

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIV • Enero-Febrero 1998 • Núm. 644

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.
D. José 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.—Teléf. 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

SUMARIO

Págs

ESTUDIOS

«Efectos de la acción subrogatoria», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES ...	7
«Don José Ballesteros y el <i>oficio</i> de hipotecas», por ALICIA FIESTAS LOZA	31
«El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	57
«En torno a la publicidad registral inmobiliaria», por JOSÉ M. ^a MARTÍNEZ SANTIAGO	117

DICTAMENES Y NOTAS

«El Derecho civil como baluarte de libertades», por CRUZ MARTÍNEZ ESTERUELAS	179
--	-----

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	191
---	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	199
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i>	203
B) Resoluciones comentadas, por JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA y EMILIANO CANO FERNÁNDEZ	204
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	

1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	223
4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	252

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Derecho de la construcción y de la vivienda», de ANGEL CARRASCO PERERA y otros, por ANTONIO PAU PEDRÓN	261
«Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal», de JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, por ISABEL MORATILLA GALÁN	262
«Contract Code», de HARVEY MACGREGOR, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	276
«Derecho de obligaciones», de Iván ESCOBAR FORNOS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	278
«Fichero hipotecario», de CONSTANCIO VILLAPLANA GARCÍA, por FRAN- CISCO CORRAL DUEÑAS	280

REVISTA DE REVISTAS. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.	283
--	-----

Efectos de la acción subrogatoria

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA MATERIA.—2. EFECTOS CON RELACION AL ACREEDOR —3. EFECTOS CON RELACION AL DEUDOR.—4. EFECTOS CON RELACION AL TERCERO.

1. PLANTEAMIENTO DE LA MATERIA

Se ha escrito con exactitud por parte de NICOLÒ que la atribución al acreedor de la potestad de ejercitar los derechos del deudor en relación a terceros tiene una finalidad exclusivamente conservativa, en cuanto el resultado jurídico de dicha actividad subrogatoria del acreedor se sustancia en la conservación y en la defensa de un bien del deudor o en la consecución de un bien debido al mismo, o sea, «en un efecto que se opera inmediata y exclusivamente en el patrimonio del deudor» (1).

De eso se trata. El acreedor que acude al remedio subrogatorio busca ciertamente la mejor y más segura satisfacción de su derecho, pero no lo hace de manera directa e inmediata, sino en forma indirecta («oblicua» se suele llamar en la doctrina tradicional a la acción subrogatoria) y mediata, procurando que ingresen en el patrimonio del deudor o no salgan de él aquellos bienes que por su inercia corren peligro de no incorporarse o de excluirse del acervo patrimonial del obligado.

El acreedor que sustituye al deudor en el ejercicio de aquellos derechos y acciones de «contenido patrimonial» (según reza la fórmula legal del artículo 2.900 del *Codice civile*) que su titular omite hacer valer, ni es un desinteresado defensor de intereses ajenos (a veces se ha querido ver en él equivocadamente un gestor de negocios), ni siente por su deudor una especial dedicación o entrega, ni actúa en línea de principio, ni atiende a planteamientos relativos a la recta ordenación de las cosas, sino que es un

(1) NICOLÒ, «Surrogatoria-revocatoria», en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1953, pág. 167.

sujeto jurídico interesado, comprometido, temeroso y egoísta (el «sistema del egoísmo disciplinado» que para siempre definiera Ihering al prototipo de todos los ordenamientos jurídicos, el romano) que busca reforzar la posición patrimonial de su deudor, hacer más vigorosa su solvencia, incrementar sus recursos o impedir que los mismos disminuyan, al objeto de que, llegado el momento, su derecho vea aumentadas las posibilidades de realización.

Es por ello que cabe hablar de una función recuperatoria o de integración de la acción subrogatoria. Los acreedores buscan prevenir una posible insolvencia del deudor acometiendo el ejercicio de todos los poderes jurídicos, excepto los personalísimos y los *in casu concreto* excluidos, que permaneciendo inactivos pueden provocar o ahondar dicho mal. Así, con las matizaciones que en su lugar se han formulado, se puede considerar que la acción subrogatoria, junto a la revocatoria, es un medio de conservación de la garantía del acreedor, en cuanto atiende de manera fundamental a tutelar la integridad patrimonial del deudor.

¿Resultará extraño, en consecuencia, que en la acción subrogatoria todo se oriente en la única dirección de incrementar las seguridades que el acervo patrimonial del obligado brinda a sus acreedores? ¿Podrá negarse que su actuación se sustancia en permitir que los bienes del deudor, esa responsabilidad patrimonial universal que consagra el artículo 1.911 del Código Civil, no sufran quebranto evitable en orden a la satisfacción de los créditos? Lo ha resumido de manera admirable MESSINEO al destacar que el resultado de la acción subrogatoria se refleja únicamente sobre el patrimonio del deudor, en el sentido de que, en virtud de ella, los beneficios consiguientes pasan desde luego al deudor mismo, aunque sea con el efecto mediato de que el acreedor encontrará una mayor abundancia de bienes en el momento en que pueda satisfacerse (2).

Al estudiar, pues, los efectos de la acción subrogatoria todo debe iluminarse bajo esa luz. Las variadas consecuencias jurídicas que quepa considerar a la hora de ponerse en movimiento el ciertamente insólito y extraordinario acontecimiento de que determinados derechos y acciones sean ejercitados por alguien que no es su titular, pero tampoco su representante ni *gestor rei alieni*, hay que observarlas bajo el prisma de que se trata de un recurso orientado a favorecer a quien no atiende debidamente sus intereses, pero en función de que semejante favorecimiento se decante *ex post facto* en beneficio del sujeto agraciado por la legitimación subrogatoria. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1911, el resultado de la acción subrogatoria «cede en beneficio del patrimonio del deudor».

(2) MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 149.

Pero ese resultado último, ese supremo efecto, esa consecuencia indeclinable y caracterizadora no puede oscurecer ni mucho menos excluir todo un rico y vivo tejido de efectos menores, de incidencias, de secuelas instrumentales que la puesta en marcha del mecanismo subrogatorio es susceptible de deparar, habida cuenta de que en su interior se mueven tres sujetos involucrados: el acreedor que acciona *utendo iuribus*, el deudor que ve invadida su esfera jurídica mediante semejante actuación y el tercero, el *debitor debitoris*, que tiene que soportar el ejercicio de un derecho o una acción por parte de quien no es su titular ni por él está facultado.

Tres categorías de sujetos, tres vértices de un mismo triángulo que obligan a diferenciar respecto a cada uno de ellos los efectos jurídicos que provoca el ejercicio de la acción subrogatoria y a matizar con todo cuidado cuáles son las consecuencias jurídicamente relevantes que en relación a uno u otro deparará la actuación subrogada del acreedor. Veámoslas por separado.

2. EFECTOS CON RELACION AL ACREEDOR

Ya hemos visto en el capítulo anterior las condiciones relativas al acreedor y a su crédito en orden al ejercicio de la acción subrogatoria; por lo que nada debe añadirse en este lugar. Se trata de un recurso genéricamente abierto a los acreedores con gran amplitud y generosidad en razón del cometido que le concierne, por lo que no sirve, aunque sea en trance de ponderar los efectos que el mismo provoca en relación a quien lo actúa, introducir factorres limitativos, de obstrucción o condicionantes a dicho ejercicio amplio, a la concesión abierta que la Ley plantea.

Bajo la peculiar concepción de que según sea el derecho o acción ejercitado por el acreedor ingresarán bienes en el patrimonio del deudor o bien serán hechas efectivas las deudas de manos del tercero, visión esta última que trastorna por completo el mecanismo subrogatorio y lo identifica con la acción directa en cuanto el acreedor actuaría *proprio nomine*, GULLÓN BALLESTEROS ha formulado una curiosa teoría.

En su opinión, si se ha ejercitado una acción que de manera inmediata no produce la satisfacción de la deuda, sino el ingreso de bienes, cualquier acreedor, privilegiado o no, puede hacerlo; en caso contrario, el acreedor privilegiado, derivado de su derecho preferente, tendrá la facultad de ejercitar la subrogatoria antes que aquéllos que no posean una preferencia como la suya. Habiendo intentado otro acreedor el artículo 1.111, el privilegiado podrá pedir al juez por los cauces procesales oportunos (tercerías de mejor derecho) que se le reconozca su derecho privilegiado al ejercicio y cobro. En este sentido sí que se puede afirmar que el artículo 1.111 no constituye privilegio a favor de los acreedores simples sobre los privilegiados. En caso de varios créditos

preferentes, la prioridad entre ellos habrá de determinarse por los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil (3).

Cuando el punto de partida es errado, erradas deben ser las consecuencias. Si se admite que la acción subrogatoria en unos casos provoca el ingreso de bienes en el patrimonio del deudor y en otros el cobro directo del acreedor actuante, es inevitable concluir que en este segundo caso debe tener preferencia en el ejercicio el acreedor privilegiado, ya que si no se produciría el rechazable resultado de que por mor de la subrogatoria podrían cobrar antes los acreedores no privilegiados.

Cuando no es así, la acción subrogatoria está abierta al ejercicio indiscriminado por parte de cualquier deudor y el resultado de su ejercicio siempre es el mismo: únicamente tiene reflejo directo sobre el patrimonio del deudor. Dicho patrimonio ve incrementado su activo mediante la llegada de nuevos bienes o no sufre detracción a través de impedir que salgan indebidamente otros de él. Cualquier acreedor es libre de actuar en vía subrogatoria, pero debe saber que las secuelas patrimoniales inmediatas de su actuar no se producirán en su propio acervo sino en el del deudor.

Con precisión advierte MESSINEO que la subrogatoria no se debe concebir como un privilegio sólo a favor del acreedor preferente. Ni es en sí misma un privilegio, ni se concede preferentemente a los acreedores privilegiados, de manera que, como dice GULLÓN BALLESTEROS, éstos tengan la facultad de ejercitar la subrogatoria antes que los acreedores comunes, sino que opera con total libertad y está abierta a todo acreedor, privilegiado o no, que estime que la inacción del deudor respecto al ejercicio de sus derechos o acciones puede hacer peligrar la solvencia y, en consecuencia, poner en entredicho la plena satisfacción de su derecho en su momento.

Otra cosa es que integrados los bienes en el patrimonio del deudor por mor de la subrogatoria y llegado el momento del reclamo de los créditos que pesan sobre él, las preferencias credituales operen a plenitud, sin que el hecho de que un determinado bien haya sido recuperado en virtud de que cierto acreedor hizo valer la acción subrogatoria genere preferencia alguna a favor del mismo, pero ello nada tiene que ver ya con el recurso subrogatorio, pues emana de la propia naturaleza, causa y condición de cada crédito. Según escribe el propio MESSINEO, «en el momento de la ejecución forzada, todos los acreedores podrán concurrir sobre los bienes a la par, salvo las respectivas causas de prelación» (4).

Ello nos lleva de manera obligada a tener que estimar que el resultado de la acción subrogatoria beneficia a todos los acreedores, no sólo a aquéllos que

(3) GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», en *Revista de Derecho Privado*. 1959, págs. 118-119

(4) MESSINEO, *Manual* . . IV, *op. cit.* , pág. 149.

acudieron a su ejercicio, sino también a los que no participaron en su actuación, porque en esta materia lo único que se contempla, no es el premio al acreedor diligente, sino la posibilidad de que el patrimonio del deudor pueda integrarse cumplidamente para que sea capaz (o esté en mejores condiciones) de satisfacer los derechos de crédito que pesan sobre él. «Quien acciona en subrogatoria —sentencia MESSINEO— beneficia virtualmente, no sólo a sí mismo, sino también a los demás acreedores».

El origen del equívoco se encuentra en GIORGI. Para el gran clásico italiano, si el acreedor tuvo el solo objeto de hacer entrar en el patrimonio del deudor el producto de la acción o derecho ejercitado, el beneficio se extenderá a los demás; mas si el acreedor tiende a recaudar el beneficio del derecho o de la acción, no puede ayudar a los restantes acreedores, sino cuando éstos se presenten y ejerciten sus acciones o cuando el deudor que intervino en el juicio se dirija contra el tercero y haga entrar en su patrimonio el resto del producto de la acción o del derecho, una vez pagado el acreedor promotor de la instancia (5).

Sobre el precedente de VALVERDE y DE BUEN, entre nosotros GULLÓN BALLESTEROS se lanza decididamente en esta dirección. Si el fin de la acción fue conservar la cosa, consiguiendo una garantía para el pago, aprovecha a todos los acreedores; si, por el contrario, se quiso conseguir el pago inmediato, apropiándose el producto o beneficio del derecho o acción, aprovecha sólo al que la ejercitó. En otro caso, habría que admitir que cuando un acreedor se satisface sobre los bienes de su deudor y otros acreedores por distintos motivos no lo han podido hacer, tendrían derecho a que el más diligente repartiese lo obtenido con ellos, ya que actúa sobre bienes que estaban afectos al derecho de garantía del artículo 1.911. Por lo que si el artículo 1.111 hace referencia a los «acreedores» no quiere decir, ni que quien tenga interés en usar del mismo tiene la obligación de contar con los demás, ni que el beneficio obtenido, debido a su diligencia y celo, tenga que compartirlo con los que no lo tuvieron o no quisieron ejercitar la acción subrogatoria (6).

La construcción es singular. Ahora ya no se trataría únicamente de que en el ejercicio de la acción subrogatoria con fines ejecutivos deben ser preferidos los acreedores privilegiados, sino de algo mucho más grave y temerario. Hecha valer la acción subrogatoria sobre los bienes que por su través ingresaron en el patrimonio del deudor, el acreedor actuante adquiriría privilegio en base a la única y exclusiva razón de haber sido diligente, de haberse molestado en ejercitar los derechos y acciones que el deudor mantenía inactivos.

(5) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*. II, Madrid, 1909, pág. 289.

(6) GULLÓN BALLESTEROS, *La acción subrogatoria*, loc. cit., pág. 119

Mas, ¿de dónde saldría semejante privilegio? «Privilegio es el derecho que concede la ley a un acreedor para que se le pague con preferencia a otros acreedores en consideración de la causa del crédito» (art. 1.866 del Código Civil vene). ¿Dónde concede la ley sustantiva tal preferencia? ¿Cómo puede existir un privilegio creditual sin contemplación legal? ¿En qué fue más diligente que los demás acreedores, en que él actuó con celo mientras los otros contemplaban impasibles la degradación patrimonial del deudor? Escuto e insuficiente apoyo, pues una apreciación de este tipo resulta absolutamente inadecuada (aparte de que la ley no la recoge *expressis verbis*) para justificar de manera suficiente la prelación para el cobro, habida cuenta de que nada tiene que con la «causa del crédito» en la que se sustancia toda preferencia creditual.

Ahora bien, si no hay privilegio, si la ley no premia con vistas al cobro al acreedor que decidió acudir a la vía subrogatoria, es obvio que tiene que operar en esta materia la *par conditio creditorum*: los acreedores tienen un derecho igual sobre los bienes del deudor si no hay causas legítimas de preferencia. Sin que quepa a estos efectos subdistinguir artificialmente entre bienes que ya estaban en el patrimonio del deudor y bienes que han entrado en el mismo por virtud del ejercicio subrogado de determinados derechos y acciones de dicho deudor, ya que ello es completamente intrascendente en relación al derecho de crédito del acreedor que actuó en subrogatoria. Ese derecho de crédito podrá o no ser privilegiado *ab initio*, pero si no lo es, el hecho de que su titular haya acudido al ejercicio de la acción subrogatoria no supone mutación alguna de su calidad ni le dota de preferencia respecto a los bienes fruto de aquélla; no existe privilegio alguno sobrevenido y, desde luego, en el largo listado de los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 del Código Civil respecto a créditos privilegiados no aparece el crédito de aquel acreedor que ha acudido a la acción subrogatoria, por lo que habrá que aplicar la prescripción negatoria de preferencia que establece el artículo 1.925 *eiusdem*.

Cuando GULLÓN BALLESTEROS afirma que «el principio general de la igualdad en la condición de todos los acreedores, mientras no exista un privilegio consagrado por la ley, no puede llevarnos a la consecuencia absurda del repartimiento» (7), no advierte que niega de entrada aquello que pretende (la existencia de un privilegio) y que no cabe calificar de absurda la pauta de que no existiendo excusa legal de preferencia, como en este caso no existe, todos los acreedores concurren en plano de igualdad con indiferencia de cuál sea el origen de los bienes del deudor o de qué participación hayan tenido para que algunos de ellos se encuentren presentes en el patrimonio del mismo el día del reclamo y ejecución de los créditos.

(7) *Ibid*

Cierto que no puede llegarse al extremo estrambótico, cual pretendió ACOLLAS, de que el acreedor que acude a la subrogatoria esté en la obligación de hacer saber a los restantes acreedores el beneficio logrado a través del ejercicio de los derechos del deudor (8), pero de ahí a considerar que los bienes obtenidos mediante tal ejercicio quedan afectos preferentemente a la satisfacción del derecho del acreedor actuante media un buen trecho, ya que, amén de tratarse de un privilegio sin expresa contemplación legal (sic), estaríamos en presencia de una preferencia para el cobro incidente sobre unos bienes que no se sabían cuáles eran hasta que por virtud del ejercicio subrogado de las acciones y derechos del deudor inactivo fueron identificados e ingresaron en su patrimonio. Algo así como un privilegio expectante sobre bienes indeterminados o sujeto a concentración o especificación, que añadiría nuevas e insuperables dificultades a la materia.

CASTÁN, aunque estima que lo obtenido queda afecto no sólo al derecho de crédito del acreedor, sino a los que puedan ostentar otros acreedores (puesto que la ley no reconoce privilegio alguno en favor del que utiliza la facultad del art. 1.111), admite que el acreedor actuante, trabando embargo sobre los bienes de que se trate, puede ejecutarlos en su favor exclusivo (9). Con lo que ni quita ni pone nada en este punto, ya que ese es un derecho de todo acreedor que en nada se matiza ni refuerza por el hecho de que se trate de bienes habidos *ex actio subrogatoria*, ni por la circunstancia de quien trabe el embargo sobre los mismos haya sido el protagonista de este recurso jurídico; aparte de que también en este caso quedará a salvo todo lo legalmente previsto en materia de concurso y prelación de créditos.

Existe todavía una dificultad añadida para la admisión de la tesis que criticamos. Si sobre los bienes que por obra de la acción subrogatoria ingresan en el patrimonio del deudor el acreedor actuante tuviese o adquiriese privilegio para el cobro de su crédito, debería considerarse necesariamente que dicho acreedor, a la hora de ejercitar los derechos inactivos de su deudor, habría de limitarse a hacerlos valer hasta el límite tan sólo de lo que a él se le debe. Peregrina conclusión que produciría problemas insolubles en torno a dicho ejercicio, obligará a valoraciones y tasaciones sin cuento y generaría dificultades insuperables desde el momento en que el derecho del deudor hecho valer no fuera un crédito dinerario o no lo fuera el propio derecho del acreedor subrogante.

Claro que todavía el remedio puede ser peor que la enfermedad, si resulta, tal como hace CASTÁN, que aunque se admita que «el acreedor puede ejercitar las acciones de su deudor no sólo hasta el límite y cuantía de lo que a él se

(8) ACOLLAS, *Manuel de Droit civil*, II, París, 1874, pág. 811.

(9) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1992, págs. 321-322.

le debe, sino en su totalidad», se concluye que ello será «sin perjuicio de la obligación de devolver al deudor lo que sobre, una vez que se haya hecho pago del crédito y los daños y perjuicios» (10) porque entonces, a través de este camino torcido, se está reconociendo lo que más arriba se negaba: si el acreedor actuante sólo incorpora al patrimonio del deudor lo que reste una vez satisfecho su crédito, habrá que concluir que si eso no es privilegio para cobro preferente se le parece tanto que no habría forma de distinguirlos. Esto es, la actuación del acreedor en trámite subrogatorio no produciría a su favor privilegio alguno, tal como dice con razón el maestro CASTÁN, pero sin embargo le permitiría cobrar sobre los bienes habidos como acreedor preferente, al no soportar otra obligación que la de «devolver al deudor lo que sobre, una vez que se haya hecho pago del crédito». Se recibiría por la ventana a quien se acababa de desalojar por la puerta.

No parece, en consecuencia, que quepa otra solución razonable que no sea la de considerar que de la misma manera que el ejercicio de la subrogatoria está abierto tanto a los acreedores privilegiados como a los acreedores simples, el resultado de la misma aprovecha, en principio, por igual también a todos, porque los bienes obtenidos ingresan en el patrimonio del deudor y no se destinan a pagar de manera preferente al acreedor subrogante, por más que llegado el momento de la ejecución sobre dicho patrimonio hayan de tenerse en cuenta las correspondientes y originarias causas de preferencia. Como escribe con atino ATAR LÓPEZ, el ejercicio de la acción subrogatoria no otorga ningún privilegio especial al acreedor, sino que el bien que se haya podido conseguir pasa a formar parte del patrimonio del deudor y responderá de las deudas de éste, en igualdad de condiciones con los restantes bienes sobre los que no recaiga un privilegio especial (11). Criterio que tiene larga y asentada tradición en la civilística, ya que LAURENT aseveraba hace muchos años que el beneficio debía ser común a todos los acreedores, dado que el derecho ejercitado por un acreedor constituye la garantía de los demás, sin que deje de ser tal por haberse actuado sin otro concurso (12).

DISTASO y NICOLÒ han contemplado una hipotética excepción a la regla que comentamos. Si el objeto del derecho de crédito es un bien determinado (arrendatario que recupera del tercero, *utendo iuribus* del arrendador, la cosa que a él se le ha prometido en disfrute), una vez conseguida la posesión, el acreedor la puede legítimamente retener porque su derecho de crédito se realiza y la correlativa obligación del deudor se extingue por la consecución del objeto. Aparte de que en tal hipótesis la acción subrogatoria tendría di-

(10) *Ibid*

(11) ATAR LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1988, pág. 114.

(12) LAURENT, *Principes de Droit civil*, XVI, Bruselas, 1878, pág. 467

rectamente una función ejecutiva, ¿cabría afirmar que la misma faculta al acreedor que la hace valer para quedarse con el bien obtenido mediante semejante ejercicio?

Diffícilmente. La posibilidad de retención por parte del acreedor subrogante del bien obtenido mediante el ejercicio de acciones y derechos de su deudor no cabe referirla en ningún caso a los efectos de la acción subrogatoria, pues éstos se producen, como advierte MESSINEO, «únicamente sobre el patrimonio del deudor», sino que guarda relación directa con las características y conexión existente entre el derecho del acreedor y el derecho de su deudor actuado en vía subrogatoria, por lo que ésta es tan sólo la ocasión y la excusa. En realidad —escribe en tal sentido NICOLÒ—, el acreedor consigue la realización en forma específica de su derecho, no como consecuencia inmediata del ejercicio de la subrogatoria, sino por efecto de otros medios y de otros institutos (compensación, extinción de la obligación por consecución de su objeto) que comienzan a operar apenas acaba la fase de ejercicio de la subrogatoria (13).

3. EFECTOS CON RELACION AL DEUDOR

El ejercicio de los derechos del deudor por parte de su acreedor en vía subrogatoria no supone la expropiación de los mismos y, en consecuencia, no se priva al primero de su titularidad y de las facultades ínsitas a la misma. ¿Incluido el *ius disponendi* que, como es sabido, forma parte del contenido de los derechos alienables? ¿Podrá el deudor subrogante transigir, renunciar, ceder o cobrar el derecho que a través de la subrogatoria está ejercitando su acreedor, privando, por tanto, a éste de la obtención de los beneficios a que orienta su actuación?

GIORGI recuerda en torno a este punto la división de la doctrina francesa clásica, pues mientras LAROMBIÈRE, MOURLON y LAURENT optaron por la afirmativa, LABBÉ, COMET DE SANTERRE, PROUDHON y DEMOLOMBE opinaron negativamente, «con mucha seguridad y argumentos nada fútiles».

Para el gran clásico italiano, la disputa ha de resolverse distinguiendo entre la hipótesis en que el acreedor haya actuado la acción subrogatoria con el solo objeto conservativo y la hipótesis en que obre para cobrar. En la primera le parece obvio que al deudor ni siquiera se le pueda discutir la facultad de disponer de sus bienes «mientras el acreedor no tienda a otra cosa que a mantenerlos en el patrimonio del deudor». En la segunda, aunque pueda parecer ilusoria la facultad concedida a los acreedores por la ley para actuar en vía subrogatoria «si le queda al deudor la facultad de disponer a su gusto

(13) NICOLÒ. *Surrogatoria*, op. cit., pág. 15

del derecho ejercitado por el acreedor», la previsión contraria convertiría la acción subrogatoria en una pignoración o embargo de los derechos del deudor, algo que no tiene contemplación legal ni parece consecuencia impuesta por la razón, porque la acción subrogatoria resulta útil tantas veces cuantas el deudor no tenga interés u oportunidad para entenderse con el tercero; en los demás casos, el acreedor puede proveer con el embargo conservativo o con la prenda.

En consecuencia, GIORGI se niega a reconocer a la subrogatoria judicial el efecto del secuestro o de la prenda, ya que «sería consecuencia demasiado atrevida atribuir a un procedimiento no trazado, ni aun recordado por la ley, la eficacia del embargo o de la ejecución», por más que considere que la subrogación puesta en conocimiento del deudor y del tercero pone a ambos en situación de mala fe, de manera tal que «cuando éstos procediesen después a disponer del derecho o de la acción en daño del acreedor que los ejercitaba, sería casi imposible sustraer su resultado a la acción revocatoria» (14).

Entre nosotros, ATAZ LÓPEZ considera que, en principio, la actuación subrogatoria del acreedor no priva al deudor de su poder de disposición respecto al derecho o la acción ejercitada, quedando siempre a salvo la posibilidad para los acreedores de impugnar en vía revocatoria la disposición fraudulenta realizada por el deudor. Mas como son conocidas las dificultades probatorias que la acción pauliana conlleva, no debe extrañar demasiado que la posibilidad de que el deudor pueda disponer del derecho que su acreedor ha comenzado a ejercitar sea considerada por la doctrina (DE BUEN, PUIG PEÑA, etc.) como injusta y grave inconveniente de la acción subrogatoria; por más que a dicho autor le parece conclusión inevitable, «porque la actuación de los acreedores no supone un embargo o traba del derecho o acción».

Con todo, para ATAZ LÓPEZ lo que a primera vista pudiera parecer un gran inconveniente, quizá no lo sea tanto en la práctica, porque la acción subrogatoria tanto puede interponerse para traer bienes al patrimonio del deudor como para convertir en embargables bienes que no lo eran o para defender un bien que ya estaba embargado. Con un añadido final, pues en los restantes casos el peligro se diluye sensiblemente porque en la práctica no es muy frecuente la disposición del derecho ejercitado por parte del deudor, algo que le lleva a una afirmación un tanto peregrina y ayuna de sustancia jurídica: «de hecho, no conocemos ningún supuesto en el que el deudor haya dispuesto gratuitamente —ni de ninguna otra forma— de un derecho cuyo ejercicio había iniciado el acreedor mediante la legitimación subrogatoria» (15).

¿*Quid iuris?* Aquí tampoco tiene sentido la distinción que pretende GIORGI entre acción subrogatoria con fines conservativos y acción subrogatoria

(14) GIORGI, *Teoría de las obligaciones*. . . II, *op cit.* págs. 287-288.

(15) ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores* , *op cit.* , págs. 109-110.

con fines de cobro, pues sabido es que la misma se sustancia siempre en una sola y constante finalidad: la recuperación o reintegración del patrimonio del deudor mediante el ejercicio de los derechos y acciones que descuide ejercitar. Por lo que todo matiz al respecto carece de fundamento y justificación.

Lo cierto es que cuando un acreedor recurre al ejercicio subrogado de los derechos de su deudor, en cuanto éste conserva las facultades dispositivas respecto a los mismos y en cuanto dicho ejercicio no supone sustracción o limitación de ellas, parece obligado considerar que al titular del derecho ejercitado se le debe seguir reconociendo que en cualquier momento su inactividad puede trocarse en actividad y que continúa abierta a su favor la posibilidad del acto dispositivo o de realización del derecho.

¿Qué de nuevo o de malo hay en ello? Si se trata de simple ejercicio por parte del deudor hasta ahora inactivo, no sólo no ocurre nada nocivo, sino que el acreedor debería felicitar-se de que su iniciativa haya motivado al deudor y ahora pueda descargarse de continuar un ejercicio que ha retomado el titular del derecho. El fin de la subrogatoria, recuperar un bien o impedir que salga del patrimonio del deudor, se cumplirá también, aunque ahora conducido de la mano de quien hubo de ser sustituido en virtud de su desidia.

Si se trata de un estricto acto de disposición del derecho por parte del deudor, no parece que quepa conclusión diferente. Ejercitado dicho derecho en vía subrogatoria por el acreedor, no supone embargo o traba del mismo, ni queda sujeto a pignoración judicial alguna, por lo que no se acierta a ver a través de qué conducto jurídico cabría sustraer al titular del derecho el *ius disponendi* que forma parte de su contenido.

¿Es ello injusto o particularmente grave, según piensan algunos civilistas españoles? No lo veo así. ¿Cuál es la diferencia sustancial y no de mero matiz entre el hecho de que el deudor haya dispuesto de su derecho antes de la subrogatoria y el hecho de que dicha disposición se haya producido después de la misma? Si se miran bien las cosas y se evita obnubilación alguna en torno a la sustancia y finalidad del instituto subrogatorio, se observará que nada importante o relevante desde el punto de vista jurídico se produce por la circunstancia de que sea uno u otro el momento del acto dispositivo del deudor.

Si el deudor cobra lo que se le debe, miel sobre hojuelas, pues eso precisamente es lo que pretendía el acreedor cuando se aboca al ejercicio subrogado del derecho de aquél. Lo cobrado se incorpora al patrimonio del deudor, tal cual hubiera ocurrido si el cobro lo hubiese obtenido el acreedor subrogante, y la acción subrogatoria habrá servido para provocar exactamente el mismo efecto perseguido por su través, descargando incluso al solícito acreedor de continuar en los trámites y fatigas de la actuación subrogatoria.

Si tras la puesta en marcha del mecanismo subrogatorio el deudor subrogado interrumpe la prescripción, alega a su favor la prescripción consumada, opone determinada excepción y, en general, defiende de una u otra forma la integridad de su patrimonio, cosa que hasta entonces no hacía con la solicitud y cuidado precisos, ¿qué daño irroga al acreedor subrogante la renacida actividad de su deudor? Valga exactamente lo mismo apuntado en el párrafo antecedente.

Si transige o dispone onerosamente del derecho que el acreedor está procediendo a ejercitar en vía subrogatoria, ¿a quién perjudica el deudor mediante tales actuaciones? No se acierta a adivinar por dónde pudiera devenir el daño, pues no ocurrirá otra cosa que una simple mutación en el patrimonio del deudor que el acreedor no está legitimado para impedir o dificultar, por cuanto el deudor conserva la libre gestión de su acervo patrimonial, y que además puede tener repercusiones positivas en cuanto al objetivo final que los acreedores se plantean cuando deciden acudir al recurso extremo de la acción subrogatoria.

En efecto, ¿qué es preferible para los acreedores el no ejercicio de un derecho del deudor que puede provocar la insolvencia del mismo o la transacción o disposición respecto a dicho derecho que puede ocasionar una mejora patrimonial, en cuanto la nueva situación o el bien recibido a cambio ya no plantea los mismos peligros y contrariedades que la falta de ejercicio del derecho primigenio ocasionaba? Aunque, como fácilmente se comprenderá, resulta imposible una contestación absoluta afirmativa, parece razonable considerar que en una mayoría determinante de supuestos la renacida actividad del deudor, una vez puesta en marcha la actuación subrogatoria, no tiene por qué resultar perjudicial o impertinente para el acreedor que la practica.

¿Y si la disposición se ha hecho con el fin de defraudar a los acreedores que acudieran a la vía subrogatoria? No se ve por qué en este supuesto las cosas deban ser tratadas de distinta manera a como lo son en todo caso de enajenaciones fraudulentas para los acreedores, porque la situación sigue siendo la misma, sin que quepa alegar aquí como factor eximente «las dificultades probatorias que la acción pauliana conlleva», porque eso poco o nada tiene que ver con el tema que nos ocupa.

Sin perjuicio de las presunciones de fraude de las enajenaciones onerosas que recoge el párrafo segundo del artículo 1.279 del Código Civil, siempre que el tercer adquirente de las cosas enajenadas en fraude de acreedores actuase de mala fe quedará abierta la plasmación de la acción revocatoria, con las grandes facilidades que la moderna jurisprudencia reconoce en orden a apreciar esa mala fe del tercero. Mas aunque se abogase que aquí es donde entrarían precisamente a operar esas dificultades probatorias que antes se señalaban, cabría responder que con una mínima diligencia del acreedor actuante, aquéllas podrían rebajarse sensiblemente y aun disiparse, pues sigue siendo cierta la consideración de GIORGI en el sentido de que «la subrogación

puesta en conocimiento del deudor y del tercero, basta, casi siempre, para constituir a ambos en mala fe» (16).

Nos quedaría, por fin, la renuncia o en general la disposición gratuita por parte del deudor del derecho que ejercita en vía subrogatoria su acreedor. Aquí sí que en teoría el peligro y el daño por la actuación abdicativa del deudor podrían resultar reales para el acreedor, pues su acomodo a la acción subrogatoria, lejos de producir el buscado efecto de aportar al patrimonio del deudor nuevos bienes, produciría la consecuencia contraria de alejar definitivamente semejante posibilidad, al desasirse aquél sin compensación económica del derecho que la alentaba.

Vistas fríamente las cosas, se trata de un peligro teórico, pues sabido es que las dificultades probatorias en el campo de la acción pauliana se allanan sobremedida si el deudor ha procedido a la enajenación gratuita de sus bienes; y en tal sentido el artículo 1.297 del Código Civil, en su párrafo primero prescribe que «se presumen celebrados en fraude de acreedor todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito». Limpia y expedita, pues, la vía de la acción revocatoria.

A la vista de lo que queda dicho no parece que la innegable posibilidad dispositiva que respecto a los derechos y acciones ejercitados por los acreedores en vía subrogatoria sigue correspondiendo al deudor sea fuente de graves calamidades o inconvenientes para dichos acreedores, pues las secuelas del acto dispositivo, antes que perjudicar su situación expectante respecto al patrimonio del deudor, la beneficiarán, o quedará abierta la posibilidad de que el acto dispositivo del subrogado sea atacado en trámite revocatorio, tal como hubiera ocurrido si la enajenación fraudulenta se hubiese producido con antelación a la puesta en marcha del mecanismo subrogatorio. En aras de una mayor o menor dificultad del recurso pauliano y en función de que se haya iniciado ya el subrogatorio, no cabe desconocer y ni siquiera oscurecer que el deudor que ve intervenir a sus acreedores en el estricto recinto de su esfera jurídica no tiene por qué ser despojado de las posibilidades dispositivas que le conciernen respecto a unos derechos que siguen siendo suyos y que no han sufrido suerte alguna de traba, limitación o embargo por mor de que esté teniendo lugar su ejercicio subrogado.

Que el deudor inactivo se active precisamente por la circunstancia de que sus acreedores están procediendo a ejercitar sus derechos en trámite subrogatorio no tiene por qué resultar inconveniente o peligroso para los intereses de aquéllos, primero, porque el deudor está en su perfecto derecho para actuar así en ese o en cualquier otro momento, y luego, porque, tal como se acaba de ver, se producirán unos efectos en virtud de su acto dispositivo o existen recursos adecuados en el ordenamiento jurídico que impiden que la situación

(16) GIORGI, *Teoría de las obligaciones* ... II, op. cit., pág. 288

de los acreedores se desmejore de manera apreciable, ya que, como bien dice GIORGI, a poco que éstos se preocupen, si el deudor y el tercero proceden a disponer del derecho o acción en daño del deudor, «sería casi imposible sustraer su resultado a la acción revocatoria».

Lo que quizá ya no tiene tanto sentido es intentar diluir el problema en base al curioso señalamiento que hace ATAZ LÓPEZ en el sentido de que «en la práctica no es muy frecuente la disposición del deudor» y que él no conoce supuesto alguno en que el deudor haya dispuesto de un derecho «cuyo ejercicio había iniciado el acreedor mediante la legitimación subrogatoria». Aparte de que carece de interés alguno el hecho de que se conozcan o dejen de conocerse casos concretos en tal sentido y que tal grado de conocimiento forzosamente habrá de estar limitado a lo que resulta de la jurisprudencia, la mayor o menor incidencia en la práctica de actos dispositivos del deudor subrogado apenas cambiaría en algo las características de la cuestión que nos ocupa, pues es obvio que las dificultades e inconvenientes que puede suscitar el reconocimiento de un determinado operativo jurídico (en nuestro caso la posibilidad de que el deudor disponga de los derechos hechos valer en vía subrogatoria), no se solventan mediante el dato ingenuo e inoperante en el ámbito conceptual de que en la práctica los mismos son mínimos.

¿Y en cuanto al alcance y efectos de la cosa juzgada? La sentencia dictada en el juicio en que se esgrima por parte de los acreedores una acción de su deudor, ¿producirá efecto de cosa juzgada en relación a éste cuando el mismo no haya participado en el pleito? La cuestión se ha resuelto drásticamente en el Código Civil italiano de 1942 al disponer el párrafo final de su artículo 2.900 que «el acreedor cuando accione judicialmente, debe citar también al deudor al cual quiere subrogarse», con lo que de manera obvia la cosa juzgada se extenderá sin problema alguno a dicho deudor. Pero, ¿ocurrirá lo mismo en aquellos otros ordenamientos civiles, como el español, en los que no existe dicha prescripción y en los que, por tanto, el juicio puede dirimirse sin que el deudor haya sido parte en él?

A la vista de los límites que modulan la cosa juzgada material no parece que la sentencia habida en juicio en el que no participó el deudor pudiera invocarse en otro en que sí interviniese ejercitando la misma acción hecha valer en el primero, habida cuenta de que como establece el artículo 1.252 del Código Civil «para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario..., concurre la más perfecta identidad entre... las personas de los litigantes», y de que la hipótesis que contemplamos no encaja en ninguna en las que la ley entiende se produce identidad de personas (causahabientes, solidaridad e indivisibilidad).

En su día, GIORGI argumentó que, a primera vista, un reconocimiento muy riguroso podría conducirnos a encontrar en la primera sentencia caracteres de cosa juzgada también hacia el deudor, porque de hecho el acreedor obra en

nombre y vez de su deudor, y lo representa mediante un mandato legal de que le provee el artículo 1.234 (del Código Civil italiano de 1865). Si el mandante y el mandatario no son más que una misma persona, de la misma manera que los acreedores y deudores solidarios se representan unos a otros en virtud de un mandato legal, así también cabría sostener que la sentencia proferida entre el acreedor y el tercero debía ser siempre cosa juzgada en relación al deudor.

Razonamientos y similitudes que no convencen al clásico civilista italiano, sobre todo porque chocan con los criterios dominantes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Recuerda, al respecto, que poquísimos autores conceden a la sentencia del primer juicio los efectos de la cosa juzgada hacia el deudor cuando le es favorable y ninguno cuando la sentencia resulte contraria. Unos niegan al acreedor la entidad de representante del deudor, o afirmándola, niegan, sin embargo, el efecto de cosa juzgada. Ante tal estado de la cuestión, GIORGI concluye que «la máxima de que la sentencia no puede causar estado contra el deudor constituye un *ius receptum*, del que no sería razonable apartarse» (17).

En base a los argumentos utilizados, pocas dudas puede haber de que ésta debe ser la respuesta. Ya se ha visto que aunque la posición jurídica del acreedor que ejercita derechos de su deudor en vía subrogatoria pueda parecer cercana a la del *procurator in rem propriam*, de ninguna manera cabe considerar que el mismo obre «en nombre y vez de su deudor», sea su mandatario o lo represente, porque todas ellas son figuras jurídicas que nada tienen que ver con la acción subrogatoria en cuanto ésta puede y debe caracterizarse tan sólo como un supuesto de legitimación subrogatoria.

Claro está que el acreedor ejercita los derechos de otro, precisamente los derechos de su deudor (acciona *utendo iuribus*), pero no los hace valer en nombre ajeno, en nombre de su deudor, sino en nombre propio y también en interés y en beneficio propio, algo que no advierten autores como MESSINEO y BARASSI, y que BARBERO rectifica en su obra cuando señala que «por una inadvertencia en la primera edición se me escapó “en nombre ajeno”», cuando lo correcto es considerar que «la acción subrogatoria es un derecho propio a ejercitar en nombre propio, en el propio interés y dentro de los límites de éste, un derecho o una acción de otro» (18).

Pensar, por otro lado, que cuando el artículo 1.111 del Código Civil faculta a los acreedores para ejercitar en vía subrogatoria los derechos y acciones del deudor está otorgando un mandato legal a favor de los mismos para que lo representen, los convertiría en una curiosa y anómala especie de representantes legales (¿cuál sería el interés general protegido mediante semejante concesión?), y abriría las puertas a la consideración de que siempre

(17) *Ibid.*, págs. 279-280

(18) BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, III. Buenos Aires, 1967, pág. 139

que la ley permite a alguien actuar en interés propio de manera que incida sobre la esfera jurídica de otro, convierte a aquél en representante de éste. Tampoco tiene mayor sentido recurrir a una aparente similitud o proximidad jurídica entre lo que sucede en la hipótesis en estudio y lo que se da en materia de solidaridad obligacional. Primero, porque es imposible encontrar un punto de conexión y parentesco entre el acreedor que ejercita derechos de su deudor en vía subrogatoria y el acreedor o deudor solidario que hace valer algunas de las facultades y posibilidades a que dan lugar la solidaridad activa o pasiva; y luego, porque como ha quedado dicho en otro lugar, hablar de mandato recíproco y tácito entre los acreedores solidarios a la manera tradicional francesa resulta inaceptable no sólo porque encuentra obstáculos insuperables (¿cómo pensar en el mandato en los casos de solidaridad legal?), sino también porque tornaría inservible la idea misma de solidaridad, ya que si frente a ésta siempre se ha alegado que encierra un *plus* de riesgo que puede alejarse mediante su sustitución por el mandato, si se regula la solidaridad activa sobre la base de un mandato tácito entre los acreedores, resulta inútil la figura, toda vez que puede reducirse a otra (19).

La doctrina francesa clásica al rechazar la utilización de la figura del mandato para extender hasta el deudor los efectos de la cosa juzgada se divide respecto a exigir o no la presencia de éste en juicio para que semejante extensión se produzca. DEMOLOMBE estimará que hace falta que el acreedor cite al deudor, además del tercero contra el que se dirige la demanda; AUBRY y ROU, PROUDHON y LAURENT, por el contrario, consideran que no hace falta que el deudor intervenga en el juicio para hacerle llegar los efectos de la cosa juzgada; y no faltará tampoco quien (BAUDRY-LACANTINERIE) estime que deben distinguirse los casos en que la sentencia haya sido favorable a los acreedores de aquélla en que resulte adversa, pues mientras en los primeros, en cuanto se aprovecha también el deudor, debe alcanzarle la cosa juzgada aun cuando no estuviese en juicio, en los segundos no se produce semejante extensión si no fue llamado al proceso.

En la doctrina italiana, GIORGI se inclinará decididamente por la tesis de DEMOLOMBE, aduciendo que el juez no debe juzgar sobre ninguna demanda sin la presencia en el juicio de todas las partes interesadas y que si el interés de las partes es el primero que ha de ventilarse, no queda extraño por lo demás el interés público de cerrar el camino a pleitos y la posible contradicción entre las sentencias, aparte de que «decir que el deudor no tiene interés en el pleito, mientras se ejercitan su derecho y su acción, nos parece una proposición inmerecedora de refutación seria» (20).

(19) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pág. 283.

(20) GIORGI, *Teoría de las obligaciones*. . II, *op. cit.* , págs. 280-281.

En la doctrina española, DE BUEN adujo en su día que aunque la sentencia dictada en el primero de los juicios no parece ser *res inter alios acta* (*iudicata*, debería decir), para evitar dudas, resulta aconsejable dar intervención en la causa al deudor para que se le imponga la doctrina de la cosa juzgada (21). Y, por su parte, ATAZ LÓPEZ tampoco ve muy claro el origen de las dudas respecto al valor de cosa juzgada que la sentencia recaída pueda tener para el deudor no presente en juicio, porque el acreedor está legitimado expresamente por la ley para actuar, y su intervención no perjudica al deudor, sino que, muy al contrario, le beneficia (22).

En fin, para GULLÓN BALLESTEROS, en nuestro Derecho no se impone la llamada al deudor para que tenga eficacia respecto a él la cosa juzgada, pero no por ello dejará de producirse este efecto, ya que su derecho fue el mismo objeto de decisión. Si no se produjera esta extensión de la cosa juzgada al deudor, tendríamos la consecuencia injusta de que el tercero podría verse perseguido otra vez por dicho deudor, pues éste legalmente no tiene por qué conocer la satisfacción de los acreedores por aquél, dados los limitados efectos de la cosa juzgada (23).

