual número de bloques integrantes de la Mancomunidad, sin que conste la dejación de competencias de todas y cada una de éstas [sirva como ejemplo el artículo 3.º, que considera elementos comunes de la Mancomunidad, en su apartado *b*): la configuración de las fachadas de los edificios y su decoración exterior, incluidos los toldos, pintura de balcones, ventanas, enrejados, balastradas y persianas], ocurriendo lo mismo con el acuerdo adoptado por la junta en su punto 4.º (5.º en la convocatoria) referido al «modelo de cerramiento de las terrazas interiores de los pisos pequeños» y las demás decisiones tomadas sin estar en el orden del día (cuya impugnación, en contra de lo afirmado por la Audiencia, sí figuraba en el cuerpo y suplico de la demanda).

Conviene recordar, por otra parte, y aunque el recurso no se plantea por la Mancomunidad, que la Audiencia afirma que «no está convencida de las alegaciones... de la parte demandada-apelante en el sentido de no ser aplicables las normas de la Ley de Propiedad Horizontal y sí las del Código

Civil relativas a la comunidad de bienes...», pero más adelante establece de modo tajante que «no cabe entender que sean aplicables regímenes jurídicos distintos a los bloques de viviendas y al resto de la finca matriz (la propiedad de ésta es conjunta con la de lo edificado) ni cabe negar, contra toda racionalidad jurídica, que la Mancomunidad, en cuanto tal, no tenga personalidad propia y distinta de la de los bloques o Comunidades que lo integren», extremos a los que se ha aquietado dicha Mancomunidad, a la que, simplemente por vía de aclaración, ha de decirse que la junta, aun aplicando el artículo 398 del Código Civil, no habría alcanzado la mayoría de participaciones (intereses) y no de personas necesaria, dado que, siendo los comuneros más de doscientos, sólo concurrieron ochenta y tres, es decir, un cuarenta con cincuenta y dos por ciento.

Es doctrina de esta Sala, contenida en la sentencia de 23 de septiembre de 1991 (AR 6059), que cita las de 18 de abril de 1988 (AR 3175) y 13 de marzo de 1989 (AR 2038), que se admite, en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento —a falta de una regulación específica de la segunda— al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, sin que exista inconveniente legal, ni jurisprudencial, en admitir que la defensa de aquellos intereses comunitarios que, por extravasar los propios y exclusivos de cada edificio, afecten a la generalidad o a una gran mayoría de los componentes del conjunto urbanístico, pueda asumirla la expresada comunidad de la urbanización;

pero esto no quiere decir que sus Estatutos puedan constituirse sin unanimidad, ni invadir las competencias de cada bloque, rigiendo para su constitución lo establecido en el artículo 5.º «acuerdo de todos los propietarios existentes, laudo o resolución judicial» y después, la Ley especial prescribe en su artículo 6.º que «para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los Estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular; con lo que se viene a proclamar, cual señala la sentencia de 6 de julio de 1978 (AR 2749), que existen dos clases de normas de muy distinto rango:

unas, las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los estatutos; y otras, integradas en el reglamento de régimen interior;

para las primeras se exige la unanimidad —regla 1.ª del art. 16— y en cambio, para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación —regla 2.ª del mencionado art. 16—, encontrándonos en el caso que nos ocupa en el primer supuesto, que contiene normas de *ius cogens* o de derecho necesario imposibles de desconocer, ya que se

crearla, como dice el recurrente, grave inseguridad jurídica, afectando, repetimos, a las normas legales y estatutarias de cada bloque.

Siendo la configuración, conforme al Diccionario «disposición de las partes que componen un cuerpo y le dan su peculiar figura», es llano que cuanto atañe a las fachadas constituye competencia de cada bloque, tanto respecto al cerramiento de las terrazas, como a los tendedores que no modifiquen la parte exterior, trasteros y dobles ventanas, implicando cuanto se refiere a terrazas y trasteros alteración de cosas comunes, que deben someterse a las normas sobre modificación del título constitutivo.