Nadie duda que puede resultar conveniente y práctico citar al deudor a juicio cuando el acreedor accione derechos correspondientes a él, como tampoco cabe dudar de que en el Derecho italiano vigente la extensión al deudor de los efectos de la cosa juzgada sólo se producirá cuando semejante citación haya tenido lugar, porque, como dice MESSINEO, la ley exige la presencia del deudor en el juicio incoado por el acreedor en trámite subrogatorio «para que la sentencia pueda formar estado también respecto de él y porque los efectos de las sentencias, en relación al actor y al deudor a quien el acreedor quiere subrogarse, deben coincidir en extensión». Pero si en un ordenamiento civil, cual el español, en el que no existe tal prescripción, no se cita al deudor, ¿no operará en relación a él la cosa juzgada que procure la sentencia dictada en el primer litigio?

Tiene razón GIORGI cuando aduce que es conveniente (*publice expedit*) cerrar el camino a segundos pleitos y evitar la posible contradicción entre sentencias, como resulta razonable también excluir la idea de que el deudor no tiene interés en el pleito «mientras se ejercitan su derecho y su acción». Pero, ¿cabe derivar de ello que si dicho deudor no ha sido llamado a juicio no le alcanzarán los efectos de cosa juzgada de la sentencia dimanante del mismo? Parece excesiva semejante conclusión.

Que un deudor que ha visto intervenir a su acreedor ejercitando sus acciones precisamente porque él descuidaba dicho ejercicio, después de que se

(21) DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant*, III, Madrid, 1924, pág. 153.

(22) ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, op. cit., págs. 110-111.

(23) GULLÓN BALLESTEROS, *La acción subrogatoria*, loc. cit., pág. 120.

ha dictado sentencia en el juicio instado por el acreedor pretenda hacer valer de nuevo su acción procesalmente en base al alegato de que no llega hasta él la presunción *res indicata pro veritate habetur* porque no fue parte en aquel juicio, parece grave inconsecuencia y hasta temeridad, y no tanto porque ese mismo proceso lo pudo incoar él con antelación a su acreedor, sino porque resulta repetición injustificada y esfuerzo baldío en torno a un asunto ya resuelto.

Por el simple hecho de que el deudor subrogado no sea citado a juicio no cabe aseverar que el mismo tendrá abierta la posibilidad de instar nuevo litigio, porque la acción que se haría valer en éste ya la ha intentado alguien que por ley está legitimado para ello y, en consecuencia, se ha extinguido o se ha convertido en la pretensión que emana y realiza la sentencia. Llevadas las cosas al absurdo resultaría que si su acreedor reclamase judicialmente en trámite subrogatorio un crédito de su deudor y lograrse el cobro forzoso del mismo, caso de que no se hubiese llamado a juicio a dicho deudor, podría éste intentar y ganar nuevo pleito contra el *debitor debitoris* alegando que por no ser parte en el anterior proceso no se le pueden extender los efectos de la cosa juzgada dimanante del mismo.

Mas, ¿qué derecho de crédito reclamaría, qué acción haría valer si su acreedor ha logrado realizar coactivamente la acreencia mediante la ejecución de la sentencia dictada en el primer pleito? ¿Cabe que facultando la ley a un acreedor para que ejercite los derechos y acciones de su deudor, éstos subsistan en el mismo cuando han sido objeto de actuación judicial y han tenido plena satisfacción por mandato del juez? ¿Acaso la nueva omisión de no haber sido parte en el juicio precedente puede tener el importante efecto sustantivo de impedir la extinción de un derecho, cual ocurre en los de crédito, que al realizarse desaparece? Interrogantes de difícil y aun imposible contestación.

El deudor, ciertamente no ha sido parte en el proceso, pero ¿tal circunstancia será suficiente para aseverar que no se cumple la exigencia de la identidad entre las personas del artículo 1.252 del Código Civil para que opere la cosa juzgada en el ulterior proceso? Parece exagerado, porque el acreedor que insta el primer juicio, aunque actúa en nombre propio, ejercita derechos de su deudor, precisamente porque la ley le faculta para ello al sancionar la vía subrogatoria. ¿Tendría sentido forzar semejante posibilidad para a continuación despojarla de contenido en cuanto la acción ejercitada en juicio podría instarla de nuevo el deudor alegando que no fue llamado en el primero?

Una aplicación formal, mecánica y meramente literal del instrumento procesal de la cosa juzgada resultaría desmesurada y ayuna de toda justificación y sentido. Llevando de nuevo las cosas a supuestos límites, ¿debería el juez condenador al *debitor debitoris* a pagar de nuevo a su acreedor la deuda

que ya satisfizo en trámite subrogatorio al acreedor de éste? Si tal fuese, es obvio que podría devolverse contra el subrogante porque resulta inadmisibles que pague dos veces la misma deuda (aun prescindiendo ahora del dato «baladí» de que cuando pagó la segunda vez el débito ya se había extinguido).

Ahora bien, ¿a través de qué mecanismo jurídico obtendría la devolución del primer pago?, ¿de la *condictio indebiti*?; pero resulta que cuando satisfizo la deuda que el acreedor de su acreedor le reclamaba por conducto subrogatorio estaba pagando lo que realmente debía y a alguien a quien la ley faculta para actuar de esa manera a través de la legitimación subrogatoria que le confiere, y sabido es que la obligación de restituir sólo surge «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada» (art. 1.895 del Código Civil).

Pero no se acabarían ahí las dificultades en el supuesto que estamos considerando. Como hemos visto, el ejercicio del recurso subrogatorio determina que los bienes que el mismo procura no generen el cobro del acreedor (¿cómo se produciría éste cuando no hubiera identidad en las prestaciones de una y otra relación obligatoria?), sino que los mismos ingresan en el patrimonio del deudor subrogado para que en su momento con cargo a los mismos puedan realizar sus derechos los acreedores subrogantes; ahora bien, tratándose, por ejemplo, de deudas de dinero o de otros bienes fungibles, la no extensión al deudor de los efectos de la cosa juzgada daría lugar, no sólo a que el tercero pagase la deuda dos veces, sino además a que ambos pagos tuviesen un mismo y solo destinatario: el deudor que ejercita judicialmente de nuevo la acción, no obstante, su previo ejercicio por parte de su acreedor.

Ante tales absurdos e incongruencias, ¿no resulta mucho más sensato y tolerable considerar que aunque pueda haber algún leve chirrido en la letra del artículo 1.252 del Código Civil debe predicarse que los efectos de la cosa juzgada dimanante del juicio instado por el acreedor en vía subrogatoria alcanzan también al deudor, por más que el mismo no fuera citado a juicio por el acreedor accionante?

Ya hemos visto en su momento que el ejercicio subrogado de los derechos y acciones del deudor por parte del acreedor no puede ser reducido a un simple supuesto de sustitución procesal, aunque sólo fuera por la razón de que dicho ejercicio puede ser también extrajudicial, pero ello no obsta a que cuando su acreedor reclama judicialmente los derechos de su deudor en base a la subrogatoria nos hallemos en presencia, en ese concreto proceso, de una manifestación del fenómeno de la sustitución procesal, por más que la sustancia de la subrogatoria no sea procedimental sino material (variedad de legitimación). Pues bien, ha escrito BETTI que una variedad de la interposición gestoria es la sustitución procesal, que se produce cuando se hace valer o se niega en juicio una relación procesal ajena, en interés de otro, o también en el propio (por ejemplo, la acción subrogatoria); en tal supuesto, «los efectos

jurídicos del proceso conducido por el sustituto no vierten directamente sobre el interesado sino sobre el sustituto, desde el cual la cosa juzgada, resultante del proceso legítimamente conducido, se comunica a aquél» (24).

4. EFECTOS CON RELACION AL TERCERO

El *debitor debitoris* contra el que se dirija el acreedor subrogante en ejercicio de los derechos y acciones de su deudor, ¿qué podrá hacer?, ¿cuáles serán sus posibilidades de defensa y hasta dónde llegará su libertad de acción respecto a alguien que se presenta ante él amparado en la legitimación subrogatoria que la ley le reconoce?

Ha sido y es cuestión pacífica que dicho tercero puede hacer valer todas las excepciones de que podría disponer frente al deudor, pero no sólo aquellas excepciones que tengan fundamento anterior al ejercicio de la acción subrogatoria, sino también aquellas otras nacidas después, porque sus posibilidades de defensa no quedan circunscritas a aquellos recursos personales que atañan al deudor, ya que se extienden también a todas las circunstancias que por cualquier causa le permitan defenderse contra el acreedor actuante; por ello, como dice GIORGI, el tercero puede oponer, en compensación al acreedor que obra *ex iuribus debitoris*, incluso, un crédito nacido contra el deudor con posterioridad al ejercicio del derecho o acción hecho valer en vía subrogatoria (25).

La razón resulta obvia. La acción subrogatoria permite a los acreedores ejercitar en nombre e interés propios, derechos cuya titularidad corresponde a su deudor; luego el tercero que se vea afectado por semejante ejercicio fuera de la normalidad de las reclamaciones jurídicas, si se quiere evitar que sufra quebranto el *status iuris* que le concierne, deberá estar dotado de todos los medios de defensa que legítimamente le correspondan tanto frente a su acreedor como frente al acreedor de su acreedor. De esta manera, el esfuerzo jurídico que supone el ejercicio subrogado de los derechos de otro se puede justificar, bajo el ángulo que ahora nos ocupa, sobre la base de la consideración de que el tercero no queda desprotegido respecto a cualquier posibilidad de defensa que le corresponda, ni el acreedor actuante ve privilegiada su situación por la simple circunstancia de que ocurra frente al tercero ejercitando un derecho que no es suyo.

Queda claro, por tanto, que la posición del tercero ante la puesta en marcha del mecanismo subrogatorio debe ser contemplada tanto en relación al deudor inactivo como respecto al acreedor actuante. En el primer supuesto,

(24) BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1949, pág. 427

(25) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op cit.*, pág. 285.

porque resulta del todo natural que dicho tercero pueda oponer todos los medios de defensa y alegar todos los derechos que podría haber hecho valer, caso de que el deudor hubiera obrado por sí mismo. En el segundo caso, porque no cabe desconocer la situación de que se ve sometido a una reclamación por parte de quien no es titular del derecho que le sujeta, y, en consecuencia, salvo que se esté dispuesto a colocarle en indefensión, no pueden dejar de contemplarse todos aquellos medios de defensa que le conciernan respecto al acreedor subrogante.

Por tanto, el tercero podrá deducir contra el acreedor todos aquellos derechos que guarden conexión con el derecho o acción ejercitado en vía subrogatoria y reclamar a dicho acreedor que dé cumplimiento a cuantas exigencias, condiciones o trámites serían reclamables al deudor en el supuesto de que el derecho o acción deducido contra el tercero hubiera sido ejercitado por él (*ad exemplum*, el reembolso del precio de la venta y abono de los gastos contemplados en el artículo 1.518 del Código Civil cuando el acreedor haya hecho valer contra el tercero los derechos de retracto que corresponda al deudor).

¿Podrá el tercero reconvenir al acreedor sobre la base de un derecho que le concierna frente al deudor? El hecho legítimo de que dicho tercero pueda hacer valer frente al acreedor todas las excepciones que podría haber alegado, caso de que el ejercitante del derecho fuere el deudor, no puede hacer perder la perspectiva de que todo medio de defensa, tanto en relación al acreedor como respecto al deudor, debe guardar conexión con el derecho que sea objeto de ejercicio. Que no se perjudique al tercero en la nueva situación de ejercicio subrogado de los derechos del deudor por parte de su acreedor, no puede suponer, empero, que se lleve su defensa más allá de lo razonable y se le permita acogerse a medios de defensa que no podría alegar caso de que el derecho en cuestión hubiera sido ejercitado por su titular. Quizá la regla sea la que propuso en su día GIORGI: debe contestarse afirmativamente la interrogante de si el tercero puede promover reconversiones que tengan por fundamento un derecho suyo ante el deudor cuando el objeto de la reconversión sea conexo con el derecho ejercitado por el acreedor; en cambio, la respuesta ha de ser negativa si no aparece dada tal conexión (26).

Hemos reiterado que en cuanto la acción subrogatoria se sustancia en el ejercicio por parte del acreedor de un derecho de su deudor, los resultados de dicho ejercicio no pueden reflejarse en la satisfacción directa del derecho que a su vez concierna al acreedor actuante frente al deudor, sino que el efecto inmediato de tal ejercicio se refleja en beneficio del patrimonio de éste, por más que también se dé un beneficio indirecto de aquél, llegado el momento del cumplimiento de la obligación o de la ejecución coactiva del crédito, ya

(26) *Ibid.*

que, como advierte MESSINEO, «el acreedor encontrará una mayor abundancia de bienes en el momento en que pueda satisfacerse» (27). ¿Significará ello que el acreedor actuante en vía subrogatoria en ningún caso podrá obtener *recta via* la satisfacción de su crédito por parte del *debitor debitoris*?

Si a través del mecanismo subrogatorio realiza el derecho de crédito frente a un tercero de su deudor, parece que aunque exista identidad prestacional entre una y otra relación obligatoria el acreedor subrogante no podrá apropiarse del fruto de la realización, en razón de que ese fruto se incorpora de inmediato al patrimonio del deudor en beneficio de todos los acreedores y no sólo en provecho del acreedor que acudió a la vía subrogatoria, pues ya se ha dicho que este mecanismo por sí solo no altera la *pars conditio creditorum*. ¿No podrá, en consecuencia, el tercero detener la actuación del acreedor subrogante por medio distinto al de la satisfacción del derecho de su deudor que el mismo ejercita?

La acción subrogatoria facilita, sin duda, aunque sea de manea mediata, la satisfacción de los derechos de los acreedores, pero ello no puede implicar que deje en suspenso o excluya la operatividad de aquellos otros mecanismos jurídicos que procuran la satisfacción de los derechos de crédito. Uno de estos mecanismos, ajeno por completo al juego de la subrogatoria, es la posibilidad del pago por tercero, porque, a tenor del artículo 1.158 del Código Civil, «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor». La razón es obvia, ya que «por más que no exista motivo relevante desde el ángulo jurídico y ni siquiera justificación desde el simple plano afectivo deberá entenderse consumado el pago siempre que un tercero realice la prestación debida, porque la ley a tal efecto no considera el interés, la conveniencia o la motivación de éste, sino tan sólo el hecho de que, con el propósito de cumplir la deuda ajena, realice la prestación que constituya su objetivo» (28).

Esto es, un acreedor ejercita un derecho de su deudor en trámite subrogatorio y el tercero a quien afecta dicho ejercicio procede a satisfacer el crédito del acreedor actuante. Aparte de que semejante actuación por parte del tercero resulta perfectamente aceptable y legítima, ya que no cabe sustraer al mismo la posibilidad de pago que el artículo 1.158 consagra a favor de los *poenitus extranei*, y aparte de que este tercero sí estaría adornado de un interés de cara al acreedor satisfecho, en cuanto va a soportar las secuelas del ejercicio por parte de éste de un derecho de su deudor, parece lícito preguntarse sobre si tal pago del tercero detendrá o no el curso de la acción subrogatoria iniciada.

(27) MESSINEO, *Manual*, IV, *op. cit.*, pág. 149.

(28) CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1986, pág. 55.

LAURENT hizo notar en su día que no bastaría la simple oferta verbal de pagar al acreedor lo que se le debe para detener el curso de la acción subrogatoria, ya que la oferta verbal no produce efectos liberatorios (opinión que a GIORGI le parece «justísima»), pero la cuestión no es esa, sino la de si puede el tercero, como gráficamente dice el mismo GIORGI, «truncar el curso de la acción, desinteresando al acreedor».

Pues bien, el propio LAURENT considera que el hecho de que el *debitor debitoris* pague al acreedor actuante no es suficiente para detener la acción ya iniciada, porque dicho acreedor no ha actuado sólo en su interés, sino también en el de los otros acreedores y en el del propio deudor (29). Trátese, en realidad, de una opinión aislada, pues la práctica generalidad de la doctrina ha entendido siempre que el acreedor subrogante que ve satisfecho su derecho de crédito por el pago que realiza el tercero pierde la legitimación que ostentaba para actuar en vía subrogatoria, ya que, como escribe, por ejemplo, HEMARD, en cuanto el derecho del acreedor a actuar en vía subrogatoria está limitado por su propio interés, si el deudor de su deudor le paga, desaparece todo interés (30).

En verdad que en razón de que el resultado de la acción subrogatoria se refleja únicamente de manera inmediata en el patrimonio del deudor y, en consecuencia, «quien acciona en subrogatoria beneficia virtualmente, no sólo a sí mismo, sino también a los demás acreedores» (31), parece que en un plano estrictamente teórico el hecho de que el tercero satisfaga el crédito del acreedor actuante no debería frenar la marcha de la acción subrogatoria ya iniciada. Estarían de por medio los intereses del deudor y de los otros acreedores para sostener la conveniencia de que el mecanismo subrogatorio prosiguiese su curso.

Descendiendo a la realidad de las cosas, la situación presenta otros matices. ¿Qué interés altruista podría adornar al acreedor subrogante para continuar un procedimiento, con su secuela de gastos e inconvenientes, cuando ya ha obtenido la satisfacción de su crédito? ¿Qué tercero estaría dispuesto a cancelar el crédito del acreedor actuante sin garantías de que el trámite subrogatorio puesto en marcha por éste no se va a detener en el preciso instante en que se produzca aquella cancelación?

Ante la evidencia de hechos de ese tenor difícilmente cabría defender la permanencia de la acción subrogatoria en la práctica a partir del momento en que quien la hace valer obtenga la satisfacción de su derecho de crédito, por más que pudiera pensarse que el acreedor que recurre a la vía subrogatoria ha puesto en marcha un procedimiento que puede, en teoría, mantenerse en razón

(29) LAURENT, *Principes*, XVI, *op. cit.*, pág. 465

(30) HEMARD, *Précis élémentaire de Droit civil*, II, París, 1932, pág. 210.

(31) MESSINEO, *Manual*, IV, *op. cit.*, pág. 149.

de los otros intereses, distintos del estricto que representa su derecho, presentes también en la actuación desde el momento en que la misma cobra realidad y que, desde luego, no resultan afectados por el hecho de que el tercero haya procedido a satisfacer el derecho del acreedor.

Pero hay todavía otra razón de peso y ésta sí de enjundia teórica. ATAZ LÓPEZ, tras reseñar erróneamente que si el tercero contra quien el acreedor se ha dirigido ofrece pagar al acreedor el importe de su deuda, y éste acepta, perderá la legitimación para seguir actuando (la oferta de pago, aún aceptada, no entraña realización del crédito), advierte que «la legitimación para actuar en vía subrogatoria depende de que se sea realmente acreedor, y si se acepta el pago por otro se pierde la cualidad de acreedor» (32).

El señalamiento es correcto. Para poner en marcha el mecanismo subrogatorio hace falta ser acreedor, pero la condición de acreedor se pierde cuando un tercero cumple la prestación debida (art. 1.158 del Código Civil), *ergo* el procedimiento subrogatorio no puede mantenerse si ha desaparecido la cualidad jurídica que lo justificaba. Tan absurdo como sería considerar que la acción subrogatoria la puede intentar quien no es acreedor, lo es también estimar que la misma puede mantener su singladura por más que quien la impulsaba ha dejado de ser ya acreedor, por muy estimables y dignos de tutela que sean los intereses del deudor y de los demás acreedores.

Pero es que, además, vista rectamente la situación generada tras el pago efectuado por el tercero, ni siquiera tiene mayor sentido seguir considerando estos otros intereses, pues lo normal será que en cuanto dicho pago devendrá en utilidad del deudor, en razón de que dejará de soportar el crédito ya satisfecho del acreedor actuante, su crédito se extinguirá en la medida de dicha utilidad (art. 1.163 del Código Civil), y, en consecuencia, ni él mismo podría ya reclamarlo, ni los restantes acreedores podrían acudir a la vía subrogatoria para hacerlo valer. El pago hecho por el *debitor debitoris*, pago del tercero por lo que respecta al acreedor subrogante, es al mismo tiempo pago al tercero en relación al deudor subrogado, y, por tanto, debe ser susceptible también de generar los efectos propios de esta modalidad en el cumplimiento de las obligaciones (33).

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil

(32) ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, *op. cit.*, pág. 112

(33) CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, *op. cit.*, págs. 73 y sigs.

Don José Ballesteros y el «oficio» de hipotecas

SUMARIO. 1. INTRODUCCION.—2. LOS «CONTADORES GENERALES DE HIPOTECAS DE LA VILLA DE MADRID Y SU TIERRA»: DE DON ANTONIO PEREZ ROCHA A DON JOSE BALLESTEROS Y SABUGAL.—3. LAS TRIBULACIONES DE BALLESTEROS.—4. UN DESENLACE RELATIVAMENTE FELIZ.

1. INTRODUCCION

En 1768 se promulgó la «Pragmática-Sanción» en la cual «se prescribe el establecimiento del Oficio de hipotecas en las Cabezas de Partido al cargo del Escribano de Ayuntamiento para todo el Reyno». En diversas publicaciones se ha destacado el relevante papel que tuvo el Consejo Real (1) en la elaboración de una Pragmática que vino a perfeccionar la institución registral (2),

(1) Hay que tener presente que por Decreto de 15 de julio de 1707 se incorporaron al Consejo Real de Castilla las competencias del entonces extinguido Consejo de Aragón. Con lo cual, el primero de dichos Consejos se llamó en adelante «Consejo Real» o, simplemente, «el Consejo de S.M.», «eludiendo cualquier alusión territorial, puesto que sus atribuciones ya no estaban limitadas a Castilla» (FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, 4.^a ed., 3.^a reimp., Tecnos, Madrid, 1988, pág. 377).

(2) En 1862, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA escribía: «La Pragmática de 1768 examinada en su conjunto, fue sin duda un verdadero progreso en la legislación hipotecaria: a diferencia de las anteriores, descendió a muchos puntos que eran indispensables para que hubiera algún orden y concierto en los registros de hipotecas, facilitó la obtención de noticias acerca del verdadero estado de la propiedad inmueble, introdujo reglas prudentes para que todos los que otorgaran instrumentos públicos comprendieran la obligación que la Ley les imponía y fijó honorarios módicos para la toma de razón, de modo que no fueran causa de retraer de la inscripción a los interesados. Exigir más en aquella época, en que tan poco se atendía a la legislación hipotecaria aun en las naciones más avanzadas, sería una especie de anacronismo, porque equivaldría a juzgar por las ideas dominantes hoy, la conducta de los legisladores de los siglos que pasaron» (*La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*

prestándose, sin embargo, escasa atención a un personaje —don JOSÉ BALLESTEROS Y SABUGAL— que, a través de sus «representaciones» al Consejo, contribuyó a ese perfeccionamiento.

El presente trabajo está dedicado a poner de relieve la tarea que BALLESTEROS llevó a cabo en tal sentido. Para elaborarlo me he basado, principalmente, en el expediente de que «dimanó» la misma Pragmática, que se conserva actualmente en el Archivo Histórico Nacional (3).

Vamos a comenzar por el principio.

2. LOS «CONTADORES GENERALES DE HIPOTECAS DE LA VILLA DE MADRID Y SU TIERRA»: DE DON ANTONIO PEREZ ROCHA A DON JOSE BALLESTEROS Y SABUGAL

El 14 de febrero de 1646, Felipe IV «hizo merced» (4) de darle a don ANTONIO PÉREZ ROCHA el «título de el ofizio de Contador General de Hipotecas de la Villa de Madrid y su Tierra» (5), «perpetuo por juro de here-

con la legislación anterior española y extranjera, I, Madrid, pág. 108). En nuestros días, RAMÓN M.^a ROCA SASTRE manifiesta que dicha Pragmática contenía «el ordenamiento embrionario de un moderno Registro de la Propiedad, y por cierto bastante aceptable entonces» (*Derecho Hipotecario*, I, 7.^a ed., Bosch, Barcelona, 1979, pág. 113). Y para BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, la misma Pragmática inició «el progreso registral-hipotecario» (*Antecedentes de la registración de bienes en Derecho histórico español*, en ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, I, *Leyes de 1861 y 1869*, Castalia, Madrid, 1974, pág. 32).

(3) Consejos, Leg 483, núm. 4.

Ya en 1993, M.^a ISABEL CABRERA BOSCH dio noticias de dicho Expediente, que, de otro lado, ha sido utilizado por la propia autora para determinar las «vías de participación» del Consejo Real en el proceso legislativo (*El Consejo Real de Castilla y la Ley*, CSIC, en especial págs 140-141 y 144-145). El lector interesado encontrará también en esta obra una completísima relación de los Expedientes Generales que despachó el mismo Consejo durante los años 1717 y 1834 (págs. 232-329).

(4) Salvo que se indique expresamente otra cosa, las palabras entrecomilladas que a partir de ahora aparezcan en el presente trabajo han sido tomadas de los documentos que forman parte del Expediente de que «dimanó» la Pragmática de 31 de enero de 1768.

(5) «La España de Felipe IV y Olivares —escribe FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE— vivía oprimida por una doble fuente de agobios. las guerras exteriores e internas, y las deudas y quebrantos de la Hacienda real. Es obvio que unos y otros problemas, los militares y los fiscales se reconducían mutuamente, y cada vez era más difícil resolver aquel círculo vicioso... para hacer frente a aquellas casi simultáneas fuentes de gastos y pérdidas de ingresos, el Rey, el Valido y el Consejo de Hacienda (azuzados por los asentistas acreedores) recurrían a muy diversos expedientes financieros: devaluación monetaria de 1628, nuevos y generales «donativos», Medias Anatas de oficios y mercedes, ventas de vasallos, crecimiento de la renta de la sal, «ensanche» de los Millones, décima eclesiástica y ventas y exenciones de lugares... (En) este contexto encaja perfectamente la intensificación acelerada de la venta de oficios públicos» (*Dos casos de incorporación*

dad» (6) por haber «ofrecido» servirle «con diez mil ducados pagados en año y medio y tres pagas de seis en seis meses» (7). Tras la muerte de PÉREZ ROCHA, la Contaduría madrileña pasó, primero, a doña GREGORIA ROCHA y, luego, a don FRANCISCO y don JUAN HIPÓLITO RUIZ DE OZENDA Y ROCHA, hija y nietos, respectivamente, de don Antonio.

Por escritura otorgada el 7 de noviembre de 1684, el citado don Francisco «zedió, renunció y traspasó» a don JUAN MEGÍA DE LAS HIGUERAS «todo el derecho y acción que tenía y le pertenecía al dicho ofizio» (8). Y como los ROCHA no habían pagado a la Real Hacienda «por cuenta de los dichos diez mil ducados» más que «veinte y un mil reales», MEGÍA entregó al depositario del «Consejo de la Cámara» (9) treinta mil reales, otorgando «escritura de obligación» por los cincuenta y nueve mil reales restantes. El 4 de junio de 1685, Carlos II despachó el correspondiente título a MEGÍA. La Cédula expedida al respecto decía así:

«mi voluntad es que aora y de aquí adelante vos el dicho don JUAN MEGÍA DE LAS HIGUERAS seais Contador General de Hipotecas de la dicha Villa de Madrid y su Tierra... con calidad que ante vos en el

de oficios públicos a la Corona de 1793 y 1800, en INSTITUTO DE ESTUDIOS ADMINISTRATIVOS, *Estudios de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, pág. 11. Cito por separata). Pues bien, entre los muchos oficios vendidos figuraba precisamente el de «Contador general de hipotecas».

(6) Cuando se compraba el oficio «por juro de heredad» no sólo se adquiría su titularidad «sino la disponibilidad plena e ilimitada sobre el oficio, con posibilidad de transmitirlo libremente *inter vivos* o *mortis causa*, quedando la Monarquía obligada a despachar el correspondiente título a favor en cada caso del nuevo adquirente» (FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Dos casos de incorporación de oficios*, pág. 6).

(7) Tomando como base un cálculo de la equivalencia entre el ducado y la moneda actual, hecho por ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTIZ (*El antiguo Régimen. los Reyes Católicos y los Austrias*, Alianza, Madrid, 1988, págs. 9-10), puede decirse que en 1988 habría tenido que pagarse por el citado oficio unos veinticinco millones de pesetas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en la venta que nos ocupa concurrieron dos circunstancias que aumentaron el precio: Ser «por juro de heredad» (el alcance de esta expresión ha quedado explicado en la nota 6 del presente trabajo) y con facultad de nombrar «teniente». Esta facultad significaba, según TOMÁS Y VALIENTE, «que el titular podía designar la persona que en su nombre ejerciera el oficio» (*Dos casos de incorporación de oficios*, págs. 12-13).

(8) Y es que por haber fallecido «el dicho Juan Ipólito Ruiz subcedió enteramente en los dichos vienes y derechos el dicho Francisco Ruiz de Ozenda y Rocha».

(9) Sobre el citado «Consejo» en el siglo xvii, véase. ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL. ESCUELA-TALLER DE ARCHIVOS, *La Cámara de Castilla Inventarios de los libros de la Secretaría de Gracia y Justicia que se conservan en el Archivo Histórico Nacional*, Dirección de Archivos Estatales, Madrid, 1993, págs. 17 y sigs.; M^a I. CABRERA BOSCH, *El Consejo Real de Castilla*, págs. 32 y sigs. Proporciona también datos interesantes SALUSTIANO DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Diputación de Salamanca, 1986, págs. LXI y sigs. A este autor se debe también *Gracia, merced y patronazgo real La Cámara de Castilla entre 1474-1530*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

dicho ofizio se han de registrar precisamente *todas las escripturas desde primero de henero de este año se huvieren causado, y que se fueren causando con hipotecas expresas y especiales sin exceptuar ninguna como son zensos perpetuos y al quitar vínculos maiorazgos memorias y patronatos fianzas empeños y obligaciones redempciones de censos desempeños y cartas de pago de fianzas y obligaziones*; y así mismo se han de registrar y se ha de tomar por vos la razón de *qualesquier trasposos de vienes raizes censos juros y otras qualesquier hipotecas aora sean ventas cartas de dote donaciones censos o posesiones por herencia o sentencia para mudar sus partidas* en los libros que haveis de tener en dicho ofizio» (10).

Las mencionadas «escripturas» se habían de registrar

«dentro de veinte días de su otorgamiento, pena de que no serán exequibles ni tendrán antigüedad sino es desde el día que se registraren con calidad que ningún ministro de justicia, pueda hazer autos con las que no estubieren registradas pena de dos años de suspensión de ofizio y de cien mil mrs».

Los escribanos

«han de tener obligación debajo de la misma pena a prevenir en las escripturas que hicieren de qualquiera de las calidades referidas la obligación que las partes interesadas han de tener de registrarlas dentro de que término con qué derechos y debajo de qué penas por que no se ignore».

Veintidós años después —concretamente el 16 de junio de 1707— don JUAN DE ESTACASOLO Y OTALORA, yerno de MEGÍA, otorgó «escriptura de cesión y retrozesión» del propio «ofizio» a favor de la Real Hacienda «por no haverse dado satisfacción de los dichos cinquenta y nueve mil reales» que se obligó a pagar su suegro. El monarca tuvo a bien aprobar esa «escriptura», no volviendo a proveerse el «ofizio de Contador General de Hipotecas de la Villa de Madrid y su Tierra» hasta 1745, fecha en que don JOSÉ BALLESTEROS Y SABUGAL lo obtuvo (11).

(10) La cursiva es mía.

(11) No obstante, por Decreto de 3 de junio de 1707 se había dispuesto que «en el ínterin que llega el caso de aver persona que entre al beneficio de el referido ofizio que don Juan Romero de Salazar, Agente general de la Cámara, le sirba y que para este efecto se le entregue el título original que se despachó a favor de Juan Mexía de las Igueras con todos los demás papeles tocantes y pertenecientes al dicho ofizio y que esto sea por imventario para el fin de servirle como viene expresado»

Efectivamente, el 12 de septiembre de ese año, el rey —a quien BALLESTEROS le había expuesto que «en muy repetidos pleitos» se experimentaban «graves inconvenientes y perjuicios» por «las casas y otros vienes raizes que se venden por libres o en que se imponen censos por parecer que lo están y salen luego con otros anteriores» y que esos inconvenientes y perjuicios se podrían evitar «estando corriente el manejo de dicha Contaduría»— expidió una Cédula que determinaba lo siguiente:

«por la presente mi voluntad es que aora y de aquí adelante y sin perjuicio de la providencia que combenga dar en lo succesibo, vos el dicho don JOSEPH VALLESTEROS Y SABUGAL sirbais vséis y exerzáis el mencionado ofizio de Contador General de Hipotecas de la dicha Villa de Madrid y su Tierra con calidad de que ante vos en el dicho ofizio se han de registrar precissamente *todas las escripturas que se huvieren causado y se fueren causando con hipotecas expresas y expciales sin exceptuar ninguna como son censos perpetuos y al quitar vínculos maiorazgos patronatos y fianzas empeños y obligaciones redempciones de censos desempeños y cartas de pago de fianzas y obligaciones*; y así mismo se han de registrar y se ha de tomar por vos la razón de *qualesquier traspaso de vienes raizes censos juros y otras qualesquier hipotecas aora sean ventas cartas de dote donaciones censos o posesiones por herencia o sentencia para mudar sus partidas* en los libros que haveis de tener en dicho ofizio» (12).

Aquellas «escripturas» se habían de registrar

«dentro de veinte días de su otorgamiento pena de que no serán exequibles ni tendrán antigüedad sino es desde el día que se registraren con calidad de que ningún ministro de justicia pueda hazer autos con las que no estuvieren registradas pena de dos años de suspensión de ofizio y de cien mil mrs».

Por su parte, los escribanos

«han de tener obligación debajo de las mismas penas a prevenir en las escripturas que hicieren de qualesquiera de las qualidades referidas la obligación que las partes interesadas han de tener de registrarlas dentro de qué término con qué derechos y debajo de qué penas por que no se ignore».

(12) La cursiva es mía.

3. LAS TRIBULACIONES DE BALLESTEROS

El 20 de septiembre de 1745, BALLESTEROS juró su cargo ante «los señores de el Consejo de S.M.». Siete días más tarde presentó al Ayuntamiento de Madrid la Real Cédula que le acreditaba como titular de la Contaduría General de Hipotecas de dicha «Villa» y su «Tierra». Mas a partir de entonces empezaron los problemas.

Ciertamente, en la sesión celebrada el 1 de octubre de aquel año, el Ayuntamiento madrileño acordó

«obedezer como obedezió con el respeto devido la mencionada Real Cédula de S.M. y en quanto a la admisión que se solizitaba el Sr. Procurador General adquiriesse razón de los títulos que para servir la misma contaduría se despacharon en los años de mil seiscientos quarenta y seis y mil seiscientos ochenta y cinco a ANTONIO PÉREZ ROCHA y don JUAN MEGÍA DE LAS HIGUERAS y lo en su virtud obrado y se llevasse para el primer Ayuntamiento» (13).

El 6 del mismo mes, tal Ayuntamiento decidió

«que en consequencia de el obdezimiento dado por Madrid a la citada Real Cédula de S.M. con que ha sido requerido se admite a este interesado sólo a el vso de la contaduría de Hipotecas causadas desde el día de su data ínterin que por S.M. se dignare resolver lo que fuere de su Real agrado en vista de la representación que Madrid tiene por precisso hazer para evitar el perjuicio que a la causa pública se seguiría de el unibersal exercicio de dicha Real Cédula la qual se devolviesse original quedando copia de ella» (14).

De esta manera, el Ayuntamiento de Madrid, con objeto de amparar «la causa pública» (ya veremos más adelante de qué «causa» se trataba en realidad), decidió utilizar un viejo mecanismo institucional para la defensa del Derecho castellano: la fórmula «Obedézcase, pero no se cumpla» (15).

(13) La cursiva es mía.

Concuerdan en este punto lógicamente, los documentos incluidos en el Expediente de que «dimanó» la Pragmática de 31 de enero de 1768 con los *Libros de Actas* correspondientes a las fechas citadas, que se conservan en el Archivo Municipal de Madrid (R. 209/86).

(14) Véanse también los *Libros de Actas* citados en la nota 13 del presente trabajo. La cursiva es mía.

(15) En Castilla, especialmente a partir de las Cortes de Burgos de 1379, de las Cortes de Briviesca de 1387 y de una Pragmática de Enrique III de 1397, se generalizó dicha fórmula consistente en que las disposiciones de gobierno contrarias al Derecho existente debían obedecerse pero no cumplirse. *Obedecer* significaba acatar respetuosamente la voluntad del rey. *No cumplir* implicaba la suspensión de la aplicación de la

Y en contra de lo que cabría esperar (16), el mecanismo tuvo un éxito rotundo.

En efecto, el Ayuntamiento «ocurrió» al rey, manifestándole que las facultades concedidas a BALLESTEROS excedían de la «ley del Reyno». El rey encomendó la espinosa cuestión al «Consejo de la Cámara», el cual estimó conveniente que se «recogiese» la citada Cédula de 1745 y se «despachasse nueva» para que BALLESTEROS pudiera tomar razón en la Contaduría madrileña de

«todas las escrituras que se otorgaren o huvieren otorgado desde el citado día doce de septiembre de el dicho año próximo pasado (1745) no sólo de censos y tributos sobre casas y heredades sino también de otro qualquier contrato de qualquier género y calidad que sea conteniendo expresa hipoteca» (17).

En definitiva, lo que proponía el citado «Consejo» era que el Contador General de Hipotecas de Madrid se ajustara en su actuación tanto a la Ley 3, título 15, Libro V de la Nueva Recopilación de 1567, como al Auto acordado de 8 de julio de 1617. Esa Ley y ese Auto acordado, que habían sido dictados, respectivamente, para los registradores de «censos y tributos» y para los escribanos de «registros de censos», decían:

«Por quanto nos es hecha relación que se escusarían muchos pleytos sabiendo los que compran los *censos y tributos*, los *censos e hypotecas* que tienen las casas, y heredades que compran, lo qual encubren, y callan los vendedores, y por quitar los inconuenientes que desto se siguen, Mandamos, que en cada Ciudad, villa, o lugar donde ouiere cabeça de jurisdicción, aya vna persona que tenga vn libro en que *se registren todos los contratos de las calidades susodichas*; y que no se registrando dentro de seys días después que fueren hechos, no hagan fée, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercero posseedor, aunque tenga causa del vendedor...» (18).

disposición en cuestión hasta que el rey, una vez informado del asunto, resolviera en definitiva. Si el rey persistía en su primera decisión, dicha disposición debía cumplirse. Sobre tal fórmula, véanse ALFONSO GARCÍA GALLO, «La Ley como fuente del Derecho de Indias en el siglo XVI», en *Estudios de Historia del Derecho indiano*, INEJ, Madrid, 1972, pág. 208 y sigs.; BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO, «La fórmula "Obedézcase, pero no se cumpla" en el Derecho castellano de la Baja Edad Media», en *Anuario de Historia del Derecho español* (=AHDE), L, 1980, págs. 469-497.

(16) Los historiadores del Derecho suelen afirmar que la eficacia de dicha fórmula durante la Edad Moderna fue escasa (véase, a título de ejemplo, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*, págs. 290-291).

(17) La cursiva es mía.

(18) Sobre las circunstancias que dieron lugar a la promulgación de esta disposición y el alcance de la misma, véase ALICIA FIESTAS LOZA, «El censo consignativo según una

«En los títulos de registros de censos, que se despacharen de aquí adelante, se diga que los Escribanos tomen la razón, i registren todos los censos, que se otorgaren desde el día de la data del título, i no los que se huvieren otorgado antes» (19).

fórmula castellana del Antiguo Régimen», en *AHDE*, LXIII-LXIV, 1993-1994, en especial pág. 570 y sigs.

El texto de dicha disposición está tomado de la *Recopilación de las Leyes destos Reynos, hecha por mandato de la Magestad Católica del Rey don Felipe Segundo nuestro Señor* (=NR) Manejo edición de 1640. La cursiva es mía.

(19) El texto citado está tomado de *Autos acordados. por el orden de títulos de las Leyes de Recopilación*, 1745 (=AA), V,15,1 (la cursiva es mía). Veamos, por otra parte, lo que decía el Conde de Torreánaz sobre dicho Auto acordado de 1617.

En 1581, el Consejo de Castilla, fundándose en que los «Registros de censos y tributos» creados por la disposición citada en la nota anterior no funcionaban «porque los Concejos eran morosos, descuidados y negligentes en nombrar los tales escribanos que habían de anotar los gravámenes», ordenó «que en adelante tuvieran título de S M y que sus nombramientos se hiciesen por la Corona». A partir de esa fecha fueron muchos «los nombramientos de escribanos de registros de censo».

Los nuevos «escribanos registradores» pretendían «en virtud de sus títulos, que eran títulos de dominio de sus oficios, que los particulares y corporaciones inscribiesen, no sólo los censos y gravámenes que se otorgasen con posterioridad, sino todos los antiguos: y esto provocó pleitos ruidosísimos, los cuales duraron cerca de un siglo, alguno de ellos absurdo, como el de Pedro Argüello, de Granada, que pretendía que, en virtud de los términos literales de su título, se habían de inscribir los censos y gravámenes posteriores al título, más los antiguos, aunque estuvieran incritos ya, porque decía que, de no hacerlo así, se le seguía gran perjuicio, teniendo en cuenta lo que había dado por el oficio». Por otra parte, un «pleito de Avila» por «dos veces lo perdió el común», pues «se impuso a los moradores la obligación de inscribir los gravámenes anteriores a 1581», pero «por las deficiencias del procedimiento judicial en aquella época, por el desorden jurídico con que actuaban los Tribunales, fue posible que se suscitase nuevamente el pleito y hubo de perderlo, en definitiva, el pobre escribano, que gastó su dinero inútilmente pleiteando durante nueve años, para llegar al fin a la solución de haber de rehacerse el título para consignar en él que sólo se hubiesen de registrar los censos y gravámenes que con posterioridad a su fecha se otorgasen». Y ésta «fue la jurisprudencia que al fin prevaleció, y consta en el auto acordado» de 1617 (*Diario de Sesiones del Senado*, 3 de junio de 1908).

De la intervención parlamentaria de Torreánaz se hizo eco, en 1989, GERMÁN GALLEG0 DEL CAMPO (*El espíritu de creación de la legislación hipotecaria*, en *COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (Ciclo de conferencias)*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, pág. 18) Y en relación con la misma intervención, MARGARITA SERNA VALLEJO escribe: «El conde de Torreánaz, con motivo de la discusión de la Ley Hipotecaria de 1909 en el Senado, se refiere a una Provisión del Consejo de 1581, en la que supuestamente el Consejo llamaba la atención sobre el deficiente funcionamiento de los Registros de censos... Si bien el Conde... considera que a partir de la Provisión de 1581 se procedió a la venta y nombramiento de numerosos Registros de censos, creo que en realidad... las transmisiones de estos Registros se producen todas ellas a raíz de la Cédula de 1589» (*La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, págs. 142-143). SERNA se refiere a la Cédula de 7 de abril de 1589 que, entre otras cosas, decía: «he acordado con parecer de algunos de mi Consejo... que... en las ciudades, villas y lugares cabeza de jurisdicción y en los otros pueblos donde convenga y pueda hacerse

El «Consejo de la Cámara», sin embargo, olvidó —y así lo hizo constar don JOSÉ BALLESTEROS— que un Auto acordado de 11 de diciembre de 1713 había dispuesto que el «registro» de «censos y tributos» creado por la mencionada ley recopilada estuviera en los «Ayuntamientos de todas las Ciudades, Villas, i Lugares», habilitando a los escribanos de Ayuntamiento para registrar *los censos, i escrituras de venta hasta aquí otorgadas*, así como los que «aora, u de aquí adelante se otorgaren» (20).

El rey siguió las indicaciones de dicho «Consejo» y el 22 de mayo de 1746 expidió una «nueva Cédula» que expresaba:

«mi voluntad es que aora y de aquí adelante y sin perjuicio de la providencia que combenga dar en lo subcesibo vos el dicho don JOSEPH VALLESTEROS Y SABUGAL... vséis y exerzáis el mencionado ofizio de Contador General de Hipotecas de la dicha Villa de Madrid y su Tierra con calidad que ante vos en el dicho ofizio se han de registrar precisamente todas las *escripturas que desde el citado día doze de septiembre (de 1745) se huvieren causado y se fueren causando no sólo de censos y tributos sobre casas y heredades sino es también de otro qualquier contrato de qualquier género y calidad conteniendo expresa hipoteca*» (21).

El triunfo, por consiguiente, había correspondido al Ayuntamiento de Madrid, quedando: el rey, con su libertad de acción limitada; y BALLESTEROS, con menos facultades registrales que las que le concedía la Real Cédula de 1745.

De otra parte, la eficacia de la Contaduría madrileña disminuía con la nueva disposición regia, ya que si no se obligaba a los particulares a registrar las «escripturas» anteriores a dicha Real Cédula, los adquirentes de inmuebles, aunque pidieran informes en la propia Contaduría, no podían saber con certeza si esos bienes se hallaban completamente libres de gravámenes.