Establecida, por cuanto queda dicho, la nulidad del mal llamado Reglamento y de lo acordado en el punto 4.º de la junta (5.º en la convocatoria), tal nulidad tiene que abarcar igualmente a los «demás acuerdos adoptados en dicho punto 4.º», conforme se expone en la demanda y se expresa en el suplico, máxime cuando, como expresa la sentencia de 19 de noviembre de 1991, no se pueden tomar acuerdos que no estén en el orden del día, pues sería fácil burlar la voluntad de determinados copropietarios, consiguiendo en la junta convocada acuerdos diferentes de los señalados en dicho orden, nulidad que abarca igualmente a dichos acuerdos si se adoptan bajo la rúbrica de ruegos y preguntas [sentencia de 9 de octubre de 1987 (AR 6773)], pues el artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal señala, entre los requisitos de convocatoria para las juntas, la «indicación de los asuntos a tratar».

También se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 16.1.º, párrafo segundo, respecto a la notificación o los ausentes, de modo fehaciente, de los acuerdos adoptados, siquiera este extremo no ha producido indefensión, ya que ni se discute lo acordado, ni se aduce la caducidad de la regla 4.ª, párrafo segundo, de dicho precepto. Y respecto a que el acta no está certificada por el secretario, ni suscrita por persona alguna, es cierto que transmitirían a los acuerdos carencia de prueba, pero no consta que ninguno de los asistentes a la junta negase haber prestado su consentimiento a los acuerdos tomados, cosa que tampoco alegó el recurrente, por lo que, aunque falte un elemento testificativo que haga fe de las declaraciones emitidas, no negadas por el recurrente, como quiera que la Ley de Propiedad Horizontal presenta un vacío en este aspecto formal —arts. 13 a 17— [ver sentencias de 23 de junio de 1983 (AR 3653) y 11 de noviembre de 1988 (AR 8433)], el primer motivo ha de ser desestimado, acogiéndose, en cambio, los dos restantes, con el consiguiente efecto de casar la sentencia, desestimar el primer pedimento de la demanda y acoger el segundo, salvo en lo referente a las costas, precisamente por ser parcial la estimación de la demanda.

V. INSCRIPCION DEL TITULO CONSTITUTIVO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El artículo 8, apartados 4 y 5 de la LH, redactados de acuerdo con la LPH, permiten la inscripción en el Registro de la Propiedad del edificio en régimen de propiedad horizontal cuya construcción esté concluida o, por lo menos comenzada, así como de los pisos o locales del mismo, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen. Puede concluirse sin hipérbole que con esta previsión se está propiciando, no sólo el título constitutivo sino la inscripción en el Registro de la propiedad. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la propia Ley cuando expresa:

La esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal descansa en la finalidad de dar acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al poder quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a la propias necesidades, es menos cuantiosa y, por lo mismo, más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas. Siendo ello así, el régimen de la propiedad horizontal no sólo precisa ser reconocido, sino que, además, requiere que se aliente y encauce, dotándole de una ordenación completa y eficaz.

Pues bien, para el efectivo acceso a la propiedad que se pretende, se requiere la oportuna financiación que no se consigue exclusivamente con la construcción en propiedad horizontal para no tener que hacer abordar el excesivo coste de casas separadas o chalets, siquiera sean adosados, sino también y más principalmente mediante el crédito hipotecario. No sería posible la constitución de hipoteca sin estar previamente inscrito el edificio en régimen de propiedad horizontal y, posteriormente, los pisos o locales.

La posibilidad de vender casas enteras para dedicarlas a renta y pisos por separado a un público de consumidores directos más numeroso, así como la protección oficial dedicada a los empresarios de este sector y a los adquirentes modestos, creó una nueva actividad mercantil y un nuevo tipo de empresario: el constructor, profesión que durante muchos años podía iniciarse sin capital al venderse sobre plano los pisos meramente proyectados a pagar en plazos, con préstamos y bonificaciones que se hacen efectivos en el curso de la construcción que financian, al paso que se hace frecuente la adquisición de solar dando al propietario locales de negocios y pisos en el edificio a construir.

Ello ha determinado, por otra parte, la necesidad de ordenar las relaciones que se suscitan en el ámbito de la construcción de los edificios, básicamente establecida a través del Código Civil y de una variedad de normas cuyo conjunto adolece de una serie de lagunas en la ordenación, tanto respecto a

la identificación de obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el mismo, como en lo referente a las garantías para proteger al usuario. En este sentido, se ha dictado la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, y antes en la Comunidad Autónoma de Madrid la Ley 2/1999, de 17 de marzo, de Medidas para la calidad de la edificación (BOCM de 29 ste).