¿Cuál fue el motivo *real* que impulsó al Ayuntamiento a pedirle al monarca que reconsiderara su postura en relación con las facultades concedidas a BALLESTEROS? De los documentos que he manejado se desprende que aquel organismo tenía un gran «resentimiento», debido a que el «ofizio o Contaduría» de Hipotecas de la expresada capital no estaba «unido a sus secretarios» por ser un «ofizio propio y privativo de la corona». Ello significaba que el rey había cedido, no ante la «causa pública», sino ante la «causa» del mismo Ayuntamiento.

haya personas que por nombramiento y título mío tengan el registro suso dicho de los censos y tributos, que hayan de ser o sean mis escribanos reales... ante los cuales y no otros pasen todos los registros de las dichas ventas e imposiciones de los dichos censos y tributos» (véase esta Cédula en la propia obra de SERNA, págs. 639-641).

(20) AA III,9,21.

(21) La cursiva es mía.

Pero no fue este el único obstáculo con que tropezó BALLESTEROS. Así, en 1749, les dijo a los «señores del Consejo» que ni la «nueva Cédula» de 1746 ni la citada ley recopilada se cumplían porque

«admitiéndose en juicio... indistintamente las escrituras tomadas razón en dicha Contaduría y las no tomadas son muy pocos los que acuden pues sin estímulo de el benefizio ni temor de el daño acuden por sola voluntariedad, y ésto los que con plena inteligencia de el beneficio de la ley tienen la remota esperanza de que llegará a ponerse en íntegra práctica».

La gravedad de esta cuestión está fuera de dudas: las normas registrales no se aplicaban por quienes estaban obligados a ello y la inaplicación, a su vez, aumentaba la resistencia a acudir a la Contaduría General de Hipotecas madrileña.

El Consejo, sin embargo, tomó con calma el asunto y siete años después —exactamente el 25 de septiembre de 1756— ordenó a BALLESTEROS que en el término de dos meses pusiera «en el más exacto uso el cumplimiento de la expresada Cédula» (de 22 de mayo de 1746), dando cuenta de las diligencias practicadas. BALLESTEROS hizo los oportunos requerimientos a «los Escribanos del número, y Provincia y a algunos lugares de la jurisdicción», excepto «a Madrid en su Ayuntamiento» por «no haberle parecido preciso» ya que la misma Cédula estaba de acuerdo con lo que «Madrid tenía propuesto» en su «representación» al rey. Mas los esfuerzos de BALLESTEROS no se vieron coronados por el éxito.

De esta manera, el sufrido Contador, según manifestó al propio Consejo en escrito fechado en 10 de enero de 1757, halló en algunos de los «lugares» requeridos «alguna repugnancia... bien que ninguna con tesón particular, ni yntento de hacer recurso, sino sólo dudando los mismos pueblos, si debían, o no ser comprendidos, unos por ser de señorío, otros por ser villas eximidas». Por ello suspendió los requerimientos hasta que el alto organismo declarara «qué lugares son los que verdaderamente comprende la jurisdicción para este fin».

Además, BALLESTEROS expresaba que en otros «lugares» dichos requerimientos habían producido tan «corto» efecto que «hasta el presente en que han como tres meses poco más o menos, han acudido nueve escrituras otorgadas en Madrid y dos de lugares». De lo cual se deducía «el ningún uso que tiene dicha Contaduría y por consiguiente la suma inobserbancia de la Ley del Reyno, Auto acordado, y Cédulas Reales (22). Y BALLESTEROS insistía en que

(22) BALLESTEROS se refería a: NR V,15,3; AA III,9,21; Real Cédula de 12 de septiembre de 1745; y Real Cédula de 22 de mayo de 1746, modificando la de 1745.

esa «inobserbancia» provenía no sólo de dejar «como se dexan en la Cédula de veynte y dos de maio válidas, y exequibles en juicio todas las escrituras que se hallan otorgadas hasta el día doce de septiembre de mil settecientos quarentta y cinco» sino también de comprobar los interesados

«que aun que concurren con otra escritura que no esté tomada la razón no le ha de producir en juicio el efecto de anterioridad... y que ha de ser tan válida en juicio la que tenga este requisito como la que carezca de él».

Así pues, la resistencia, por parte de los tribunales, a aplicar las normas registrales no había sido vencida aún.

Para solucionar tamaños problemas, BALLESTEROS proponía: que a las escrituras otorgadas hasta el 12 de septiembre de 1745 (23), «sin embargo de que no se admitan en juicio sin estar tomada la razón, no se les prefina término por aora sino que siempre que concurren en juicio con el dicho requisito de toma de razón tengan la misma validación y antigüedad que antes»; que a las otorgadas desde la mencionada fecha hasta el 25 de septiembre de 1756 (24), «se les prefina el año que consta del auto acordado» (25); y que a las otorgadas desde el mismo 25 de septiembre «sea de obligación con el término de veinte días» (26).

De otro lado, continuaba BALLESTEROS, «si por lo correspondiente a los lugares de la jurisdicción tubiese por combeniente V.M. concederles para lo que se otorgase aún más término que los veinte días, respecto de la distancia y tener que benir a este fin, parecerá su ampliación regular». Ahora bien, eso no lo pedía él «por no especificarse en ninguna de las Reales Cédulas».

El 10 de marzo de 1757, el fiscal del Consejo, en vista de la «representación» de BALLESTEROS y de los demás «antecedentes de esta dependencia», indicó: que todos «los lugares y villas de las cinco leguas en contorno desta Corte («sin excepción de las de señorío, ni las eximidas») estaban sujetos a lo dispuesto en la Real Cédula de 22 de mayo de 1746; que se había de poner

(23) Recordemos que esa era la fecha de la primera Real Cédula expedida a favor de BALLESTEROS.

(24) 25 de septiembre de 1756 era la fecha que llevaba el Decreto de los «Señores del Consejo» mandando «poner en el más exacto uso» el cumplimiento de la Real Cédula de 22 de mayo de 1745, expedida a favor de BALLESTEROS.

(25) El Auto acordado a que se refería BALLESTEROS era el de 11 de diciembre de 1713 (AA III,9,21), que concedía ese término para registrar «todos los censos i escrituras de venta» que «ya están otorgados».

(26) Ese término —decía BALLESTEROS— «es el que da la Cédula de quatro de Junio de mill seiscientos ochenta y cinco despachada a favor de don Juan Megía de las Higuerras y se dio al Conttador en la Cédula de doce de septiembre de mill setecientos quarentta y cinco».

en conocimiento del Ayuntamiento de Madrid el contenido de tal Cédula «para proceder con la formalidad que corresponde»; y que aunque los men- guados efectos producidos por los requerimientos efectuados por BALLESTEROS se debían a las causas señaladas por éste, teniendo en cuenta «las superiores dificultades y perjuicios notorios» que se ocasionarían si «rigurosamente» se mandara observar la Ley 3, título 15, Libro V de la Nueva Recopilación de 1567 y el Auto acordado de 11 de diciembre de 1713, no había motivo para que «se altere, ni varíe en este asunto dicha providencia del Consejo» ni para que «se admita más instancia, ni representación en este particular».

A pesar de las palabras del fiscal, el Consejo mandó, el 2 de junio de 1757, que las Chancillerías y Audiencias de Castilla informaran sobre la «obserbancia» de las mencionadas disposiciones y que las «ciudades» de Ecija, Carmona, Sevilla y Toledo dijeran qué efectos había producido allí «la práctica» del «oficio de hipotecas» (27). Ahora bien, mientras tanto, no debía tomarse «providencia» sobre «lo que representa don JOSEPH BALLESTEROS». El panorama que se le presentaba al «Contador general de Hipotecas de la Villa de Madrid y su Tierra», pues, no era muy esperanzador.

Realmente, el 6 de diciembre de 1763, el fiscal expuso al Consejo que la información solicitada a los referidos organismos y «ciudades» no se había recibido «en el largo transcurso de más de siete años» (lo cual implicaba un «notable daño del orden público y observancia de las leyes» y una falta de atención «a la importancia de la materia y al superior precepto del Consejo») y que

«ha resultado perplexidad en los jueces, viendo las leyes que anulan los contratos hipotecarios no registrados; o según otro sentido quitan la prelación».

Conviene señalar que en estas palabras del fiscal aparece reflejado, de nuevo, uno de los grandes problemas de la época: el rechazo del «Derecho patrio» por los tribunales. Por unos tribunales a los que ese «Derecho» causaba «perplexidad» por contener unas normas —en el caso que nos ocupa, las que anulaban «los contratos hipotecarios no registrados» o quitaban «la prelación»— que no figuraban en el Derecho con arreglo al que ellos sentenciaban (el Derecho común), dijeran lo que dijeran la Nueva Recopilación de 1567 o el más reciente Auto acordado de 4 de diciembre de 1713, reiterando el orden de prelación de fuentes tradicional (28).

(27) A esas «ciudades» se les pedía también que informaran sobre «qué derechos han percivido los Escrivanos de Cavildo, u otras personas a cuyo cargo esté dicha oficina por tomar la razón y por dar las fées».

(28) La ley 1^a, título XXVIII, del Ordenamiento de Alcalá de 1348 mandaba que se aplicara en Castilla, en primer lugar, el propio Ordenamiento. Este precepto se interpretó

Por otra parte, el mismo fiscal proponía que se volviera a pedir información a los referidos organismos y «ciudades». La propuesta fue aceptada por el Consejo, que, tras una larga y paciente espera, obtuvo los frutos deseados: los informes que llegaron corroboraron «lo útil y necesaria que será del bien común de el Estado, y constante fée de los contratos la observancia en todo lo posible» de la citada Ley 3, título 15, Libro V de la de la Nueva Recopilación de 1567 y del mencionado Auto acordado de 11 de diciembre de 1713 (29).

Con base en esos informes, en los autos formados a instancias de BALLESTEROS, en las «representaciones» de éste y en el expediente que «se ha trahido de la Cámara», los fiscales del Consejo hicieron las siguientes propuestas (30):

en adelante de una manera muy amplia y se entendió que en primer lugar había que aplicar no sólo las leyes contenidas en ese Ordenamiento sino en general todo el Derecho real. En segundo lugar, la citada ley permitía que se aplicaran los Fueros municipales. Estos Fueros, sin embargo, se vieron notablemente restringidos en su vigencia por esta ley porque en adelante sólo pudieron aplicarse en defecto del Derecho real, entendido éste como Derecho general castellano, y no con preferencia a éste. De otro lado, la ley de Alcalá indicaba que dichos Fueros podrían ser modificados por el rey y que únicamente podrían aplicarse en aquellos puntos que estuvieran en uso y siempre que no fueran «contra Dios e contra razón» o contra las leyes del rey. En tercer lugar, en Castilla se aplicarían en lo sucesivo las Partidas. Y puesto que este texto contiene Derecho romano-canónico, «puede decirse que éste penetra legalmente en Castilla a partir de entonces, y a través de las Partidas». Ahora bien, la ley de Alcalá no se remite en modo alguno al Derecho común de una manera global. En la ley de Alcalá, por otra parte, se ratificaba el poder del rey para dar leyes y para interpretar todo el Derecho castellano, aclarando dudas, resolviendo contradicciones entre diversas leyes o corrigiendo su significado. En consecuencia, el rey podría dar «ley nueva» con cualquiera de las anteriores finalidades o para resolver problemas jurídicos que no se pudieran solucionar con arreglo al Derecho real, a los municipales o a las Partidas» (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*, págs. 243-244).

El orden de prelación de fuentes de Alcalá fue confirmado en la primera de las Leyes de Toro de 1505 —que fue incluida en NR (II,1,3)— y en el Auto acordado de 4 de diciembre de 1713 (AA II,1,1). Este último, además, explicaba que «...en contravención de lo dispuesto, se substancian, i determinan muchos pleitos en los Tribunales de estos Reinos, valiéndose para ello de doctrinas de libros, i Autores Estrangeros, siendo mucho el daño, que se experimenta de ver despreciada la doctrina de nuestros propios Autores, que con larga experiencia explicaron, interpretaron, i glossaron las .. Leyes, Ordenanzas, Fueros, usos, i costumbres de estos Reinos... i, lo que es más intolerable, creen que en los Tribunales Reales se deve dar más estimación a las Civiles, i Canónicas, que a las Leyes, Ordenanzas, Pragmáticas, Estatutos, i Fueros de estos Reinos, siendo así que las Civiles no son en España leyes, ni deven llamarse así, sino sentencias de Sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de lei, i en quanto se ayudan por el Derecho Natural, i confirman el Real, que propiamente es el Derecho Común, i no el de los Romanos, cuyas leyes, ni las demás estrañas no deven ser usadas, ni guardadas».

(29) Algunos de aquellos organismos y «ciudades» aprovecharon la ocasión para manifestar también que habían mandado al Consejo el informe pedido el 2 de junio de 1757, culpando al alto organismo del extravío de tal informe. Así, la Chancillería de Granada decía: «algunos de los oydores se acordaron de haverse echo, y remitido el informe, haze más de tres años; y así es de presumir se halle en la ofizina de la Secretaría de Gobierno». En el mismo sentido se manifestaba la Chancillería de Valladolid.

(30) Las mencionadas propuestats están fechadas el 13 de enero de 1767.

- 1.^a Que con arreglo a aquella Ley y aquel Auto acordado, se crearan «en Madrid, y en las capitales cavezas de partido de estos Reynos, Contadurías Generales de Hipotecas, para que en ellas se registren, y tome la razón precisamente de todas las escrituras de censos, tributos, y de otras qualesquiera que contengan expresa, y especial Ipoteca».
- 2.^a Que dicha toma de razón se practicara «dentro de el preciso término de los seis días de el otorgamiento de las escrituras» y que no haciéndose así «no hagan fée, ni se juzgue conforme a ellas, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor aunque trahiga causa de el vendedor».
- 3.^a Que a los instrumentos y escrituras que se otorgaran fuera de las capitales «en los pueblos de su tierra, y jurisdicción» se les podría conceder un mes de término contado «desde el día de el otorgamiento».
- 4.^a Que teniendo en cuenta tanto «la confusión, perjuicios y gastos, que necesariamente se han de originar a las partes, e interesados en precisarles a la toma de razón, y registro de todos los instrumentos antiguos» como «el notable embarazo que havía de ocasionar en las Contadurías esta diligencia», no convenía «precisar a dicha toma de razón aunque sea señalando término» pero que parecía «correspondiente» que tales instrumentos «antiguos», junto con los otorgados desde el 22 de mayo de 1746 y los que se otorgaran hasta el día de la «publicación» de una nueva Cédula al «Contador», no hagan fée, sin que antes se tome la razón sirviendo su defecto de excepción a los deudores reconvenidos para excusarse a el pago. Los fiscales pensaban que los interesados, a trueque de conservar «sus instrumentos y escrituras con la virtud, fuerza y prelación, que les corresponda por su naturaleza», acudirían «gustosos» a «tomar la razón», consiguiéndose así, y «en pocos años», la «observancia» de la ley y el establecimiento de las Contadurías «vajo de un pie de dotación decente, y con utilidad, y aceptación de el público».
- 5.^a Que el requisito de la toma de razón se entendiera «bajo de las penas a los jueces y escrivanos» de dos años de suspensión de oficio y cien mil maravedís «con respecto únicamente a las escrituras, que se otorgaren, y contengan hipoteca, o expresión de gravamen, desde el día que se publicare, e hiciere saver esta providencia en las respectivas cavezas de partido, y pueblos de la jurisdicción de cada una».
- 6.^a Que la correspondiente resolución sobre las Contadurías de Hipotecas se comunicara a las Chancillerías y a las cabezas de partido para que las mismas fueran arreglándose a su «decisión» y perfeccionando el «establecimiento» y que en los lugares en que no había aún Contador de Hipotecas —«y entre tanto que se establece devidamente»— se tomara razón de los «contratos» en la «Escrivanía de Ayuntamiento», conforme a lo dispuesto por el Auto acordado de 11 de diciembre de 1713.

7.^a Que «por ahora» no se hiciera «novedad» en cuanto a los derechos de «registro» y que «para en adelante» se formaran los oportunos aranceles, así como una Instrucción «para el manejo y gobierno de dichas Contadurías con respecto de los payses, y capitales donde se establezcan, y a la diferencia en el valor de comestibles, y demás preciso a la decencia, y conservación de los individuos, que las compongan».

Una vez examinado el informe de los fiscales, el Consejo, en Consulta (31) de 14 de agosto de 1767, comenzó por afirmar la necesidad de «que se renuebe con vigor la observancia de la ley del Reyno, y del auto acordado que citan los fiscales» para evitar los «muchos pleytos, y estelionatos que dimanen de la ocultación de las cargas que suelen hacer los vendedores de bienes raíces, y los impondores de censos». Y como esa «ley» y ese «auto acordado» sobre el «registro» de hipotecas «contribuieron providencia general», justo era, en opinión del alto organismo, que fuera también «general» su «observancia en todas las capitales de partido de estos Reinos», por «militar en todas una misma razón».

Por otro lado, el Consejo reconocía que si se limitaba la toma de razón en los «Oficios de hipotecas» sólo a los «contratos sucesivos» (y en Madrid, «a los otorgados desde doze de septiembre de mill setecientos quarentta y cinco»), nunca podría «perfeccionarse esta obra con la extensión, y buenos efectos que deve tener» porque «los asientos, o registros de las cargas futuras en el oficio de hipotecas, no podrían poner a los compradores en estado de saver enteramente la libertad, o gravamen de las fincas, una vez que las cargas anteriores no constasen de los mismos asientos». Más también creía aquel organismo que «si se asignasen, y limitasen términos para ebaclar la toma de razón de los contratos antiguos», o se «dificultaría el cumplimiento, y molestaría a los vasallos», o «acudirían tantos a un tiempo, por la multitud de los mismos contratos, y largo transcurso de la inobservancia de la ley» que se «introduciría la confusión, y el desorden a los primeros pasos». Por ello, lo más acertado sería, en opinión del Consejo, privar a «las partes de hacer uso judicial de los instrumentos antiguos para perseguir las hipotecas sin que preceda tomar la razón en el oficio de éstas. Por este medio «indirecto» se conseguiría «que con suavidad, y sin molestia en un corto número de años se registren todos estos instrumentos».

Y, «sin embargo, de lo que proponen los fiscales que han reconocido después, lo mismo», el Consejo entendía

(31) «Por Consulta —escribe M.^a ISABEL CABRERA BOSCH— el Consejo expone al Rey, previa petición de éste, su parecer o dictamen sobre un asunto que, habiendo sido sometido a su consideración, necesita de la sanción real .. la Consulta es también la exposición del proyecto de ley al Monarca para que decida sobre él» (*El Consejo Real de Castilla*, pág. 144).

«que no hay necesidad, ni combiene crear Contadurías de Hipotecas, en calidad de oficinas separadas, y nuevas, y que para el cumplimiento de la ley y de su espíritu, basta sin duda, y es mejor que el registro, y toma de razón quede a cargo de los Escribanos de Ayuntamiento y Cavildo, con arreglo a lo prevenido en el Auto acordado que trata de la materia».

Estos «oficios ya dotados» tenían mayor «proporción» para el «registro, sin aumentar gravamen considerable a las partes». Además, utilizándolos

«se evita ...crear (nuevos) oficios, y aumentar plumistas en la república, sustrahiendo personas de la labranza, y de las artes».

No obstante, dicha solución «deverá ser para los pueblos en que no hay creadas Contadurías de Hipotecas, ni personas que actualmente las sirvan», porque

«donde así sucediere, deberán continuar para no ofender el derecho de tercero; y en Madrid, cuyo Contador ha promovido la observancia de la ley, ay esta razón de congruencia para que no reciba perjuicio, y logre en la excepción una remuneración que merece».

También opinaba el Consejo que los escribanos que autorizaran instrumentos de los comprendidos en la «ley» debían expresar en los mismos «que no han de hacer fée contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente en ellos para perseguirlas sin que preceda el registro y toma de razón en el oficio de hipotecas, dentro del término prevenido en la ley, con las declaraciones de la Instrucción» (32), añadiendo que «ésta sea una cláusula general, y precisa en los tales instrumentos cuyo defecto vizie la substancia del acto para el efecto de que dichas hipotecas se entiendan gravadas». Y para que esos escribanos no ignoraran «su obligación en esta parte», el Consejo proponía que en los títulos que se les despacharan por «la Cámara», se «prevenga que han de estar obligados a advertir en los instrumentos, y a las partes la obligación de registrar en el oficio de hipotecas los instrumentos que las contubieren».

A las anteriores manifestaciones del Consejo seguía un «dictamen resumido» que vamos a sistematizar así:

(32) El Consejo se refería a una Instrucción formada por los fiscales Floridablanca y Campomanes, que examinaremos más adelante. SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ se ha ocupado de la labor que, en general, realizaron en el Consejo estos personajes (*Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1992, pág. 128 y sigs.)

A) ORGANIZACIÓN DEL «OFICIO DE HIPOTECAS»

Dicho «oficio» se encomendaba a los «Escribanos de Ayuntamiento» de los «pueblos cavezas de partido», los cuales quedaban sujetos a la obligación de llevar los correspondientes «libros de registro». Todo ello,

«sin perjuicio de los Contadores de Hipotecas que actualmente hubiere».

B) ACTOS SUJETOS A LA TOMA DE RAZÓN

Estaban sujetos a dicha toma de razón los instrumentos relativos a

«imposiciones, ventas, y redempciones de censos, y tributos, ventas de bienes raíces, o considerados por tales que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos, vínculos, u otras pías, y generalmente todos los que tengan especial, y expresa hipoteca, o gravamen de ellos, o su liberación, y redención».

Los efectos de la toma de razón eran puramente negativos ya que no cumpliéndose con dicho requisito

«no hagan fée dichos instrumentos, en juicio, ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento» (33).

Las «partes contenidas en la escritura, o instrumento» tenían que

(33) En relación con esta disposición, que pasó a ser el capítulo IV de la Pragmática de 31 de enero de 1768, SERNA VALLEJO escribe: «Los efectos que se reconocen a la inscripción son muy amplios porque en relación a las hipotecas se establece el carácter constitutivo de la misma, de manera que no existe hipoteca y por tanto no causa efectos, ni dentro ni fuera de juicio, hasta el momento de su inscripción en los libros registrales» (*La publicidad inmobiliaria*, pág. 202). Por su parte, OLIVER ESTELLER manifiesta: «Tampoco alteró la Ley orgánica de los Oficios de Hipotecas la naturaleza y efectos que la toma de razón tenía en los antiguos Registros de Castilla. Continuó siendo un formalidad meramente ritual, sin valor sustantivo alguno, cuya omisión no producía otro efecto que el de no hacer fe en juicio, ni fuera de él, los documentos que carecían de dicho requisito para perseguir las hipotecas ni para que se entendieran gravadas las fincas descritas en los mismos».

Pero los actos y contratos enumerados anteriormente sólo estaban sujetos a registro cuando se habían consignado en documento público, pues los que carecían de esta solemnidad continuaban sometidos a las disposiciones del Derecho civil o común» (*Derecho inmobiliario español*, I, Madrid, 1892, pág. 283). Esta opinión de OLIVER se ajusta más al citado capítulo de la Pragmática de 1768.

«registrarlo en los seis días siguientes a su fecha... si se otorgaren en la capital, pues siendo en los pueblos de el partido cumplirán con registrar dentro del término de un mes».

Mas «por lo correspondiente a los instrumentos anteriores a la publicación de esta nueva Cédula, o Pragmática» sobre el «oficio» de hipotecas

«cumplirán las partes con registrarlos antes que los hubieran de presentar en juicio para el efecto de perseguir las hipotecas, o fincas gravadas bien entendido, que sin preceder la circunstancia del registro, ningún juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni arán fée para dicho efecto aun que la hagan para otros diversos de la persecución de las hipotecas, o verificación del gravamen de las fincas».

Los jueces o «ministros» que infringieran, en su caso, las disposiciones señaladas debían sufrir las penas de «privación de oficio, y de daños con el quatro tanto» que prevenía el Auto acordado de 11 de diciembre de 1713. Y los escribanos que no hicieran constar en los instrumentos que autorizaran los efectos del incumplimiento «con el registro, y toma de razón» quedaban sujetos a las mismas penas.

La Consulta del Consejo iba acompañada de una Instrucción, formada por los fiscales FLORIDABLANCA y CAMPOMANES, que afectaba a los extremos siguientes:

A) ORGANIZACIÓN DEL «OFICIO DE HIPOTECAS»

Las Chancillerías y Audiencias, en sus respectivos territorios,

«formarán, imprimirán y comunicarán listas de las cabezas de partido donde se han de establecer los oficios de hipotecas para que conste claramente a los pueblos; y quedará a el arvitrio de las mismas Chancillerías y Audiencias señalar algunas cabezas de jurisdicción aun que no sean de partido si vieren que conviene para la mejor y más fácil observancia por la extensión, o distancia de los partidos».

El «Escrivano de Cavildo» a cuyo cargo tenía que estar ese «oficio»

«ha de ser nombrado por la justicia y regimiento de las cavezas de partido, precediendo las fianzas correspondientes de su quenta y riesgo; y si huviere dos Escrivanos de Ayuntamiento elegirá este de ellos el que tubiere por más a propósito».

La toma de razón debía practicarse

«ya sea en un libro, o en muchos registros separados de cada uno de los pueblos de el distrito, con la inscripción correspondiente; de modo que con distinción y claridad se tome la razón respectiva del pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas, distribuyendo los asientos por años para que fácilmente pueda hallarse la noticia de las cargas, enquademándolos, y foliándolos. en la misma forma que los escribanos lo practican con sus protocolos, y si las hipotecas estuvieren situadas en distintos pueblos, se anotará en cada una las que le correspondan».

Para facilitar el hallazgo de las «cargas y liberaciones», la «Escribanía de Ayuntamiento» había de llevar

«un libro índice, o repertorio general en el qual, por las letras de el abecedario se bayan asentando los nombres de los impondedores de las hipotecas, o de los pagos, distritos, o parroquias en que están situados, y a su continuación el folio del registro, donde haya instrumento respectivo de la hipoteca, persona, parroquia, o territorio de que se trate; de modo que por tres, o quatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque; y para facilitar la formación de este abecedario que tomada que sea la razón se anotará en el índice en la letra que corresponda el nombre de la persona, y en letra inicial correspondiente a la heredad, pago, distrito, o parroquia se hará igual reclamo».

Los «libros de registro» tenían que guardarse en las «Casas Capitulares» y «en su defecto» la responsabilidad recaería no sólo en los «escribanos» sino también, en «la justicia y regimiento a quienes se les hará cargo en residencia».

B) MODO DE LLEVAR EL OFICIO

En los referidos libros debían consignarse las siguientes circunstancias:

«la data o fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligación o fundación, diciendo si es imposición, venta, fianza, vínculo u otro gravamen de esta clase; y los bienes raíces grabados o hipotecados que contiene el instrumento, con expresión de sus nombres, caudales, situación y linderos, en la misma forma que se exprese en el instrumento».

La Instrucción aclaraba que por «bienes raíces», además de «casas, heredades y otros de esta calidad» inherentes al suelo,

«se entiendan también los censos, oficios, y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravamen o constituir hipotecas».

El instrumento que había de presentarse en el «oficio» era

«la primer copia que diere el escribano que la huviere otorgado, que es el que se llama original, excepto quando por pérdida, o estravío de algún instrumento antiguo se huviere sacado otra copia con autoridad de juez competente, que en tal caso se tomará de ella la razón, expresándolo así».

Una vez remitido por el «escrivano originario» algún «instrumento que contengan hipoteca», el «Escrivano de Cavildo» tenía que tomar la razón

«dentro de 24 oras para evitar molestias y dilaciones a los interesados; y si el instrumento fuere antiguo y anterior a dicha cédula, despachará la toma de razón dentro de tres días de como le presentare» (34).

Efectuado el «registro»,

«pondrá el Escrivano de Cavildo en el instrumento exhiuido la nota siguiente *tomada la razón en el oficio de hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el día de hoy*, y concluirá con la fecha, la firmará, debolberá el instrumentto a la parte a fin de que si el interesado quisiere exhibirlo a el escrivano originario ante quien se otorgó para que en el protocolo anote estar tomada la razón, lo pueda hazer» (35).

En el supuesto de que se llevaran a registrar instrumentos de «redempción» de censo o liberación de la hipoteca o fianza,

«si se hallare la obligación o imposición en los registros del oficio de hipotecas, se buscará, glosará y pondrá la nota correspondiente a su margen, o continuación de estar redimida, o estinguida la carga, y si no se halla registrada la obligación principal o aun que se halle

(34) El incumplimiento de esta obligación podía castigarse con las penas de privación de oficio y «de daños con el quatro tanto»

Por otra parte, la «cédula» a que se referían los citados fiscales era la que, en su caso, expidiera el rey sobre el «oficio» de hipotecas aludido en la Consulta de 14 de agosto de 1787.

(35) La cursiva es mía.

queriendo la parte se tomará la razón de la redención, o liberación en el libro de registro de la misma forma que se deve hacer de la imposición».

Los «derechos de registro» eran dos reales por cada escritura que no pasara de doce hojas y, «en pasando del respecto de seis mrs. cada una, además del papel».

Las certificaciones de lo que constara en el «oficio de hipotecas» debían ajustarse a lo dispuesto en los Reales Aranceles «en quanto tratan de las copias de instrumentos que dan los escribanos de sus protocolos».

La Instrucción determinaba también que todos los escribanos del Reino quedaban obligados a consignar en los instrumentos que autorizaran la «advertencia» de que

«se ha de tomar la razón dentro del preciso término de seis días si el otorgamiento fuere en la capital, y dentro de un mes si fuere en pueblo del partido» (36).

Y como la conservación de los documentos públicos importaba tanto al «Estado», todos los escribanos «de los lugares del partido» debían enviar «al Corregidor, o Alcalde mayor» del mismo

«uña matrícula de los instrumentos de que consta el protocolo de aquel año para que se guarde en la Escribanía de Ayuntamiento».

Por ese «Índice anual» podría conocer el que regentara «dicha Escribanía y el oficio de hipotecas» si había habido omisión en llevar al «registro» algún «instrumento».

4. UN DESENLACE RELATIVAMENTE FELIZ

Carlos III se «conformó en todo» con las propuestas del Consejo y el 31 de enero de 1768 expidió la «Pragmática-Sanción» en «la qual se prescribe el establecimiento del Oficio de hipotecas en las Cabezas de Partido al cargo del Escribano de Ayuntamiento para todo el Reyno (37), y la Instrucción que en ello se ha de guardar, para la mejor observancia de la *Ley 3, título 15, libro 5 de la Recopilación*» (38). La tenacidad de BALLESTEROS había llevado a este desenlace.

(36) El incumplimiento, por parte de los escribanos, de esta obligación podía castigarse con las penas de privación de oficio y «de daños, con el quatro tanto».

(37) Conviene tener presente, sin embargo, que dicha Pragmática se aplicó en toda España, excepto en Navarra, donde, en 1817, quedó establecido el «Oficio de hipotecas» en forma análoga a la de los restantes territorios

(38) La Pragmática reproducía, casi a la letra, el «Dictamen resumido» del Consejo.

M.^a ISABEL CABRERA BOSCH ha llamado la atención sobre las diferencias existentes entre el «contenido definitivo de la ley» (esto es, de dicha Pragmática) y el «proyecto de ley» (es decir, el referido dictamen fiscal), ya que la primera establecía el «Oficio de Hipotecas» para todo el Reino y el segundo proponía la creación de «Contadurías de Hipotecas»: «Algo había pasado —escribe la citada autora— para que el proyecto no se reflejara en todos sus términos en la ley finalmente promulgada» (39). En mi opinión, ese «algo» consistía en el deseo de evitar, no ya la creación de «oficios» y el aumento de «plumistas» en la «república» (40), sino la aparición de nuevos conflictos con los Ayuntamientos. Con unos Ayuntamientos que desde el siglo xvi venían combatiendo los intentos regios de privatizar el «oficio» de registrador de «censos» o de «hipotecas» (41).

Conviene destacar, sin embargo, que para el Contador General de Hipotecas de la Villa de Madrid y su Tierra, el referido desenlace no fue muy feliz.

Ciertamente, el 15 de marzo de 1769, don JOSÉ BALLESTEROS acudió al Consejo exponiendo que

«se encuentra general ynobserbancia de la ley 3.^a, tit. 15 de la nueva recopilación, y auto acordado de 11 de diziembre de 1713, admitienddo en juicio las escrituras que no está tomada la razón en esta Contaduría, así para redempziones, como en concursos, testamentarías, y otras diversas clases de juicios, contrabiniendo no sólo a lo prevenido en dicha ley, y auto acordado, sino al cap. 4.^o de dicha real Pragmática» (42).

Para poner fin a esa «ynobserbancia», BALLESTEROS sugería que se suspendiera «el juicio de todas las escrituras que por cualquier motivo, causa o

Como señala MARIANO PESET, NoR X,16,3 alteró el contenido de la misma «al unir la instrucción del Consejo de 1767, que se inserta, con las disposiciones que da la Pragmática» («Los orígenes del Registro de la Propiedad en España», en *RCDI*, julio-agosto de 1978, nota 15 de la pág. 701).

Por mi parte, he manejado el ejemplar de la citada Pragmática incluido en el Expediente de que «dimanó» la misma. Ese ejemplar, impreso, está firmado por don «Ignazio de Igareda», que era el «Secretario y Escribano de Cámara más antiguo y de Gobierno» del Consejo.

(39) *El Consejo Real de Castilla*, pág. 140.

(40) Como sabemos, eso es lo que decía el Consejo en la Consulta de 14 de agosto de 1767.

(41) Véase la nota 19 del presente trabajo.

(42) El referido capítulo 4.^o decía así:

«Que no cumpliendo con el registro y toma de razón, no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento, cuyo registro se haya omitido.»

razón están presentadas», mandándolas pasar a la toma de razón «para la prosecución de la ynstancia».

De otro lado, BALLESTEROS manifestaba que

«se nota gran desidia en acudir a la toma de razón las escrituras anteriormente otorgadas, valiéndose de la amplitud que les concede el 8.º cap. de dicha Pragmática... de cuja yndulgencia se balen para la ynobserbancia, yntentando presentarlas sin este requisito» (43).

El propio BALLESTEROS indicaba el camino que, a su entender, tenía que seguirse para arreglar el asunto: que la «amplitud» concedida a las escrituras «antiguas» en el referido capítulo 8.º, «se entienda sólo con las causadas hasta el día 12 de septiembre de 1745» y que las escrituras otorgadas desde ese día hasta el de la publicación de la misma Pragmática «acudan precisamente a la toma de razón en el término de un año», sin perjuicio de que pasado este término «si se tubiese por conveniente, se amplíe por V.A. por otro año, una o más veces según parezca».

La misma «ynobserbancia» se notaba, según BALLESTEROS, en las escrituras «modernas», pues

«en el año escaso que ha que se publicó la Real Pragmática, sólo han acudido de las otorgadas en este tiempo así en Madrid, como en los 83 lugares de la jurisdicción, trescientas noventa y una» (44).

BALLESTEROS explicaba que tal «ynobserbancia» se debía a que los escribanos madrileños «se resienten del corto término de los seis días, por no tener en ellos tiempo de sacar las copias» y aclaraba que para «subsanan esto» se había «discurrido el medio, de que pongan la fée del día que se entreguen a las partes para que desde él se cuenten los seis». Pero como ese «discurso» había resultado insuficiente para la «concurrencia» de escrituras a la toma de razón, el propio BALLESTEROS aconsejaba que se ampliara el referido término.

(43) El referido capítulo 8.º decía así:

«Por lo tocante a los instrumentos anteriores a la publicación de la presente Pragmática, cumplirán las Partes con registrarlos antes que los que hubieren de presentar en juicio, para el efecto de perseguir las hipotecas o fincas gravadas; bien entendido que sin preceder la circunstancia del Registro ningún Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos de la persecución de las hipotecas o verificación del gravamen de las fincas. .»

(44) «...cuio corto número —continuaba BALLESTEROS— no es creible estando otorgando sólo en Madrid veinte y tres Escribanos del Número, diez de Provincia, y muchos Escribanos Reales que protocolizan en los ofizios de éstos, por lo que no será temeridad discurrir que sólo en Madrid se otorguen más de dos mil escrituras al año, sin las que se puedan causar en los dichos 83 lugares de la Jurisdicción»

Y el Contador General de Hipotecas de Madrid terminaba diciendo que la «resistencia» en cumplir la mencionada Pragmática de 1768

«es suma, especialmente en las comunidades, capellanías y obras pías, a quien por lo regular corresponden todas las escrituras de censos que se ymponen, fundando su ynobserbancia en que por ser causas pías lograrán la havilitación siempre que la necesiten» (45).

El 4 de noviembre de 1769, el rey —teniendo presentes las sugerencias de BALLESTEROS y las quejas del «Contador de la regalía de Aposento» sobre la «cortedad» del término concedido por la misma Pragmática para la toma de razón de las escrituras «modernas» (46)— expidió una carta en la que se determinaba lo siguiente:

1.º Que los seis días señalados a los escribanos de Madrid para la toma de razón en las «Contadurías de Casa de Aposento y la General de Hipotecas» se «entienden doce, seis para cada una», contados desde la fecha de la primera copia de cada instrumento y escritura sujetos a «registro».

2.º Que la toma de razón debía concurrir «en todos los Instrumentos y Escrituras de contratos de censos, compras, ventas y demás que contengan especial hipoteca o gravamen, otorgados antes o después de la publicación de dicha Real Pragmática, y lo mismo respecto de aquéllos que con anterioridad a dicha publicación se hallen presentados en juicio». La única diferencia entre unos y otros instrumentos en cuanto al tiempo y término de la toma de razón consistía en que «en los otorgados sucesivamente al día de la publicación de la Pragmática se ha de tomar precisamente en Madrid, por haber Contaduría de Aposento, dentro de los doce días que van expresados; y en las demás Capitales de Partidos, en que no hay Contaduría de Aposento, dentro de los seis que previene el Capítulo 3.º» (47), quedando en su fuerza y vigor el término de un mes prescrito para los pueblos del distrito o jurisdicción.

(45) Es muy posible que las comunidades expresadas también se resistieran a acudir a los «Oficios» o a las Contadurías de hipotecas para no dar a conocer unas rentas que estaban siendo atacadas, cada vez con más fuerza, por la administración borbónica (sobre estos ataques, véase ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Carlos III y la España de la Ilustración*, Alianza, Madrid, 1988, pág. 141 y sigs.).

(46) Según manifestó el fiscal del Consejo el 7 de abril de 1769, la «disputa entre el Contador de Aposento, y el general de Hipotecas sobre la preferencia en la toma de razón» se resolvió «por S.M. a Consulta del Contador a favor de la Contaduría del Real Hospedaje, a causa de no haberse alterado en nada su regalía por la citada Real Pragmática»

Por otra parte, la nota 5 a NoR III,15,1 dice así:

«Por Real resolución y bando publicado en la Corte a 9 de febrero de 1769, se declaró que el Contador de la Regalía de Casa-Aposento debe tomar la razón de las escrituras de ventas de casas que se hacen en Madrid antes que el Contador del oficio de hipotecas»

(47) El referido capítulo 3.º decía así

3.º Que en los instrumentos otorgados antes de la publicación de la referida Pragmática «se ha de tomar también, precisamente, la razón, con anterioridad al uso y presentación de ellos en juicio», ejecutándose lo mismo «con los presentados en Autos antes o después de la publicación» del propio texto legal, poniéndose en ellos «la nota y registro, si cómodamente se pudiese, o sacando copia de la toma de razón para continuar el juicio».

La Carta regia finalizaba de esta manera:

«Los casos en que sin este preciso requisito no deben, ni pueden hacer fe dichos Instrumentos, en juicio, ni fuera de él; declaramos son aquéllos en que se procede executivamente, para lo qual quedan ineficaces, y sólo con efecto y vigor para proceder en juicios ordinarios».

La desatinada política seguida posteriormente por el Consejo en relación con los Oficios y Contadurías de Hipotecas —concediendo prórrogas y más prórrogas del término fijado en la tantas veces citada Pragmática de 1768 para efectuar la toma de razón (48), otorgando «como gracia especial en casos particulares» la «dispensa del cumplimiento» de esa Pragmática y permitiendo que los tribunales inferiores otorgaran dispensas del mismo tipo (49)— hizo que la Carta regia de 4 de noviembre de 1769 no sirviera de mucho. Así, en 1789, don FRANCISCO BALLESTEROS Y LAZCANO —hijo de don José, a quien había pasado la Contaduría madrileña tras la muerte de su padre (50)— se lamentaba de que

«carece en el día esta Contaduría de muchos documentos y razones, pues se pasan temporadas de tres semanas sin acudir ninguno a tomar razón alguna; por cuios motibos y los cortos y antiguos de-

«Que sin embargo de que por la Ley del Reyno las Partes contenidas en la Escritura o Instrumento están obligados a registrarlos en los seis días siguientes a su fecha, esto se haya de entender si se otorgaren en la Capital del Partido; pues siendo en los Pueblos de su distrito o Jurisdicción, cumplirán con registrar dentro del término de un mes».

(48) Del Expediente de que «dimanó» la Pragmática y de la Circular del Consejo de 22 de enero de 1816, se deduce que durante el Antiguo Régimen se concedieron seis prórrogas de dicho término (en 1774, 1778, 1782, 1784, 1787 y 1789)

(49) OLIVER Y ESTELLER, B., *Derecho Inmobiliario*, pág. 292.

(50) Por Real Orden de 19 de mayo de 1795 se remitió al «Consejo de la Cámara» un memorial de don Vicente de Otaedo Picó, solicitando «se le conceda el oficio de Contador de Hipotecas de esta villa (Madrid) por dos vidas». A través de esa Orden —que puede verse también en el Expediente de que «dimanó» la Pragmática de 31 de enero de 1768— nos enteramos de que al morir don José Ballesteros y Sabugal, «pidió» la Contaduría madrileña su hijo don Francisco Ballesteros y Lazcano, «oficial mayor» de dicha Contaduría, y de que la Cámara, teniendo presentes «los perjuicios que se seguirían a la causa pública de que estubiese vacante el referido oficio, lo habilitó para que lo sirviese interinamente mientras el rey nombraba propietario».

rechos que le están concedidos de a tres quartos por foxa se halla dicha Contaduría sin poderse sostener».

Y en 1816, el nuevo «Contador general de Hipotecas de Madrid y su Partido», don RAMÓN BALLESTEROS Y BARONA (nieto de don José), se quejaba de que «no concurrían a la toma de razón las escrituras de ningún contrato comprendido en la Pragmática» (de 1768),

«unas... por admitirlas los Jueces sin este requisito, y otras por la total negligencia de las partes, ya por ignorancia o por malicia» (51).

* * *

Ha llegado el momento de poner punto final a unas páginas cuyo objeto era (y es) poner de relieve la labor que, en relación con el «oficio» de hipotecas, llevó a cabo el «Contador de Madrid» al que, de pasada, alude la Pragmática de 31 de enero de 1768 (52). Esa labor tenaz y constructiva (recuérdese que, durante años y más años, dicho «Contador» estuvo denunciando problemas, averiguando sus causas y ofreciendo soluciones para los mismos y que esas denuncias, averiguaciones y ofrecimientos sirvieron de estímulo al Consejo para proponerle al rey las medidas estudiadas) es digna de admiración.

Considérense, pues, estas páginas como un reconocimiento a ese «Contador» —don JOSÉ BALLESTEROS Y SABUGAL— que no tuvo reparos en poner «desvelo y patrimonio» al servicio de la institución registral (53).

ALICIA FIESTAS LOZA
Universidad Autónoma de Madrid

(51) El Consejo decidió entonces «prorogar el término señalado en la expresada Real Pragmática.. por tres meses más para los tenedores de escrituras de esta provincia de Madrid y su partido, y el de seis a los de las demás provincias del reino, para que dentro de ellos verifiquen su presentación en las respectivas contadurías» (Circular de 22 de enero de 1816).

(52) En el texto de 1768, tras reproducirse literalmente NR V,15,3 y AA III,9,21, se dice: «Pero como las prevenciones y penas de este Auto-Acordado, ni otras, contenidas en las cédulas expedidas a instancia del *Contador de Madrid*, no hayan sido suficientes para evitar las contravenciones a la Ley y los perjuicios experimentados, en vista de lo que representó al mi Consejo *el citado Contador* sobre este asunto.. » (la cursiva es mía)

(53) Así lo manifestó don Francisco Ballesteros y Lazcano en escrito dirigido al Consejo y fechado el 30 de marzo de 1789.

El Expediente de que «dimanó» la Pragmática de 31 de enero de 1768 pone de manifiesto otras cuestiones importantes: valga, como ejemplo de ello, el triunfo de la fórmula «Obedézcase, pero no se cumpla» en pleno siglo XVIII. Estas cuestiones, sin embargo, no se tratan más extensamente en el presente trabajo por exceder de los límites impuestos al mismo.

El pacto de retroventa.

Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado

(Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado)

SUMARIO I. PLANTEAMIENTO.—II. EL PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO: A) INTRODUCCIÓN. B) LA DOCTRINA CIENTÍFICA. ESTUDIO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y DE LA VENTA CON PACTO DE RETRO: a) *Breve evolución doctrinal del negocio fiduciario.* b) *Posiciones doctrinales en torno al negocio fiduciario y su relación con la venta con pacto de retro.*—C) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO: a) *Primera etapa: «Teoría del doble efecto» del negocio fiduciario.* b) *Segunda etapa. Aparente introducción de la «teoría de la titularidad formal» del negocio fiduciario.*—D) LA VENTA CON PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS.—III. EL PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO SIMULADO: A) INTRODUCCIÓN. B) ESTUDIO DE LA DISYUNTIVA (DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL): ¿PRÉSTAMO BAJO LA APARIENCIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO, O EXISTENCIA REAL DE RETRACTO CONVENCIONAL? C) EXISTENCIA DE PRÉSTAMO SIMULADO BAJO UNA COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO. D) EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE VENTA CON PACTO DE RETRO.—IV. CONCLUSIONES.—V. INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. PLANTEAMIENTO

Nuestra intención con la redacción del presente artículo tiene como objeto el estudio de la venta con pacto de retro (1), y su distinción del negocio

(1) Recordemos brevemente que el pacto de retro en la primera doctrina registral fue considerado como *condición resolutoria*, pues el «ejercicio de la retroventa consiste precisamente en el desenvolvimiento de la condición», lo cual implicaba que el primitivo

fiduciario en su modalidad de venta en garantía y del negocio simulado, a través del análisis llevado a cabo por la jurisprudencia del TS, por las resoluciones de la DGRN, y de la crítica a la misma. Se trata, en parte, de un tema clásico pero que considero tiene cierta actualidad como lo demuestran tanto los trabajos desarrollados por la doctrina que sobre el tema recientemente se han publicado, como también por las continuas sentencias del TS que en unos casos aluden o resuelven de pasada y en otros estudian el tema.

Desde este primer momento hemos de señalar también la importancia del estudio por la poca claridad existente sobre la cuestión en las sentencias del TS no así en las resoluciones de la DGRN.

contrato de compraventa no había transferido la propiedad completa sino un dominio eventual. Mientras la condición subsista, el vendedor conserva un derecho real enajenable. Caracterización que fue acogida por la doctrina jurisprudencial y también por la científica.

La condición se incumple con el hecho negativo de no pagar el precio el vendedor primitivo en un plazo de tiempo. Con el transcurso de dicho plazo se produce la adquisición definitiva por parte del comprador, que implica la conversión en definitiva y perpetua del dominio antes revocable. El cumplimiento de la condición repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiere verificado. El vendedor es quien a su voluntad posibilita la retroacción (condición resolutoria potestativa).

Posteriormente, se le considera como un *derecho real enajenable*, pero que al introducirse como pacto anejo y simultáneo a la venta, y por sus especiales caracteres y efectos tiene similitudes con una condición.

Ultimamente, la doctrina jurisprudencial lo ha concretado como *derecho real de adquisición preferente* pues es el vendedor quien se reserva la facultad de retraer, y el ejercicio de ese derecho se realiza a través de un negocio jurídico unilateral. Es el vendedor quien si lo desea, en virtud de la reserva realizada y acordada por ambas partes en el primitivo contrato, se transforma en comprador sólo con cumplir los requisitos legales y voluntarios que en el mismo se pactaron. La readquisición se produce como consecuencia del desenvolvimiento de las condiciones establecidas en el primitivo contrato.

En cuanto a la doctrina científica, se ha producido una evolución tal vez más profunda en los últimos tiempos que en la doctrina jurisprudencial. Pues si primero se le consideró afín a una condición resolutoria potestativa, y posteriormente como una condición resolutoria que afecta a la venta pero que en sí misma constituye una facultad o poder de readquisición del vendedor, la posición más actual es su consideración como derecho de readquisición del vendedor, aunque no hay que olvidar que algún autor lo entiende como un derecho de adquisición preferente del tipo de opción.

En conclusión, entendemos por retracto convencional, el pacto anejo a la venta, simultáneo —sólo tiene encaje al tiempo de perfección del contrato— y accesorio al mismo, que se configura como un derecho reservado por el propio vendedor consistente en el derecho de recuperar la propiedad de la cosa que anteriormente le había pertenecido. Derecho cuyo ejercicio es facultativo, esto es, se confía al arbitrio del vendedor y que supone la obligación del comprador de revertir la cosa con posterioridad al vendedor. Sus elementos esenciales, determinados por imperativo legal, son la consignación del precio, gastos, reembolsos, y el establecimiento de un plazo para su ejercicio. Su finalidad práctica es privar al contrato de compraventa de sus naturales efectos, pues con su cumplimiento el vendedor recupera la cosa que había sido transmitida a través del contrato. Todo ello a fin de obtener rápidamente dinero, utilizándose como una hábil forma de aseguramiento, y siendo en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos.

Para llevar a cabo un verdadero análisis de la figura del retracto convencional (2) hemos considerado preciso y necesario hacer una breve reflexión en torno a la evolución doctrinal de la teoría del negocio fiduciario, y, sobre todo, analizar el estudio de la causa en la compraventa con pacto de retro y en el negocio fiduciario. De ahí que también sea importante el estudio del negocio simulado porque hay bastantes supuestos en los que no existe realmente derecho de venta con pacto de retro sino que la llamada venta en garantía simula la real existencia de un contrato de préstamo. Se trata de un supuesto de simulación relativa porque en el exterior se aprecia, o un negocio fiduciario, o una compraventa con pacto de retro, mientras que en el interior lo que realmente hay es una «venta en garantía» o un préstamo.

El estudio no resulta tan sencillo porque además no debemos olvidar la función de préstamo que, en definitiva, fue el origen de la institución, la jurisprudencia recuerda que desempeñó (con cierta importancia a fines del siglo XIX y principios del XX), y como señala el TS todavía hoy desempeña la compraventa con pacto de retro (3).

(2) Existe una gran variedad de términos que hacen referencia al *retracto convencional* -venta con pacto de retro, venta a carta de gracia, venta con pacto de retrovendo, pacto de retroventa, o «*empeyament*». Terminología que parece depender de la moda, de la época, y, sobre todo, de la denominación otorgada por el propio legislador a la institución tanto en el Código Civil como en los diferentes derechos forales, pues si en las primeras resoluciones se observa una terminología más arcaica —pacto de retrovendo—, en las sentencias generalmente se utilizan los términos de retroventa o venta a carta de gracia, frente a la utilización más actual de retracto convencional pero que puede dar lugar a confusión.

(3) La propia STS de 8 de octubre de 1981 (RA 3589) nos recuerda sus orígenes manifestando que la figura objeto de estudio «toma su origen del pacto de retroventa —pactum de retrovendo— y que adquirió fisonomía propia y especial, distanciándose bastante del carácter que tenía en el Derecho romano de que procede, *precisamente nació a falta de una organización hipotecaria, siendo una hábil forma de aseguramiento, que simplemente consistía en un pacto por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con devolución del precio y gastos, contribuyendo a su desarrollo el que se avenía con la forma patrimonial de los bienes, permitiendo al propietario del patrimonio obtener dinero cediendo fincas con la esperanza de recuperarlas y con aquél dinero atender al pago de obligaciones, en el mayor de los casos de índole hereditaria, y generando así en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos.*»

Como ejemplo de la realidad práctica de la institución actualmente, la STS de 7 de febrero de 1989 (RA 754) resalta «la conveniencia de admitir y conservar la figura jurídica de la compraventa con pacto de retro, que *tan benéficos efectos económicos puede proporcionar como fuente de crédito y numerario sobre todo en los casos en que sea difícil acceder a otras operaciones de crédito inmobiliario por estar gravada la finca con hipotecas anteriores.*»

Y, por último, resulta además interesante poner de manifiesto el *Preámbulo de la Ley 29/91 de 13 de diciembre del Parlamento de Cataluña, de reforma de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, en materia de venta a carta de gracia*, pues en él, el legislador prepara su proyección futura y expresamente señala que «...el mantenimiento de esta figura ha sido cuestionado por la consideración de que *este contrato encubre siempre un*

II. EL PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO

A) INTRODUCCIÓN

Como cuestión previa debemos recordar que el *negocio fiduciario* pertenece a la categoría más amplia de negocio indirecto no fraudulento (4).

El origen del mismo surge al existir una desarmonía entre la causa típica

préstamo usurario con garantía real de la cosa vendida. Era necesaria, por lo tanto, la renovación de la venta a carta de gracia para convertirla en una figura realmente operativa dentro del actual tráfico jurídico. Esta renovación debía partir, por lo tanto, de *la consideración de que no se trata de una institución perjudicial en sí misma porque no incluye, entre sus efectos, un derecho real de garantía de un préstamo usurario*. La línea de renovación se centra, por lo tanto, en la necesidad de poner de manifiesto como finalidad típica de la figura la que resulta de su eficacia: la transmisión inicial de la propiedad de la cosa de forma indefinida, pero no definitiva. La reforma legislativa se plantea desde el convencimiento de que, en la actualidad, la venta a carta de gracia puede cumplir diferentes finalidades de tipo social y de fomento que justifican no sólo el mantenimiento de la figura, sino también su difusión».

(4) Como introducción al breve estudio que vamos a realizar, recogemos brevemente el comentario que realiza HERNÁNDEZ GIL de la STS de 25 de mayo de 1944, utilizando sus propias palabras para distinguir *el negocio simulado, el negocio fiduciario y el negocio indirecto*

«...a) En el negocio relativamente simulado, el contenido de las declaraciones de voluntad (la del negocio simulado) es sólo aparente aunque sea real el contenido de la declaración del negocio disimulado; mientras que en el negocio fiduciario, ambas declaraciones, tanto la del contrato real positivo como la del contrato obligatorio negativo, tienen un contenido real efectivo.

b) El negocio fiduciario entraña la válida configuración de un negocio complejo, por la combinación de tipos negociales diversos, con lo que se obtiene un resultado no previsto por la ley; mientras que en el relativamente simulado, aunque se superponen dos negocios jurídicos diversos, no se engendra un negocio complejo, válido como tal, sino que sólo puede valer uno de ellos, como negocio simple (el disimulado).

El concepto que formula la sentencia de negocio fiduciario es amplio y generalizador. Le presenta como la «disonancia entre el medio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido, por utilización de una vía oblicua o combinación de formas jurídicas entrelazadas que permitan la obtención de un resultado no previsto por la ley». Esta generalidad se explica porque el propósito del juzgador no es, sin duda alguna, el definir, sino describir la función de los negocios fiduciarios y apuntar sus características en relación con los relativamente simulados. Y, además, porque tal descripción no la refiere sólo a los negocios fiduciarios propiamente dichos, sino también a los denominados negocios indirectos.

La directriz expuesta sobre el negocio indirecto es la que, en el fondo, parece consagrar la sentencia. Todo negocio fiduciario pertenece a la categoría más general del negocio indirecto, en cuanto se persigue una finalidad mediante rodeos o como ella dice, «con la utilización de una vía oblicua». Pero dentro de la categoría del negocio indirecto, la especie negocio fiduciario se caracteriza por la combinación de figuras jurídicas independientes que, al hacerlas confluir y modificarse, permiten obtener un resultado, no contrario a la ley, más si extraño a la previsión de la ley» HERNÁNDEZ GIL. «Jurisprudencia civil. Notas a la STS de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944». RGLJ 1945. pág. 695 y ss

del negocio y la finalidad negocial de los otorgantes, al acudir a un tipo negocial de efectos desproporcionados con la finalidad perseguida (5).

B) LA DOCTRINA CIENTÍFICA. ESTUDIO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y DE LA VENTA CON PACTO DE RETRO

a) *Breve evolución doctrinal del negocio fiduciario*

El surgimiento de la teoría del negocio fiduciario ha sido estudiado detenidamente por la doctrina (6), de ahí que no nos detengamos en su análisis.

De forma muy resumida señalaremos que a partir de los años cuarenta (1944-1945) comienza a surgir en los negocios fiduciarios *la teoría del doble efecto* (7).

En términos generales podemos decir que según esta teoría, el negocio fiduciario se caracteriza por tener una naturaleza compleja, y, en él confluyen dos contratos independientes, uno real de transmisión plena del dominio con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga omnes*, y otro, obligatorio, válido *inter partes*, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y de forma que no impida el rescate por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnizar perjuicios en otro caso, o sea la restitución de la misma cosa o abono de su valor económico.

Tiene como única causa la *causa fiduciae*, donde se asientan los efectos de diversa naturaleza, que será la que transmita la propiedad del fiduciante al

(5) En el mismo sentido, últimamente resalta esta idea GÓMEZ GÁLLIGO («Titularidades fiduciarias», en *AC*, n.º 33, 1992, págs. 533 y ss.), quien además señala que «el fin práctico querido por los otorgantes se podría haber conseguido sin necesidad de acudir a tal negocio (generalmente de causa traslativa)»

(6) Principalmente por DE CASTRO Y BRAVO («El negocio fiduciario, estudio crítico de la teoría del doble efecto» en *RDN*, jul-dic. 1966, pág. 7 y ss.; y *El negocio jurídico* Civitas, Madrid, 1971, pág. 403 y ss.); y también por JORDANO BAREA (*El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959; «Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en *ADC*, 1966, pág. 619 y ss., y «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1435 y ss.).

Y actualmente: DE LOS MOZOS («El negocio fiduciario», *La Ley*, 1986-4, pág. 1026), PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO («Consideraciones en torno al pacto de *fiducia cum creditore*», en *RJN*, jul-dic. 1991, págs. 43 y ss.), ALBALADEJO («El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en *AC*, n.º 36, 4-10 de octubre de 1993, págs. 663 y ss.) y FUENTESSECA (*El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1997).

(7) Se denomina *teoría del doble efecto* porque atiende más a los efectos que produce (reales y obligacionales) que a su verdadera caracterización. DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 554.

fiduciario, y consistirá en la atribución patrimonial del fiduciante al fiduciario frente a la promesa obligacional de éste de servirse de la cosa conforme a lo pactado y de restituirla al fiduciante o a un tercero.

El negocio fiduciario no posee regulación en nuestro Derecho positivo pero cabe al amparo del artículo 1.255 CC. No puede decirse que sea un contrato ficticio o relativamente simulado, o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes (que lo elaboran mediante un acto formal mixto integrado por dos independientes). Existe una transmisión basada en la buena fe con efectos vinculantes para fiduciante y fiduciario.

En conclusión el fiduciario ostenta la titularidad dominical de la cosa frente a todos, incluyendo al mismo fiduciante. Si incumple el pacto de fiducia responderá de daños y perjuicios frente al fiduciante, pero éste no podrá reivindicar la cosa que se halle en el patrimonio del fiduciario o de un tercer adquirente (en el supuesto de quiebra del fiduciario el bien transmitido ingresa en la masa de la misma, no pudiendo el fiduciante pedir su separación alegando que él es el verdadero dueño).

Los partidarios de esta teoría analizan la estructura interna del negocio fiduciario en base a dos planteamientos diferentes (8): Una primera tesis (9) que mantiene que estamos ante un negocio complejo integrado por dos negocios conexos pero distintos (uno real positivo que opera en la transmisión plena de la cosa o derecho y otro obligatorio negativo que da origen a la obligación del fiduciario de retransmitir a su tiempo y de usar los poderes adquiridos conforme al fin propuesto). Y una segunda tesis que propugna la unidad del negocio fiduciario (10).

Los problemas que se plantean de acuerdo con esta teoría se centran en que el fiduciario se convierte en el titular del bien que le ha transmitido el fiduciante, de manera que si el fiduciario transmite el bien a terceros, el fiduciante sólo tendrá una acción personal que le permitirá exigir una indemnización de daños y perjuicios.

Fue DE CASTRO quien expresó sus razonamientos contrarios a la citada teoría (11) señalando «la función conformativa del negocio, que tiene la cau-

(8) Tomamos esta distinción en la evolución doctrinal de PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO («Consideraciones en torno»..., cit., pág. 47), quien realiza un profundo análisis de la institución del negocio fiduciario a raíz del comentario de algunas sentencias del TS.

(9) Seguida en nuestra doctrina por GARRIGUES («Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil», CCJC, 1981, pág. 33) y NAVARRO MARTORELL (*La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950).

(10) Mantenido al principio por JORDANO BAREA en *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959.

(11) Primero en su artículo «El negocio fiduciario, estudio crítico de la teoría del doble efecto...», cit., pág. 7 y ss., que luego fue desarrollada en su libro *El negocio jurídico...*, cit., pág. 409.

sa en nuestro Derecho, no permite que el fiduciario, como tal adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada» (12).

En líneas generales cabe señalar que DE CASTRO (13) impugna la *causa fiduciae* de la teoría del doble efecto, al concebirla unitariamente. No puede admitirse una causa gratuita, «es inconcebible que el fiduciante proceda como bienhechor haciendo una mera liberalidad en favor del fiduciario». Pero si es un contrato con causa onerosa: el fiduciante no recibe nada como contraprestación a su entrega, adquiere la propiedad plena y definitiva, aunque con la carga de tener en cuenta la finalidad de garantía para la que el fiduciante realiza la transmisión.

A fin de evitar todos los inconvenientes que presenta esta teoría se busca una forma distinta de concebir la titularidad dominical del fiduciario, todo ello para que el fiduciante pueda ejercitar la acción reivindicatoria frente al fiduciario y contra los terceros adquirentes del fiduciario que conociendo el pacto de fiducia no queden protegidos por éste.

Así parece ser que la doctrina española se propuso la figura del negocio fiduciario, no según la teoría del doble efecto sino conforme a la posterior variante, según la cual *el fiduciante retiene la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal* (14). La propiedad formal investiría al fiduciario frente a todos menos frente al fiduciante, quien podría reivindicarla del fiduciario alegando su condición de verdadero dueño de la cosa.

DE CASTRO llama a la titularidad de ese fiduciario *titularidad fiduciaria* e identifica en cuanto a sus efectos, el negocio fiduciario con el negocio relativamente simulado: la transmisión de la propiedad es una transmisión absolutamente simulada por falta de causa, pero que, sin embargo, oculta un negocio que realmente se quiere. La venta se hace para ocultar la garantía que se da en un contrato de préstamo. A diferencia de lo que ocurre en el negocio simulado donde el falso dueño carece de todo poder verdadero, en el negocio fiduciario este poder se dará en el fiduciario, según el pacto de fiducia (15).

(12) DE CASTRO («*El negocio fiduciario...*» cit., pág. 7) señala que «en la venta en garantía, si las partes están de acuerdo en que el prestamista aparezca como comprador para que así quede bien garantizado su crédito, no habrá razón para que el prestamista adquiera con ello sólo la propiedad plena y definitiva de la cosa dada en garantía; el funcionamiento normal de la autonomía de la voluntad (art. 1.255) permite el que quede convenientemente asegurado el pago de lo debido, que es lo que se busca y lo que se logra sin injustificados excesos atribuyendo al fiduciario la correspondiente situación específica».

(13) DE CASTRO: *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 30.

(14) Teoría que fue defendida por GONZÁLEZ MARTÍNEZ («El titular», *RCDI*, 1928, pág. 272), por HERNÁNDEZ GIL («Jurisprudencia civil. Notas a la STS de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944», *RGLJ*, 1945, pág. 695 y ss.) y por SAPENA [«Actualidad de la *fiducia cum creditore* (problemas de la carta de gracia)», *RDN*, 1957, págs. 125 y ss.).

(15) Si el pacto se hizo a fin de que fiduciario tuviese la cosa en garantía hasta que el fiduciante transmitente (deudor) pagase la deuda, el fiduciario tendrá realmente

Las conclusiones que se deducen de esta nueva teoría son las siguientes:

Al ser el fiduciario titular formal de la cosa, si transmite la cosa a terceros, éstos estarán protegidos si son de buena fe y a título oneroso. Contra estos terceros no cabe reivindicación de la cosa, sino sólo una indemnización de daños y perjuicios a cargo del fiduciario que se ha extralimitado de los poderes conferidos por el *pacto fiduciae*.

En las relaciones entre fiduciante y fiduciario, éste no podrá alegar nunca que posee a título de dueño, siendo perfectamente posible el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando la cosa se encuentre en el patrimonio del fiduciario o haya pasado a poder de terceros adquirentes en quienes no concurren los requisitos anteriores: buena fe y título oneroso (16).

Lo más importante a destacar es que la titularidad fiduciaria —en nuestro sistema causalista— no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (garantía del préstamo disimulado) (17).

sobre la *res fiduciae* los poderes que se derivan del pacto de fiducia que le liga con el fiduciante.

(16) La preferencia de esta teoría sobre la del doble efecto radica principalmente en que ésta no conduce a la desarmonía entre la causa y la eficacia del negocio, ya que la propiedad no se entiende transmitida de modo pleno y definitivo, sino limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria. Con esta teoría también se evita el resultado: que el fiduciante quede inerme frente a los terceros adquirentes de la cosa confiada, cómplices del fiduciario desleal. No obstante, esta teoría también ha sido criticada por el desdoblamiento que supone de la propiedad formal y material, con la consiguiente creación de derechos reales extraños al ordenamiento.

En un Derecho causalista como es el nuestro —que no admite negocios abstractos—, los negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos. en el contrato de compraventa, simulado o con causa falsa (falta de precio), y en los pactos disimulados. De forma que conforme a nuestro sistema, la *titularidad jurídica* del fiduciario descansa no en el negocio transmisor de la propiedad (venta simulada), *sino en el pacto fiduciario subyacente, la garantía de préstamo*.

(17) De la mucha jurisprudencia existente recogemos dos sentencias que expresan esta idea en la Jurisprudencia:

STS de 25 de febrero de 1976 (RA 884) donde se establece la validez de un negocio encubierto y la inexistencia de la compraventa, diciendo que «*no constituye en este caso el precio la causa del contrato pues conforme a lo previsto en el art. 1 276 CC, la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad sólo en el caso de que no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.*»

Y en la STS de 23 de mayo de 1980 (RA 1958) donde se establece la inexistencia de compraventa y opción de compra, determinándose «*según la doctrina científica que puede estimarse de mayor aceptación, la función que nuestro Derecho atribuye a la causa consiste en la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales, función que desde el punto de vista subjetivo se traduce en la finalidad que se pretende conseguir como resultado individual o social, en vista del cual se busca o espera amparo jurídico; de lo que se deduce que cuando el negocio que se pretende amparar por el Derecho es irreal como sucede con la compraventa y la opción discutidas en la litis, y que el que se trataba de encubrir envuelve una finalidad ilícita y maliciosa, entonces*

Tras la doctrina de DE CASTRO, aparece autores que le siguen:

JORDANO BAREA, entiende que la tesis acertada es la de la validez del negocio fiduciario, apoyada en la validez de la atribución fiduciaria como atribución causal, cuya causa es la *causa fiduciae* (18). Autor que reconsidera su posición acercándola a la tesis mantenida por DE CASTRO, con la siguientes palabras «se impone, por tanto, el total abandono de la teoría del doble efecto del negocio *fiduciae causa*, como contrario a los fundamentos del mismo sistema jurídico español, y la adopción de la teoría realista más justa del negocio fiduciario propugnada por el profesor De Castro».

ALBALADEJO (19) señala que «el negocio fiduciario como tal, no es admisible en nuestro Derecho, porque sobrepasando el medio utilizado al fin perseguido, éste no es causa suficiente para mantener aquél. Habría una íntima disonancia dentro del ámbito del negocio, un desacuerdo de éste consigo mismo, lo que es inadmisibile. Por ejemplo el fin de garantía carece de fuerza para justificar la transferencia de la propiedad de la cosa que se da en garantía... Ahora bien el negocio fiduciario vale como negocio del tipo que resulte justificado por el fin perseguido (garantizar al fiduciario su crédito), y por tanto, transmite al fiduciario un poder adecuado a ese fin...». «Y así, la transmisión fiduciaria que se haga de algo, da al que lo recibe, no la propiedad (ni siquiera la propiedad formal, que dicen algunos para expresar la idea de haber sido puesta a su nombre), sino sólo la representación para ella del dueño» (20).

surge la inexistencia del negocio jurídico por falta de causa, ya que la causa es uno de los requisitos exigidos ineludiblemente para la validez de todo contrato por el artículo 1 261 CC y su falta determina conforme al artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, la invalidez y carencia de efectos del negocio, la expresión de una causa falsa, conforme al artículo 1 276 no da lugar a la nulidad, ello se halla condicionado a la prueba de la existencia de otra verdadera y lícita .»

(18) Este autor fue uno de los seguidores de la doctrina del doble efecto en el negocio fiduciario, si bien cambió de postura y así lo expone en un artículo publicado en *Anuario de Derecho Civil*, en 1983 «Mandato de adquirir y titularidad fiduciaria», cit. , pág. 1.453.

(19) ALBALADEJO (*Derecho civil I*. vol seg 11^a ed., Bosch, Barcelona, 1991, pág. 297 y ss), quien después de afirmar la inadmisibilidad del negocio fiduciario en nuestro Derecho, niega la existencia de la propiedad formal, pues entiende que «la transmisión fiduciaria que se haga de algo, da al que lo recibe, no la propiedad sino sólo la representación para ella del dueño».

(20) ALBALADEJO («El llamado negocio fiduciario.. », cit , págs 666 y ss.) pone de manifiesto en este trabajo que el negocio fiduciario en el que se exterioriza una transmisión que se finge y encubre un negocio verdadero y querido por las partes pero no difundido u oculto constituye un negocio simulado. En estos supuestos, el que enajena en un negocio fiduciario no desea transmitir sino garantizar, por lo que el negocio exteriorde transmisión no es válido por falta de consentimiento no hay voluntad de transmitir ni precio), de ahí que sólo sea válido el negocio que se pretende ocultar generalmente de garantía. El negocio fiduciario es un negocio simulado relativamente pues siendo nulo el acto simulado, sólo se mantiene el disimulado.

DE LOS MOZOS mantiene que «el negocio fiduciario más que un negocio real o verdadero, en cuanto tal, sólo es un negocio aparente, cuya causa tiene que fundarse en otra verdadera y lícita. Por tanto dicho con otras palabras, en cuanto a negocio aparente es un negocio anómalo, cuyos efectos no pueden deducirse, como en los demás negocios, de un *nomen iuris* o de una tipicidad social, aunque de ellos aparezca revestido, pues la determinación de los efectos del negocio no puede desentenderse de la causa del mismo, que es lo que constituye su fundamento, es decir la condición del reconocimiento por el ordenamiento del acto de autonomía en que consiste el negocio mismo y, en este caso, ello no puede hacerse sin desvelar lo que encubre tal apariencia» (21).

FUENTESECA (22) siguiendo a los autores anteriormente citados, principalmente a ALBALADEJO (23), mantiene que «se trata (el negocio fiduciario) de un negocio simulado... hay que averiguar cual es el negocio disimulado». A su juicio, en la llamada venta en garantía, el negocio disimulado se puede configurar de dos modos diferentes: (24) concurrencia del mandato cuyo objeto está constituido por un negocio de garantía, el bien se transmite en garantía, la causa del negocio es la garantía y con fundamento en el mandato, se encuentra ligado a la idea de confianza o *fiducia* (25), o prescindir de la idea de mandato y reconocer simplemente una garantía atípica.

(21) DE LOS MOZOS: «Negocio fiduciario»..., cit., pág. 1.029.

(22) FUENTESECA: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Bosch, Barcelona, 1997

(23) La causa de garantía se articula como objeto de un mandato. El que recibe la cosa confiada para un fin (mandatario) cumple una misión transitoria, una función de confianza como tal mandatario que no le convierte en dueño verdadero.

(24) FUENTESECA (*El negocio fiduciario*.., cit , pág. 216 y ss.) considera que «en la figura que contemplamos, el negocio disimulado está constituido por un mandato cuyo objeto es un negocio de garantía. A través del mandato no se transmite la condición de dueño pleno sino el ejercicio fiduciario, basado en el acuerdo de confianza, de la función dominical con una finalidad concreta de garantía. El mandatario-acreedor sólo recibe un poder sobre la cosa. Con el objetivo de cumplir el fin de garantía debe el que recibe la cosa, esto es el mandatario-fiduciario, devolverla cuando sea satisfecha la deuda, en caso contrario existe una facultad o mandato de vender. No se trata de reconocer a un nuevo propietario sino de instaurar un agente comisionado mediante el mandato para una función transitoria de dueño fiduciario, como persona de confianza del fiduciante que es también mandante-deudor. La persona que recibe la cosa confiada, esto es, el mandatario debe cumplir la función de dueño dentro del ámbito de la confianza que le ha sido conferida con el mandato».

(25) FUENTESECA (*El negocio fiduciario* .., cit., pág. 211 y ss.) entiende que en este caso «la entrega de una cosa efectuada por el mandante-deudor con un fin confiado que consiste en que el mandatario-fiduciario y acreedor debe restituir el bien cuando cobre el crédito debido, pero si éste no se le abona se le faculta para vender. Es preciso buscar una protección para el acreedor fiduciario y defender la función de garantía que cumple la cosa confiada. Para ello habrá que reconocer que el mandatario acreedor adquiere un poder, una función práctica de propietario pero no obstanta una cualidad de dueño pleno y verdadero». A su juicio el acuerdo existente entre las partes consiste en que la cosa se

En conclusión, la doctrina española mayoritaria admite que el negocio fiduciario no puede transmitir la propiedad, entendiendo algunos autores que existe la propiedad formal, mientras que la doctrina más actual se decanta por la inexistencia del negocio fiduciario, y por su caracterización en negocio simulado relativamente (26).

b) *Posiciones doctrinales en torno al negocio fiduciario y su relación con la venta con pacto de retro*

Una vez expuesta en líneas generales lo que la doctrina entiende que es el negocio fiduciario, y, a fin de centrarnos en el objetivo de nuestro estudio, debemos profundizar en si es posible la equiparación entre negocio fiduciario y venta con pacto de retro, o, si por el contrario, ambas son instituciones jurídicas diferentes.

La consideración de que el pacto de retroventa es un negocio fiduciario tiene hondos raíces en nuestra doctrina científica. Por el contrario, los autores que han dedicado una especial atención al estudio del pacto de retro últimamente precisan la distinción entre el pacto de retroventa y el negocio fiduciario.

Dentro del primer grupo doctrinal se encuentran SAPENA (27), y GISPERT PASTOR (28) en relación con la especialidad foral catalana, venta a carta de gracia.

SAPENA afirma que «la compraventa a carta de gracia es, normalmente, un negocio fiduciario, ya que reúne todos los requisitos de este tipo» (29).

mantenga vinculada en condición de garantía. Este sería el sentido de la causa operante en función de garantía hasta que el deudor fiduciante haga efectiva la deuda contraída. El fiduciario-mandatario adquiere así un poder sobre la cosa confiada para el cumplimiento de una función de garantía acordada con el propio fiduciario en un marco específico, el de *fides* o confianza.

El cumplimiento de la función de garantía va aún más allá: -cuando se abona lo debido cesa el vínculo de garantía fiduciaria que recae sobre la cosa y el fiduciario-mandatario está obligado a devolver. -Si no hay pago de lo debido, el fiduciario acreedor estará facultado para vender la cosa confiada. Esta posibilidad aleja la figura de la *lex commissoria*.

(26) Para un mayor estudio de la visión doctrinal del negocio fiduciario, ver FUENTESECA: *El negocio jurídico...*, cit., págs. 82 y ss.

(27) SAPENA TOMÁS: «Actualidad de la *fiducia cum creditore*», en *RDN*, jul-dic. 1957, págs. 125 y ss.

(28) GISPERT PASTOR: «Contrato de compraventa a carta de gracia (Comentario a la Sentencia del TS de 23 de marzo de 1972)», en *RJC*, 1973, pág. 115.

(29) Compara los requisitos de la carta de gracia con los del negocio fiduciario y los equipara. En primer lugar recoge el resultado indirecto que se persigue con la carta de gracia como es la de conferir garantía real a un préstamo. Señala la dualidad de elementos: a su juicio la existencia de tres contratos el de préstamo, el de garantía y el de compraventa pura o a carta de gracia. A su juicio, existe también la evidente desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido (lo que los contratantes

GISPERT PASTOR distingue dentro de la figura, lo que denomina la forma «pura» y la forma «impura». La primera se basa en la transmisión del derecho de propiedad resoluble, especialísimo, limitado, pero derecho que confiere al comprador las mismas facultades y acciones que le conferiría una venta perpetua. La segunda, que considera que es la más corriente, es la que tiene como fin la garantía de un mutuo y en donde se dan todas las características del negocio fiduciario (30).

El principal autor partidario de la distinción de ambas figuras jurídicas es RUBIO TORRANO (31) quien determina que «en la venta con pacto de retro con finalidad de garantía, la enajenación no puede descansar en la venta porque ésta es inválida al faltarle la causa». Pero también afirma que esto no obsta para que se sostenga el carácter de verdadera venta con pacto de retro en aquellos casos en los que las partes, sin serles ajena la finalidad de garantía que el propio negocio puede desempeñar, quieren realmente la venta celebrada, en cuyo caso el medio se adecúa al fin.

GARCÍA CANTERO sigue en su exposición a RUBIO TORRANO (32).

pretenden es que el crédito del acreedor goce de garantía real, que el deudor no pueda burlarlo con su insolvencia, para conseguirlo acuden a la transmisión del bien). No se olvida de la posibilidad de que el fiduciario abuse de la situación de propietario que tiene si inscribe en el Registro y enajena a un tercero. En último término se hace eco de la característica propia del negocio fiduciario como es el rango superlativo de la confianza, señalando además que en la venta a carta de gracia el vendedor siempre confía en sí mismo en que podrá recuperar y que el comprador no abusará de su titularidad dominical (continúa afirmando que «únicamente en el caso en que esta confianza no exista ni en el grado mínimo, cuando se vende al albur para conseguir dinero de quien sea, no habrá negocio fiduciario».)

(30) A su juicio la titularidad del fiduciario es la propiedad de la cosa que ha recibido en garantía por medio del contrato de compraventa. La causa de este negocio no se encuentra en el artículo 1.274 CC, que hace referencia a las causas de las obligaciones, sino que se encuentra en las causas transmisivas de la propiedad del artículo 1.901 CC. En base al cual, teniendo en cuenta que determina un sistema abierto, afirma que la causa de garantía será idónea para la transmisión de la propiedad. De manera que la propiedad del fiduciario es verdadera propiedad, con todas las facultades inherentes a ella aunque con una limitación temporal paralela a la duración de la causa de la garantía.

(31) RUBIO TORRANO: *El pacto de retroventa*, Madrid, 1990, págs. 155 a 175, y también en *Comentario del Código Civil*, tomo II, «arts. 1.507 a 1.520», Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 989 y ss.

(32) GARCÍA CANTERO (*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo XIX, Madrid 1991) recoge casi textualmente las palabras señaladas por dicho autor manteniendo que «la mayor parte de los supuestos sobre los que se ha elaborado la doctrina jurisprudencial relativa al carácter fiduciario de la venta en garantía han operado sobre la base no de un retracto convencional, tal y como lo define el artículo 1.507, sino más bien sobre la existencia de una primera compraventa a la que posteriormente se ha añadido un nuevo documento que trata de fijar el alcance y significado del primer negocio: resulta, en este sentido clarificador el hecho de que cuando nuestro TS ha tenido la oportunidad de enfrentarse con la calificación jurídica de una compraventa con las características recogidas en el artículo 1.507 no ha dudado en denunciar tal negocio como venta con pacto de retro o retracto convencional».

En relación con la venta a carta de gracia, YSAS SOLANS afirma las diferencias entre ambas instituciones (33). Esta autora señala, desde la perspectiva teórica, como notas distintivas, en primer lugar, la consideración de contrato de la venta a carta de gracia mientras que la fiducia es un negocio jurídico. En segundo lugar, la desaparición de la fiducia tras la extinción de la deuda con la devolución de la cosa por parte del fiduciario, sin que el fiduciante haya adquirido ningún derecho real sino que recupera la cosa porque no hay causa en el negocio, a diferencia de lo que ocurre en la carta de gracia, donde el vendedor recupera la cosa en virtud de su derecho de luir y quitar. Y por último, tras el impago de la deuda por el fiduciante, el fiduciario no puede mantener la propiedad de la cosa, de otro modo incurriría en el supuesto prohibido del pacto comisorio, sino que debe a fin de hacer efectivo el cobro de su crédito utilizar los medios legales; mientras que en la carta de gracia si el vendedor no usa su derecho éste caduca, convirtiéndose la propiedad resoluble del comprador en definitiva.

Desde el punto de vista práctico, destaca que ambas instituciones buscan como resultado el aseguramiento de un crédito. Recuerda como el origen de la venta a carta de gracia ha supuesto siempre un *empeyament* (34).

En conclusión, la doctrina actual que ha estudiado el pacto de retroventa o la especialidad foral, venta a carta de gracia, tras diferenciar las figuras, mantienen la existencia de la finalidad de garantía que puede tener la venta con pacto de retro, aunque las partes tengan como intención principal la transmisión del bien.

C) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO (35)

a) *Primera etapa: «Teoría del doble efecto» del negocio fiduciario*

La *teoría del doble efecto* del negocio fiduciario fue introducida en España por las SSTs de 7 de enero y 10 de marzo de 1944.

(33) YSAS SOLANS (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T XXX (arts 326 a 328), Madrid, 1991, pág 582 y ss.) define (en la pág. 598) la compraventa a carta de gracia como el contrato nominado en cuya estructura y como elemento principal se encuentra una condición resolutoria. Contrato en el que pesa de manera importante el elemento *empeyament*, cuya finalidad es de garantía y que le aleja de la compraventa común

(34) Recordemos como la denominación de *empeyament* (nombre que también se le otorga a la carta de gracia) supone la existencia de una situación económica difícil que provoca el dar o dejar una cosa en prenda como garantía

(35) Como ya hemos expuesto en la introducción de este artículo, nuestra misión principal se centra en el estudio de la compraventa con pacto de retro, de ahí que no nos extendamos en el análisis de todas las sentencias existentes del negocio

La STS de 7 de enero de 1944 (36), considera «inconcebible» la cesión a fines de garantía (si hay cesión se extingue el crédito y no puede garantizarse lo ya extinguido); las expresiones usadas en el documento, sobre el aseguramiento de pago, dice «han de tomarse como expresión del fin psicológico que les movió a contratar» (37).

En la **STS de 10 de marzo de 1944** (38) se indica el siguiente supuesto de hecho: las partes formalizan una escritura pública en la que el vendedor enajena la cuarta parte de una fábrica; en la misma fecha se firma un documento privado en el que se contempla que la verdadera intención de las partes era la de formalizar una operación de garantía y en virtud de ella se prevé la posibilidad de que dicha porción indivisa se vuelva al patrimonio del vendedor. La sindicatura de la quiebra del vendedor interpuso demanda alegando la nulidad por simulación de la escritura pública; oponiéndose a ella el comprador en base a la verdadera naturaleza de ambos documentos: una garantía real que cubra los riesgos asumidos por él mismo.

El TS acoge la tesis del demandante y declara que no puede reputarse nulo por falta de causa un negocio que inequívocamente la tuvo. Admite que la transmisión hecha en escritura pública podría quedar sin efecto según el documento privado y que en este caso el vendedor se había reservado la facultad de rescatar el bien, facultad que hemos de considerar atribuida, en caso de quiebra a la masa.

Esta sentencia fue comentada por HERNÁNDEZ GIL (39), quien señaló la existencia de un negocio fiduciario, pues el comprador de la fábrica va a

fiduciario —ni siquiera en todas aquellas en las que podía entenderse existente una venta en garantía— (sobre el que como ya hemos señalado, existe un recentísimo estudio realizado por FUENTESECA, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cit.*), sino sólo en las que podría entenderse que existe una compraventa con pacto de retro.

(36) STS de 7 de enero de 1944 (RA 109).

(37) El cuarto considerando señala que «esta actuación contractual ajustada a la finalidad práctica que en la realidad de la vida del derecho se asigna *al contrato de compraventa cuando se le adiciona el pacto de retroventa como facultativo a favor del enajenante, previsto en el artículo 1507 CC*, no debe quedar desconocida mediante una interpretación que prescindiendo del valor gramatical de las palabras y del tecnicismo jurídico, priva al contrato de sus naturales efectos, pues la *cessio pro soluto* o dación en pago, opera, como la compraventa, la traslación del dominio, por precio, si bien éste en la dación está representado por el crédito de que se da por satisfecho el acreedor, y es por esto inconcebible, legalmente, la cesión de bienes para garantizar el pago de una deuda porque el que paga no garantiza sino que extingue su obligación, como es también incomprensible que pueda establecerse un derecho de retracto a favor de quien no llega a desprenderse del dominio de los bienes a que ha de referirse tal derecho»

(38) STS de 10 de marzo de 1944 (RA 526).

(39) HERNÁNDEZ GIL: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1944» en *RGLJ*, 1945-I, págs. 690 y ss.

adquirir la propiedad de forma efectiva, pero en virtud de lo estipulado en el negocio obligatorio negativo dicha titularidad no le confiere más que un poder de administración, una facultad de garantía (40).

El conflicto central de esta decisión judicial se plantea en las relaciones entre los acreedores de la quiebra, en sustitución del fiduciante y como subrogados suyos y el fiduciario. Se trata de un caso en el que el bien objeto de fiducia no ha sido transmitido a terceros. La sentencia niega al fiduciante la reivindicación de los bienes objeto de fiducia y reconoce la realidad de la venta, a pesar de que dicha transmisión podía quedar sin efecto cuando se cumplan las obligaciones que el comprador asumió por virtud de su afianzamiento. En resumen, para que resulte la ineficacia de ese pacto respecto a terceros han de darse determinadas circunstancias, es decir, se protege a terceros adquirentes (que lo son por enajenación abusiva del fiduciario).

También la **STS de 25 de mayo de 1944** (41) indicó que no había de pensarse que cualquier incongruencia entre la estructura jurídica y la finali-

(40) Se reconoce en el último considerando de la sentencia que «de la apreciación conjunta de ambos documentos resulta que la transmisión que se hizo en escritura pública, podía, según el documento privado quedar sin efecto, cuando el señor C cumplierse, en relación con el señor M las obligaciones que este asumió por virtud de su afianzamiento; o, lo que es más claro, se reservó una facultad de rescate, que explicablemente, se ha atribuido en el procedimiento de quiebra a la masa, por cuanto, en aspectos especiales le sustituye así en el ejercicio de sus derechos de contenido económico, como en el cumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza; y resultaría exorbitante si se siguiese la tesis de la demanda que es, en último término, la que acoge la sentencia recurrida, que aparte de ello, fuese lícito a los acreedores de la quiebra obtener en su propio provecho la nulidad de un contrato, por obra de una simulación que la realidad no confirma y el derecho rechaza, cuando por el juego normal de las normas específicas aplicables, que son las que precisamente podrían invocar en su apoyo, y muy singularmente por la contenida en el artículo 880 del Código de Comercio, *sólo hubieran podido solicitar la revocación del contrato partiendo de supuestos que en el caso de autos no se dan, pues ni la transmisión tuvo lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración de la quiebra, ni pudo por una elemental razón cronológica, defraudar los futuros intereses de una masa formada cinco años después con lo que cae por su base la posibilidad de simulación por fraude* »

(41) STS de 25 de mayo de 1944. (RA 800). Decisión judicial que entiende que «si bien el contrato de 7 de marzo de 1935 no fue efectivamente de préstamo ni en el de 6 de febrero de 1936 hubo entrega formal de precio, tuvieron ambas convenciones como causa la liquidación previa y consiguiente pago de los débitos que por consecuencia de suministro de géneros había contraído la demandada *con el actor concurriendo en ellas, de este modo, la oportuna reciprocidad de prestaciones, constituida en el primer convenio —configurado como préstamo hipotecario— por la correlación de la cantidad liquidada como adeudo y la hipoteca establecida, y en el segundo convenio —estructurado como venta con pacto de retraer— por la correlación entre la venta de la casa y el precio recibido por la vendedora, cualquiera que fuera el origen causal de su obligación: de lo cual infiere la Audiencia, que no cabe admitir que tales contratos fuesen inexistentes por carencia de causa o anulables por su carácter simulado*».

dad económica de un negocio jurídico haya de producir la ineficacia del mismo (42).

Importante es la **STS de 23 de febrero de 1951** (43), que diferencia entre negocio simulado y fiduciario, señalando que éste realiza una combinación de figuras, que salvo caso de probarse la existencia de fraude, no se opone a su validez, ya que al establecer el artículo 1.276 del Código Civil el principio de nulidad de los contratos en que se hace expresión de una causa falsa, exceptúa el supuesto de que están fundados en otra verdadera y lícita.

Así pues la teoría del doble efecto del negocio jurídico se introduce y goza de gran aceptación en nuestro país. Sus requisitos esenciales se hallan recogidos en la **STS de 3 de mayo de 1955** (44). En esta decisión judicial se analiza pormenorizadamente, por nuestro más alto Tribunal, la existencia y los caracteres de un negocio fiduciario, y en concreto, la *fiducia cum creditore* (45). Concretamente, en el sexto considerando se señala que:

«si bien en nuestro Derecho positivo no se regula específicamente el negocio fiduciario, nada hay que se oponga a su admisión, según doctrina y jurisprudencia moderna, sino que, por el contrario, el art. 1.255

(42) HERNÁNDEZ GIL («Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1944 .», cit., págs. 697 y ss.) entiende que «se da un paso más al perfilar el concepto de negocio fiduciario, se apuntan sus líneas básicas y se le integra en la teoría general del negocio jurídico, acogiendo sin reservas su denominación técnica».