Pues bien, estos constructores se financiaban hipotecando el solar a construir, cuya hipoteca se extiende luego, bien al edificio, si no está hecha la propiedad horizontal (art. 106 LH), bien a los diferentes pisos si ya existiere (art. 107.11 LH). El primer caso presenta el problema de que no puede distribuirse el crédito hipotecario si la finca se divide en pisos, a menos que lo acuerde el acreedor junto con el deudor y, entretanto, aquél podrá repetir por la totalidad de la suma asegurada, esto es respecto de todo el edificio, contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas ellas (art. 123 LH).

En tales circunstancias, si bien existen incautos que asumen esa responsabilidad global, muchas veces lo hacen por falta de asesoramiento y acaban perdiendo el piso que compraron. Pero la mayoría de las veces, dotados de asesoramiento, se retraen de comprar mientras no se encuentre hecha la división horizontal y luego hipotecados cada uno de los pisos con efectiva distribución de la responsabilidad hipotecaria (art. 119 a 121 LH, en relación con el 216 del Reglamento).

Todo ello nos lleva a la conclusión de la necesidad del título constitutivo de la propiedad horizontal y su consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad, como medio indispensable de financiación de la mayoría de personas carentes de medios para acceder al piso que compran, e incluso del resto, que sí los tienen, pero quieren beneficiarse de la oportuna desgravación fiscal. Por otro lado, decir que no es necesaria la inscripción, es un dato que podría barajarse en 1960 cuando faltaba por inscribir casi la mitad de la propiedad urbana inmueble.

Ya entonces se decía (7) que la propiedad horizontal constituye una realidad abrumadora que, traducida en cifras oficiosas, se sitúa en su órbita, caso del 90 por 100 de la construcción actual. Hoy, esa realidad aún ha sido superada. Y si puede haber un propietario de un edificio o chalet que se arriesgue a no inscribir su propiedad, sería sumamente extravagante y excepcional que lo hicieran, a la vez, todos los propietarios, casi siempre en proporción plural considerable, que se constituyen en un edificio en propiedad horizontal. De ahí puede concluirse que el 100 por 100 de dicha propiedad,

(7) MONET ANTÓN, F., *Estatutos de Propiedad Horizontal*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el día 5 de febrero de 1957, edición separata de Reus, Madrid, 1961, pág. 9.

y son datos constatables, figura inscrita en el Registro de la Propiedad, y en consecuencia existe el título que la precede.

Por otro lado, habría que preguntar a los ardientes defensores de la innecesidad de inscripción del título constitutivo, si no se han apresurado a inscribir, por razones de seguridad jurídica, sus propias titularidades, aun cuando ni siquiera sean en propiedad separada unida a otros elementos comunes, y con más razón en estos casos o en urbanizaciones privadas. Por ello, ni puede desconocerse la realidad al 100 por 100 del parque de viviendas inscritas en la España del año 2000, a diferencia de lo que ocurría hace cuarenta años, ni debe aconsejarse otra cosa que la propia inscripción del título constitutivo, por razones de seguridad jurídica, de protección frente a terceros, de financiación de la propia vivienda y de comercialidad de la misma si se quiere enajenar. Así lo entiende el ciudadano en general y no será fácil convencerle de lo contrario, por más que la defensa de la innecesidad del título constitutivo de la propiedad horizontal y su correspondiente inscripción sea un ejercicio de laboratorio jurídico, propio de troteo de salón en una sesión académica, pero ajena a la realidad.

Pero volvamos al principio de este epígrafe donde se hablaba de la posibilidad de inscribir la construcción al menos comenzada (art. 8.4 LH) y la realidad de venta de pisos sobre plano. Hoy habrá que tener en cuenta la RDGRN de 17 de julio de 1998 (AR 5973) que en torno a la construcción comenzada observa:

PRIMERO.—Se debate en el presente recurso acerca de la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la constitución de un régimen, al que se le da el nombre de «prehorizontalidad», sobre dos fincas, de las que son propietarios en comunidad por cuotas los otorgantes. Estos manifiestan el propósito de construir una edificación y de constituir un régimen de división horizontal cuando aquella esté concluida, expresando los elementos privativos de que dispondrá, aunque sin describirlos, asignando a cada codueño, en pago de sus cuotas, alguno o algunos de estos elementos privativos, estableciendo que tal régimen se registrará por la Ley de Propiedad Horizontal, sin perjuicio de las normas que rigen la comunidad de bienes, y pactando expresamente que, en las transmisiones de las cuotas o participaciones de los codueños, los otros no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto de comuneros.