(43) La STS de 23 de febrero de 1951 (RA 267) señala que «no cabe confundir el negocio simulado con el fiduciario, porque, aparte otras notas diferenciales, el primero es un negocio simple y se realiza para producir una apariencia o un engaño, mientras que el segundo reviste una forma compleja y está integrado por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo, pues aunque se transfiere la plena titularidad de un derecho, el adquirente se obliga a volver a transmitirlo al enajenante o a un tercero, una vez conseguido aquél fin económico, realizando una combinación de figuras jurídicas que —salvo caso de probarse la existencia de fraude— no obsta a su validez, ya que al establecer el art. 1.276 del Código Civil el principio de nulidad de los contratos en lo que se hace expresión de una causa falsa, exceptúa el supuesto de que estén fundados en otra verdadera y lícita». Se identifica el negocio fiduciario con el relativamente simulado, acogiendo la tesis que hemos visto en la STS de 25 de mayo de 1944.

(44) STS de 3 de mayo de 1955 (RA 1561) No hay nada que se oponga a la validez *inter partes* de la venta en garantía. La posibilidad de que ella oculte la imposición de una cláusula comisorria en favor del fiduciario o prácticas usurarias, podrá siempre ser reprimida por los tribunales como actos en fraude a la ley, para lo que se podrá tener en cuenta toda clase de pruebas, incluso la de presunciones.

(45) Parte en su primer considerando de la venta con tradición inmediata y la sucesiva inscripción en el Registro de dos casas y 16 fincas rústicas por el precio de 4.500 pesetas y el pacto de retrovender, «compromiso contraído por el comprador de devolver al vendedor las fincas enajenadas si le pagaban las 4.500 ptas. que aquél le había entregado como garantía del préstamo, la Sala sentenciadora estimó que lo realmente querido por los interesados fue garantizar el cobro de la cantidad prestada mediante la estipulada venta, y calificó de *negocio fiduciario* lo convenido ...»

del Código Civil, entre otros que autorizan la libertad de pactos lícitos, ofrece vasto campo de contratación atípica, como la fiduciaria; y 2º porque la materia contemplada en este pleito revela claramente su estructura de *fiducia cum creditore*, de tipo romano, por la concurrencia de los requisitos que la caracterizan, a saber: a) *hay un contrato complejo, integrado por otros dos interdependientes, uno real, de transmisión plena del dominio, la compraventa con su correspondiente contribución patrimonial eficaz erga omnes y otro obligacional, válido entre partes, que constriñe al comprador al uso del derecho adquirido en forma que no impida el rescate por el vendedor de la titularidad transmitida y consiguiente deber en otro caso de indemnizar daños y perjuicios, sirviendo de causa al contrato unificado la fiduciaria propia del vínculo obligacional que presta soporte también a la compraventa en su función de garantía entre los contratantes; b) hay una evidente desproporción entre el medio empleado —venta de dos casas y 16 fincas rústicas— y el fin realmente perseguido —mera garantía de un préstamo de 4.500 pts.—;...».*

Decisión judicial que, a su vez, establece las limitaciones y los problemas que conllevan la utilización de esta vía, tal y como continúa diciendo la propia sentencia:

«c) hay, en consecuencia, la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario, si éste procede deslealmente y abusa del poder excesivo que se le confirió, bien creando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción, si aquellos merecen el concepto de terceros, bien resistiendo infundadamente el cumplimiento de la obligación de restituir, que es lo que se aprecia en este pleito; y d) hay, en fin, el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser conseguido por la vía directa y típica del préstamo con afianzamiento, prevista en el ordenamiento jurídico» (46).

No obstante, tanto la jurisprudencia registral como la del TS, *admiten cierta cautela en cuanto a la eficacia de la transmisión fiduciaria*, es decir,

(46) Se recoge en esta sentencia el criterio del doble efecto. Además queremos hacer constar que el supuesto de hecho de esta sentencia constituye el ejemplo típico de negocio fiduciario formalizado a través de venta en garantía que puede confundirse con venta con pacto de retro, pues se parte de un doble documento suscrito en dos momentos distintos. un contrato de compraventa en documento privado, y otro posterior, realizado quince días más tarde, en el que se acuerda la retroventa de las fincas si se abonase por el vendedor la deuda por la que las fincas han sido vendidas en garantía.

se hicieron eco de la variante adoptada con posterioridad por la doctrina científica, de considerar al fiduciario propietario formal. Así la **R. de 14 de junio de 1922** (47), ya estableció que:

«una Comisión pagadora de deudas de una testamentaria, nombrada judicialmente en situación de otra anterior que ya había funcionado, *no es una personalidad distinta o un sucesor a título universal de la primera, sino un órgano de disposición colocado en el puesto y con las atribuciones de la misma*» (48).

La práctica judicial, ante determinadas compraventas donde el comprador adquiere por cuenta y para fines de otro, reconoce la existencia de supuestos correspondientes a la dogmática del negocio fiduciario. Así, en la **STS de 23 de mayo de 1935** (49), se decide el siguiente caso: se habían adjudicado unas fincas «en comisión para pago de deudas» a tres de los seis herederos. El acreedor de uno de los adjudicatarios embarga las partes de finca adjudicadas a éste e inscritas a su nombre (50).

La supuesta venta en garantía en que consiste el supuesto de hecho, supone la creación de una titularidad fiduciaria pues se transmite al fiduciario un poder sobre la cosa confiada (irrevocable por el fiduciante en interés del fiduciario). El fundamento de la transmisión se encuentra en el pacto fiduciario extraño a la escritura de venta, por el que se pone la cosa confiada en poder y posesión del fiduciario a fines de garantía. La situación fiduciaria no puede considerarse separadamente del préstamo concedido, o la concesión de prórroga respecto de un crédito vencido o próximo a vencer. La transmisión de la finca supone una garantía para el prestamista (51).

(47) R. de 14 de junio de 1922. ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia Registral*. T. V (1917-1924). Bosch. Barcelona.

(48) En esta RDGRN se estudia el interés por el concepto de titularidad fiduciaria. Considera al *adjudicatario como propietario formal*, de modo que los bienes adjudicados no se incorporan al patrimonio de ninguno de los miembros de la comisión de pagadores designada, estimando que esos bienes —mientras no se dispusiera de ellos— quedaban tan separados del de los adjudicatarios, que se les califica de «patrimonio especial, dotado de órganos de disposición»; y las facultades de éstos quedan «siempre caracterizadas por su finalidad fiduciaria».

(49) STS de 23 de mayo de 1935 (RA 1123).

(50) El supuesto de hecho estaba constituido por una «figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas (en este caso en una testamentaria se hace la adjudicación de determinadas fincas a tres de los herederos solidariamente con el exclusivo fin de pagar las deudas de la testamentaria y pagar el resto que quedase a los seis herederos por partes iguales) es muy compleja, pero *cabe afirmar que por ella se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizada por su finalidad fiduciaria o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza*».

(51) En la STS de 30 de octubre de 1965 (RA 4752) se considera una partición de bienes en la que los albaceas adjudicaron ciertas fincas a uno de los herederos «a fin de

Debemos destacar también la **STS de 8 de marzo de 1963** por recoger la teoría de la propiedad formal al afirmar que el fiduciario,

«aunque ante terceros ostentase la cualidad de titular *erga omnes* con todas las facultades inherentes al dominio consignadas en el art. 348, *respecto al fiduciante, únicamente obtuvo un dominio impropie dictum, o sea una propiedad formal* y sujeta a condición que origina a favor del recurrido (el fiduciante) un derecho de reversión esgrimible a través de una acción personal derivada de la *bona fidei*».

A fin de recopilar la doctrina jurisprudencial que aborda estas cuestiones, con una visión expositiva podemos señalar, a modo de resumen que, en un principio, el TS citaba claramente como doctrina más autorizada la del doble efecto real y obligacional del negocio fiduciario [**23 de febrero de 1951** (52), **7 de junio de 1955** (53), **31 de octubre de 1955** (54), **22 de mayo de 1956** (55), **10 de julio de 1957** (56), **5 de diciembre de**

que con el carácter de mandatario de los demás coherederos que tiene, venda los (bienes) necesarios a tal objeto y rinda cuenta justificada del cumplimiento de su cometido con derecho a reclamar y obligación de abonar en sus respectivos casos lo que faltare o sobrare para dejar completamente saldado el pasivo de la sucesión». El TS no casa, y caracteriza la situación del fiduciario como «careciendo de derecho de incorporar a su patrimonio lo que le fue transferido para otro fin con base en la confianza». Es pues un ejemplo de la transmisión de propiedad formal (el heredero es el titular formal).

(52) La STS de 23 de febrero de 1951 (RA 267) tiene como supuesto de hecho la simulación de una escritura pública en la cual se transmiten unas fincas, dado que el mismo día los mismos otorgantes firman un contrato en que declaran nulo y sin valor lo que en ella se dispone.

(53) La STS de 7 de junio de 1955 (RA 2298) en sentido negativo, para establecer la inexistencia de negocio fiduciario, en su primer considerando establece, sin más, que. «analizando la prueba practicada, con la soberanía que le está atribuida aprecia que no se está en el caso de un negocio fiduciario en que lo querido sea constituir una garantía para pagar una deuda encubierta bajo la forma de contrato de compraventa...».

(54) La STS de 31 de octubre de 1955 (RA 3563) reseña que al no hacerse efectivo el precio del préstamo, se otorgó —en garantía del mismo— escritura de compraventa de una finca a favor de la acreedora. De ahí, la existencia de un, «*negocio fiduciario*, con los caracteres de revestir una forma compleja y está integrado por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo, sin que pueda tenerse en cuenta otras consideraciones hechas por el recurrente respecto a que lo concertado fue un pacto de retroventa de distinta naturaleza, dada la inexistencia del negocio fiduciario, pues fueron los contratantes los que optaron por la forma jurídica que estimaron conveniente...».

(55) La STS de 22 de mayo de 1956 (RA 2433), en su segundo considerando, establece que «la *fiducia* encubre una operación de garantía bajo una aparente transmisión, supuesta, es claro, la licitud de la operación, y la de sus efectos...».

(56) STS de 10 de julio de 1957 (RA 2225). El supuesto de hecho es el siguiente: Al no haberse hecho efectivo el importe del préstamo, se otorgó en garantía del mismo una escritura pública de compraventa de varias fincas, por el precio de 52.000 ptas.,

1959 (57)]. Según los fallos judiciales expuestos, la línea que sigue el TS es la de corroborar la teoría de que el fiduciario adquiere plena y definitivamente la propiedad de la cosa confiada en garantía, pero también admite cierta cautela en la eficacia de la transmisión fiduciaria, pues en alguna decisión se mantiene que *lo adquirido por el fiduciario es sólo la propiedad formal* (23 de mayo de 1935, 8 de marzo de 1963, además de la RDGRN de 14 de junio de 1922), es decir se adoptaba una variante de la citada teoría.

firmándose en la propia Notaría un documento privado, en el que los otorgantes de la escritura pública convenían que mediante la entrega, por parte de la deudora-vendedora, del importe del principal del préstamo de 145 000 ptas. y sus intereses, se otorgaría nuevamente escritura de retransmisión a favor de aquella, la parte acreedora-compradora de las fincas transmitidas fiduciariamente en el mismo documento privado, que fueron objeto de la mencionada escritura pública.

El Tribunal Supremo afirma en esta sentencia, por un lado, que no ha de pensarse que cualquier incongruencia entre la estructura jurídica y la finalidad económica del negocio debe producir la ineficacia del mismo, esto es, reafirma la validez y licitud del negocio jurídico. Y, por otro lado, desentraña la estructura del negocio fiduciario, expuesta ya en otras decisiones judiciales, que se compone a su vez de dos negocios uno de transferencia, y otro, de garantía que obliga.

Continúa en la misma línea jurisprudencial expuesta, indicando incluso cuales son las sentencias que recoge. Así, el Tribunal establece en el tercer considerando que:

«los elementos característicos del *negocio fiduciario*, indica ya que no ha de pensarse que cualquier incongruencia entre la estructura jurídica y la finalidad económica del negocio haya de producir la ineficacia del mismo, pues por el contrario, puede éste ser válido y producir sus efectos en el caso de la mera disonancia entre el medio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido, por utilización de una línea oblicua o combinación de formas jurídicas entrelazadas para la obtención de un resultado no previsto en los cuadros de la Ley, la Sentencia de 28 de enero de 1945 (RA 111) sintetiza y desenvuelve la doctrina anterior sobre negocios fiduciarios, indicando que el *negocio fiduciario* se compone en su esencia de dos diferentes: uno, de transferencia y otro, de garantía que obliga: doctrina que reiteran las sentencias más recientes de 23 de febrero de 1951 (RA 267) y 31 de octubre de 1955 (RA 3563).

(57) La STS de 5 de diciembre de 1959 (RA 4487) recoge un supuesto de retracto legal de colindantes de una finca rústica, en el que durante la tramitación del juicio de retracto se edificó una construcción. El Juez de Primera Instancia acordó no haber lugar a que el edificante fuera reintegrado de los gastos originados por la indebida construcción de la casa edificada en el predio rústico, condenándole a que derribe dicha edificación y entregue el predio al ser y estado en que se encontraba cuando fue adquirido por él. Sentencia confirmada por el TS.

El TS utiliza textualmente la expresión «*titularidad fiduciaria*», para referirse a la que ostenta el fiduciario y determina el alcance a atribuir a dicho concepto, titularidad de confianza y garantía pero sin poder de disposición.

No obstante, más adelante la propia sentencia recoge el presupuesto esencial de la teoría del doble efecto, pues señala que nos encontramos ante un negocio fiduciario constituido por dos diversos y que converge en una misma finalidad de transmisión el primero y de garantía el segundo. En virtud de dicho negocio, aunque se transfiera la plena titularidad de un derecho, los adquirentes contraen la obligación de volver a poner las fincas a nombre del vendedor.

b) *Segunda etapa. Aparente introducción de la «teoría de la titularidad formal» del negocio fiduciario*

Como hemos visto al estudiar la evolución del negocio fiduciario en la doctrina científica, en torno a los años *setenta* se supera la teoría del doble efecto tras las críticas y el estudio realizado por DE CASTRO. Y que como acabamos de señalar influyó también en la doctrina jurisprudencial, pues comienza a examinarse la *titularidad fiduciaria como titularidad formal en base a que el negocio fiduciario se halla exento de efectos transmisivos* (58).

Tras el análisis de las siguientes decisiones judiciales [SSTS de 19 de enero de 1977 (59), de 27 de junio de 1980 (60), de 9 de diciembre de

(58) Para llegar a descubrir la verdadera posición jurisprudencial resulta de especial interés el análisis de la caracterización de la titularidad del fiduciario. *la cuestión de si dicha titularidad sirve para adquirir la propiedad de la cosa confiada por usucapión y si con el simple paso del tiempo puede quedar liberado el fiduciario de su obligación de restituir dicha cosa*. Cuestión que se resuelve en sentido negativo por la STS de 3 de mayo de 1955 (RA 1561) partiendo de la aceptación nominal de la teoría del doble efecto. Se trataba de la venta por 4.500 ptas. de 2 casas y 16 fincas rústicas, inscrita en el Registro de la Propiedad, respecto de la que en posterior documento privado constaba un pacto de retroventa por cuatro años si el vendedor pagaba las 4.500 ptas. entregadas en concepto de préstamo. El TS entiende que había un negocio de la estructura de fiduciario «cum creditore». Frente a las reclamaciones del fiduciante para el rescate de las fincas, el fiduciario opone las excepciones de prescripción adquisitiva por haberlas poseído a título de dueño durante dieciséis años, con título inscrito en el Registro. Y señala que: «este contrato funcionó realmente como garantía de un préstamo y las fincas que se figuran vendidas las ha poseído en tal concepto el demandado, sin transferencia a tercer adquirente, por lo que, a efectos de prescripción adquisitiva entre los contratantes, ni las había poseído a título de verdadero dueño, según exige el artículo 1.941 del repetido Código, ni la relación jurídica creada se gobierna por normas hipotecarias».

(59) STS de 19 de enero de 1977 (RA 92) donde entre el actor y el demandado se concertó un contrato en virtud del cual la venta de las 52 acciones de Unic Hoteles S.A., realizada por el primero al segundo ante corredor de comercio, constituyó solamente una operación de garantía o afianzamiento, del cumplimiento por parte del demandante de determinadas obligaciones de pago, a las que debía hacer frente dentro del plazo de un año.

En el cuarto considerando se establece que: «las acciones no han salido de la propiedad del primitivo titular, ya que, aquella venta autorizada a dicho fundador, no llegó a llevarse a efecto; pues entregadas las acciones en garantía, éstas hubieran salido del patrimonio del vendedor, sólo cuando, pasado un año no se hubiera extinguido el crédito que ostentaba el comprador frente al vendedor, hipótesis que no ha llegado a realizarse».

(60) STS de 27 de junio de 1980 (RA 2414). El TS considera que hay compraventa al existir precio y ánimo transmisor de las partes. En dicha decisión se establecen los requisitos necesarios del negocio fiduciario (según los postulados más rigurosos de la teoría del doble efecto) a fin de su diferenciación de la compraventa. «Para considerar como *vínculo fiduciario* una relación jurídica se requiere que se cumplan las exigencias jurisprudenciales requeridas para su adecuada configuración, cuales son —según reiterada jurisprudencia— la transmisión por una persona (fiduciante) en plena propiedad, de un determinado bien o derecho a otra persona (fiduciario), para garantizarle el pago de la

1981 (61), de 19 de mayo de 1982 (62), de 2 de junio de 1982 (63), de 6

deuda, con la obligación por parte de esta de retransmitirla a su anterior propietario, cuando la obligación asegurada se haya cumplido (*factum fiduciae*).»

En definitiva, sin llegar a mantener la existencia de vínculo fiduciario, al recoger y exponer los criterios de la teoría del doble efecto deja entrever que dicha teoría sigue en vigor

(61) STS de 9 de diciembre de 1981 (RA 5153). El supuesto de hecho consiste en la adquisición de bienes a través de escritura pública. Simultáneamente el adquirente formal de los mismos reconocía en un documento privado que los devolvería al demandante-transmisor, previo cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél.

Negocio que el Tribunal califica de fiducia (textualmente señala: «la transmisión figurada del dominio y el préstamo en garantía del cumplimiento de lo pactado»). Se menciona la existencia de transmisión plena de la propiedad, siguiendo los requisitos de la teoría del doble efecto. «El negocio fiduciario viene caracterizado como convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno real, de *transmisión plena* del dominio eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado ha de claudicar también, en atención a la efectiva presencia, en el caso litigioso de los dos contratos realmente queridos por los litigantes... *es un típico contrato de fiducia*, cuya existencia no está contradicha por la circunstancia de que, a la vez, se arbitró, en el propio documento un mecanismo de garantía de cumplimiento de lo pactado que se inserta en los antecedentes del pacto como un préstamo simulado representativo del valor que las partes atribuyen a lo adquirido, cuya devolución por el prestatario, dentro de cierto tiempo, configura una contraprestación de éste *in solutione*».

Pero más adelante, en el mismo considerando, podemos apreciar cierta confusión del juzgador, al mencionar «el adquirente formal de los bienes», es decir se mantiene la existencia de lo que la doctrina científica entiende por propiedad formal del fiduciario. Y, posteriormente, en el Considerando quinto *in fine* afirma que «la simulación del préstamo, deja intacta la verdadera relación que las partes han concluido, consistente en una obligación de tipo fiduciario, contraída como consecuencia de la *real adquisición de los bienes por el demandante (que es el fiduciante)*, no obstante figurar hecha a nombre del demandado»

(62) STS de 19 de mayo de 1982 (RA 2580). En esta sentencia se declara que no hay transmisión del bien, pues no hay ánimo de comprar y vender. Tras enumerar los requisitos existentes en el negocio jurídico según la teoría del doble efecto, insiste en la limitada eficacia real de la venta en garantía (por tanto, titularidad formal), no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio *inter partes*. No obstante, parece que al propio fiduciante se le otorga el carácter de crédito privilegiado, frente a los acreedores del fiduciario, que gozará de preferencia para hacer efectivo sobre la finca aquella parte del capital mutuo que quedaba por devolver. Se considera por tanto que el bien no puede acceder al patrimonio de la actora

(63) STS de 2 de junio de 1982 (RA 3402). Fallo destacable por la calificación del negocio objeto de examen como de fiduciario en la modalidad de *fiducia cum creditore*. Sentencia que va marcar un punto de arranque, pues en ella se van a basar decisiones posteriores para afirmar la existencia de la propiedad formal del fiduciario. Concretamente en esta sentencia se señala como: «la teoría científica más reciente se aparta del doble efecto y prescinde de la sustantividad de la causa *fiduciae* como comprendida en el art. 1.274 CC. » « .. y, por ello la titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada.. lo que determina la validez entre las partes de la venta en garantía ..».

de abril de 1987 (64) y de 8 de marzo de 1988 (65)] consideramos necesario calificar la doctrina jurisprudencial de bastante confusa (66).

(64) STS de 6 de abril de 1987 (RA 2494). El Tribunal entiende que no cabe estimar que el fiduciante siga siendo verdadero dueño de la cosa, sino que por el contrario se ha operado una verdadera transmisión de la misma, basada en la buena fe y con atribución de la titularidad real al fiduciario. Textualmente, en el fundamento de derecho segundo, recoge todos los requisitos de la teoría del doble efecto. Determinándose en dicho fundamento *in fine* que «de acuerdo con tal doctrina, no cabe estimar, como pretende el recurrente, que el fiduciante siga siendo verdadero dueño de la cosa, siendo el contrato fiduciario un nuevo instrumento para articular en la práctica la obligación del fiduciario de reponer formalmente a aquél en la posesión de la cosa, sino que, por el contrario, *se ha operado una auténtica transmisión de la cosa basada en la buena fe y con atribución real de la titularidad dominical al fiduciario...*»

Aunque con carácter previo en el mismo fundamento había señalado que «si bien es cierto que *la doctrina científica más reciente se aparta de la teoría del doble efecto...y por ello la titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la venta en garantía...*».

En resumen, parece que se va a mantener la superación de la teoría del doble efecto y, a continuación exponer la idea de la propiedad formal, pero confusamente el TS señala que «estamos en presencia de un contrato, que ocasiona una transmisión basada en la buena fe, con vinculantes efectos para fiduciante y fiduciario.»

(65) STS de 8 de marzo de 1988 (RA 1607) Recoge idénticos planteamientos que la de 2 de junio de 1982, y explica en el fundamento de derecho segundo, no sólo todos los reiterados caracteres de la teoría del doble efecto, sino también con lucidez la aceptación de la propiedad formal en el negocio fiduciario «en el que la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, siendo justamente *en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía*, que no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio *inter partes* se revela de cara o frente a terceros, de todo lo cual concluye que la actora, propietaria formal no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender»

(66) Frente al criterio de la DGRN, que en su Resolución de 30 de junio de 1987, expone con claridad los efectos de la venta en garantía y que recogemos en este momento por su importancia.

Se plantea la cuestión de la inscribibilidad de un contrato denominado venta en garantía de deuda. Lo que aquí nos interesa para nuestro estudio es el primer defecto planteado por el Registrador en su nota acerca de la naturaleza del negocio celebrado.

La Resolución establece que «la automática aplicación de la doctrina del doble negocio o doble efecto pasa por alto el problema preliminar de determinar si en el complejo negocial articulado existe un acto susceptible de provocar la transferencia plena y definitiva del dominio cuya inscripción se pretende, y en esta búsqueda debe tenerse en cuenta. a) Que en nuestro Ordenamiento jurídico la sola voluntad de adquirir y transmitir no basta para provocar el efecto traslativo perseguido; por una parte, rige la teoría del título y el modo para la transmisión voluntaria e *inter vivos* de los derechos reales, por otra la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que justifique el reconocimiento jurídico del fin práctico querido por los contratantes. b) Que no cabe considerar fraccionadamente la total operación realizada, no hay sino un nego-

A mi juicio existe gran barullo en la doctrina jurisprudencial a la hora de calificar el negocio fiduciario. De las escasas sentencias que hemos recogido observamos cómo el TS «copia íntegramente» siempre los requisitos de la teoría del doble efecto del negocio fiduciario apuntados en su día por la Sentencia de mayo de 1944, utilizándose de forma conjunta expresiones que parecen quitar el verdadero sentido de dicha teoría tales como el «adquirente formal de los bienes» STS 9-I-1981, o, como ocurre con la STS 10-V-1982 al hacer referencia a la teoría del doble efecto detalla la existencia de transmisión plena de la propiedad del fiduciante al fiduciario; señala que es un contrato real y querido por las partes, es decir, no es simulado o disimulado; que es un acto formal mixto integrado por dos contratos independientes; que la *causa fiduciae* consiste no en la enajenación de los bienes sino en la garantía... para finalizar concluyendo el considerando haciendo hincapié en la *limitada eficacia real de la venta por no haberse operado una verdadera transmisión*. Parece que la Sala 1ª no quiere apartarse de la jurisprudencia de 1944 transponiendo íntegramente todos los términos de la teoría del doble efecto, y, a la vez, hacer constancia de la imposibilidad de que el fiduciario sea un verdadero propietario.

La STS 2-VI-1982, que parecía que iba a acabar con esta confusión, al reconocer, por primera vez, la existencia de la superación de la teoría del doble efecto por la doctrina científica que prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae*, no llega más lejos. Para finalizar con la STS 6-IV-1987 que recoge en un sólo fundamento de derecho el desconcierto existente, pues tras negar la alegación de la parte recurrente de que la fiducia no comportó la transmisión efectiva del dominio, y reproducir la teoría del doble efecto, recoge a continuación la titularidad formal del fiduciario, a fin de concluir afirmando que se ha operado una verdadera transmisión de la cosa.

En conclusión, entiendo que debe quedar claro que...:

— La teoría del doble efecto mantiene, en líneas generales, que el negocio fiduciario es un acto formal mixto integrado por dos independientes uno de naturaleza real que supone la transmisión plena de la propiedad y otro obligacional válido *inter partes*, y que su *causa fiduciae* radica no en la enajenación sino en la garantía.

cio unitario» Continúa señalando que «en la operación celebrada.. la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno; a lo sumo podría fundar una transmisión eventual a consolidar en caso de incumplimiento, pero tal hipótesis choca frontalmente con la prohibición legal del pacto comisorio proclamada, entre otros en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil. Incluso, hay que afirmar que esta finalidad de garantía se opone a que la verdadera voluntad de las partes contemple una transmisión actual definitiva...» (AMORÓS GUARDIOLA-MADERO JARABO: *Jurisprudencia registral* (1986-1990), Tecnos, Madrid, 1991).

— La teoría de la titularidad formal, se opone a la anterior y señala que existe una limitada eficacia real de la venta por no haberse operado una verdadera transmisión. Ante lo cual la titularidad fiduciaria únicamente producirá los efectos que las partes hayan convenido, es decir, «mantener la situación anómala creada» que precisamente consiste en que el propietario formal (fiduciario-comprador) no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, que es lo que realmente se pretendía.

— Aceptar la teoría de la titularidad fiduciaria o propiedad formal, pone claramente de manifiesto que el negocio fiduciario es un negocio simulado donde lo realmente querido es la garantía del préstamo y no la transmisión del bien. Entendemos que es contradictorio señalar que el negocio fiduciario es «real y querido por las partes» como dice el juzgador, cuando a continuación afirma la inexistencia de la transmisión (voluntad declarada de las partes) frente al préstamo encubierto.

D) LA VENTA CON PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Una vez expuestos los primeros pasos en la evolución doctrinal y jurisprudencial del negocio fiduciario, y su situación actual, debemos profundizar en la *determinación del carácter del negocio*, a fin de distinguir, si es posible, cuando hay negocio fiduciario o cuando estamos en presencia del contrato de compraventa con pacto de retro.

Entre las operaciones dirigidas a su concreción se encuentra, en primer lugar, la necesidad de perfilar el supuesto de hecho, luego deducir cual ha sido el verdadero propósito de las partes, y en base a ambas operaciones, clasificar cual es la categoría jurídica del negocio que resulte más adecuada a su verdadera naturaleza.

En relación con la primera operación, la técnica de la que nos valemos son *los medios de prueba*. Su utilización será fácil, si de las contradecларaciones o de las declaraciones complementarias resulta el carácter fiduciario o no de la enajenación hecha. La existencia de dichas declaraciones puede ser a su vez objeto de prueba y considerarse probada por un testimonio suficientemente autorizado (67). La prueba de presunciones se utilizará con el criterio amplio necesario para averiguar lo que se procuró ocultar, teniendo en cuenta la estructura compleja de lo acordado y la experiencia sobre el modo de proceder ordinario en las relaciones sociales.

En segundo lugar, es necesario investigar *la voluntad de los otorgantes*, y, para ello, «el intérprete debe captar de todas las circunstancias anteriores, con-

(67) STS de 8 de marzo de 1957 (RA 1547) y STS de 10 de julio de 1957 (RA 2225).

comitantes, y posteriores a su formación, para dar al problema el tratamiento adecuado a la específica naturaleza, no dejándose arrastrar por la estructura, de forma y contenido del utilizado como simple medio vehicular» (68).

En cuanto a *la calificación del negocio* es también tarea muy delicada (69), pues habrán de separarse aquellos negocios que puedan clasificarse dentro de otras figuras jurídicas. Esto sucede cuando se puede llegar a la conclusión de que estamos ante una dación en pago para pago de deudas considerada como negocio fiduciario (70) (STS de 23 de mayo de 1935 y Resolución de 14 de junio de 1922) de los casos de dación en pago de mero efecto solutorio (STS de 7 de enero de 1944).

Probada la condición fiduciaria del negocio será ya, en general, fácil distinguir, si estamos ante una fiducia constituida por medio de venta (10 de marzo de 1944, 23 de febrero de 1951, 3 de mayo de 1955, STS de 7 de junio de 1955 (71), 31 de octubre de 1955 (72), 22 de mayo de 1956 (73), 8 de

(68) STS de 8 de marzo de 1963 (RA 1628).

(69) Es importante la calificación del negocio a efectos de plantear un pleito. Tal y como se pone de manifiesto en la STS de 31 de octubre de 1955 (RA 3096). Donde se deniega la petición de declaración de simulación de una compraventa con pacto de retro, y se permite entablar un nuevo pleito con el objeto de exigir el cumplimiento de obligaciones derivadas del negocio fiduciario de garantía, que constituía aquella compraventa. Todo ello en base a la inexistencia de la presunción de cosa juzgada material, por no concurrir la identidad de causa que para ello exige el artículo 1.252 CC.

(70) Las sentencias que no recogemos a pie de página ya han sido estudiadas anteriormente.

(71) STS de 7 de junio de 1955 (RA 2298). El supuesto de hecho es el siguiente: el actor adeudó a su hermana, la demandada, la suma de 65.000 ptas., y con objeto de garantizar su deuda simuló un contrato de compraventa de finca, contrato que no tuvo otro alcance que el de garantía de parte de la deuda por una cuantía de 25 000 ptas., pues el resto se garantizó con una acciones.

El TS entiende y señala en su primer considerando que «...el contrato disimulado será lícito y si además concurren en él los requisitos que su naturaleza requiera, si bien recoge esta doctrina con el carácter restrictivo que este Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado, y analizando la prueba practicada, con la soberanía que le está atribuida aprecia que no se está en el caso de un negocio fiduciario en que lo querido sea constituir una garantía para pagar una deuda encubierta bajo la forma de contrato de compra-venta »

(72) STS de 31 de octubre de 1955 (RA 3096). En el segundo considerando, el TS señala que estamos ante un negocio fiduciario cuyo fin era el de garantizar el pago de unas deudas «sin que pueda tenerse en cuenta las consideraciones hechas por el recurrente de que *lo concertado fue un pacto de retroventa de distinta naturaleza*, dada la inexistencia de negocio fiduciario »

(73) En la STS de 22 de mayo de 1956 (RA 2433) se declara que «las diferencias separan la simulación de la fiducia . que en muchos casos encubre una operación de garantía bajo una aparente transmisión, supuesta, la licitud de la operación, y de sus efectos...»

En el considerando de la segunda sentencia se establece que «la eficacia de la consignación hecha y *establecida la naturaleza meramente fiduciaria* del contrato de venta fuerza a declarar bastante la cantidad consignada y lleva aneja la cancelación del asiento que el contrato aparente de venta determinó. ...»

marzo de 1957, 10 de julio de 1957, 8 de marzo de 1963) o, si en realidad las partes desearon pactar una venta con pacto de retro (STS de 23 de marzo de 1957 y STS de 8 de marzo de 1957) (74).

Concretamente en las siguientes decisiones judiciales, el TS estudia el negocio fiduciario (adoptando la confusión que hemos expuesto en sentencias anteriores) y lo diferencia del pacto de retro.

La primera decisión judicial en la que hemos percibido la distinción que vamos a analizar se contiene en la **STS de 23 de marzo de 1957** (75). En ella se establece la existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro y no de un préstamo y menos usurario, pues la situación del actor al otorgar aquella escritura no era angustiosa ni pueda calificarse como hace el recurrente de estado de necesidad civil que mediatizase su libre discernimiento.

Constituye una excepción (desde el punto de vista formal) a la línea jurisprudencial expuesta, porque en ella no existen los dos documentos sucesivos en el tiempo que en las otras sí aparecen. *Se parte de un sólo documento. un contrato de compraventa en el que se reserva el pacto de retroventa por un tiempo determinado.*

También la **STS de 8 de marzo de 1957** (76), señala el alcance meramente de garantía de la titularidad fiduciaria y, con ello, niega que el fiduciario adquiera, por ser tal, la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada. Recoge el supuesto de venta con pacto de retraer en garantía de un préstamo, y establece que:

«el prestatario en garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pen-

(74) En relación con este tema DE CASTRO (*El negocio jurídico...* cit., pág. 441) afirma que «la condición anómala del negocio que se pretende clasificar de fiduciario y su misma aptitud estructural para el fraude, hace que en una sentencia en la que se acepta como presumible la condición fiduciaria de una venta en garantía, se recomienda especial moderación en la calificación de estos negocios»

Aunque la doctrina jurisprudencial ya lo señaló en la STS de 3 de mayo de 1955 (RA 1561) que señala que: «cabe que se demuestre que el llamado fiduciante, no prestó su consentimiento en aras de la confianza que le merecía el *accipiens*, sino que en situación de angustia económica tuvo que sucumbir ante exigencias exorbitantes de éste, *en cuyo caso habrá que abandonar la ruta del negocio fiduciario y buscar otros derroteros que conduzcan a la misma finalidad del cumplimiento de lo verdaderamente convenido*».

(75) STS de 23 de marzo de 1957 (RA 1177). Su primer considerando afirma que «la naturaleza de un contrato, su alcance y eficacia jurídicos se hallan determinados por las condiciones esenciales de su validez y el conjunto armónicamente examinado de las estipulaciones que lo integran, valoradas e interpretadas según el sentido natural y lógico de sus cláusulas y su finalidad, a menos que fueren oscuras y dudosas o que de modo evidente se acredite y apareciese demostrado que fue distinta la intención de los contratantes a la que se expresa en el contrato».

(76) En la STS de 8 de marzo de 1957 (RA 1547) se distingue la verdadera venta con pacto de retro de la venta en garantía de préstamo.

dientes en su caso, quedando entonces liberada la garantía y que *no pasa automáticamente a poder del acreedor como en la compraventa a pacto de retro*, al no verificarse el retracto a su tiempo, sino que tratándose de préstamo, incluso con plazo pactado, habrá de perseguirse la garantía, una vez pronunciada y probada la falta de capital e intereses objeto del préstamo».

La STS de 3 de mayo de 1976 (77), tiene como objetivo desentramar la diferencia entre la compraventa con pacto de retro y el negocio fiduciario en el que aparece una transmisión y una garantía, siendo la pieza clave la verdadera intención de las partes al suscribir el contrato (78). En ella se deter-

(77) STS de 3 de mayo de 1976 (RA 1988). Sentencia que fue en su día comentada por ARECHEDERRA: «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de las prestaciones» ADC, 1978, pág. 441 y ss. Comentario que le lleva a profundizar y distinguir el pacto de retro como pacto especial típico y como cauce para una operación de garantía.

Afirma que «el pacto de retro introduce en el esquema de la venta en garantía, como negocio fiduciario, un matiz digno de tenerse en cuenta. Se trata de la incorporación, en el propio negocio de transmisión del mecanismo de la retroacción. El carácter limitado de la transmisión y la eventual recuperación por parte del deudor prestatario de la cosa vendida no se produce en virtud de una obligación paralelamente establecida.» «...cuando dicho mecanismo (venta con pacto de retro) se utilice para fines de garantía no parece que nos encontremos ante un negocio fiduciario, puesto que el interés del deudor enajenante no queda amparado exclusivamente en la confianza que le merece el acreedor adquirente sino por pacto típico de eficacia real». Por ello, aunque la finalidad de garantía exceda del esquema del pacto de retro, cuya formulación causal no se expresa en los textos legales, no parece que nos encontremos ante un negocio fiduciario. No se da la desproporción entre el medio empleado y la finalidad perseguida, no cabe hablar de un doble efecto y la confianza es irrelevante. En todo caso nos encontramos ante un negocio indirecto...»

Añade además, que en la compraventa con pacto de retro el plazo queda incorporado al negocio de transmisión, mientras que en la venta en garantía el plazo sigue la suerte del acuerdo obligacional. La eficacia del plazo es distinta

(78) Se recoge en su primer considerando que: «la figura contractual de la compraventa con pacto de retro, que ha ocasionado entre los tratadistas discusiones y polémicas apasionadas por estimar que se presta fácilmente a *encubrir negocios fiduciarios* y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado, habiéndose llegado a propugnar la supresión de dicho pacto por ser un semillero de fraudes y pleitos, tiene sin embargo su justificación en la libertad de contratación proclamada por el artículo 1.255 del CC y puede obedecer sin duda a razones perfectamente respetables compaginando por ejemplo, la necesidad de vender, sin más complicaciones, para disponer del precio con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de la situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el artículo 1.507 del CC; y por tanto, *lo procedente, cuando el problema se plantea, es comprobar por el resultado de la prueba si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquél, valorando los hechos que demuestren ésta o la hagan presumir racionalmente, sin perder de vista que, es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos, en relación con los que puedan encubrir, pues la fe o confianza se conjugan*

mina con claridad que *la esencia de la compraventa con pacto de retro* es la transmisión de la cosa a cambio de precio con la esperanza de recuperación de la cosa vendida dentro de un plazo determinado, mientras que *en el negocio fiduciario* la nota dominante es la fe o confianza entre las partes. Aunque también se enumeran los requisitos necesarios que dan lugar a un pacto de *fiducia cum creditore*.

La dificultad en la calificación de los negocios suscritos aparece reflejada en la **STS de 24 de enero de 1983** (79), donde el TS afirma que estamos ante una compraventa con pacto de retro. En su tercer considerando señala que:

«el Tribunal sentenciador llega a la conclusión de que la figura negociada plasmada en dicho documento puede ser considerada como una *compraventa con pacto de retro*, o quizás más propiamente como una *operación de préstamo con otra de compraventa superpuesta*, aunque está sometida a la condición de que el prestatario deje de pagar la deuda del préstamo dentro del plazo señalado... calificación que lejos de implicar la aplicación indebida del art. 1.281, párr. 2.º del CC es acertada, en cuanto la figura que aparece en el documento privado objeto de valoración por el Tribunal *a quo* reviste los caracteres de un negocio mixto o complejo, clase o categoría que algún sector doctrinal incluye entre los atípicos y se caracteriza porque en ellos se dan u ofrecen elementos caracterizadores de dos o más tipos negociales, en este concreto supuesto de *un contrato de compraventa con pacto de retro y de otro fiduciario*, ya que según la cláusula 4.ª del mismo las participaciones que fueron objeto del pacto de retro figuraban a nombre de un tercero que las entrega con objeto de configurar aquel negocio de compraventa» (80).

Por otro lado, la **STS de 22 de diciembre de 1988** (81), afirma la existencia de un negocio fiduciario en base a que la causa eficiente del contrato

con mayor o menor intensidad en toda la contratación, y el negocio fiduciario ha de adquirir rango superlativo como clave o nota dominante en el concierto de voluntades que constituyó la base fundamental tomada en consideración por los interesados para la conclusión del contrato.»

(79) STS de 24 de enero de 1983 (RA 384).

(80) RUBIO TORRANO (*El pacto de retroventa...*, cit., pág. 172 a 174) estudia esta decisión del TS y concluye señalando que «en esta sentencia no sólo el negocio se contiene en un documento privado, sino que en él para nada se alude a una compraventa; es necesario llevar a cabo un detenido análisis para concluir que lo que se esconde detrás de las cláusulas cuarta y quinta del documento es una *compraventa con pacto de retro*. De cualquier modo, apenas si se enfrenta con los problemas de la venta con pacto de retro o el negocio fiduciario plantean, la trayectoria habida desde la instancia, así como el flojo y poco riguroso recurso de casación formulado por el demandante-recurrente, pueden ser la explicación».

(81) STS de 22 de diciembre de 1988 (RA 9748)

suscrito entre las partes no es la enajenación sino la garantía o afianzamiento de una obligación anterior (82). El Fundamento jurídico decimoséptimo va más allá, al analizar la naturaleza del contrato origen de la discordia:

«no obstante el inicial acuerdo de las partes e incluso de las dos sentencias dictadas, no ofrece una tipificación tan clara como la que se le ha dado, por cuanto más que de *negocio fiduciario merece la calificación de fiducia, diferencia radicante en que si bien en unos y en otros concurren dos manifestaciones negociales distintas, en este caso un préstamo y una venta con pacto de retro, en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intencionado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado*, finalidad que en casos como el presente, consiste para el prestatario en obtener el capital que necesita y para el prestamista garantizarle la devolución de lo prestado» (83).

A mi juicio, el supuesto de esta sentencia podría configurar el típico caso de venta con pacto de retro cuya finalidad era la garantía de una deuda anterior. Y ello por las mismas declaraciones que se contienen en el contrato recogidos en el fundamento de derecho segundo (84). Contrariamente, el TS estudia la retroventa desde el punto de vista del negocio fiduciario, pues la apariencia y estructura externa es la misma.

(82) «El contrato traslativo de los bienes (contrato de compraventa con pacto de retro en garantía de la devolución del préstamo) fue un *negocio fiduciario*, cuya causa eficiente no consiste en la enajenación propiamente dicha sino en ser garantía o afianzamiento de la obligación a que la relación obligacional responde...».

(83) Continúa afirmando que: «en cuanto a la posibilidad de *estos negocios de garantía con fiducia, o de fiducia en garantía —que no fiduciarios—* tiene su razón de ser además de en las peculiaridades que se han dejado expuestas, en la circunstancia de que el Código Civil no limita las figuras contractuales a salvo las prohibiciones del art. 1.255, que el art. 3-1.º del CC, proclama la aplicación del derecho atendiendo a las necesidades sociales de cada momento histórico, lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales, como de contratos... a los efectos de configurar a esa figura de la fiducia, que la Ley no favorece ni el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, marcos éstos entre los que se encuentra comprendido el enriquecimiento injusto...».

(84) «... la Agencia Melo renovó los préstamos parciales subsistiendo la garantía cambiaria incluso después de transcurrido el plazo fijado en el documento privado de 27 de febrero de 1870 para que el señor Y pudiera ejercitar su derecho de retroventa...» «El tiempo para reclamar la devolución de las fincas es el de tres años, contados a partir del día de hoy»..., «consignándose también que la referida operación tiene, no obstante lo manifestado en la escritura pública de compraventa el carácter de garantía para el cumplimiento de las obligaciones que le incumben al señor Y, con motivo del préstamo concedido al mismo por la agencia ».

En la misma línea que la anterior, la **STS de 19 de mayo de 1989** (85), vuelve a hablar —en el cuarto fundamento de derecho— de garantía con fiducia, semejante a la prenda que confiere al acreedor una *titularidad formal de bienes, nunca oponible como derecho de dominio al deudor dueño, aunque la recuperación por éste de tal titularidad se subordine al cumplimiento de obligaciones garantizadas*. A juicio del Tribunal nunca puede prevalecer entre las partes la apariencia creada por el negocio indirecto sobre el negocio real directo de garantía (86).

El propio juzgador entiende que se trata de un *negocio fiduciario y no de compraventa con pacto de retro* basándose en:

«una declaración de hechos relevantes, como son, el mantenimiento de la real situación posesoria, la fijación del precio de la retroventa en función de la cantidad prestada, la continuación por parte de los vendedores, en el pago de gastos y tributos propios del derecho de dominio, el mantenimiento de esta situación dominical de forma pública incluso en la percepción de indemnizaciones por servidumbres impuestas de paso de líneas de conducción eléctrica y prórrogas sucesivas del término del derecho a recuperar la propiedad, hechos que llevan a la presunción favorable del negocio fiduciario».

La **STS de 7 de marzo de 1990** (87), resulta también muy interesante para nuestro estudio.