SEGUNDO.—El Registrador no inscribe la constitución de este régimen «por no estar regulada —la prehorizontalidad— en la vigente Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960». El artículo 8, número 4.º de la Ley Hipotecaria exige, para la inscripción del régimen de propiedad horizontal, que la construcción del edificio al que el mismo se refiere esté, al menos, comenzada. Sin embargo, en base al principio de autonomía de la voluntad y tal y como ya dijo la Resolución de 18 de abril de 1988, nada se opone a la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los

acuerdos entre los comuneros por los cuales cada uno de ellos construirá individualmente su vivienda individualizada y cuya propiedad pertenecía desde un principio al respectivo constructor, pues de este modo se asegura adecuadamente frente a terceros, el interés de cada comunero respecto de las concretas viviendas, garajes y trasteros futuros que le vienen asignados y cuya construcción les va a imponer gastos tan importantes. La inscripción se practicará entonces en el folio de la finca común, en cuanto al acuerdo modificativo del régimen de la comunidad (cfr. art. 2, núm. 2 de la Ley Hipotecaria).

En tanto la construcción no esté concluida, o por lo menos comenzada, no podrá hacerse constar en el Registro que existe sobre cada vivienda, garaje o trastero —todavía sólo en proyecto— una propiedad separada; es decir, no podrá todavía inscribirse el régimen de propiedad horizontal como tal. Pero, desde que se produzca el acuerdo suficientemente determinado sobre la construcción y sobre el destino de cada vivienda, garaje o trastero, procede la inscripción y los pisos proyectados pueden constar como términos de referencia de los derechos que sobre la finca tienen los titulares registrales como, para hipótesis análogas, prevé la misma Ley de Propiedad Horizontal (cfr. art. 21.1.º), la Ley Hipotecaria (art. 8.4.º) y su Reglamento (art. 16.2.º).

Otra cosa es si el acuerdo sobre la construcción del edificio y sobre el destino de cada vivienda, garaje o trastero está o no, en este caso, suficientemente determinado a los efectos de considerarlo conforme con las exigencias del principio de especialidad registral. Pero, dado que este aspecto no es puesto en tela de juicio por la nota del Registrador, no es posible examinarlo en el estrecho cauce del recurso gubernativo, que debe circunscribirse a las cuestiones que se relacionan directa e inmediatamente con la calificación del Registrador (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario).

VI. LAS COMUNIDADES HORIZONTALES DE HECHO

La situación de hecho se refiere naturalmente al ejercicio conjunto de titularidades exclusivas sobre ciertos espacios, pisos o locales, unidas simultáneamente a cotitularidades sobre elementos comunes a ellos, necesarias para su funcionamiento. Y puede provenir de una simple situación posesoria y simultáneamente coposesoria, o por el contrario, de una comunidad ordinaria romana en que los partícipes han hecho expresamente adscripciones exclusivas de uso de determinados pisos o locales, o simplemente han venido funcionando de esta suerte por costumbre. En cualquier caso, deben existir unas normas mínimas de reparto de gastos y aprovechamientos derivados de esta situación que permitan su subsistencia.

Un sector de la doctrina científica sostiene que la propiedad horizontal es una situación que puede funcionar de hecho, sin necesidad de creación en título documental alguno y, menos, de su inscripción en el Registro de la

Propiedad. Para los que así opinan, basta la situación creada por la mera posesión para que exista publicidad suficiente y puedan hacerse valer frente a terceros todos los derechos y acciones derivadas de la misma.

Pero la posesión es una categoría que funciona en casos de derechos reales muy simples, de mero uso, como, por ejemplo, una servidumbre de paso, en que el entramado de derechos y deberes que se implican constituye una estructura sencilla, sin toda la complejidad que presenta un grupo de edificios o conjuntos inmobiliarios, o incluso un solo edificio mismo que, en cuanto supera tres titulares, genera una complejidad que no puede dilucidarse por la simple posesión, a menos de incidir en una inseguridad jurídica de amplio alcance que ni los propios titulares querrían, ni supone una solución seria de derecho.

Por el contrario, LACRUZ (8), con cita de la STS de 13 mayo 1988, estima que el otorgamiento de título constitutivo de la propiedad de pisos o locales es esencial, de modo que no valdría que para transferir el dominio de un piso en propiedad horizontal el acto por el cual el dueño del entero edificio enajena dicho piso sin cumplir los requisitos para la creación del título, es decir, sin describir los restantes locales, ni señalar las cuotas de participación de todos.

Y es que la combinación de una comunidad sobre elementos comunes de edificios, jardines, patios, cubiertas, canalizaciones, etc., con una propiedad separada de cada uno de los diferentes pisos, locales, garajes independientes, etc., con salida a un elemento común o a la vía pública, es algo que no puede dejarse a la iniciativa, a la curiosidad o descuido de los titulares implicados porque llega un momento del funcionamiento del complejo en que se necesita cierta dosis de claridad en torno a las relaciones jurídicas que de continuo se establecen entre ellos, y sobre todo, que acaban afectando a quien contrata con esa entidad o comunidad de titulares.

Se hace preciso entonces establecer los derechos y asignar las correspondientes obligaciones porque eso es algo que no se presume, que tiene que ser establecido en cada momento y circunstancia. Aparece así la figura del negocio jurídico normativo como una suerte de estructura formal de derechos y obligaciones que determina la suerte futura de las relaciones que se ventilan en su entorno. El negocio en principio no es atributivo de derechos y obligaciones, que eso vendrá después, sino una especie de programa normativo por el que se rigen las relaciones de los que forman parte como titulares de esa compleja combinación de propiedad comunitaria y separada. Es un negocio que, en principio, se limita a crear un régimen jurídico de todos los implicados y de los terceros que entran en relación con ellos.

(8) *Op. cit.* en nota 2, pág. 532.

Eso debe bastar de momento. Piénsese en el caso de un solo propietario que establece el régimen de propiedad horizontal. Nada añade en cuestión de derechos, que siguen siendo los mismos que antes de la constitución y, sin embargo, aquello ha cambiado notablemente porque posibilita las propiedades separadas de distintos titulares en conjunción con una titularidad común. Pues bien, dadas las características de la construcción moderna, el grueso de la población y los servicios se alojan en sistemas constructivos multidisciplinarios que generan una complejidad de relaciones jurídicas que sólo es posible encauzar desde la base de un régimen jurídico complejo, único que proporciona seguridad jurídica en su desenvolvimiento.

Pretender, por el contrario, que esa complejidad de relaciones queden reguladas por un régimen mínimo legal, o es una suerte de ligereza irresponsable que pronto ha de ser contradicha por los propios titulares de los derechos e intereses que se ponen en juego, o es una conducta buscada de propósito al objeto de eludir el cumplimiento de deberes y responsabilidades que pueden querer no cumplirse y, a la postre, resulta una puerilidad de inocentes, toda vez que no se puede negar la evidencia.

Esta idea de la innecesariedad de otorgamiento de título constitutivo, que hoy ven reforzada por lo dispuesto en el artículo 2 de la LPH cuando habla de que la ley será de aplicación en todo caso *a las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil, aunque no hubiesen otorgado el título constitutivo*. Pero una cosa es que no sea necesario el otorgamiento de título constitutivo y en tal caso la ley tiene que prever una organización mínima y por ello somete a dichas comunidades al ámbito de aplicación de la LPH, reformada precisamente en 1999 en este punto para evitar queden sin regulación las complejas relaciones que comportan un conjunto de propiedades inmobiliarias, y otra muy distinta que la propia Ley propicie la falta de título constitutivo con una disposición, el nuevo artículo 2, que sólo puede entenderse en el marco de su ámbito de aplicación sin otros designios que no formula.