Parece que en las sentencias de instancia se produce una identificación entre negocio fiduciario y compraventa a carta de gracia (88). El TS afirma que es-

(85) STS de 19 de mayo de 1989 (RA 3780).

(86) En esta sentencia se recogen los posibles efectos *inter partes* y respecto a terceros del negocio fiduciario, en el cuarto fundamento de derecho, el cual establece que «*el negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño aunque la recuperación, por éste, de tal titularidad, esté subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas. sin que, en ningún caso, pueda prevalecer, entre partes, la apariencia creada por el negocio indirecto (transmisión de dominio, bajo distintas capas, como, en este caso, venta con pacto de retro), sobre el negocio real directo, de garantía*»

(87) STS de 7 de marzo de 1990 (RA 1.674) El supuesto de hecho de la sentencia trata de una compraventa en la que el TS declara su rescisión por lesión *ultra dimidium*. El fundamento de derecho cuarto reconoce la existencia, validez y eficacia del negocio fiduciario como negocio real y no simulado. En él se menciona la teoría del doble efecto y a continuación se menciona la superación por la doctrina científica de dicha teoría, señalando que en base a la propiedad formal, habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido.

(88) El tercer fundamento de derecho el TS dice que «acudieron a la vía negocial rebuscada de celebrar en el mismo día un doble contrato de compraventa, uno, instrumento en escritura pública complementada por un documento privado de la misma fecha..., y otro, formalizado en documento privado, por el que invirtiendo sus posiciones contrac-

tamos en presencia de un «claro y evidente negocio fiduciario, en su concreta modalidad de *fiducia cum creditore*». No se admite la transmisión de una propiedad plena. En relación con la titularidad del fiduciario afirma que:

«en tanto no se produzca el cumplimiento, le asistirá un *ius o titulus retinendi*, y si el cumplimiento no llega a producirse dentro del plazo para ello estipulado expresamente, consolidará el pleno dominio en su favor, siempre que no existan otros obstáculos, al margen del propio negocio fiduciario, que impidan al contrato, a través del cual fue instrumentado, desplegar la referida virtualidad transmisiva del dominio».

En definitiva parece desprenderse que el TS mantiene la existencia real del negocio fiduciario y reconoce al fiduciario una propiedad formal y un *ius retinendi*.

El problema surge cuando señala la posibilidad de consolidar el dominio, en base a la virtualidad transmisiva del negocio fiduciario. Por un lado, entiendo que la causa del negocio fiduciario no es la transmisiva, y por otro lado, otorgar efecto a la transmisión inexistente —únicamente garantía— se vulnera la prohibición contenida en el Código Civil relativa al pacto comisorio.

En la **STS de 7 de mayo de 1991** (89), se afirma que:

«...la naturaleza de los contratos no depende de la nomenclatura institucional que jurídicamente le asignen los contratantes sino el

tuales anteriores se venden las tres mismas fincas rústicas por el mismo precio, que debería serle pago sin interés alguno, en el plazo de un año, habiendo atribuido expresamente los contratantes a la falta de pago dentro de dicho plazo el carácter de condición resolutoria del segundo de los referidos contratos ...» «... cuyos dos contratos, según entienden sustancialmente las sentencias de la instancia, aunque con distintos razonamientos jurídicos, integran un sólo negocio fiduciario, de plena validez y eficacia, pactado en garantía del préstamo. », mientras que «la sentencia recurrida dice que las partes contratantes dieron vida, con fines de garantía, a un contrato de venta a carta de gracia».

(89) Sentencia que ha sido estudiada con cierto detenimiento por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO: «Consideraciones en torno al pacto de *fiducia cum creditore*», en *RJN* (jul.-dic. 1991), n.º 12, pág. 43.

El supuesto de hecho es el siguiente «Se otorgó escritura pública por doña M y G, en virtud de la cual la primera reconocía adeudar a la segunda 8 millones de pesetas que devengarían un interés no acumulativo anual del 10% de la cantidad que en cada momento adeudara durante el plazo de 15 años y vendía en garantía de dicha deuda una finca de su pertenencia ..

El TS entiende que no hay una compraventa (ya que no hay título, por inexistencia de precio y además falta la causa, pues no hay intención de transmitir la propiedad), lo que hay es un negocio fiduciario que envuelve en realidad un contrato de préstamo. Se insiste en la eficacia interna del negocio fiduciario donde el título de compraventa tiene únicamente efectos de garantía, y no es transmissivo de dominio, lo que implica que el contrato tiene una limitada eficacia frente a terceros

nexo obligacional que los integra, es evidente que si bien la doctrina ha dado su espaldarazo a los negocios fiduciarios con raíz jurídica en el art. 1.255 del Código Civil y *cuya esencia estriba en la utilización de un instrumento jurídico de gran alcance y con dimensiones superiores a la finalidad económica que constituye el propósito de los contratantes*, no es menos cierto que aún *con aceptación de la denominada doctrina del doble efecto real y obligacional del negocio fiduciario, su plena eficacia sólo se proyecta en las relaciones internas de aquéllos, pero nunca podrá ser revestido de una eficacia que alcance más allá de lo que el propio instrumento jurídico utilizado*, se proponga y por ello en el caso que aquí y ahora contemplamos si la compraventa es de mera garantía como reiteradamente proclama la escritura de 14 de junio de 1984, no puede pretenderse con ella obtener, ni entre los propios contratantes, ni ante terceros el reconocimiento de un título transmisor del dominio, porque ello envuelve una contradicción patente ya que el contrato de compraventa es el instrumento paradigmático de dicha transmisión dominical y el título de propiedad por antonomasia...»

Esta decisión judicial puede ser la clave en la explicación de lo que nosotros consideramos confusión o contradicción de la doctrina jurisprudencial, pues expresamente afirma como existe una aceptación de la teoría del doble efecto pero a su vez, reconoce la existencia de la titularidad formal porque es obvio que los efectos sólo se producen inter partes (90).

De ahí que se concluya entendiendo la existencia de un negocio fiduciario al no existir ni precio, ni voluntad transmisora del dominio, siendo por consiguiente la venta con efecto meramente de garantía lo que a fin de cuentas conlleva que ni entre las partes ni ante terceros se reconozca la existencia de un título transmisor del dominio.

Y, tal vez, por eso no se apunte más lejos, como ha hecho la doctrina científica, al apuntar la equiparación entre negocio fiduciario y negocio simulado, lo que desembocaría en la inexistencia del negocio fiduciario.

En esta sentencia, como en la de mayo de 1982, el TS se decanta por la existencia del negocio fiduciario al no existir la transmisión de la finca al comprador. Expresamente se cuestiona la falta de mención en la sentencia

(90) Continúa señalando copiando textualmente de la Sentencia de 19 de mayo de 1982, los efectos de la titularidad formal... «y es justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar *la limitada eficacia real de la venta en garantía*, que no pudiendo oponerse al fiduciante por *no haberse operado una verdadera transmisión del dominio inter partes* se revela de cara o frente a los otros acreedores del fiduciario a la manera de un crédito privilegiado que gozará de preferencia para hacer efectiva sobre la finca aquella parte del capital del mutuo que restaba por devolver...»

recurrida de la existencia de tradición (real o ficticia), señalando que únicamente afirma que ni hay determinación de precio, como elemento real esencial de toda compraventa, ni hay voluntad transmisora del dominio, y, por consiguiente, hay carencia de título dominical.

También el **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña** se ha pronunciado sobre el tema. En **Sentencia de 29 de mayo de 1991** diferencia, con acierto, la compraventa a carta de gracia del negocio fiduciario (91).

«No es aplicable al caso de autos —compraventa a carta de gracia— la jurisprudencia relativa al contrato de *fiducia cum creditore* porque, en el supuesto enjuiciado, *hay una verdadera transmisión de dominio erga omnes e inter partes*, como se advierte de los documentos públicos y privados otorgados por las partes; de lo dicho se desprende con claridad que el contrato de autos no es un negocio jurídico simulado, ni absoluta ni relativamente, tiene la causa que le asigna el art. 1.274 Código Civil y no expresa causa falsa (art. 1.276 CC)».

Además aclara el TSJ que...

«si el préstamo es, en esencia, la base fundamentadora de la compraventa a carta de gracia, como afirma —quizá con excesiva rotundidad— la jurisprudencia o si el empeyora ment es un contrato específico que cumple funciones de garantía, es lo cierto que no puede decirse, como hace el recurrente, que encubre un contrato de préstamo con garantía, verdadera causa contractual querida por los otorgantes. Argumentación que sólo podría ser cierta si se partiera de la base —que se rechaza— de que el contrato de compraventa a carta de gracia o empeyora ment es un contrato de compraventa con una cláusula de retracto convencionalmente añadida».

Y como no podía ser menos, las sentencias de *la llamada jurisprudencia menor*, también se han ocupado de este tema. Así la **Audiencia Provincial de Asturias**, en **Sentencia de 29 de abril de 1992** (92), entiende que

«...la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, siquiera sea ésta el velo con que se cubre la auténtica voluntad negocial, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que responde lo convenido, debiendo calificarse el compromiso como fidu-

(91) TSJ de Cataluña Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 29 de mayo de 1991. (*La Llei*, 1991-2, pág. 47).

(92) Sentencia de AP de Asturias de 29 de abril de 1992 (AC 545).

ciario cum creditore cuando se dé, como aquí ocurre, un contrato complejo, integrado por otros dos subyacentes pero diferenciados, esto es, el real, traslativo del dominio con eficacia *erga omnes*, y el obligacional, válido *inter partes*, que impone al comprador un uso limitado de la cosa de modo que no impida el rescate ulterior —*pacto de retroventa* en el caso presente—, a lo que habrá de añadirse como característica esencial la evidente desproporción del medio empleado y el fin perseguido, no otro que crear una mera garantía del débito precedente...» (93).

Ante la aparente estructura exterior de venta y deuda entre ambas partes, la Audiencia piensa directamente en la existencia de un negocio fiduciario en vez de decantarse por la presencia de una compraventa con pacto de retro. Posibilidad que consideran real cuando, tras finalizar el plazo pactado para abonar las cantidades debidas de la deuda, y la conformación de una prórroga hace que el Tribunal determine la realización de una novación contractual, y, por consiguiente, la intención de los otorgantes de una venta con pacto de retraer.

La Audiencia Provincial de Granada, en Sentencia de 12 de julio de 1993 (94), nos sirve de claro ejemplo en la argumentación de la tesis que mantenemos, incrementando aún más si cabe la confusión existente.

Del detenido estudio de la sentencia se infiere que reconoce que las partes en documento privado constituyen una compraventa con pacto de retro. Pero también afirma que no ha habido en ningún momento ánimo transmisivo de

(93) «...En el supuesto de autos, en el que claramente se perfila la presencia de un acreedor titular de un crédito exigible, un deudor que no ha satisfecho su obligación, la vinculación al pago futuro de un inmueble determinado *bajo la concertación formal de una compraventa y la introducción de un pacto de retro, vinculante bajo concretas especificaciones*, todo ello sin olvidar, como básico refuerzo de esta tesis, que buena parte del figurado precio de compra habría de satisfacerse mediante la devolución de letras de cambio aceptadas por el vendedor a favor del adquirente resultantes de negocio anterior entre ambos, *lo que afianza aún más el argumento que configura lo acordado como una auténtica fiducia* »

Continúa señalando la inexistencia de la transmisión de la propiedad, y los limitados efectos que ello conlleva en el negocio fiduciario. Así se afirma que «la cláusula adicional segunda . no es una simple modificación del convenio anterior, sino que se trata de un *nuevo contrato...* bien entendido que transcurrido el plazo sin efectuarlo (el reintegro de una cantidad en metálico), el contrato de compraventa recobraría toda su vigencia . Dada la claridad de los términos en que tales pactos se establecieron, evidente resulta que esta segunda fase negocial *no puede entenderse como plasmación de un propósito de ampliar temporalmente la fiducia, sino precisamente de estimarla extinguida por incumplimiento si en la fecha indicada no satisficiera el deudor el crédito pendiente, con lo que aquella venta inicial, utilizada como cobertura de una garantía real, adquiriría así toda su vigencia a los efectos traslativos previstos en los arts. 1.445 y ss del Código Civil...*».

(94) Sentencia de la AP de Granada de 12 de julio de 1993 (AC 1378).

las partes, pues entre las mismas existe una deuda —impago de materiales suministrados por la compradora a los vendedores, siendo el precio de la deuda y de la venta el mismo, y, que por consiguiente, el ánimo de la actora— compradora radica en asegurarse el cobro de la cantidad que se debía.

No obstante lo cual entiende el juzgador que si hay compraventa porque ha habido transmisión y el hecho de que la finca quede en poder de los vendedores encarna la figura del *constitutum posessorium* (95).

Pero es que además, a continuación y teniendo como fin el reafirmar su creencia de que las partes no tuvieron el ánimo de realizar una compraventa, y negando el criterio de la sentencia de primera instancia que consideró la existencia de un contrato simulado, recoge íntegramente la doctrina del TS de la diferencia entre negocio simulado y fiduciario; la teoría del doble efecto, la de la titularidad formal (recogiendo expresamente que la misión del fiduciante es la de respetar y mantener la situación anómala creada), para finalizar concluyendo que estamos ante un *pactum de fiducia cum creditore* (96), y, que por consiguiente, se debe perseguir la garantía una vez probada la falta de pago de capital e intereses, y al reconocerse la deuda, el impago y la falta de otros bienes en que hacerlo efectivo, resuelve la Audiencia considerando la existencia de la compraventa y la necesidad de elevar a pública la escritura del contrato privado.

En resumen, el juzgador configura el contrato como venta, luego mantiene que es un negocio fiduciario y finaliza señalando que produce efectos transmisivos ante el impago de la deuda. Si realmente fuera un negocio fiduciario, la sociedad acreedora-compradora y fiduciaria como propietaria formal del bien, no podría obtener más que lo garantizado con ella pero nunca podría acceder a su patrimonio. (Se burlaría la prohibición del Código Civil

(95) Así se reconoce en el fundamento de derecho tercero que «...es indiscutible que las partes al amparo del art. 1.255 del Código Civil optaron por esta forma de contratación y que son ciertas tanto la deuda que se figura como precio, como el objeto, dando así vida al contrato definido en el art. 1.445 del Código Civil, con la facultad de recuperar la cosa en los términos preceptuados en los artículos 1.507 y siguientes del Código Civil. »

(96) Resulta interesante destacar en qué consiste la limitada eficacia del negocio fiduciario basado en la garantía del débito, y no en la enajenación propiamente dicha que conlleva el contrato de compraventa con pacto de retro, y que la sentencia aclara, al señalar que «... ha de concluirse sobre la relación jurídica que media entre las partes ahora litigantes, que en síntesis consiste en la creación de una *apariencia jurídica de compraventa*, encubriendo una *garantía para la efectividad de una deuda en que a los deudores les confiere un plazo para su efectividad ante cuyo incumplimiento se materializa la transmisión de la cosa objeto de la supuesta compraventa que era la esencia de la garantía constituida*, y que como se ha transcrito antes, ello no es más que el modo en que *la titularidad fiduciaria despliega su eficacia según lo convenido*, y esto es lo pretendido por la actora al instar el otorgamiento de escritura sobre la finca, debiendo entenderse con ello que se está *persiguiendo la garantía constituida y no la adjudicación inmediata como hubiese sido en el supuesto de la compraventa con pacto de retro* como que se designó el convenio...»

del pacto comisorio y sobre el que no podemos entrar a estudiar por imposibilidad de espacio).

A modo de conclusiones de la doctrina jurisprudencial analizada, cabe señalar que se ha producido una gran concreción en la distinción entre el negocio fiduciario y la venta con pacto de retro. Según las últimas decisiones jurisprudenciales y de la llamada jurisprudencia menor es fácil determinar cuando nos encontramos ante un contrato de compraventa con pacto de retro y cuando se utiliza dicha figura como garantía de un préstamo constituyendo en realidad un negocio fiduciario.

Del examen jurisprudencial realizado se deriva que en el *negocio fiduciario* la causa del contrato es la *causa fiduciae*, donde no hay enajenación propiamente dicha sino sólo garantía o afianzamiento del débito (97).

Sus caracteres principales se centran en que el transmitente-fiduciante sigue siendo el propietario del bien, y el fiduciario es el titular formal de la cosa (adquiere una propiedad aparente, externa, relativa o formal que le legitima en el tráfico frente a terceros de buena fe). Frente a terceros: se produce la limitada eficacia real de la venta en garantía (pues no hay ánimo transmisor). *Inter partes*: el fiduciante debe respetar lo pactado, y el fiduciario, propietario formal, no puede obtener más que lo garantizado, además le asiste el *ius retinendi*. En resumen, nunca puede prevalecer entre las partes la apariencia creada por el negocio indirecto —compraventa con pacto de retro— sobre el negocio real directo de garantía. Además, la titularidad fiduciaria del negocio despliega su eficacia persiguiendo la garantía constituida (*ius retencionis*), mientras que en la venta con pacto de retro transcurrido el plazo si el vendedor quiere ejercitar su derecho readquiere automáticamente, mientras que si no se ejercita el pacto de retro el comprador adquiere definitivamente los bienes.

Por otro lado, la fijación del precio de la readquisición por el fiduciante se fija en función de una cantidad anteriormente prestada. El plazo de la retroacción sigue la suerte del acuerdo obligacional que han pactado las partes. Y desde el punto de vista formal, generalmente hay dos documentos sucesivos en el tiempo, uno público de compraventa y otro privado en el que se concierta la garantía (98).

(97) Generalmente en el negocio fiduciario realizado a través de venta en garantía se recoge una cláusula en la que se establece que el comprador-fiduciario «se obliga a no vender, gravar ni enajenar, ni realizar acto alguno de riguroso dominio sin expreso consentimiento del fiduciante», evidentemente, esto no ocurre en el pacto de retro donde se transfiere la propiedad plena aunque su carácter sea resoluble.

(98) Por ejemplo, no habrá duda de que hay *negocio fiduciario*, si en la escritura pública de venta de finca el precio corresponda a los intereses de un préstamo; o que el vendedor-fiduciante siga actuando como dueño (pago de contribuciones, cobro de rentas a inquilinos, renteros o aparceros), indicios de que el supuesto comprador fue prestamista (correspondencia, constancia en libros de comercio, en partición de bienes).

Por lo que respecta a la *venta con pacto de retro*, su esencia consiste en la transmisión de cosa a cambio de precio, con la esperanza de su recuperación dentro de plazo. Las partes al pactar la retroventa crean una limitación sobre el dominio transmitido al comprador, constituyen un derecho real. El plazo del retracto y sus efectos están unidos a la transmisión. El precio de la retroventa se recoge en el artículo 1.518 del CC, cuyo carácter es imperativo y obliga al pago del precio, gastos y demás reembolsos. Desde el punto de vista formal, generalmente habrá venta cuando sólo aparezca un documento en el que conste la venta con el pacto de retro por tiempo determinado. (Recordemos la nota n.º 1 de pie de página, en la que señalábamos que es un pacto anejo, simultáneo y accesorio a la venta.)

Es posible, que la venta con pacto de retro se pacte también con finalidad de garantía, sin que deje de existir una transmisión real (querida por las partes), aceptada además en Derecho foral (catalán y navarro). Pero a diferencia del negocio fiduciario no hay desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido (el medio se adecua al fin). La confianza es irrelevante (el vendedor tiene, en definitiva, un derecho real).

III. EL PACTO DE RETRO Y EL NEGOCIO SIMULADO (99)

A) INTRODUCCIÓN

Tal y como hemos estudiado en el apartado anterior, y a juzgar por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina registral, que a continuación vamos a analizar con detenimiento, esencialmente durante el último tercio del siglo pasado y la primera mitad del siglo XX (100), la compraventa con pacto de retro ha sido utilizada en ciertas ocasiones como encubridora de un préstamo, que incluso en determinadas ocasiones tenía visos de ser usu-

(99) La causa es uno de los requisitos exigidos ineludiblemente para la validez de todo contrato por el artículo 1.261 CC. su falta determina conforme al artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, la invalidez y carencia de efectos del negocio. La expresión de una causa falsa, conforme al artículo 1.276 CC no da lugar a la nulidad, ello se halla condicionado a la prueba de la existencia de otra verdadera y lícita. Si el negocio que se pretende amparar por el Derecho es irreal y el que se trataba de encubrir envuelve una finalidad ilícita y maliciosa, entonces surge la inexistencia del negocio jurídico por falta de causa.

De modo que en el negocio relativamente simulado, el contenido de las declaraciones de voluntad (del negocio simulado) son sólo aparentes, la voluntad real es la contenida en la declaración del negocio disimulado siendo él el válido

(100) El motivo de la confusión se debe a los orígenes de la figura. Recordemos como el motivo de su introducción fue la inexistencia de hipoteca, utilizándose como forma de aseguramiento. De ahí precisamente que el pacto de retro haya caído en desuso a lo largo del presente siglo.

rario. La razón estriba en que aunque no es función propia o típica del pacto de retro la de garantía de un préstamo, las partes han hecho uso de esta vía, siendo necesario distinguir cuando estamos en presencia de un préstamo en realidad, o cuando estamos ante una compraventa con pacto de retro. Esta finalidad de garantía del pacto de retro, ha sido prevista en el Derecho foral, por la Compilación de Navarra, en su Ley 584 (101).

El hecho de que el préstamo —operación crediticia— se encuentre disfrazado por la compraventa con pacto de retro implica que debemos analizar la falsedad del negocio aparente y la existencia del segundo negocio disimulado, a fin de distinguir cuando hay préstamo encubierto por un negocio simulado y cuando hay compraventa con pacto de retro con finalidad de garantía. Como bien señala la Jurisprudencia para llegar a obtener la validez y eficacia del negocio disimulado, deberá analizarse, en principio, la existencia y licitud de la causa, en base a los artículos 1.274 y 1.276 C.C.

Aunque esto no significa, que existan verdaderos contratos de compraventa con pacto de retro, que se les ha pretendido disfrazar como préstamos. En ambos casos, la misión de la Jurisprudencia consiste en investigar acerca de cuál es la verdadera intención de los contratantes.

Antes de continuar con el objeto de nuestro estudio, y con motivo de la relación existente con el mismo, queremos hacer constar la existencia de una nueva corriente en la doctrina científica, formulada por DE CASTRO (102), desarrollada últimamente por ALBALADEJO (103), y seguida por FUENTESECA (104), que entiende que «el negocio fiduciario en sentido estricto, espe-

(101) El Fuero Nuevo Navarro detalla minuciosamente la figura de la venta a carta de gracia dentro del Libro III, «De los Bienes», Tít. XIV, dedicado a la compraventa y a la permuta, en concreto, en el Capítulo II, bajo la rúbrica «De la venta a retro», en las leyes 576 a 584, ambas inclusive.

La ley 584 afirma que «La venta con pacto de retro o a carta de gracia por tiempo determinado se presumirá como forma de garantía real siempre que el vendedor continúe por cualquier título en posesión de la cosa, en este caso, le serán aplicables las disposiciones del Capítulo II del título III de este libro».

(102) DE CASTRO («El negocio fiduciario...», cit., pág. 30) afirma que «Si se analiza la venta en garantía... nos encontramos con una escritura de venta... la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere tener su propia y adecuada causa. Al no haber precio, no hay verdadera compraventa, ni ella puede transmitir la propiedad. Oculta un negocio de garantía. Mas ello no basta. Los negocios de garantía carecen de independencia; requieren que exista o subsista el crédito de cuyo cumplimiento responden...».

Posteriormente, (en *El negocio jurídico...*, cit., pág. 408) señala que «la venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario nunca llegará hasta convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado será el de garantía...».

(103) ALBALADEJO: «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente...», cit., pág. 663.

(104) FUENTESECA *El negocio fiduciario...*, cit., pág. 195 y ss.

cialmente configurado conforme a lo que el TS ha llamado venta en garantía es un negocio simulado».

Nosotros no vamos a entrar en esa cuestión (pues el objetivo de nuestro estudio es el retracto convencional en sí, y no el negocio fiduciario), sino que en base precisamente a la existencia y a la admisión de la transmisión de la propiedad, es en lo que nos vamos a detener, señalando como claramente la doctrina jurisprudencial entiende, sin duda alguna, como cuando en los casos en que se produce la transferencia de la propiedad existe compraventa con retracto convencional, mientras que cuando no hay tal transferencia surge el negocio simulado —préstamo encubierto por una aparente compraventa—.

B) ESTUDIO DE LA DISYUNTIVA (DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL):

¿PRÉSTAMO BAJO LA APARIENCIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO, O EXISTENCIA REAL DE RETRACTO CONVENCIONAL?

Ya desde las primeras sentencias y resoluciones, la cuestión enunciada en el epígrafe va a ser objeto de debate. Decisiones que van a poner de relieve la diferencia entre ambas instituciones y los efectos que producen, pues es obvio que en la utilización de una compraventa con pacto de retro encubridora de un préstamo, la finalidad del comprador no es la obtención sobre el inmueble de un dominio temporal y resoluble, sino afirmarse una simple garantía real sobre el inmueble. Así ocurría ya en la **R. de 21 de diciembre de 1886** (105).

Tras la **Ley de Azcárate de 23 de julio de 1908**, el Tribunal Supremo tiene un instrumento más a su alcance para reprobador las operaciones crediticias encubiertas bajo la apariencia de venta con pacto de retro, consignadas generalmente en dos documentos simultáneos, ejemplo de lo cual se encuentra en la **STS de 26 de octubre de 1912** (106).

(105) Resolución de 21 de diciembre de 1886 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL *Jurisprudencia registral*, tomo II (1883-1895) (Bosch, Barcelona), en cuyo segundo considerando se establece que. «*confirma esa doctrina el hecho harto frecuente de ser la venta con pacto de retro un modo de encubrir un contrato de préstamo*, por cuya razón puede afirmarse que, en la mayor parte de los casos, antes aspira el comprador bajo ese pacto a procurarse una garantía que a adquirir sobre el inmueble un verdadero dominio temporal y resoluble».

(106) STS de 26 de octubre de 1912 (*Col. legs* n.º 34, pág. 158). En ella se mantiene que *hay un contrato de préstamo usurario y no una compraventa a carta de gracia*. Y, además, se pone de relieve como «la Ley de 24 de julio de 1908, que autoriza a los Tribunales para resolver en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, libertad absoluta de juicio, que el legislador consideró como intervención necesaria de la conciencia colectiva en la conciencia judicial para investir a la Administración de justicia de un poder supremo que en todo momento alcance a impedir e impida que el artificio o la astucia burlen la acción social contra la usura...».

Los dos criterios que denotan el carácter de usurario de los préstamos son el de la existencia de unos intereses altos —superiores al del valor del dinero—, y, el de encontrarse el vendedor en una situación económica angustiosa —casos de coacción moral— tal y como a continuación señalará la Jurisprudencia.

No obstante, el juzgador va a continuar intentando distinguir cuando estamos en presencia de una venta con pacto de retro, y cuando ante un préstamo encubierto. Por ello resulta interesante resaltar la **STS de 14 de junio de 1920** (107), pues su importancia reside en la determinación por el Tribunal de la naturaleza jurídica del negocio (108), que concluyó señalando que lo verdaderamente querido por las partes fue un contrato de préstamo, que además según sus cláusulas era usurario, y no un contrato de compraventa (109).

(107) STS de 14 de junio de 1920 (*Col. legs.* n.º 86, pág. 525).

(108) Así, en su primer considerando establece que «para resolver el delicado problema enunciado en esta litis y que es objeto del presente recurso, preciso es determinar como obligada premisa cual es la naturaleza jurídica de la cuestión planteada... (la cual) estriba en definir si se trata de un *contrato de compraventa con pacto de retro o condición específica resolutoria, o de un préstamo simple con determinada garantía, o, por el contrario, de los denominados de usura o usurarios*, y, por tanto, comprendidos, para su calificación y consecuencia legal, en las disposiciones del Código Civil o en la Ley de 23 de julio de 1908».

En el cuarto considerando se hace hincapié en que «para determinar la verdadera naturaleza jurídica de los actos y contratos debe atenderse no a la denominación con que los designen las partes, sino a las estipulaciones comprensivas de los derechos y obligaciones que en ellos se establezcan, por ser el único modo de apreciar sus efectos, alcance y finalidad, elementos necesarios para calificarlos acertada y legalmente, de cuya doctrina y de la mutua relación entre la escritura de 4 de junio de 1906 y el documento privado de igual fecha, modificativo de aquella, se deduce que el contrato celebrado por el señor RAMOS CARRIÓN y la señora GINES reviste el carácter de préstamo: en primer término porque la suma de 65.500 ptas. que en la escritura figura como precio, aparece después como capital en el documento privado, aunque reducida a 57.000, y en segundo lugar porque se señala un interés del 15% a tal cantidad; así como la forma y plazos en que debía pagarse el capital y los intereses, o sea entregando a dicho efecto 1.000 ptas mensuales, por todo lo cual procede afirmar que en el contrato objeto del pleito concurren los distintos y esenciales requisitos que integran el préstamo con interés de condición usurario...».

En el quinto se especifica que «además de merecer dicha calificación el contrato discutido, *debe también reputarse como usurario* si se tiene en consideración que el interés fijado del 15% es notoriamente superior al del 8% señalado como normal por la jurisprudencia constante de este Tribunal...».

(109) Cabe destacar algunas consideraciones de sus resultandos interesantes. Así, tras reseñar que estamos ante un contrato de préstamo y además usurario, se señala que «algunas de las cláusulas concertadas *demuestran la imposibilidad jurídica de que lo convenido pueda ser estimado como una compraventa* como ocurre con la primera de la escritura, que enajena no sólo las obras ya producidas por el Sr. Ramos Carrión, sino todas las que produzca o escriba hasta el 3 de junio de 1907, contrariando los preceptos del artículo 1.445 CC, que exige la calidad determinada en las cosas que sean objeto del contrato de compraventa, y la condición 3.ª del contrato privado, en que se amplía indefinidamente el plazo durante el cual el Sr. Ramos podía hacer uso del derecho de reden-

De esta sentencia se infiere o revela la posición del Juzgador que considera como primordial para llegar a la naturaleza jurídica del negocio pactado, indagar sobre cual fue la voluntad de las partes, en este caso pactar un préstamo, y la utilización de otro negocio, para la obtención de un fin, como es el de la compraventa. En concreto examina pormenorizadamente la creación de un préstamo disimulado bajo las apariencias de un pacto, que la Ley considera admisible y lícito, y lo que es más importante: que *esa forma elegida no haga perder a la operación su naturaleza jurídica de préstamo*.

Posteriormente, en la **STS de 25 de octubre de 1924** (110), el Tribunal consideró que el supuesto contrato de venta a carta de gracia realizado debía reputarse de préstamo usurario y le declara nulo en la parte que no ha acreditado entrega de cantidad del confesado supuesto precio, al en realidad prestatario (111).

Merece esta sentencia un examen detenido en cuanto a que expone con claridad la *esencia* de la Ley de 1908, y sobre todo, la autorización que

ción, que es contrario a lo establecido en el artículo 1.508 CC, según el cual el retracto debe ser temporal y no perpetuo; en todo lo cual se advertía como en la redacción de los recibos, en que se habla de intereses y de capital, que *el propósito de los interesados no fue concertar una compraventa ni sujetarse a las condiciones para este contrato establecidas por el Código Civil, sino un préstamo, disimulado bajo las apariencias de un pacto de los que la ley considera admisibles y lícitos, sin que esa forma elegida para contratar haga perder a la operación su naturaleza jurídica de préstamo*, pues en realidad lo que hacía la Sra. Ginés no era otra cosa que entregar a Ramos dinero en cantidad de 57.000 pesetas, para recibir otro tanto de la misma especie y calidad, con sus intereses, en época determinada y con la garantía de obras que se suponían enajenadas; es decir, concertar un préstamo simple con todos los caracteres que le atribuyen los arts. 1.740 y 1.753 CC.»

(110) STS de 25 de octubre de 1924 (*Col legs* n.º 44, pág. 204). Ciertamente resulta interesante destacar el examen que realiza el Juzgador del retracto convencional en relación con el préstamo. Así, en su primer considerando se señala que «*el retracto convencional* inspirado en el respeto a la libertad de contratación sirve para modificar de un modo esencial las condiciones ordinarias del contrato de compraventa y origina acciones recíprocas de naturaleza personal que pueden ser utilizadas por quienes las hayan estipulado y por los respectivos causahabientes, y del *contrato simple de préstamo* se derivan asimismo acciones personales cuyo ejercicio compete a los que en el mismo directamente intervienen y a quienes representan el interés que los contratantes aportaron a la convención, y conforme a estos principios... se deducen efectos que puede representar legítimamente doña Manuela Álvarez, ahora se estime que dicho documento expresa una compraventa con pacto de retroventa, como sostiene el autor en el pleito, ya se atienda a la calificación jurídica de simple préstamo que le ha dado el Tribunal de apelación...»

(111) El cuarto considerando señala que «en la sentencia recurrida, el Tribunal, conforme a las prescripciones de los arts. 1.º, 2.º y 9.º de la Ley de 23 de julio de 1908, ha declarado que el contrato que sirve de fundamento a la acción, *se había aceptado por García de la Mata inconsciente y abatido*, recibiendo 3.112 ptas de las 25.112 que se suponen precio de la venta a carta de gracia inferior a la estimación parcial de las fincas, *cual contrato debía reputarse préstamo usurario y le declara nulo en la parte que no ha acreditado entrega de cantidad* del confesado supuesto precio al en realidad prestatario y no se han combatido estas declaraciones del Tribunal de instancia con elementos eficaces procesalmente...»

otorgaba para declarar nulos aquellos contratos —cualquiera que fuese su forma— que por su modalidad y condiciones ofrecieran la posibilidad de encubrir un préstamo calificado de usurario no sólo por haberse pactado un interés notablemente superior al del precio del dinero, sino porque las circunstancias que rodearon al convenio fueren motivo para cohibir o violentar la aceptación del prestatario (quien presta su declaración de forma *inconsciente y abatido*, existiendo una coacción moral).

Recoge en su tercer considerando como:

«el legislador de 1908 autorizó que pudiera ser anulada toda convención, cualesquiera que sean los términos literales de la misma, en que *se hubiera pactado interés notablemente superior al normal del dinero o en que las circunstancias del convenio fueran motivo para cohibir o violentar la aceptación del prestatario*, y no solamente sometió dicha ley al arbitrio judicial la facultad de declarar nulos aquellos contratos de préstamos que incidieran en las infracciones que prevenía, sino que con igual libérrimo ejercicio autorizó a los Tribunales para que utilizaran las omnímodas facultades respecto a toda operación sustancialmente equivalente a préstamo de dinero, cualesquiera que fueran la forma que revistiese el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido; porque iguales *riesgos de coacción moral* podían tener los obligados en las demás clases de contratos que por su modalidad y condiciones ofrecieran posibilidad formal de constituir manera eficaz para garantizar a favor de prestamistas de relajada conciencia excesos de lucro abusivamente perseguido; y de cuantos contratos regula el derecho civil, ninguno ofrece mayores facilidades que el de *compraventa con pacto de retracto para encubrir con fraude las prohibiciones de dicha ley*, razón por la que está condenado en absoluto en la legislación de Portugal y todos le rodearon de garantías a prevenir los perjuicios del supuesto vendedor».

También hay sentencias más recientes que establecen la existencia de un préstamo de carácter usurario, cuando se le distingue de la venta a pacto de retro, basando sus razonamientos en la aún vigente Ley de Azcárate (**STS de 7 de febrero de 1989** (112), y, **STS de 11 de febrero de 1989**) (113).

(112) La STS de 7 de febrero de 1989 (RA 754) en su cuarto fundamento de derecho, mantiene que «para calcular los intereses ha de partirse de las declaraciones contenidas en la Sentencia de la Audiencia de que el vendedor únicamente recibió en mano la cantidad de 2.900.000 ptas., y que otras 600 000 ptas., las retuvo el comprador para pagar todos los gastos derivados del otorgamiento del contrato. Si se adopta el criterio seguido por los Tribunales de instancia de dar como precio sólo el de 2 900.000 ptas., al ser el dinero a devolver para recuperar la finca el de 5 323.000 ptas., la consecuencia es que la

Siguiendo la misma línea jurisprudencial anteriormente expuesta, la **R. de 29 de septiembre de 1927** (114), diferencia, con nitidez, *las distintas finalidades* entre el préstamo con garantía inmobiliaria y el contrato de compraventa con pacto de retro, así como *los desiguales derechos y obligaciones* de las partes (115). Expresamente se afirma que el vendedor en el retracto convencional no queda obligado a devolver el precio, mientras el prestatario asume

diferencia de cantidades para el tiempo pactado representa una tasa de interés próxima al 42%. Si se sigue el criterio de aceptar la libertad contractual de decidir quién de los contratantes ha de sufragar los gastos de la operación, habrá que tener como precio la suma de 3.500.000 ptas. (cantidad entregada más la retenida para gastos a cargo del vendedor), que es el pacto, perfectamente lícito, hecho por los contratantes, y el porcentaje de interés se reducirá a cifra inferior, pero próxima al 26%. En ambos casos resulta sensiblemente superior el porcentaje de interés si se calcula teniendo en cuenta que para utilizar una prórroga de 6 meses en el plazo de redención habrá que pagar por adelantado otras 650.000 ptas., lo que significaría que el mínimo de interés superaría el 28%. En cualquier caso, aún estimando como precio el más favorable al recurrente, esto es el de 3.500.000 ptas., nada aconseja alterar *la calificación de interés superior al normal del dinero, porque un 28% es cifra exagerada cuando la garantía real, ajena a avatares mercantiles, asegura el cumplimiento de la operación sin riesgo para el prestamista*. En nada influye que el local estuviera arrendado porque sus pingües rentas pertenecían por pacto a los adquirentes que cedieron al vendedor la administración del inmueble, pero adquirieron la propiedad y la posesión que les da derecho a exigir la liquidación de los frutos. Tampoco afecta a la cuestión que el comprador haya pagado plazos de amortización de intereses de la hipoteca porque también, según pacto, han de ser satisfechos por los vendedores. *De todo ello se desprende que, contra lo mantenido en el recurso, las circunstancias del caso favorecerían al demandado, dificultaban al vendedor el ejercicio del retracto y permiten mantener el criterio de los Tribunales de instancia sobre la anormalidad de los intereses»*

(113) La STS de 11 de febrero de 1989 (RA 829), también establece los requisitos para la calificación de usurario del préstamo «... el art. 1 de la Ley de represión de la Usura de 23 de julio de 1908, declara nulos los contratos de préstamo calificados de usurarios mereciendo tal calificación, según doctrina de esta Sala aquellos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, aquellos en que se consignen condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor, y aquellos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada, pero la calificación de usurario o no respecto del contrato de préstamo constituye un juicio de valor que versa sobre un presupuesto fáctico, juicio respecto del cual el art. 2 de dicha Ley concede a los Tribunales una gran libertad de criterio, que sólo puede combatirse proyectando la atención sobre el hecho objeto de la calificación jurídica.»

(114) Resolución de 29 de septiembre de 1927 [ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL. *Jurisprudencia registral*, tomo VI (1825-1829), Bosch, Barcelona].

(115) Así, afirma en su primer considerando que «la finalidad económica común a varios contratos de servir para suministrar dinero a persona determinada no autoriza para confundir jurídicamente la venta con pacto de retro y el préstamo con garantía inmobiliaria, pues para desvanecer tan popular como equivocada apreciación basta tener presente que el vendedor no queda obligado a devolver el precio, mientras el prestatario asume la obligación de reembolsar la cantidad entregada a préstamo, y que el comprador adquiere la cosa irrevocablemente una vez transcurrido el plazo, en tanto que el prestamista no adquiere la garantía por falta de pago del capital prestado»

la obligación de reembolsar la cantidad entregada a préstamo, y que el comprador adquiere la cosa irrevocablemente una vez transcurrido el plazo, en tanto que el prestamista no adquiere la garantía por falta de pago del capital prestado.

C) EXISTENCIA DE PRÉSTAMO SIMULADO BAJO UN CONTRATO DE VENTA
CON PACTO DE RETRO

A partir de la década de los 40, época de mayor utilización de la venta con pacto de retro (como se puede comprobar por las fechas de las decisiones judiciales), se va a continuar estudiando no sólo la diferencia entre ambos contratos, sino también cuando debe declararse de usurario el préstamo. Así, las sentencias que a continuación vamos a exponer tienen como objeto un contrato de préstamo simulado bajo un contrato de venta con pacto de retro, lo cual se deduce de la finalidad y de los elementos que conforman su contenido.

Se incluye dentro de este grupo la **STS de 10 de marzo de 1944** (116), que mantiene la posibilidad de que un documento privado posterior a una escritura de enajenación, fije los términos exactos del vínculo obligacional de venta creado entre las partes que revela que tal transmisión implicaba una operación de garantía, existiendo, por consiguiente, una simulación absoluta del contrato contenido en la escritura. En tales casos no puede considerarse ilícita la causa cuya finalidad es establecer la garantía de la enajenación otorgada. En idéntico sentido, las **SSTS de 25 de mayo de 1944** (117), y de

(116) La STS de 10 de marzo de 1944 (RA 526) señala que «tratándose de la interpretación, que debe ser combinada, de un documento público de enajenación y otro privado de igual fecha que a modo de contradeculación, o mejor aún, de declaración complementaria inequívoca, fija los términos exactos del vínculo obligacional de venta creado entre las partes y revela que *tal transmisión implicaba una operación de garantía* que, según las condiciones establecidas, contemplaba la posibilidad de que la cosa enajenada volviese al patrimonio del vendedor, debe estimarse que la sentencia que declara la simulación absoluta del contrato contenido en la escritura, así como la falta de valor del documento privado complementario para crear, modificar o extinguir derechos reales, olvida lo dispuesto en el artículo 1230 del Código Civil, que legitima la validez *inter partes* de los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, aunque sea negada su eficacia por dicho precepto, en determinadas condiciones, respecto de terceros.»

En el cuarto considerando se afirma que «no puede decirse que carezca de causa, ni que ésta sea ilícita, el convenio delineado conjuntamente por una venta otorgada en escritura pública y por un documento privado aclaratorio que revela la finalidad de garantía de la enajenación otorgada, porque ni es cierto que el convenio que conjuntamente se delinea en tales documentos carezca de causa no puede decirse ilícita la que decidió concertar el contrato y sus explicable limitaciones en fecha que no podía contemplar los intereses de la masa, en cuya defensa es impugnado por el recurrente aquél contrato...»

(117) STS de 25 de mayo de 1944 (RA 800).

7 de febrero de 1948 (118), entienden que no cabe admitir que la compra-venta con pacto de retro fuese inexistente por carencia de causa o anulable por su carácter simulado (119), pues existe un lícito contrato de préstamo con la garantía de un inmueble.

Dentro del citado grupo de decisiones judiciales cuyo objeto son un contrato de préstamo simulado por un venta con pacto de retro se encuentran en la **STS de 8 de marzo de 1951** (120), cuyo principal motivo es la discusión y diferenciación entre el retracto convencional castellano y la venta a carta de gracia catalana (121), o la **STS de 6 de marzo de 1952** (122), o

(118) La STS de 7 de febrero de 1948 (RA 278), en el sexto considerando, establece que «el contrato llamado de *compra-venta con pacto de retro* celebrado por los mismos litigantes, y cuya declaración de nulidad se pide, y que aparece en forma de compra-venta con pacto de retro, concurren circunstancias que no son las usuales y características del contrato de compra-venta ya que el vendedor renunció a la posesión y administración de la finca vendida, que fue la misma antes hipotecada, debiendo entrar en tal posesión sólo en el caso de no ser utilizado el derecho de retracto en el plazo fijado, y por otra parte se cobraron intereses por el precio que el vendedor debía recibir y hacer suyo sin pagar interés alguno, puesto que no se pactó plazo para la entrega de dicho precio, resultando que no se entregó la cosa vendida ni tampoco la totalidad del precio, lo que unido al enlace del segundo contrato con respecto al primero del que es una continuación o transformación con mayor garantía...».

Cabe señalar que «se trata de un *contrato simulado en el que en realidad predomina el carácter de préstamo sobre el de compraventa* .. y según el cual ha de aplicarse lo dispuesto sobre contratos usurarios a toda operación equivalente sustancialmente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido, habiendo declarado esta Sala que puedan declarar los Tribunales usurario el contrato de venta a carta de gracia si a su juicio es un verdadero préstamo».

(119) En el cuarto considerando establece que «si bien el contrato de 7 de marzo de 1935 no fue efectivamente de préstamo ni en el de 6 de febrero de 1936 hubo entrega formal de precio, *tuvieron ambas convenciones como causa la liquidación previa y consiguiente pago de los débitos* que por consecuencia de suministro de géneros había contraído la demandada con el actor concurriendo en ellas, de este modo, la oportuna reciprocidad de prestaciones, constituida en el primer convenio —configurado como *préstamo hipotecario*— por la correlación de la cantidad liquidada como adeudo y la hipoteca establecida, y en el segundo convenio —estructurado como *venta con pacto de retraer*— por la correlación entre la venta de la casa y el precio recibido por la vendedora, cualquiera que fuere el origen causal de su obligación; de lo cual infiere la Audiencia, con recto criterio, que no cabe admitir que tales contratos fuesen inexistentes por carencia de causa o anulables por su carácter simulado».