No cabe ignorar, por otra parte, que la Exposición de motivos de la LPH, en párrafo directamente complementario con el que enunciamos en el epígrafe anterior manifiesta:

Motivo de especial estudio ha sido lo concerniente a la constitución del régimen de propiedad horizontal y a la determinación del conjunto de deberes y derechos que lo integran. Hasta ahora, y ello tiene una justificación histórica, esta materia ha estado entregada casi de modo total, en defecto de normas legales, a la autonomía de la voluntad privada reflejada en los Estatutos. Estos, frecuentemente, no eran fruto de las libres determinaciones recíprocas de los contratantes sino que, de ordinario, los dictaba, con sujeción a ciertos tipos generalizados por la práctica, el promotor de la empresa de construcción, limitándose a prestar su adhesión las personas

que ingresaban en el régimen de propiedad horizontal. La ley brinda una regulación que, por un lado, es suficiente si, con las salvedades dejadas a la iniciativa privada, para constituir en lo esencial, el sistema jurídico que presida y gobierne esta clase de relaciones y, por otro lado, admite que, por obra de esa voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley. De ahí que *la formulación de los Estatutos no resultará indispensable*, si bien podrán éstos cumplir la función de desarrollar la ordenación legal y adecuarla a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones.

De acuerdo con los criterios mantenidos en este pasaje de la Exposición de motivos de la LPH, se está queriendo significar que si por Estatutos se entiende lo que habitualmente se ha realizado copiando prácticamente las previsiones de la ley, entonces sobran, naturalmente, porque no es más que una repetición de lo que ya tiene fuerza legal por sí mismo, superior a cualquier estipulación.

Pero en cambio no es lo mismo el llamado régimen estatutario que la constitución de una propiedad horizontal significa y su correspondiente título constitutivo. Obviamente, es necesario e imprescindible el título constitutivo en cuanto no basta con el conjunto de derechos y deberes establecidos legalmente, que no son suficientes porque no es eso lo que quiere significar la exposición de motivos cuando dice que *la ley brinda una regulación que, por un lado, es suficiente*.

Las previsiones de derechos y deberes no podrán aplicarse nunca si no se delimita el objeto físico de la propiedad horizontal, describiendo el inmueble en su conjunto y los diferentes pisos, además de las cuotas respecto de los elementos comunes, que son la medida de la contribución a las cargas y el montante de los beneficios en algunos casos. Eso es un presupuesto previo a la aplicación de derechos y deberes legales que necesita su fijación concreta con relación al edificio en propiedad horizontal, y no puede resultar directamente de la ley que no alcanza más que a muy amplias previsiones generales, pero no concretas de cada bien en cuestión. Pero es que, además, hay otras previsiones que se llaman de contenido facultativo que son a veces tan importantes como las de contenido obligatorio, como las prohibiciones de determinadas y concretas actividades, la reserva de derecho de sobreelevación, etc., que no deben ni pueden quedar en la vía de hecho toda vez que nunca serían respetadas ni producirían efectos contra terceros por su falta de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Si se quiere, por tanto, propiciar la multiplicación de pisos, sólo posibles mediante el sistema de propiedad horizontal, para hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a una vivienda digna, como prescribe el artículo 47 CE,

todo ello en aras a cuanto exponemos en epígrafe anterior con ocasión de otro párrafo de la Exposición de Motivos de la LPH, no queda otro remedio que concluir la esencialidad del título constitutivo en sentido material como negocio jurídico normativo que instaura un régimen de derechos y deberes (9).

Es importante citar en esta materia de Propiedades horizontales de hecho, la STS de 1 de febrero de 1995 (AR 1220) que dice:

Así y por lo que a la primera de estas cuestiones se refiere, se inclina esta Sala hacia la tesis apuntada en la sentencia impugnada de que nos encontramos aquí en presencia de una de esas situaciones que tanto la doctrina científica como jurisprudencial califican de «propiedades horizontales de hecho», dada la inexistencia de «título constitutivo» y habida cuenta que: a) Se trata de locales que si bien no tienen salida a un elemento común, sí parecen tenerla a la vía pública (art. 396.1 del Código Civil); b) Que los intervinientes en esta litis no sólo han rechazado tal calificación, sino que incluso parecen haberla promovido.

Sentado cuanto antecede, se hace preciso retornar a lo que constituye el fundamento de la infracción denunciada en el presente motivo, o sea, la del artículo 1.253 del Código Civil por su inaplicación, infracción dirigida a defender la tesis del recurrente en orden a la existencia de un consentimiento tácito por parte de los no precisados primeros titulares de los locales actualmente propiedad de los dos actores, respecto de las obras realizadas en las fincas propiedad de los demandados, infracción que no puede ser estimada por cuanto:

1. La existencia de dicho tácito consenso, si bien admitida por la doctrina de esta Sala lo es a título excepcional.

2. Ello conduce a su no aceptación en el presente supuesto, ya que quienes lo alegan pudieron perfectamente acreditar dicho conocimiento de las obras y su tácita aceptación a través de una adecuada prueba, dado que la determinación de quiénes pudieran haber sido esos anteriores propietarios consta en las escrituras de venta de los respectivos inmuebles a los actores recurridos.

3. Porque, asimismo, es de indicar que constituye doctrina de esta Sala el que no debe acudirse a la prueba de las presunciones cuando existe prueba directa suficiente, cual acontece en este caso, en el que aparece

(9) Vid al respecto DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, reedición facsimilar de la del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid 1971, hecha por Editorial Civitas, Madrid 1985, pág. 32, cuando dice que puede hablarse sin dificultad de que el negocio jurídico tiene una doble eficacia: a) la de ser título de una serie de derechos, facultades, obligaciones y cargas, o, expresado de otro modo, la de ser fundamento de una relación jurídica, de creador de una nueva realidad jurídica; b) la de establecer una regla con la que se mide la conducta de autorizados y obligados (lo permitido, lo debido, el incumplimiento); lo que se ha designado con el término sugestivo, aunque equívoco, de significado «preceptivo del negocio». De ahí que más adelante especifique que, destacado el aspecto regulador del negocio jurídico, se difunde la afirmación de que tiene carácter *normativo*.

debidamente acreditada, no solamente la excavación sin autorización alguna en dos elementos comunes: el suelo y los muros de la edificación (fundamento quinto, párrafo último de la sentencia impugnada), sino también «...no existir consentimiento de los actores, como se deduce del mismo hecho de la interposición de la demanda ni acreditarse el consentimiento de los anteriores titulares» (fundamento octavo de la Sentencia de 1.^a instancia, admitido con los restantes por la aquí impugnada). En consecuencia y por razón de lo hasta ahora expuesto, procede la desestimación de esta motivación.

En lo que al segundo motivo se refiere, su perecimiento es jurídicamente lógico, por cuanto señalándose en él como infringido el artículo 397 del Código Civil, al no tratarse de un supuesto de copropiedad del artículo 392 sino de una «propiedad horizontal de hecho», el único precepto a aplicar de este Cuerpo Legal es el 396, en relación con los 7.3, 11 y 16. Primero de la Ley 49/1960, de 21 de julio, reguladora de dicha propiedad.

Ello lleva al estudio del tercero y último motivo, en el cual se denuncia la infracción del artículo 392 en relación con el 396 del Código Civil por inaplicación de los mismos. Su punto de partida se encuentra en la declaración contenida en el fundamento quinto de la sentencia combatida en el cual se «proclama que la zona excavada por el recurrente, en dos de los elementos comunes del edificio en cuestión, “es copropiedad de los demandantes y de mi representado”, lo que pretende combatirse con base en que “...sin perjuicio de que las obras de excavación afectaron a dos elementos comunes del edificio”, desde el momento en que los propietarios del mismo, en aquellos momentos nada opusieron ni reclamaron, hicieron dejación de sus derechos dominicales en favor del beneficiario de las obras».

Tal argumento no puede ser acogido, en primer lugar porque los demandados, uno de los cuales es el actual recurrente, se han cuidado de no intentar la prueba de ese por ellos indicado, consentimiento tácito, dado que según la normativa de la Propiedad Horizontal interpretada por esta Sala, la desafectación de un elemento común, como es el subsuelo, para su conversión en elemento privativo, requiere el consentimiento de todos los miembros integrantes del régimen de dicha especialísima forma de propiedad, consenso que, ha de insistirse, en este caso no existe.