(120) STS de 8 de marzo de 1951 (*Col. legs.* n.º 10, pág. 156)

(121) Establece en sus considerandos que «no constituye norma distintiva *la simulación de venta donde realmente sólo hay un préstamo lícito con garantía real*, ni la mayor o menor propensión de que la venta encubra un lícito préstamo usurario es tampoco nota distintiva, pues una y otra circunstancia se dan igualmente en las dos instituciones que honestamente vividas llenan una finalidad útil en la esfera de la contratación, y viciadas frecuentemente por la usura son reprobadas y sancionadas por la Ley»

(122) En la STS de 6 de marzo de 1952 (*Col. legs.* n.º 78, pág. 169) se afirma que *el contrato de compraventa con derecho de retraer es en realidad un contrato de préstamo con la garantía de la mencionada casa* Pues para negar la existencia real de una

la STS de 23 de diciembre de 1954 (123), o la STS de 8 de marzo de 1957 (124), donde se afirma con rotundidad que lo convenido fue un contrato de préstamo y no puede aplicarse las normas de la compraventa con pacto de retro (125), o la STS de 28 de mayo de 1957 (126), o la STS de 4

compraventa se funda en la existencia en la escritura de obligaciones que se atribuyen al supuesto vendedor, que son propias y exclusivas de quien tiene el dominio, como son las de realizar en la casa las obras necesarias para su conservación, la de pagar todas las contribuciones, impuestos y arbitrios que afecten al inmueble y, además, el seguro y suministros. De donde se deduce la existencia de una simulación que oculta otro contrato subyacente: el préstamo.

(123) En la STS de 23 de diciembre de 1954 (RA 3170), se mantiene que «a fin de asegurar el préstamo, y a la vez obtener un lucro mayor . se exigió que se otorgara escritura de pacto de retro...»

Sin duda alguna se trata de un supuesto de préstamo usurario que el juzgador de instancia apreció en base a «la amplia libertad de albedrío para apreciar y valorar los elementos probatorios aducidos al pleito incluso las alegaciones de las partes» que la Ley sobre represión de usura concede a los juzgadores.

(124) STS de 8 de marzo de 1957 (RA 1547)

(125) Se pone de manifiesto en su tercer considerando que lo convenido en la escritura de 6 de abril de 1935 fue un *contrato de préstamo y no puede aplicarse las normas de la compraventa con pacto de retro*. Se basa para llegar a esta conclusión en que con los giros telegráficos de 5 de abril de 1945 fue pagado el préstamo.

No obstante se alega que «los demandados no han recibido las cantidades giradas, que en todo caso sólo cubrirían capital prestado e intereses pero no los demás gastos ocasionados por el otorgamiento de la escritura, pago de derechos reales e inscripción en el Registro; más estos argumentos del recurrente carecen de eficacia si se tiene en cuenta que según consta en autos, la suma prestada y el importe de los intereses pendientes girados telegráficamente por el actor prestatario antes de cumplirse el plazo pactado, fueron ofrecidos y puestos a disposición de los demandados, los cuales dándose por enterados de tal ofrecimiento y puesta a su disposición, sin hacer objeción alguna sobre su pertinencia y oportunidad, encargaron al oferente que los reservase en su poder hasta que pudieran ocuparse de ello, lo que hizo suponer muy fundadamente al mandatario que su encargo estaba cumplido, porque *el prestatario con garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía que era accesoria del préstamo y que no pasa automáticamente a poder del acreedor como en la compraventa con pacto de retro al no verificarse el retrato en su tiempo, sino que tratándose de préstamo incluso con plazo pactado habría de perseguirse la garantía, una vez denunciada y probada la falta de pago del capital e intereses objeto del préstamo*».

(126) La STS de 28 de mayo de 1957 (RA 2180) señala en su primer considerando que según declara el juzgador de instancia con respecto a las fincas que se reclaman denominadas,

«San Coronel» y «Suerte de los Santos», la prueba practicada obliga a estimar acreditado que la venta con pacto de retro otorgada el 30 de agosto de 1915, por el padre de doña Agueda T.C. a su hermano don Juan T. C. *no fue en realidad tal venta, sino la forma de garantizar un préstamo efectuado por este a aquél, pues así se deduce de la confesión judicial prestada por los tres demandados, los cuales han manifestado que el padre de la citada doña Agueda tenía abundantes deudas, y que las citadas fincas no salieron nunca del poder del mismo y a su muerte del de su hija, los cuales siempre las labraron y las recolectaron, sin que al ser preguntados por ello negaren que la expresada venta con pacto de retro fuera una forma de garantía de una deuda . »*

de junio de 1957 (127), o la STS de 10 de julio de 1957 (128), o la STS de 30 de octubre de 1957 (129), o la STS de 3 de abril de 1968 (130), o la STS de 10 de mayo de 1968 (131), o la STS de 11 de marzo

(127) La STS de 4 de junio de 1957 (RA 2510) en su primer considerando alega que:

«la sentencia de instancia, después de establecer de manera inequívoca que el contrato de compraventa con pacto de retro, sobre el que versa este pleito, no es tal, sino un contrato de préstamo mutuo con interés, según se postulaba en la demanda, desestima ésta, sin embargo absolviendo a los demandados y confirmando la sentencia apelada por dos fundamentos: uno, que *el préstamo subyacente, o sea, el verdadero contrato no reviste los caracteres de usurario, porque ni el interés es superior al normal, ni proporcionado con respecto a las circunstancias del caso, ni se supone recibida cantidad superior, ni que sea leonino por sus condiciones, según todo ello resulta de las pruebas practicadas..* »

(128) La STS de 10 de julio de 1957 (RA 2225) en la que se recoge el supuesto de que al no haberse hecho efectivo el importe del préstamo, se otorgó en garantía del mismo una escritura pública de compraventa de varias fincas, por el precio de 52.000 ptas., firmándose en la propia Notaría un documento privado, en el que los otorgantes de la escritura pública convenían que mediante la entrega por parte de la deudora vendedora del importe del principal del préstamo de 145 000 pts. y sus intereses, se otorgaría nuevamente escritura de retransmisión a favor de aquélla, la parte acreedora-compradora de las fincas transmitidas fiduciariamente en el mismo documento privado, que fueron objeto de la mencionada escritura pública.

(129) STS de 30 de octubre de 1957 (RA 3396), donde analizando con mayor detenimiento las características del préstamo, se afirma que de las pruebas practicadas se desprende que *el contrato de compra venta con pacto de retro encubridor de un préstamo no tiene el carácter de usurario*, ya que «se trata de una sencilla escritura, en donde las cosas que constituían su objeto podían ser retraídas por el vendedor en el plazo de un año fijado, quedando subsistente la hipoteca que sobre ellas pesaba, con el reintegro de las 5.000 ptas., figuradas como importe de la venta, sin que la autorización que la escritura concede sirva para suponer que se quiso limitar el plazo del préstamo, ya que la realidad de los hechos, patentiza de modo preciso y claro, que por el adquirente se concedió a los vendedores prórrogas para el retracto voluntario pactado, en dos ocasiones y por dos años cada vez, a fin de que pudiera encontrar nuevo comprador, no habiéndose hecho constar la consumación de la escritura, por la extinción del retro, hasta el 6 de mayo de 1935, es visto que no se quiso apurar la situación del obligado, y que tanto el contrato de préstamo primero, como la escritura de compra después, no están comprendidas en el articulado de la ley especial y deben tener su eficacia y desarrollo en la esfera del derecho común».

(130) STS de 3 de abril de 1968 (RA 3716). Establece en su considerando primero que «*bajo la cobertura externa de una compraventa con pacto de retro origina por parte del actor el ejercicio de una acción de retracto legal no contiene, sino un negocio jurídico simulado calificado de contrato de préstamo con interés con la garantía de un inmueble...* lo verdaderamente convenido no fue una compraventa, sino un préstamo con garantía del inmueble, a cuya conclusión cooperan las circunstancias y los elementos que integran la intención de actos coetáneos y posteriores de los contratantes en relación con el objeto que éstos se propusieron al contratar, hechos estos, que no han sido combatido con éxito.. »

(131) STS de 10 de mayo de 1968 (RA 3483). En su único considerando establece que: «*lo verdaderamente convenido no fue una compraventa, sino un préstamo con garantía del inmueble, a cuya conclusión cooperan las circunstancias y elementos que integran la intervención de actos coetáneos y posteriores de los contratantes en relación con el objeto que éstos se propusieron al contratar ..*».

de 1974 (132), o la STS de 5 de julio de 1982 (133), o la STS de 7 de febrero de 1989 (134), o la STS de 11 de febrero de 1989 (135), o la STS de 14 de mayo de 1990 (136), o la STS de 26 de abril de 1991 (137), o la

(132) STS de 11 de marzo de 1974 (*Col. legs* n.º 118, pág. 122). Se parte de la existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro que encubre un préstamo. Así en su primer considerando se entiende que «del conjunto de la prueba se estima acreditado que la parte actora, hoy recurrente, devolvió del préstamo de 1.149.000 ptas. solamente 742.805 ptas., sin que cuando venció el plazo de tres años concedido para el retracto convencional, hubiere abonado el resto ni lo consignara».

(133) STS de 5 de julio de 1982 (RA 4215). Afirma en su cuarto considerando que «lo en realidad convenido fue un mero *préstamo, con garantía inmobiliaria, y no una real y efectiva compraventa con pacto de retro*, toda vez que conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, las relaciones jurídicas apreciables son las que se revelen de lo realmente querido por las partes y no por las fórmulas exteriores que le hayan dado, en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que todas las cosas son lo que son y no lo que las partes quieren».

En su considerando sexto se aduce que «se concertó un contrato de compraventa sobre la finca litigiosa y simultáneamente en documento complementario por el que se otorgaba un derecho de retracto, constituye una apreciación equivalente a préstamo dinerario.» «La Sala sentenciadora llegó a la apreciación del encubrimiento de tales, la escritura pública y documento privado de una relación jurídica de préstamo usurario con base en el art. 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, lo hace partiendo, de reconocer, en formación de convicción legal que autoriza el art. 2 de la misma, que *la compraventa y pacto de retro* tantas veces aludidos, en cuanto parten de fijar un precio altamente desproporcionado, aceptado ante la acreditada situación angustiosa de la entidad titular de la finca que se pretende vendida, en realidad era meramente reflejadora de un préstamo en dinero tratado de asegurar con garantía de tal finca; aspecto que no puede alterarse por consecuencia de la existencia de las tan citadas escritura pública de compraventa y simultánea de pacto de retro, para la configuración de un préstamo, a fines de integración en las consecuencias de nulidad que dicha Ley de 23 de julio de 1908 expresa, lo fundamental a examinar es la finalidad contractual determinando los elementos que integran el contenido, de tal manera que proceda aplicar a la figura de *la compraventa con pacto de retro las prescripciones de dicha ley cuando se demuestra, por prueba clara y terminante, cual se reconoce en el presente caso ha ocurrido, que envuelve una maniobra de préstamo usurario, ya que como asimismo indica la S. de 26 de marzo de 1914, esa situación es de apreciar cualquiera que sea la forma del contrato.*»

(134) La STS de 7 de febrero de 1989 (RA 754) trata de un préstamo declarado usurario encubierto con un contrato de compraventa con pacto de retro

(135) La STS de 11 de febrero de 1989 (RA 829) afirma que «ciertamente se aparta un contrato de compraventa con opcional pacto de retro, lo que se considera en su conjunto negocio jurídico simulado e inexistente por falta de causa, pero escondiendo otro real y querido por las partes, consistente en un préstamo mercantil con pacto de intereses...

(136) La STS de 14 de mayo de 1990 (RA 3729) también recoge un supuesto de compraventa con pacto de retro en garantía de devolución de préstamo, al señalarse en el fundamento de derecho tercero que: «La sentencia recurrida, califica el contrato litigioso, pese a su apariencia de *compraventa con pacto de retroventa*, de una mitad indivisa de cada una de las dos cosas que en el mismo se describen, diciendo que se trata bien de la *constitución de una garantía para asegurar el resultado económico de otras relaciones comerciales o bien la concesión de un préstamo del comprador a la vendedora por el importe figurado como precio en el contrato, para cuya garantía de devolución la pres-*

Sentencia de la AP de Lugo de 9 de febrero de 1994 (138), o incluso la doctrina de la DGRN, a través de la **R. de 18 de octubre de 1994**, se ha hecho eco de esta posibilidad (139).

En resumen, de toda la jurisprudencia expuesta cabe deducir que existe préstamo y no compraventa, cuando tras el estudio de la voluntad de los otorgantes, contenidas principalmente en las estipulaciones contractuales, las circunstancias, actos coetáneos y posteriores, y las pruebas judiciales (confesión de ambas partes o prueba de presunciones), elementos todos comprensivos de los derechos y obligaciones queridos por las partes, podemos llegar a apreciar los efectos, alcance y finalidad de lo realmente perseguido, resultando que:

— La finalidad del supuesto comprador no es la obtención sobre el inmueble de un dominio temporal y resoluble, sino que se quiere una simple garantía real sobre la finca.

tataria transmitió al prestamista la titularidad formal de las dos mitades proindivisas antes mencionadas..»

Continúa señalándose que «la calificación hecha por la Sala *a quo*, la que entiende que el contrato que celebraron las partes mediante documento privado de fecha 9 de marzo de 1966 *no fue de compraventa, sino de simple garantía del resultado de unas relaciones comerciales existentes entre las partes o de un préstamo*, lo que deduce de las circunstancias de haberse pactado la retroventa por la misma cantidad que se hizo constar como precio de la venta (150 000 ptas.), sin interés alguno y, sobre todo, del comportamiento de los supuestos compradores, que a pesar de celebrar el contrato en el año 1966, no han realizado en veinte años, ni tan siquiera intentado, ningún acto de posesión o dominio sobre las viviendas objeto del contrato, ni han tratado de estas cuestiones con la demandada, ni con el titular o titulares de las otras dos mitades indivisas, pues lo único que han hecho es pedir la elevación del contrato a escritura pública...»

(137) STS de 26 de abril de 1991 (RA 3064). La propia sentencia estima que: «la conclusión que se estableció: la inexistencia de compraventa y realidad de préstamo encubierto...»

(138) Sentencia de la AP de Lugo de 9 de febrero de 1994 (AC 369) «El pacto de retro es utilizado frecuentemente para los más diversos fines, por las posibilidades que estableciéndolo, pueden ser de gran utilidad práctica, y su presencia en la escritura de compraventa, junto con las demás pruebas ya analizadas, está señalando rotundamente que esa escritura no es una reproducción exacta de lo convenido, *el actor por medio de ella no ha adquirido la propiedad de la finca, sino que ésta ha continuado perteneciendo a quien en la supuesta compraventa, son los vendedores, sin que baste el otorgamiento, puramente formal, de la escritura, para que se produzca un desplazamiento de la propiedad*, porque el artículo 1.462 es exclusivamente aplicable a las compraventas, cuando éstas son efectivamente realizadas, pero no si encubren otra clase de contrato»

(139) R. de 18 de octubre de 1994 (RA 7798). La DGRN establece que «cuando se pretende *instrumentalizar la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente*, si que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor. Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, *no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado, pues en tal caso el precio sólo es aparente, la transmisión dominical sólo obedece a esa finalidad de garantía y ello carece de virtualidad para justificar el efecto traslativo*».

— La falta de plazo para la entrega del precio de la retroadquisición de la cosa dada en garantía.

— La atribución al supuesto vendedor de obligaciones propias y exclusivas de quien tiene el dominio (como son las de realizar en la casa las obras necesarias para su conservación, la de pagar todas las contribuciones, impuestos y arbitrios que afecten al inmueble y, además, el seguro y suministros).

— La fijación de un precio de la retroadquisición de la finca altamente desproporcionado en relación con su valor (que además suele coincidir con el valor de una deuda anterior, fijándose en otros casos la forma y plazos en que debía pagarse el capital y los intereses).

— El prestatario con garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía que era accesorio del préstamo.

— Del contrato de préstamo se derivan asimismo acciones personales cuyo ejercicio compete a los que en el mismo directamente intervienen y a quienes representan el interés que los contratantes aportaron a la convención.

— Además, el prestatario asume la obligación de reembolsar la cantidad entregada a préstamo, y ante el impago del capital prestado el prestamista no adquiere la garantía.

— Por último no habrá compraventa sino préstamo cuando se vulneran las normas relativas a la misma, por ejemplo la venta de obras que se escriban en un futuro (se contraría el art. 1.445 CC), o se marque un derecho de redención indefinido (cuando el art. 1.508 CC establece con carácter imperativo la fijación de un plazo).

D) EXISTENCIA DE CONTRATO DE VENTA CON PACTO DE RETRO

También es posible que nos encontremos en la situación contraria, existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro y no de préstamo, incluso en aquellos supuestos en los que se estipula que el vendedor debe pagar, además del precio para retraer, determinado interés. Es lo que acontece en la **STS de 3 de marzo de 1866** (140). Particular que no afecta a la esencia

(140) En la STS de 3 de marzo de 1866 (*Col legs* n.º 87, pág. 335) se recoge el hecho de la entrega de una finca en pago de una deuda, con sus frutos. El Tribunal lo califica como compraventa y no préstamo con pacto comisorio. En su segundo considerando establece que: «lejos de contener dicha escritura el contrato de préstamo con pacto comisorio, reprobado por derecho, únicamente se consigna el de *compraventa con el pacto de retro*, puesto que se estableció de un modo explícito, que si en el término de un año el cedente o sus sucesores entregaban el precio o cantidad, recuperarían el dominio de las indicadas fincas, lo cual además *demuestra la transmisión de éste al cesionario por dicha escritura, y en su virtud se ha ejercitado en la demanda la acción reivindicatoria*»

del contrato —la transmisión— al haberse convenido la existencia de intereses como merced o compensación por haber continuado la finca en la posesión del vendedor para usufruirla durante el plazo de la retroventa. Así ocurre en la **STS de 13 de noviembre de 1906** (141). Y, también en la **STS de 12 de julio de 1943** (142).

En ambos supuestos la existencia de compraventa es evidente, pues tiene lugar la transmisión, aunque la cosa quede en poder del vendedor lo cual no cambia la naturaleza del negocio jurídico realizado: compraventa y no préstamo (143). En ese sentido podemos citar la **STS de 13 de marzo de**

(141) La STS de 13 de noviembre de 1906 (*Col legs.* n.º 118, pág. 652) establece en su primer considerando que «al establecerse de modo explícito que si dentro de un término dado devuelve el vendedor el precio de la cosa vendida tendrá el derecho de recobrarla, se consigna claramente *un contrato de venta con pacto de retro, y no el de préstamo*, aunque se estipule que el vendedor haya de pagar, además del precio para retraer, determinado interés, ya que este particular no afecta a la esencia del contrato y sólo es consecuencia de lo que se hubiese pactado, conforme al artículo 1.507 del Código Civil, habiéndose convenido en el caso actual los intereses como merced o compensación por haber continuado la finca en la posesión del vendedor para usufruirla durante el plazo de la retroventa».

(142) La STS de 12 de julio de 1943 (*Col legs.* n.º 96, pág. 775) establece que «la calificación de los negocios jurídicos exige un examen, mucho más complejo, de su finalidad y de los elementos que integran y determinan su contenido, y, sobre todo, que *aunque la figura de la venta con pacto de retro se emplee con harta frecuencia para encubrir los abusos de la usura*, la Ley y la Jurisprudencia admiten, en principio, tal operación como un negocio lícito. en tanto no se demuestre, por prueba clara y terminante, que envuelve una maniobra usuraria y cae bajo las prescripciones de la Ley de 1908»

Continúa señalando como «esta Sala, en su más reciente doctrina, tiene definido que no es necesario, para que un contrato deba ser declarado nulo como usurario, que existan conjuntamente todos los requisitos contenidos en dicho art. 1.º, pues basta que se aprecie la existencia de un interés pactado notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, para que proceda declarar la nulidad del contrato, sin que se requiera ninguna otra circunstancia, es también jurisprudencia reiteradísima, en aplicación rigurosa del texto legal de referencia, en su inciso relativo a este último especial supuesto, que es necesario relacionar, al objeto de la calificación del negocio usurario la cuantía del interés estipulado con el fin a que el prestatario destinase el importe del préstamo y con los riesgos que corra el prestamista. y como aún cuando se estimase que el precio del arrendamiento que se agregó a la *venta con pacto de retro* es equivalente al interés de un préstamo, no es dicho interés exagerado ...»

(143) Entre las *obligaciones* del vendedor hay que señalar que la más importante y esencial en el contrato de compraventa es la entrega de la cosa (art. 1.445 CC). No obstante, el requisito de la entrega de la cosa, lógico y necesario en cualquier compraventa, *no implica en el retracto convencional que el comprador necesariamente entre en la posesión de la cosa*. Y ello porque el vendedor, alguna veces, continúa en su posesión pero en virtud de otro título jurídico como es el de arrendatario (*constitutum possessorium*).

Podría cuestionarse que la supresión de la tradición de la cosa hiciera dudar de la existencia del contrato, pues la cosa se utiliza como garantía para la restitución de precio. No obstante cabe señalar, como lo ha matizado la Jurisprudencia, que en tales casos, el comprador obtiene como beneficio la devolución del precio, los frutos de la cosa, y los intereses en forma de la renta del arriendo pactado.

1913 (144). También dentro de este grupo de decisiones judiciales, se incluyen las **STS de 29 de abril de 1946 (145)**, o la **STS de 23 de marzo de 1957 (146)**, o la **STS de 12 de abril de 1957 (147)**, o la **STS de 14 de noviembre de 1957 (148)**.

(144) La STS de 13 de marzo de 1913 (*Col. legs* n.º 197, pág. 622), en su segundo considerando, establece que «al consignarse de un modo explícito en una escritura que si dentro de los tres años siguientes devolvía la vendedora el precio de la finca enajenada, más lo que el comprador hubiese suplido para el arreglo de la titulación y los gastos de la mencionada escritura, tendría el derecho de recobrarla, es indudable que el *contrato otorgado fue el de compraventa con pacto de retro y no el de préstamo*, sin que pueda estimarse que alterase su naturaleza jurídica la circunstancia de haberse estipulado que la finca vendida continuaría en poder de la vendedora y no la poseería el comprador hasta el vencimiento de la condición resolutoria, ya que este particular no afecta a la esencia del contrato y es sólo consecuencia del mismo carácter convencional del retracto voluntario, según lo define y establece el art. 1.507 del Código Civil...».

(145) En la decisión jurisprudencial contenida en la STS de 29 de abril de 1946 (RA 557) recoge el supuesto de venta con pacto de retro simulada que encubre una donación. El TS declaró no haber lugar al recurso señalando *la existencia de compraventa con pacto de retro*, pese a que la demandada había pretendido que se declarase la existencia de donación en base a la irrealidad del precio que figuraba en la escritura y en la ausencia de causa de la compraventa.

En su considerando primero se recoge que «en ejercicio de la acción de retracto convencional dimanante del contrato de compraventa en que aquel derecho se pactó, alegó la parte demandada que tal *contrato era simulado y encubría una donación válida* que podría quedar sin efecto por revocación en los casos autorizados por la Ley, pero no por virtud de *un pacto de retroventa simulado o aparente*, y, en consecuencia, nulo, y la sentencia recurrida, examinando el tema litigioso a la luz de las pruebas practicadas, estimó la existencia real de la compra-venta y la validez del pacto de retracto, desestimando en consecuencia la pretensión del demandado».

Se alega la carencia de precio justo o de la prestación por el comprador de un valor equivalente al de la cosa vendida pero en el considerando tercero el TS señala que «para establecer la desproporción entre el precio asignado a la finca y el precio justo de la misma el recurrente se remite a la valoración dada a aquélla en pleno dominio, cuando lo cierto es que el vendedor se reservó el usufructo y el derecho de retraerla, aparte cargas impuestas a la compradora que en definitiva se traducen en un incremento del precio convenido en relación con el valor intrínseco de la cosa vendida, y, en último término, la existencia de un precio cierto por ínfimo que sea, no se aviene con *la tesis del recurso de apariencia o simulación de venta por carencia de causa o falta de precio*».

(146) En la STS de 23 de marzo de 1957 (RA 1177) se establece la existencia de un contrato de compraventa con pacto de retro y no de un préstamo y menos usurario, pues la situación del actor al otorgar aquella escritura no era angustiosa ni pueda calificarse como hace el recurrente de estado de necesidad civil que mediatizase su libre discernimiento.

(147) Es la STS de 12 de abril de 1957 (RA 2499) se entiende que no cabe hablar de un préstamo sino de una venta con pacto de retro tal y como se desprende de las pruebas aportadas y especialmente de la confesión del demandado quien «al absolver la segunda posición que le fue formulada sobre si en 1942, facilitó en préstamo al vendedor la cantidad de 6.660 ptas., con la garantía de la casa y terreno consabido, fue que es cierto, aclarando que no fue prestada la cantidad, sino que *compró la casa con pacto de retroventa* y con esta contestación queda confirmada la voluntad de comprar que tuvo el otorgante».

(148) En la STS de 14 de noviembre de 1957 (RA 3402) se parte de la existencia

En esta línea jurisprudencial surge una decisión judicial, concretamente, la **STS de 8 de octubre de 1981** (149) que afirma que la compraventa con pacto de retro no se desvirtúa en su esencia y carácter jurídico por tener su causa sustentadora en un préstamo, puesto que éste, en definitiva, es lo que le da vida y la configura, sin que en consecuencia pueda revelar causa falsa, sino, por el contrario, la que en realidad se consideró por los contratantes (150). En este supuesto se determina la existencia de una compraventa a carta de gracia —especialidad foral catalana— pues la esencia del contrato se centraba en el ánimo transmisor de las partes. No obstante, el TS al hacer referencia a que «tiene su causa sustentadora en un préstamo», puede inducir a confusión, pues al mencionarse el término préstamo, en este contexto se refiere al «adelanto de numerario» con vistas a su devolución teniendo como causa eficiente la de transmitir el bien.

En resumen, según la doctrina jurisprudencial expuesta existe compraventa con pacto de retro cuando:

de una compraventa con pacto de retro y *«no de un contrato de préstamo sin que se revele un beneficio exclusivo para el comprador, segundo, que el precio realmente entregado era el que se menciona en la escritura como está acreditado por la fe del Notario a cuya presencia se efectuó, tercero que no estaban los vendedores en situación económica angustiosa, pues la venta y marcha a otra población se debió al natural y legítimo deseo de aumentar sus ingresos, y cuarto que el arrendamiento al vendedor de las fincas objeto de la venta era explicable para evitar que cuando volvieran los arrendatarios a la posesión de las fincas por utilizar el derecho de retroventa se encontraran otras personas en su posesión arrendaticia»*

(149) STS de 8 de octubre de 1981 (RA 3589).

(150) En su primer considerando se establece que «si ciertamente el vínculo creado entre los relacionados... tiene su motivación en la obtención de dinero, con alcance de préstamo garantizado mediante la compraventa concertada, ello no determina, contra lo apreciado por dicha recurrente, que no se dé la *situación jurídica, típica del derecho catalán, de la venta a carta de gracia o empenyament, cuya existencia y realidad se aprecia en la sentencia recurrida*, desde el momento en que esa relación jurídica, tomando su origen del pacto de retroventa —pactum de retrovendo— y que adquirió fisonomía propia y especial, distanciándose bastante del carácter que tenía en el Derecho romano de que procede, precisamente nació a falta de una organización hipotecaria, siendo una hábil forma de aseguramiento, que simplemente consistía en un pacto por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con devolución del precio y gastos, contribuyendo a su desarrollo el que se avenía con la forma patrimonial de los bienes, permitiendo al propietario del patrimonio mediante «empenyament» obtener dinero cediendo fincas con la esperanza de recuperarlas y con aquel dinero atender al pago de obligaciones, en el mayor de los casos de índole hereditaria, y generando así en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos... y, por consiguiente, que *la compraventa de tal naturaleza no se desvirtúa en su esencia y carácter jurídico por tener su causa sustentadora en un préstamo*, puesto que éste, en definitiva, es lo que le da vida y la configura, sin que en consecuencia pueda revelar causa falsa, sino, por el contrario, la que en realidad se consideró por los contratantes».

— A través del retracto se modifiquen de un modo especial las condiciones ordinarias del contrato de compraventa, pudiendo ser utilizado por quienes las hayan estipulado o por sus causahabientes.

— Existe verdadera transmisión del dominio.

— Se produce la tradición aunque el vendedor se quede en posesión de la cosa (*constitutum possessorium*) en virtud de otro título jurídico —arrendamiento—.

— Para el ejercicio del retracto se abonan el precio de la cosa, los gastos de la titulación, escritura, y demás reembolsos —art. 1.518 CC— (pago de derechos reales e inscripción registral).

— De la propia confesión del comprador que señala su intención de comprar.

— Y, por último, ante el impago del precio del retracto, el comprador adquiere irrevocablemente el dominio de la cosa.

IV. CONCLUSIONES

I. Estudiar la venta con pacto de retro conlleva el análisis de la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial del *negocio fiduciario*, a fin de exponer las diferencias entre ambas instituciones.

La doctrina científica evoluciona de forma clara y uniforme. En un primer momento se siguió la *teoría del doble efecto*: el negocio fiduciario está formado por un contrato complejo cuya *estructura jurídica* está integrada por otros dos interdependientes, uno *real* y otro *obligacional*. A través del mismo se *transfiere la plena titularidad de un derecho*. El adquirente (fiduciario) se obliga a volver a transmitirlo al enajenante (fiduciante) o a un tercero, una vez conseguido el fin económico —que suele ser el cumplimiento de la obligación asegurada— (*pactum fiduciae*). El fiduciante deja de ser dueño, y el contrato fiduciario se configura como instrumento para articular en la práctica la obligación del fiduciario de reponer formalmente a aquél en la posesión de la cosa. Se ha operado una auténtica transmisión de la cosa basada en la buena fe y con atribución real de la titularidad dominical al fiduciario.

Posteriormente, como consecuencia de las cuestiones que se suscitaban en relación con la aplicación de esta teoría en nuestro sistema causalista, la doctrina científica adoptó una variante, según la cual *el fiduciante retiene la propiedad material de la cosa confiada, entregando al fiduciario la propiedad formal*. De manera que la transmisión de la propiedad se entiende limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria.

Resulta muy difícil encuadrar la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el negocio fiduciario, en etapas claramente diferenciadas. Y ello porque en un primer momento se mantuvo la teoría del doble efecto (con

transmisión plena y absoluta de la propiedad del fiduciante al fiduciario), pero, a su vez, se intuía la existencia de una propiedad formal del fiduciario. En un momento posterior, podría parecer que nuestro más alto Tribunal, va a acoger la superación de la mencionada teoría, en favor de la propiedad formal, expuesta y seguida con claridad por la doctrina científica, pero en realidad no llega a ocurrir. Se continúa recogiendo en casi todas las decisiones judiciales los criterios de la teoría del doble efecto, aludiéndose además a la transferencia formal de la propiedad lo que va a generar cierta confusión jurisprudencial.

Parece razonable pensar que el paso previo y necesario para señalar que el negocio fiduciario es un negocio simulado, es pasar de la teoría del doble efecto a la de la titularidad formal. El negocio fiduciario se convierte así en negocio simulado, pues la transmisión es formal y lo que realmente se quiere es el negocio de garantía que se encubre con la venta. Esta idea señalada por DE CASTRO va a ser desarrollada por ALBALADEJO, quien, al llevarla a sus últimas consecuencias, afirma categóricamente que el negocio fiduciario es inexistente, no es real.

II. El estudio del negocio fiduciario tiene importancia a fin de su distinción con la compraventa con pacto de retro. Pues al utilizarse y encajarse, la compraventa con pacto de retro, como una venta en garantía inserta en el negocio fiduciario, resulta una operación necesaria.

Tras el estudio detallado de la jurisprudencia, es obvio que la mayoría de la doctrina jurisprudencial ha estudiado la compraventa con pacto de retro desde el punto de vista del negocio jurídico, desde su vertiente de la teoría del doble efecto y ello como consecuencia de la aparente similitud entre el negocio fiduciario en su modalidad de venta en garantía, y la estructura y fines de la compraventa con pacto de retro.

La propia jurisprudencia ha determinado que la causa del negocio fiduciario es la garantía de una deuda anterior existente entre las partes, y no la transmisión de la propiedad, en cuyo caso habrá compraventa con pacto de retro.

El sector doctrinal que en su día encajó la compraventa con pacto de retro como negocio fiduciario entendió que su causa consistía en la transmisión de fincas en garantía de una deuda (el negocio fiduciario se utiliza a través de la compraventa con pacto de retro, introduciéndose la enajenación con un pacto disimulado —el de retroventa—).

Precisamente en los últimos años, la labor jurisprudencial ha tenido como fin determinar la calificación del negocio, introducir la teoría de la titularidad formal del fiduciario, confundiéndola con la del doble efecto mantenida hasta ahora, y, en consecuencia, señalar que la causa del negocio fiduciario es la garantía y no la transmisión de la propiedad.

La utilización de la «venta en garantía» supone, además de la creación de una titularidad fiduciaria, la transmisión al fiduciario de un poder en la cosa

confiada (irrevocable por el fiduciante, en interés del fiduciario). Enajenación de poder que no puede fundarse en una venta, ya que ésta es inválida al faltarle su propia causa, sino que se funda en el pacto fiduciario extraño a la escritura de venta, por el que se pone la cosa confiada en poder y posesión del fiduciario a fines de garantía. De ahí que la situación fiduciaria no pueda considerarse separadamente del préstamo concedido (En la *venta en garantía* no hay una verdadera venta, porque no hay precio. El «enajenante» se obliga a devolver tanto como recibió en un momento anterior. En la *compraventa con pacto de retro* sí hay una verdadera venta, y en ella el vendedor se reserva una facultad jurídica: la de recuperar la cosa pagando el precio y demás gastos o reembolsos dentro del plazo pactado. El vendedor no contrae ninguna obligación, ni tampoco tiene por qué ser un deudor anterior del comprador).

Deberá calificarse al negocio de compraventa con pacto de retro si de la voluntad de las partes las pruebas evidencian que se quiere transmitir el dominio mediante precio. Puede haber garantía porque aunque la causa se la transmisiva, las partes no desconozcan dicha finalidad.

III. Resulta conveniente analizar las relaciones entre *la venta con pacto de retro* y *el negocio simulado* desde el punto de vista jurisprudencial. El motivo de que se utilice la venta con pacto de retro a fin de encubrir un préstamo se encuentra en que con la transmisión de la propiedad lo que se persigue es la garantía de la devolución del precio: se busca una garantía real.

Principalmente existe un *contrato de compraventa con pacto de retro* encubriendo un préstamo cuando el fundamento o causa del negocio o pacto se encuentra en «procurarse una garantía» más que en «adquirir sobre el inmueble un verdadero dominio temporal y resoluble».

La *circunstancia esencial* es la transferencia de la propiedad (con carácter absoluto, y pleno aunque revocable), pero sobre todo la recuperación futura del dominio. Su elemento esencial es el pacto de un término, transcurrido el cual, el vendedor devuelve el precio de la cosa vendida, y demás reembolsos, readquiriendo la propiedad de la misma. Todo ello independientemente de que se hayan pactado intereses además del pago del precio para retraer, pues «ese particular no afecta a la esencia del contrato»... «pudiendo convenirse como merced o compensación por haber continuado la finca en la posesión del vendedor...»; consecuencia del carácter convencional del pacto de retro, pues las partes pueden pactar cuantos requisitos consideren oportunos.

El que vende con pacto de retro trata ciertamente de obtener una cantidad de dinero, pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio, pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre

cantidad alguna. En cambio cuando se quiere instrumentalizar la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor (además, en tal caso el precio sólo es aparente, la transmisión dominical sólo obedece a esa finalidad de garantía y ello carece de virtualidad para justificar el efecto traslativo).

En relación con los *requisitos distintivos y esenciales del contrato de préstamo encubierto bajo la apariencia de una venta con pacto de retro* debemos tener en cuenta la finalidad contractual, y, además, determinar los elementos que integran el contenido del contrato. Entre otros deben analizarse circunstancias tales como que el precio de venta que consta en la escritura pública, aparece a su vez, en documento privado como capital entregado, con un interés, y donde se señala la forma y plazos en los que debe entregarse el capital y los intereses. Préstamo que tendrá el carácter de *usurario* cuando el interés sea superior al del dinero fijado como normal por el TS, o cuando la cantidad entregada como pago de las fincas, resulte ser inferior a la estimación parcial de las mismas. Y, sobre todo, cuando la situación personal del vendedor sea calificada como de angustiosa, o como de estado de necesidad civil que hubiese mediatizado su libre discernimiento.

Otro requisito diferenciable de ambas instituciones se basa en que el prestatario con garantía cumple su obligación con devolver otro tanto de la misma especie y calidad que recibió y los intereses pendientes en su caso, quedando liberada la garantía que era accesoria del préstamo y que no pasa automáticamente a poder del acreedor, como ocurre en la compraventa con pacto de retro al no verificarse el retracto en su tiempo, sino que tratándose de préstamo incluso con plazo pactado habría de perseguirse la garantía, una vez denunciada y probada la falta de pago del capital e intereses objeto del préstamo.

La posible utilización de la venta con pacto de retro a fines de garantía, no obstaculiza su existencia. De modo que es posible sostener la verdadera existencia de la venta con pacto de retro en aquellos casos en los que las partes conociendo y sin desaprovechar la finalidad de garantía que cumple la figura, quieren realmente la transmisión de la finca.

Por último señalar que la proyección futura del pacto de retroventa, ha sido relanzada por el legislador catalán que señala su utilización en el ámbito social y de fomento, motivado por los efectos de la figura que fundamentalmente se centra en «la transmisión inicial de la propiedad de la cosa de forma no definitiva».

V. INDICACION BIBLIOGRAFICA

ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho civil I* Introducción y parte general. Vol. II. La relación, las cosas, y los hechos jurídicos. 11ª ed. Bosch. Barcelona. 1991.

- ALBALADEJO: «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», en *AC*, n.º 36, 4-10 de octubre de 1993. Págs. 663 y ss.
- AMORÓS GUARDIOLA-MADERO JARABO: *Jurisprudencia Registral* (1986 -1990). Tecnos. Madrid. 1991.
- ARECHEDERRA: «Compraventa con pacto de retro. Equilibrio de prestaciones (STS de 3 de mayo de 1976)», en *ADC*, 1978, págs. 441 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*. Civitas. Madrid. 1971, págs. 403 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO: «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *RDN*, jul-dic. 1966, págs. 7 y ss.
- DE LOS MOZOS: «El negocio fiduciario», *La Ley*, 1986-4. pág. 1026.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil* Vol. I. Tecnos. Madrid. 1994.
- FUENTESECA: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona. 1997.
- GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo XIX, Madrid, 1991.
- GARRIGUES: *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Madrid, 1950.
- GISPERT PASTOR: «Contrato de compraventa a carta de gracia (Comentario a la Sentencia del TS de 23 de marzo de 1972)», en *RJC*, 1973, pág. 115.
- GÓMEZ GÁLLIGO: «Titularidades fiduciarias», en *AC*, n.º 33, 1992, págs. 533 y ss.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «El titular». *RCDI*, 1928, pág. 272.
- HERNÁNDEZ GIL: «Jurisprudencia civil. Notas a la STS de 10 de marzo de 1944 y 25 de mayo de 1944». *RGLJ*, 1945, págs. 695 y ss.
- JORDANO BAREA: *El negocio fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1959.
- «Dictamen sobre recuperación de bienes transmitidos fiduciariamente», en *ADC*, 1966, págs. 619 y ss.
- «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1435 y ss.
- NAVARRO MARTORELL: *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO: «Consideraciones en torno al pacto de *fiducia cum creditore*», en *RJN*, jul-dic. 1991, págs. 43 y ss.
- ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Jurisprudencia registral*, Bosch, Barcelona.
- RUBIO TORRANO: *El pacto de retroventa*, Madrid. 1990.
- *Comentario del Código Civil*, tomo II. «Arts. 1.507 a 1.520», Ministerio de Justicia. Madrid. 1993, págs. 989 y ss.
- SAPENA: «Actualidad en la *fiducia cum creditore*», *RDN*, 1957, 3, págs. 125 y ss.

En torno a la publicidad registral inmobiliaria (*)

SUMARIO 1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA EN LA HISTORIA DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA: 1. APUNTES DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO 2 FASE PREVIA DE ELABORACIÓN LEGISLATIVA HIPOTECARIA 3. LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA EN LA LEY HIPOTECARIA Y EN EL CÓDIGO CIVIL. 4. LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LAS SUCESIVAS REFORMAS HIPOTECARIAS 5. LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LA MODERNA LEGISLACIÓN —II. NATURALEZA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA. 1. PUBLICIDAD REGISTRAL; PUBLICIDAD LEGAL Y PUBLICIDAD FÁCTICA. 2. CONCEPTO DE PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA. 3. EFECTOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA.—III. FORMA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA. 1. PUBLICIDAD DE LOS REGISTROS. EL «INTERÉS CONOCIDO». 2 MANIFESTACIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL POR EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS O POR NOTA SIMPLE INFORMATIVA. 3. PUBLICIDAD INMOBILIARIA POR CERTIFICACIÓN REGISTRAL. 4. CERTIFICACIONES REGISTRALES ESPECIALES. 5. LA PUBLICIDAD FORMAL Y LA INFORMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD.

I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA EN LA HISTORIA DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA

La reforma de las leyes que en los diferentes territorios de nuestra nación regulaban la constitución del derecho de propiedad, y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y especialmente la constitución de hipotecas sobre los mismos, se manifestó de capital importancia para el progreso jurídico y revitalización económica de nuestro país.

Las leyes vigentes se hallaban condenadas por la ciencia y por la opinión, porque ni garantizaban suficientemente la propiedad, ni ejercían saludable influencia en la prosperidad pública, ni asentaban en sólidas bases el crédito territorial, ni daban actividad a la circulación de la riqueza, ni moderaban el

(*) Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.

interés del dinero, ni facilitaban su adquisición a los dueños de la propiedad inmobiliaria, ni daban la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestaban sus capitales. En esta severa crítica que hemos trasladado literalmente del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, por el que, ante el fracaso de la codificación civil, se mandó redactar una Ley de Hipotecas o de aseguramiento de la propiedad territorial, se recoge perfectamente el espíritu que debería inspirar la nueva legislación hipotecaria y que ya había planteado D. CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, vocal de la Comisión de Códigos, el 25 de octubre de 1843 al sentar las bases que debían inspirar la reforma de la legislación civil en orden al régimen de la propiedad territorial: «la aseguración o consolidación del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles por medio de la publicidad de todos los derechos relativos a los mismos».

Se empieza entonces a perfilar el concepto de publicidad, para llenar los fines de seguridad jurídica, fomento del crédito territorial, con bajas significativas de los tipos de interés, y en definitiva la finalidad cautelar de evitar los pleitos que la indeterminación y clandestinidad en que los derechos reales inmobiliarios estaban no podían sino generar.

Claro que esta necesidad de publicidad se había sentido tanto en los países que se inspiraron en el llamado sistema germánico como en el latino. Es cierto que el primer antecedente histórico de un Registro Inmobiliario es el de la Ley Prusiana de 1873 en donde se aplican con rigidez los principios de publicidad y especialidad exigiéndose la inscripción del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles para que pudiesen producir efectos, pero un sistema parecido se instauró en Francia con la Ley de 11 de Brumario del año VII de 1798, y aunque los preceptos del Código Civil de 1804 supusieron una evidente regresión del sistema publicitario, al admitirse la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento y mantenerse hipotecas legales tácitas, la verdad es que tanto en Francia como en los países que habían adoptado el Código de Napoleón, una reacción crítica ante un intolerable sistema de clandestinidad forzó a establecer una Legislación con la indispensable publicidad para la seguridad del mercado inmobiliario que generó sistemas como el de Ley de Bélgica de 16 de octubre de 1851, la legislación holandesa, y culminó en la propia Francia con la Ley de Transcripción de 23 de marzo de 1855 (1).

1. APUNTES DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO

La publicidad inmobiliaria adopta inicialmente en la historia de nuestra Legislación formas rudimentarias. Aunque algunos investigadores han preten-

(1) En este sentido LUIS DíEZ PICAZO: «Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias Españolas» *Leyes Hipotecarias y Registrales de España* Tomo 1, Madrid, 1989.

dido atisbar indicios de publicidad inmobiliaria en la «Lex Malacitana» y en nuestro «Fuero Juzgo», en general se admite que fueron los Fueros Municipales los que empezaron a introducir ciertas instituciones de esta publicidad.

Así señalaríamos: la robración, consistente en la ratificación solemne y pública, en las Iglesias o Concejos de las Ciudades, de las ventas; la notificación por edictos y pregones de ciertas transmisiones a los efectos de ejercitar los retractos gentilicios; o la insinuación de las donaciones, que sería el precedente más próximo de la publicidad registral, pues si no se llegaba a tomar razón de la donación en el Registro Municipal, no perjudicaba a los acreedores del donante, surgiendo así la figura del tercero que se ampara en la publicidad tabular.