VII. BIBLIOGRAFIA

- ALEGRE GONZÁLEZ, J., «El título constitutivo de la propiedad horizontal y el principio de tracto sucesivo (Comentario a la STS de 9 de junio de 1967)», en *RDN*, LXXIII-LXXIV, julio-diciembre de 1971.
- ALVAREZ ALVAREZ, L., «El título constitutivo de la propiedad horizontal», en *Estudios de Derecho Notarial*, Centenario de la Ley del Notariado, sección 2.^a, vol. II, Madrid, 1965.

- AMORÓS GUARDIOLA, M., «Propiedad horizontal. Pactos de los Estatutos inscribibles en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 479, 1970.
- ARNÁIZ EGUREN, R., «Urbanismo y Propiedad Horizontal (Superficie, permuta de suelo por edificación futura, vuelo urbano, aparcamientos y trasteros)», en el Libro colectivo *La Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*. Centro de Estudios Registrales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998.
- ARROYO LÓPEZ SORO, J., *Urbanizaciones privadas. Conjuntos y complejos inmobiliarios y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico*, Dykinson, Madrid, 1999.
- BRIOSO ESCOBAR, E. L., «Los Estatutos, Reglamentos y Juntas en la Propiedad Horizontal», en *RDN*, I, 1983.
- CABALLERO GEA, J. A., *Propiedad horizontal, comunidades de propietarios y complejos inmobiliarios privados*, 5.^a edición, Dykinson, Madrid, 1999.
- CÁMARA, GARRIDO y SOTO BISQUERT, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión en la propiedad urbana», en *RDN*, núm. 64 de 1969.
- CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*. Edición facsimilar de la del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, hecha por Ed. Cívitas, Madrid, 1985.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- ECHEVARRÍA SUMMERS, F., «Comentario al artículo 5 LPH», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Bercovitz, R. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- *El Estatuto de la Propiedad Horizontal*. Ed. Comares. Granada, 1999.
- FUENTES LOJO, J. V., *Novísima Suma de Propiedad Horizontal*, José M.^a Bosch, editor, Tomo I, Barcelona, 1998.
- *La Ley de la Propiedad Horizontal después de la Reforma de 6 de abril de 1999*. J. M.^a Bosch, editor, Barcelona, 2000.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V. *Urbanismo y Registro*, Ed. Cívitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA GIL, F. J., *La propiedad horizontal. Comentarios. Jurisprudencia. Formularios*, Ed. Dilex, Barcelona, 1999.
- GÓMEZ CALLE, «La significación del título constitutivo en el régimen de Propiedad Horizontal», en *ADC*, 1992, II.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y J., *La Ley de Propiedad Horizontal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- GUILARTE ZAPATERO; TORRES, T.; CRESPO ALLUÉ; DOMÍNGUEZ LUELMO y GUILARTE GUTIÉRREZ, *La Reforma de la propiedad horizontal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999.
- JORDANO FRAGA, «Prehorizontalidad y servidumbre de propietario», en *RDN*, 1981.
- LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad Horizontal. Propiedades y Urbanizaciones*, Sepin, Madrid, 1999.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- MARTÍN GRANIZO, M., *Código de Propiedad Horizontal* con la colaboración de Cuevas Castaño, J. Editoriales de Derecho Reunidas, Tomo I, Madrid, 1997.

- MUNAR BERNAT, P. A., *La regulación española de la multipropiedad*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- PABLO CONTRERAS, P., *La multipropiedad en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios*. Ponencia de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. José María Bosch, editor, Barcelona, 1993.
- PONS GONZÁLEZ y ARCO TORRES, *Régimen jurídico de la propiedad horizontal*. Ed. Comares, 7.^a edición, Granada, 2000.
- POVEDA DÍAZ, J., *Elementos procomunales en la propiedad horizontal*. Centro de Estudios hipotecarios. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1983.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991*. Ponencia de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. José María Bosch, editor, Barcelona, 1993.
- SALIS, L., *Scritti in tema de condominio*, Raccolti da Cedam, Padova, 199--.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- SERRANO CHAMORRO, M. E., *Cambio de solar por edificación futura*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal (Doctrina, jurisprudencia y formularios)* coordinados por J. A. de Mora y Alarcón. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Coordinador Rosat Aced J. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (coordinador R. BERCOVITZ), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- *La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia*, coordinados por Cabañas García. Ed. Trivium, Madrid, 1999.

MANUEL MEDINA DE LEMUS
Profesor titular de Derecho Civil