Sin embargo la influencia del Derecho Romano se apodera casi por completo de nuestro Ordenamiento Jurídico en detrimento de las instituciones germánicas. Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá consagran la «traditio» como forma esencial de transmisión de la propiedad, basada en el simple consentimiento de las partes. Este sistema espiritualista ignora no sólo la publicidad registral, sino la simple idea de publicidad inmobiliaria.

Las consecuencias de este imperio de la clandestinidad en las relaciones jurídicas inmobiliarias (dobles ventas, compras de bienes gravados con cargas como libres), no se hacían sentir especialmente hasta comienzos del siglo XVI porque el tráfico jurídico estaba muy limitado territorialmente. Pero las repercusiones del Descubrimiento en la realidad económica española impulsaron medidas tendentes a que aflorasen las cargas ocultas; primero bajo sanción de multa, Cortes de Madrid de 1528, para llegar después a la creación de un «Registro de censos, tributos e hipotecas», Real Pragmática de 1539 (Cortes de Toledo del mismo año con Don Carlos y Doña Juana), que se reitera en las Cortes de Valladolid de 1558 bajo Felipe II.

Por cuanto, y citamos aquí la Novísima Recopilación, Libro X, Título XVI, Ley I que recoge dicha Pragmática, «...se excusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores; y por quitar los inconvenientes que de esto se siguen, mandamos que en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos de las cualidades susodichas...».

Sin embargo estas disposiciones, importantes precedentes de publicidad a través de un Registro Público aun limitadas a la publicidad exclusivamente de las cargas, y que destacan la finalidad cautelar que debería cumplir esta institución, no llegaron a cumplirse. La Pragmática de Felipe V de 1713 dispuso el cumplimiento de las mismas y amplió la publicidad a los contratos de compras, ventas y otros semejantes, como precedente más próximo de un auténtico Registro de la Propiedad. Pero ante la inobservancia de tales dispo-

siciones el Consejo de Castilla encargó a los Fiscales del mismo, los Condes de Floridablanca y Campomanes, una Instrucción detallada sobre organización de los Registros, que dio origen a la Pragmática de Carlos III de 1768. Esta Pragmática, recogida en el Libro X, Título XVI, Ley IV de la Novísima Recopilación, y que fue complementada después con diversas disposiciones, era aplicable a diferencia de las anteriores, a todo el territorio nacional, si bien con importantes excepciones en Cataluña y Navarra.

Los Registros Públicos que regula fueron denominados «Oficios de Hipotecas», y a ellos alude la Ley Hipotecaria como «Contadurías de Hipotecas». Supusieron no sólo la toma de razón en los Libros de las cargas inmobiliarias en un sentido muy amplio, sino también la constancia registral de las ventas de bienes raíces, pero siempre que estuviesen afectos a algún gravamen, lo que indirectamente fue dando acceso al Registro a las transmisiones inmobiliarias. Sin embargo, los efectos de la toma de razón se restringen sólo a las hipotecas o gravámenes, de modo que los instrumentos constitutivos de dichas cargas, de los que no se hubiere tomado razón, no hacían fe «... en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en los mismos».

La Pragmática regula la organización de un verdadero Registro que se llevaría en todos los pueblos, cabezas de partido, a cargo de los Escribanos del Ayuntamiento, imponiendo la necesidad de llevanza en las Escribanías del Ayuntamiento «... para facilitar el hallazgo de las cargas y liberaciones, un libro índice o repertorio general, en el cual por las letras del abecedario se vayan asentando los nombres de los impondedores de las hipotecas, o de los pagos, distritos o parroquias en que están situados, y a su continuación el folio del registro donde haya instrumento respecto a la hipoteca, persona, parroquia o territorio de que se trate, de modo que por tres o cuatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque».

Por último establece en su n.º 7.º un apunte de lo que iba a ser la publicidad formal en la Ley Hipotecaria: «Cuando al Oficio de hipotecas se le pidiere alguna apuntación extrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, la podrá dar simplemente, o por certificación autorizada, sin necesidad de que intervenga decreto judicial, por ahorrar costas».

Ya en el siglo XIX, las diversas Constituciones españolas desde las Cortes de Cádiz aspiran a un único Código Civil para toda la Monarquía, que abarcaría evidentemente las relaciones jurídicas inmobiliarias y la importante cuestión de su publicidad.

No obstante hay que destacar en el proceso que estamos analizando la creación, Real Decreto de 31 de diciembre de 1829, del «Impuesto de Hipotecas», que posteriormente pasaría a llamarse «De Derechos Reales y Transmisión de Bienes», que produce una interferencia de la legislación fiscal en el funcionamiento de las Contadurías al exigir como requisito previo para la

toma de razón el pago del impuesto, precedente inmediato del actual artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Parecía que el afán recaudatorio de la Hacienda Pública iba a desnaturalizar una institución esencialmente civil, sin embargo la influencia de esta normativa fiscal sobre el funcionamiento de las Contadurías llegó a ser beneficiosa y sentó las bases de la reforma hipotecaria. En efecto, la realidad económica y social de nuestro país hasta bien entrado el siglo XIX, que es cuando se completa el proceso desamortizador y surge un nuevo espíritu de empresa, había hecho fracasar el funcionamiento de las Contadurías de Hipotecas. Los residuos del régimen feudal, con la amortización de la propiedad en manos de la Iglesia y el Estado, las vinculaciones y mayorazgos, hacían muy limitado el tráfico inmobiliario y habían alejado a los propietarios, una nobleza endeudada, de los libros del Registro.

Las nuevas disposiciones fiscales iban al fin y al cabo a resultar beneficiosas. Por un lado un Real Decreto de 1845 iba a disponer la sujeción al impuesto y su inscripción en el Registro de los actos sujetos en todas las provincias del Reino e islas adyacentes, estableciendo la unidad legislativa en el orden hipotecario que ratificaría la Ley Hipotecaria, y que hasta hoy ha resistido al ímpetu de los Derechos Forales consagrándose con la actual reserva constitucional.

Por otro lado iba a generalizar la inscripción del dominio y todas las relaciones jurídicas inmobiliarias sentando las bases del principio de publicidad.

Por último el Registro se organiza tomando como base la finca como unidad hipotecaria, abriéndose folio independiente para cada una de ellas en los libros del mismo. Esta reglamentación del folio real, en cierto modo adjetiva, va a posibilitar la introducción del principio de especialidad, como complemento del de publicidad, y precedente más inmediato de lo que iba a ser el nuevo Registro de la Propiedad.

2. FASE PREVIA DE ELABORACIÓN LEGISLATIVA HIPOTECARIA

El primer proyecto de Código Civil que se ocupó de la materia hipotecaria fue el de 1836 redactado por D. JOSÉ DE AYUSO Y NAVARRO, D. EUGENIO DE TAPIA y D. TOMÁS MARÍA VIZAMANOS en virtud del encargo que se les dio por Real Orden de 29 de enero de 1834, y que se presentó al Gobierno el 15 de septiembre de 1836. El llamado Proyecto de Cambrónero, de 1820, no llegó a tratar la materia de derechos reales.

Este proyecto respondía a una primera fase en la evolución del principio de publicidad en nuestra legislación hipotecaria, en que la preocupación de nuestros codificadores se centraba en la protección de los acreedores hipotecarios, defendiendo sus intereses en orden a la subsistencia de sus derechos

de hipoteca frente a la preferencia de rango de otras hipotecas ocultas. Así el Proyecto, consagra los principios de publicidad y especialidad en materia de hipotecas, configurándose la toma de razón de las mismas en un Registro Público como esencial, artículo 1.751, y admitiéndose excepcionalmente tres supuestos de hipotecas tácitas.

Pero dentro del Título 21 dedicado a la prueba de los derechos y obligaciones, regula la existencia de un Registro Público donde se anote cada acto de traslación de propiedad de bienes raíces, que se llevará en cada capital de provincia y en cada cabeza de partido unido al de hipotecas, obligándose a los escribanos ante quienes se hubiere celebrado el contrato a enviar nota de la venta a la persona encargada del Registro Público, y al vendedor en los casos de venta en documento privado, a presentar dicho documento al escribano del lugar para que éste envíe al Registro la referida nota.

Se da por tanto una publicidad a las mutaciones dominicales, y ello aparece como una necesidad interna del sistema para completar la mecánica de protección de los acreedores hipotecarios. Pero esta publicidad llega a ser constitutiva en el caso de las donaciones de inmuebles, artículo 1.591, y se establece el radical efecto, en aras de la seguridad del tráfico, de que el nuevo poseedor que registre o anote su título y pida certificación al encargado del Registro, si ésta es negativa de cargas, quede libre de las mismas, aunque consten en el mismo y salva siempre la responsabilidad del encargado del Registro, artículo 1.785.

La Exposición de Motivos del Proyecto (2), señala las razones de introducción de la nueva publicidad registral: «Convencida la Comisión de que la libre circulación de la propiedad debe contribuir poderosamente al adelantamiento de nuestra agricultura y al fomento de la industria, ha tratado en este Código de remover en cuanto ha podido los obstáculos o trabas que embarazaban la fácil traslación de los bienes de unas manos a otras... con estas precauciones los compradores de bienes podrán asegurarse de las cargas que tienen éstos y se evitarán muchos fraudes...». Sin duda los miembros de la Comisión recordaban aquí las peticiones de las Cortes de Toledo de 1539 y las de Valladolid de 1555.

Ante el fracaso del Proyecto de Código Civil de 1836, que ni siquiera llegó a ser discutido en las Cortes, la Comisión General de Codificación redactó en 1843, el año de su creación, las bases que en la materia inmobiliaria debían inspirar el nuevo Código. Las bases 50, 51 y 52, de clara influencia germánica, además de recoger los principios de publicidad y especialidad en materia de hipotecas: «No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas y en virtud de toma de razón en el Registro Público», aplicándose

(2) Recogida por JUAN FRANCISCO LASSO GAITE en su obra «Crónica de la codificación española», *Codificación Civil*, vol II, 1970.

esta norma con carácter general a «... las cargas que limiten o modifiquen la propiedad...», iba a sentar un nuevo principio, profundamente innovador de nuestro derecho; «Para que produzcan efectos los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público...».

El nuevo Registro de la Propiedad iba a ser exacto e íntegro, no se iba a limitar a dar publicidad a los derechos reales sino que iba a ser creador de los mismos.

Sin embargo el impulso reformador de Luzuriaga iba a ser apaciguado por los miembros de la sección de lo civil de la Comisión de Códigos, reorganizada por Real Decreto de 11 de septiembre de 1846. GARCÍA GOYENA convencido del valor de nuestro derecho tradicional, y conocedor del Código Napoleónico, pretendía que el dominio se transmitiese respecto de las partes por el simple consentimiento, y respecto de tercero por la entrega. LUZURIAGA, conocedor de los perniciosos efectos que para el progreso jurídico y la vida económica generaba la clandestinidad del dominio y sus cargas, y que ya habían puesto de manifiesto en el vecino país jurisconsultos como Grenier y Troplong, exigía que la traslación del dominio se realizase por la inscripción en el Registro. Al fin se impuso la solución transaccional de Bravo Murillo justificándose en que «... no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos...», que originó el artículo 94 del Anteproyecto de los Títulos de las Hipotecas y del Registro, del futuro Código Civil: «Ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces, o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos bienes, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro Público», precedente inmediato del artículo 1.858 del Proyecto de Código Civil de 1851.

Este Proyecto sentó las bases de la nueva codificación en materia civil e hipotecaria. Su título XX regulaba la creación de un Registro Público, en cada uno de los distritos señalados en los reglamentos, en que se inscribirían los derechos reales sobre inmuebles situados dentro de la demarcación La hipoteca debe inscribirse en un Registro Público y solamente desde su inscripción surte efecto frente a tercero (art. 1.876), y ninguno de los títulos sujetos a inscripción ha de surtir efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro Público.

3. LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA EN LA LEY HIPOTECARIA Y EN EL CÓDIGO CIVIL

La enérgica oposición de las regiones forales impidió que el Proyecto de 1851 se convirtiese en el Código único de toda la monarquía española. Pero

la reforma de la legislación hipotecaria no podía demorarse más. La necesidad de impulsar la riqueza nacional a través del fortalecimiento del crédito territorial, era una necesidad sentida por todos, y que se refleja en el Preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855 al que ya hemos hecho alusión. La urgencia económica del país desarrolla ahora el proceso codificador a través de leyes especiales, y la hipotecaria va a ser desde el principio la prioritaria.

El definitivo proyecto de Ley Hipotecaria se remitió a las Cortes el tres de julio de 1860 siendo Ministro de Gracia y Justicia D. SANTIAGO FERNÁNDEZ NEGRETE, precedido de una luminosa Exposición de Motivos redactada por D. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA que se estimaba como el mejor preámbulo y más autorizado comentario de la ley. Tomando como base todos los trabajos realizados con anterioridad, tras una intensa discusión parlamentaria, fue sancionado como Ley el ocho de febrero de 1861 por la reina Isabel II.

El cúmulo de disposiciones incoherentes que formaban nuestra defectuosa legislación hipotecaria, deducidas unas de los principios del derecho romano, tomadas otras de las instituciones feudales, dejaban paso a una nueva legislación profundamente innovadora y de clara inspiración germánica que habría de ofrecer una propiedad territorial más fija que atrajese los capitales que le son necesarios para su fomento y mejora.

Para ello el único sistema aceptable era «el que tiene por base la publicidad y especialidad de las hipotecas», pero como quiera que todo sistema hipotecario debe apoyarse en la fijeza y seguridad de la propiedad territorial, y si ésta y sus mutaciones dominicales no se registran, desaparecen todas las garantías de los acreedores hipotecarios, la ley después de establecer en su artículo 146 la necesidad de inscripción de las hipotecas voluntarias para que puedan perjudicar a tercero, establece en su artículo 23 el principio de publicidad con carácter general al determinar que los títulos inscribibles, que no lo estén «...no podrán perjudicar a tercero».

El Código Civil no fue capaz de absorber en su articulado a la nueva legislación hipotecaria, cuya vigencia, especialidad y rango reconoce, ratificando en su artículo 606 el principio de publicidad registral inmobiliaria: «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», regla que para la doble venta tiene una especial formulación el artículo 1.473.1.º

Este principio de publicidad a través de la institución registral alcanza su culminación en las inscripciones de hipoteca, donde la inscripción registral es requisito para «...queden válidamente constituidas», artículo 1.875.

La reforma hipotecaria se ha consolidado legislativamente, pero el principio de publicidad registral no ha empezado sino a desarrollarse.

4. LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LAS SUCESIVAS REFORMAS HIPOTECARIAS

La reforma hipotecaria de 1861, respetuosamente aceptada por el Código Civil, no dio el definitivo paso, que pedían sus precedentes germánicos, hacia la inscripción constitutiva. La publicidad registral se orientó a la protección del tercer adquirente, respetando la tradición romana de nuestro derecho tradicional y conservando la teoría del título y el modo en las relaciones entre las partes contratantes. Pero esto supuso un gran cambio en nuestro ordenamiento jurídico que sintetizaba perfectamente la admirable Exposición de Motivos de nuestra Ley: «Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos, si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

La radical innovación de nuestro derecho consistió en fin en la introducción del principio de publicidad en las relaciones jurídicas inmobiliarias, y en que esta publicidad, que para los bienes muebles se amparaba en la figura de la posesión, para los inmuebles sólo podía organizarse a través de la creación de un Registro Público, el Registro de la Propiedad. La publicidad inmobiliaria pasaba a ser «publicidad registral». Así entendió la Exposición de Motivos la publicidad: «Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el registro: en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiriera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe».

Corresponde a nuestra Ley Hipotecaria el fundamental mérito de haber introducido en nuestra legislación la figura de la publicidad registral, tanto en su aspecto material, como en su consecuencia inexcusable, la publicidad formal, pues para cumplir sus fines de seguridad jurídica, el Registro debe franquearse «... a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes». Corresponde a nuestro Código Civil el valor de haber respetado la reforma hipotecaria, aun cuando su implantación por lo que tenía de innovadora y de recepción de un derecho extranjero, no fue fácilmente admitida en

nuestra vida jurídica. De hecho se había generalizado una corriente desinscribitoria, el Registro era ignorado en la práctica forense, y su estudio producía en nuestra doctrina una cierta «alergia espiritual» por lo que tenía de abstracto e inexplicable. Sin embargo nuestro Código no sólo respetó la eficacia de la inscripción registral frente al tercer adquirente, sino que, como ya vimos, llega a un valor constitutivo de la inscripción en los supuestos de doble venta, artículo 1.473, y constitución de hipotecas voluntarias, artículo 1.875.

Pero ni la Ley Hipotecaria ni el Código Civil llegaron a sentar claramente el inexcusable principio de legitimación registral. El principio de seguridad jurídica imponía la legitimación registral. La publicidad registral debe estar dirigida a servir de advertencia a cuantos intervienen en el tráfico de quién puede disponer de los derechos sobre inmuebles, con independencia de quién pudiera ser el titular civil de los mismos, derogando el principio «nemo dat quod non habet» en beneficio del adquirente de buena fe que se ampara en la misma.

La reforma hipotecaria de 1909 intenta introducir el principio de legitimación pero regula confusamente la cuestión de derecho, que es la legitimación propiamente dicha, con la de hecho, que afecta a la posesión. Así el nuevo artículo 41 en vez de presumir como titular de los derechos reales inmobiliarios al que los tuviese inscritos, lo que hacía era presumir a su favor los efectos que el Código tenía establecido respecto de la posesión, tanto los que eran concedidos en beneficio del propietario como los que se atribuían al poseedor de buena fe.

Antes de la definitiva reforma hipotecaria de 1944 es de destacar el proyecto de ley que se elabora en 1934, siendo Ministro de Justicia el Registrador de la Propiedad D. VICENTE CANTOS FIGUEROLA, que intenta dar un nuevo giro a la legislación hipotecaria haciendo la inscripción constitutiva. Así la base tercera del proyecto determinaba que «La implantación total de la Ley se ajustará al principio de que sólo podrá constituirse, modificarse, transferirse o extinguirse un derecho real sobre bienes inmuebles, por acto o negocio jurídico, mediante la inscripción en los libros correspondientes».

El influjo doctrinal de Jerónimo González, que había sistematizado nuestro derecho hipotecario en una serie de principios que lo habían difundido y hecho inteligible (3), o de Ignacio Serrano, que había popularizado las indiscutibles ventajas del Registro de la Propiedad suizo (4), se hace patente en este proyecto de ley, y se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944: «No se desconocen, ni de subvalorar son, las importan-

(3) JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: *Principios Hipotecarios* Madrid, 1931.

(4) IGNACIO SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo*. Valladolid, 1934.

tes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva...».

No obstante, la reforma de 1944, reconociendo la superioridad del sistema de inscripción constitutiva, no se atrevió a dar este definitivo paso, razones prácticas así lo excusaban: «Pero, a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría, de hecho, inoperante, con el natural desprestigio de la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias».

En defensa del legislador hay que alabar sin embargo que proclamó firmemente el principio de legitimación a través de los arts. 24, 25 (que es hoy el párrafo 32 del art. 1) y 97: el Registro se presume exacto y válido, sus asientos quedan bajo la salvaguardia de los tribunales, perteneciendo los derechos reales a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo y estableciéndose un procedimiento especial, artículo 41, para proteger al titular registral contra los que perturben su derecho.

Por otra parte las presunciones *iuris tantum* que la legitimación registral conlleva, se hacen *iuris et de iure* cuando el tercero reúne los requisitos del artículo 34, manteniéndole en su adquisición, amparada en el Registro, frente al titular civil.

La inscripción si bien continúa siendo potestativa, careciendo de eficacia constitutiva, va a ser premisa ineludible para el ejercicio de los derechos sobre bienes inmuebles. Decir entonces que su eficacia es meramente declarativa, es decir muy poco. Como señala la Exposición de Motivos de la reforma «Si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia».

5. LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN LA MODERNA LEGISLACIÓN

Desde la reforma hipotecaria de 1944, nuestro sistema hipotecario ha sido modificado ampliando el objeto de la publicidad registral y fortaleciendo sus efectos.

En efecto, la Ley Hipotecaria, artículo 1, fijó el ámbito de lo que iba a ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad: «Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos» o aquellos otros en que «se constituyan, reconozcan, modifiquen o

extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales». Con más precisión la reforma de 1944, aun conservando esta enumeración de derechos inscribibles en su artículo 2.º, fija el objeto del Registro de la Propiedad en la «inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». En definitiva, en nuestro Registro se presentan a registración títulos, y ya que la inscripción carece por regla general de eficacia constitutiva, el Registro si no crea sí publica con efectividad *erga omnes* derechos reales inmobiliarios.

Pero la publicidad registral se va a manifestar en toda su fuerza expansiva en el propio articulado de la ley, permitiendo el acceso al Registro de las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas, artículo 2, 4.º y de los arrendamientos que reúnan determinados requisitos, artículo 2, 5.º, instituciones éstas que carecen de un contenido real inmobiliario.

Y es que a los beneficios de la publicidad registral se van a acoger no sólo los derechos reales típicos y nominados, sino «... cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», artículo 7 del Reglamento Hipotecario de 1947, que va a regular también la inscripción de figuras tales como el derecho de opción, artículo 14, y los aprovechamientos de aguas públicas, artículo 69.

De hecho, convencida la Administración de las ventajas que la registración de las fincas conlleva, va a impulsar una legislación, que contra el principio general que hace la inscripción registral voluntaria, impone obligatoriamente ésta.

Así, sin ánimo de ser exhaustivo, podemos citar las siguientes disposiciones, que en sus sucesivas reformas han seguido manteniendo el principio de inscripción registral obligatoria:

— El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, Decreto de 27 de mayo de 1955, referente a la inscripción de bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, pertenecientes a las provincias o los municipios.

— La Ley de Montes Catalogados de 8 de junio de 1957.

— La Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962 que hace inexcusable la inscripción de las fincas y derechos resultantes de la misma, así como de los posteriores contratos de trascendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales constituidos sobre las mismas.

— La Ley de 23 de abril de 1964 que ordena la inscripción de los bienes del Estado.

— El Decreto de 7 de abril de 1966 que aprueba el Reglamento de Reparcelación del Suelo afectado por planes de ordenación urbana en orden a la inscripción de los acuerdos de reparcelación.

Incluso instituciones privilegiadas en un estado confesional, como era la Iglesia Católica, cuyos templos estaban exceptuados de la inscripción, artículo 5, 4.º del Reglamento Hipotecario, renunciaron a este privilegio acudiendo a inscribir sus fincas al Registro de la Propiedad.

A medida que nuestro país se desarrolla agrícola e industrialmente, se moviliza nuestra propiedad territorial y se multiplica el crédito que tiene su base en la misma haciendo la inscripción imprescindible en la práctica.

Es más, nuestra doctrina más autorizada desde la publicación de obras como «La prenda agrícola y la hipoteca mobiliaria» de RAFAEL RAMOS (1910), y la «La publicidad y los bienes muebles» de LEOPOLDO ALAS (1920), se venía decantando por superar la tradicional distinción entre bienes muebles e inmuebles, a los efectos de gozar de los beneficios de la publicidad registral, por otra técnicamente más perfecta que se basaba en distinguir aquellos bienes susceptibles de perfecta identificación registral y por tanto de ser perseguidos por acción real ilimitadamente, de aquellos otros que no lo son.

Así PASCUAL MARÍN (5), ante las nuevas necesidades del tráfico, pedía la extensión de la institución registral a una serie de bienes y situaciones patrimoniales que no terminaban de encajar en los moldes de la legislación vigente: «Se hace preciso la configuración de un ordenamiento registral, susceptible de dotar de garantías publicitarias, esa serie de bienes y situaciones jurídicas patrimoniales que, como la Empresa Mercantil, pueden ser configuradas registralmente como un sistema que reúna determinadas condiciones». Y ANGEL SANZ en la sede de la Academia Matritense del Notariado (1954), plantea, en orden a una próxima reforma de nuestro derecho, la distinción entre bienes registrables y no registrables de cara a los derechos reales de garantía.

En efecto, el sistema que había fijado el Código Civil siguiendo los precedentes del Proyecto de 1851 y de la Ley Hipotecaria, había configurado los derechos reales de prenda e hipoteca con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles, y con sus características de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión. Pero tal sistema se había manifestado insuficiente para satisfacer las necesidades de la garantía real. La privación al garante de la posesión de la prenda no sólo perjudicaba a éste sino al propio acreedor que veía disminuida la capacidad económica, y por tanto la posibilidad de hacer frente a sus obligaciones, de su deudor. Para salvar estos inconvenientes nuestro legislador vaciló siguiendo dos sistemas diferentes. Así la Ley de

(5) PASCUAL MARÍN PÉREZ: *Introducción al Derecho registral*. Madrid, 1947.

Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 acudió a la ficción de considerar los buques mercantes como bienes inmuebles, en cuyo sentido se debía entender modificado el artículo 585 del Código de Comercio, a los efectos de que pudieran ser hipotecados. Por otro lado desde el Decreto de 22 de septiembre de 1917, diversas disposiciones van a introducir el sistema de la prenda sin desplazamiento como medio de fomentar el crédito agrícola, hasta llegar a la reforma de los arts. 1.863 bis a 1.873 bis del Código Civil por la Ley de 5 de diciembre de 1941, que con carácter general estableció la posibilidad de constituir la prenda sin que tenga lugar el desplazamiento de la posesión de la cosa pignorada.

Estas disposiciones son el inmediato precedente de la Ley de 16 de diciembre de 1954 donde la publicidad registral va a sustituir al desplazamiento de la posesión en todo caso. En efecto, la nueva ley partía de la distinción de bienes susceptibles de identificarse perfectamente, que iban a ser objeto de hipoteca mobiliaria y aquellos de identificación menos perfecta, y por tanto de un derecho de más difícil persecución que deben encajarse en la figura de la prenda, si bien sustituyéndose el desplazamiento de la posesión por la publicidad registral. Y como la determinación de los bienes susceptibles de una y otra forma de garantía no podía dejarse a la libre interpretación, la ley fijaba de forma cerrada como susceptibles de hipoteca mobiliaria: los establecimientos mercantiles, los automóviles y vehículos de motor, vagones y tranvías, las aeronaves, la maquinaria industrial y la propiedad intelectual e industrial, y como susceptibles de prenda registral: los frutos agrícolas, las cosechas, los productos y aprovechamientos forestales, los animales, ciertas máquinas, aperos y productos de las explotaciones agrícolas o ganaderas, las mercaderías y materias primas almacenadas y los cuadros, esculturas, porcelanas, libros y cualesquiera objetos de valor artístico o histórico.

El problema de la publicidad de estas formas de garantía lo resolvió la ley en base a la creación de un Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, a cargo de los Registradores de la Propiedad, o Mercantiles, en cuanto a la hipoteca de aeronaves.

Desde luego que el mejor sistema, y así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley, hubiera consistido en establecer un sistema de Registro de Propiedad de estos bienes, que al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda su historia jurídica, incluso las transmisiones de dominio de los mismos. Pero el legislador mostró su prudencia porque reforma tan radical implicaría un cambio absoluto en nuestro sistema de contratación y por ello se limitó a dar exclusivamente publicidad a las formas de garantía real sobre los mismos, a través de un Registro de gravámenes de carácter jurídico.

Los beneficios del nuevo sistema de publicidad se extendieron posteriormente al derecho de explotación comercial de las películas cinematográficas por Decreto de 31 de diciembre de 1971.

En la misma línea la Ley de 17 de julio de 1965 creó el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, desarrollado por la Orden Ministerial de 8 de julio de 1968 que aprueba la Ordenanza correspondiente a este Registro. Se configura también como un Registro de cargas en el sentido de que no publica titularidades sobre bienes muebles, sino que su publicidad se limita a los efectos de dotar de oponibilidad frente a terceros las reservas de dominio y prohibiciones de disponer que se constituyen en dichos contratos como formas típicas de garantía del precio aplazado.

Por otro lado los derechos que integran el contenido de las llamadas propiedad intelectual e industrial, y sus transmisiones, habían ya sido objeto de la publicidad registral a través de la creación de Registros independientes por la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1979 y el Estatuto de la Propiedad Industrial publicado por Real Orden de 30 de abril de 1930.

En ambos casos nos encontramos con auténticos Registros jurídicos, con instrumentos de publicidad con eficacia sustantiva. En efecto para gozar de los beneficios de la propiedad intelectual es necesario haber inscrito el derecho en el registro, resultando también que si bien no es constitutiva la inscripción en la propiedad industrial, el certificado registral de concesión de una marca constituye una presunción *iuris tantum* de propiedad.

Son además Registros Jurídicos de titularidad de estos derechos y bienes inmateriales, estando excluida del Registro la hipoteca de propiedad intelectual, forma de garantía que tiene su acomodo en el Registro de Hipoteca Mobiliaria como ya hemos comentado.

No podemos entrar en fin, porque ni hay tiempo ni constituye el objeto de nuestro estudio, en la publicidad de los empresarios y sociedades y de sus documentos contables a través de la institución del Registro Mercantil, cuyo nuevo Reglamento ha sido aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

Baste ahora con decir que todos estos Registros que se han articulado junto al de la Propiedad Inmueble, son verdaderos Registros jurídicos en el sentido de que conceden una eficacia material al contenido que publican. A su lado coexisten el Catastro y otros muchos Registros que son estrictamente administrativos, porque se limitan a archivar datos y suministrar el conocimiento de los mismos a la Administración Pública, sin que atribuyan una especial eficacia al contenido publicado.

Esta uniformidad en cuanto al carácter jurídico y no de simple noticia que confieren estos Registros al contenido publicado, es lo que ha llevado a autores como MANUEL AMOROS (6) a sugerir, en el campo doctrinal, la elabora-

(6) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA. «Los Registros Jurídicos de Bienes en Derecho Español» En la obra *Principios y desarrollo legislativo de los Registros Jurídicos de Bienes* Madrid, 1974.

ción de una teoría general unitaria de la publicidad registral, y en el campo legislativo a promover una Ley Uniforme de los Registros Jurídicos de Bienes tal y como fue estudiada en la Comisión Primera del II Congreso Internacional de Derecho Registral que tuvo lugar en Madrid en 1974.

Por otro lado, la pujante vitalidad que venía adquiriendo la institución de la propiedad horizontal, fijaba una realidad social que el legislador no podía desconocer y que dio lugar a la nueva regulación de la propiedad por pisos que supuso la Ley de 21 de julio de 1960, que más que una reforma de la legalidad vigente hasta entonces, venía a suponer una ordenación *ex novo* de esta forma de propiedad, estableciendo un nuevo sistema con importantes repercusiones en cuanto a la publicidad registral inmobiliaria.

En efecto la Ley, que modifica el Código Civil y los arts. 8 y 107 de la Ley Hipotecaria, va a incorporar la floreciente propiedad urbana al Registro. Al permitir la inscripción separada de las fincas susceptibles de aprovechamiento independiente en las comunidades de propietarios, pisos, locales, garajes, trasteros, se da una necesaria publicidad a esta propiedad en expansión. Pero es que además la publicidad registral se ensancha aquí llegando a los estatutos de estas comunidades, al incluir en la inscripción del edificio matriz «...aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad», artículo 8, 4.º pfo. 2.º de la Ley Hipotecaria. ¿Y por qué no pensar que una futura reforma abarque la publicidad registral de las cuentas de estas comunidades?, de este modo se daría al tercero la posibilidad de un efectivo conocimiento oficial sobre la libertad o gravamen en los gastos de comunidad de las fincas que pretenden adquirir.

Dando un salto en el tiempo la más actual legislación acoge sin trabas los beneficios de la publicidad registral inmobiliaria, baste citar aquí dos reformas de la mayor trascendencia.

La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994 de 24 de noviembre, que modifica el artículo 2, 5º de la Ley Hipotecaria admitiendo la inscripción de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos sin ninguna limitación. Lamentar no obstante que el desarrollo reglamentario de esta disposición, Real Decreto 297/1996 de 23 de febrero, merezca a mi juicio una severa crítica, defraudando las expectativas creadas sobre la masiva incorporación de estos contratos a la publicidad registral, al imponer en todo caso una documentación notarial, artículo 2, que va a suponer una importante dificultad económica para la registración de estos títulos.

Por último citar el Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuyo articulado se refiere constantemente a la institución registral, acogiendo sin reservas la publicidad registral de las actuaciones

urbanísticas en el n.º 8 de su artículo 307, que tras un prolijo listado de actos que pueden ser inscritos, declara inscribibles también en el Registro de la Propiedad «cualquier acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución, modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas».

Estamos seguros que el Reglamento de aplicación de esta norma, pendiente aún de aprobación, mantendrá esta filosofía registral porque no debemos olvidar, artículo 285 del Decreto Legislativo de 12 de julio de 1990 de la Generalidad de Cataluña por el que se aprueba la refundición de los textos legales en materia urbanística, que «El Registro de la Propiedad, en su función de instrumento de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias, ha de reforzar la eficacia de los actos administrativos en materia de urbanismo y ser un medio idóneo de información y garantía de la actividad de la Administración».

La evolución legislativa nos muestra una publicidad registral asentada y ambiciosa que va ensanchando su ámbito más allá del estrictamente inmobiliario, si bien, para no desnaturalizar su función, por un lado mantiene alejado del Registro público el simple y mero hecho de poseer (art. 5 de la LH) aun reconociendo las presunciones posesorias que se derivan del dominio inscrito (arts. 35 y 38, 1.º de la LH), y por otro destaca el contenido económico de la institución no permitiendo la inscripción de los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles que no son susceptibles de tráfico jurídico.

Pero cualquier reforma legislativa devendría inútil en el orden hipotecario si la propiedad inmueble no accediese al Registro. Convencidos de la bondad de la reforma, de los beneficios que iba a reportar la registración de las fincas, la Comisión que elaboró la Ley Hipotecaria de 1861 llegó a declarar que toda nuestra propiedad inmueble accedería al Registro en el plazo de veinte años. Pero tales previsiones no llegaron a cumplirse. La Exposición de Motivos de la reforma hipotecaria de 1944 reconocía que una gran parte de la propiedad inmueble, un sesenta por ciento, no había sido aun registrada y por tanto abordó una profunda reforma de los medios inmatriculadores. Así iba a suprimir todos los medios inmatriculadores de posesión, reconociendo sólo dos medios de inmatricular fincas, siempre en dominio; el expediente de dominio, cuya tramitación se simplifica y facilita, y el documento público en los términos que establece el artículo 205 de la Ley. Por otro lado, para determinados bienes cuyo titular era una entidad pública, se reconocía virtualidad inmatriculadora a la certificación expedida por los funcionarios que los administran (art. 206 de la LH).

La corriente inscribitoria va a tomar su definitivo impulso en dos direcciones. En primer lugar, y para la contratación privada, por la reforma del artículo 298 del Reglamento Hipotecario por D. de 17 de marzo de 1959, que

va a desarrollar la inmatriculación por título público de adquisición extralimitándose en el desarrollo reglamentario del artículo 205 de la Ley, y facilitándola, en sus plazos y coste económico, de tal modo, que va a arrinconar en la práctica la vigencia de los expedientes judiciales y actas de notoriedad. En segundo lugar, y para la contratación administrativa, se empiezan a dictar normas fuera de la Legislación hipotecaria aplicables a distintos medios de inmatriculación. La lista de disposiciones legales (Ley de Montes, Reglamento de Expropiación Forzosa, Reglamento General de Recaudación, etc.) es muy extensa, y sería tedioso el repetirla aquí. Baste como ejemplo significativo, la cita del nuevo artículo 310, n.º 5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo que concede a los títulos en virtud de los cuales se inscriben los proyectos de compensación y reparcelación la facultad de inmatricular las fincas a que se refieren.

Incorporada la propiedad inmueble al Registro de la Propiedad, ensanchado el ámbito de las relaciones jurídicas inscribibles, todo el edificio hipotecario construido carecería de sentido si nuestra legislación no evolucionase significativamente hacia el fortalecimiento de los efectos de la publicidad registral.

Volveremos sobre esta fundamental cuestión en este mismo trabajo al estudiar la naturaleza de la publicidad registral inmobiliaria, pero no podemos sino adelantar aquí que cualquiera que sea la posición que adoptemos respecto de la eficacia de la publicidad registral inmobiliaria, ya intentemos ver en nuestro ordenamiento indicios de protección germánica o latina, ya militemos en las filas de la doctrina monista o la dualista, no podemos sino condenar y por ello desterrar la idea de que la publicidad registral tiene, frente a las relaciones jurídicas inmobiliarias que constituyen su objeto, una eficacia meramente declarativa, en el sentido de que nada añade a lo publicado.

Como señala ANTONIO MANZANO (7) «La publicidad eleva los derechos a un grado superior de legitimación, porque la protección jurídica de la apariencia que constituye el contenido registral, legalmente formado, supone necesariamente predicar de ese contenido unos efectos Jurídicos propios, inevitablemente superiores a los del derecho que no se ha acogido al control publicitario».

En definitiva, como es de esencia del carácter absoluto de los derechos reales el que puedan hacerse efectivos frente a todos, «erga omnes», esta oponibilidad la van a hacer efectiva las modernas legislaciones a través de la institución de la publicidad registral inmobiliaria que sustituye las antiguas formas de notoriedad. De ahí que al derecho inscrito los modernos

(7) ANTONIO MANZANO SOLANO *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios* Madrid, 1991. Tomo 1.

ordenamientos le atribuyan facultades de que carecía en su estado extrarregistral.

Los efectos jurídicos que cada sistema particular de publicidad va a atribuir al contenido inscrito, van a variar de acuerdo con la concepción que de la publicidad registral mantenga cada ordenamiento y serán objeto del capítulo siguiente. Baste ahora, para terminar esta primera parte de nuestro discurso, con poner de manifiesto en nuestro derecho una clara tendencia legislativa, que parte con la definición de los principios de legitimación y fe pública registral en la reforma de 1944, a reforzar los efectos de la inscripción.

Así la nueva redacción dada por el Real Decreto 1368/1992 de 13 de noviembre a la regla 2.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, ha venido a modificar sustancialmente el régimen de una de las más claras excepciones que se predicaban en nuestro derecho de la fe pública registral. Hasta la reforma, podía decirse que la publicidad registral no garantizaba plenamente los derechos de los terceros que, confiados en la solvencia que a sus deudores conferían los pronunciamientos registrales, habían prestado primero y anotado sus créditos después para realizarlos. Y ello porque relacionando el artículo 44 de la LH con el artículo 1.923, 4.º del Código Civil, resultaba que los créditos y actos dispositivos anteriores aunque no figuren inscritos o anotados en el Registro, afectan al anotante, de modo que en cuanto a los mismos no actúan los efectos enervadores de la fe pública registral.

La reforma al declarar que «cuando en virtud de procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ésta», no modifica, en cualquier caso no podía hacerlo por su rango, la norma civil sustantiva. Pero al permitir la cancelación de los asientos registrales del adquirente o titular de crédito preferente anterior, pero con inscripción o anotación retardada, obliga a éstos a acudir a la tercería de dominio primero o al juicio declarativo ordinario después para hacer valer la preferencia establecida por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, mientras que en el régimen anterior la inscripción, aun posterior, del adquirente de la finca iba a vetar el acceso registral de las adjudicaciones derivadas del procedimiento ejecutivo por el juego de los preceptos sustantivos citados en relación con el artículo 20 de la LH.

Ahora bien, todas estas reformas legislativas deben continuar en progreso de nuestro ordenamiento hipotecario. Merece severa crítica el alcance que a la retroacción de la quiebra frente a los terceros hipotecarios confirió la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958. La interpretación

que se dio entonces al artículo 878 del Código de Comercio, considerando como único interés digno de protección el de la masa de la quiebra con el efecto de la nulidad radical de las adquisiciones de terceros que reunían los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, nos parece inaceptable. En espera de las anunciadas reformas de las leyes de Suspensión de pagos y Quiebra, la moderna jurisprudencia ha reconocido la realidad registral. Así se ha considerado que la posible eficacia radical del artículo 878 es susceptible de ser interpretada como relativa cuando el tercero reúne todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (S. 12 de marzo de 1993), y que el artículo 34 tiene una virtualidad que no es dable desconocer frente a la retroacción de la quiebra, ya que establece la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (S. 20 de septiembre de 1993).

En un futuro inmediato la nueva Ley de Referencias Catastrales habrá de dar un decisivo paso en la coordinación del Registro de la Propiedad con la institución catastral. Una próxima reforma del Reglamento Hipotecario permitirá la cancelación de los libros registrales de menciones y cargas carentes de efectividad en la realidad jurídica extrarregistral, sin acudir a costosos y dilatorios procedimientos judiciales. Y la corriente inscribitoria se manifestará imparable.

Con nuestra propiedad inmobiliaria inscrita, identificada catastralmente y depurada de cargas y limitaciones, habrán desaparecido las razones que hasta ahora habían impedido al legislador dar el definitivo paso a la inscripción constitutiva.

Terminamos este capítulo alentando al legislador hacia una publicidad registral inmobiliaria de valor constitutivo. Suscribimos desde aquí las tesis en defensa de tal reforma, y sobre las que habremos de volver, que mantiene ANTONIO PAU (8), que tras citar autores del prestigio de LA RICA, «la libertad para poder prescindir del Registro es inconcebible y funesta... Equivale a entregar los intereses sociales y los del Estado, e incluso el buen orden jurídico a la irresponsable voluntad de los particulares. Es una concesión indefendible, anárquica, que sólo pudo basarse en la creencia de que todo lo relativo a la propiedad inmobiliaria era de exclusivo interés de los propietarios»; y a ROCA SASTRE «el Estado no puede desentenderse de adoptar, en los modos de adquirir la propiedad, el medio más adecuado a su naturaleza y a las exigencias actuales», aboga por la necesidad de la inscripción constitutiva en aras de una perfecta coincidencia entre la realidad y el Registro.

(8) ANTONIO PAU PEDRÓN: «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Número conmemorativo de los 50 años de la Reforma Hipotecaria de 1944. Madrid, 1995.

II. NATURALEZA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA

La mayor eficacia y energía que es esencia del dominio y demás derechos reales frente a las relaciones puramente obligacionales, hace que en su constitución las legislaciones hayan exigido ciertas formalidades externas, lo que se denomina «modo de adquirir», que faltan en la constitución de los derechos personales basados en el simple consentimiento que recogen los títulos o contratos. En esa sede, en el campo de las relaciones *inter partes* que caracteriza el contenido del vínculo obligacional, rige con plena eficacia normativa la autonomía de la voluntad.

Por el contrario, la misma esencia del derecho real hace inaceptable su relatividad. En efecto, es muy razonable, por su misma naturaleza y lo privado de su nacimiento, que el derecho personal sólo pueda exigirse y hacerse efectivo en la persona del obligado, pero para que cumplan su función los derechos reales deben ser absolutos, en el sentido de que puedan ejercitarse frente a todos (*erga omnes*). Ello supone su respeto y aceptación por toda la colectividad y hace por tanto necesaria su posibilidad de conocimiento.

Estos conceptos los sintetiza JERÓNIMO GONZÁLEZ (9), quien tras poner de relieve la distinción entre normas coactivas y dispositivas, según sean impuestas por la ley en forma absoluta y obligatoria o en forma hipotética y libre, señala como «... el derecho de obligaciones recibe preferentemente su vigor de la voluntad, mientras el de cosas se halla estereotipado en los cuerpos legales, en aquél la voluntad modifica y suple a la ley, en éste solo debiera admitirse su poder arbitrario en términos sumamente restringidos; en el uno entran en primera línea los intereses de acreedor y deudor, el negocio se desenvuelve *inter partes*, en el otro la sociedad entera se halla directamente interesada, el derecho absoluto se ejercita *erga omnes*».

Este esencial principio de orden público que rige en la constitución y desenvolvimiento de los derechos reales, hace que por un lado fuera exigible su perfecta configuración en la ley excluyendo los atípicos, y por otro que se les confiera por el ordenamiento la indispensable publicidad.

El Derecho germánico ha resuelto el problema delimitando perfectamente el número y contenido de los derechos reales inmobiliarios, tesis del «numerus clausus», e imponiendo su publicidad con carácter constitutivo. La seguridad jurídica en el orden inmobiliario se garantiza por un Registro de la Propiedad exacto e íntegro. Sobran entonces conceptos como el «adquisiciones a non domino» o de «protección de la apariencia», ya que no es que la realidad registral se imponga a la realidad jurídica que vive fuera del Registro, sino que coincide plenamente con ella.

(9) JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario*. Madrid, 1924.

Sin embargo en los que llamaremos sistemas latinos la publicidad registral inmobiliaria no ha llegado a convertirse en un «modo de adquirir» que sustituya a la tradición.

Sea cualquiera la técnica que se adopte lo cierto es que, como ya señalamos, la necesidad de publicidad se ha sentido en todos los ordenamientos, y si para los bienes muebles se ha considerado suficiente su desplazamiento posesorio, en materia inmobiliaria se ha satisfecho a través de un Registro Público, si bien atribuyendo distinta eficacia jurídica al contenido publicado.

1. PUBLICIDAD REGISTRAL; PUBLICIDAD LEGAL Y PUBLICIDAD FÁCTICA

Hasta aquí hemos sostenido la tesis siguiente: en el orden inmobiliario se hace imprescindible, por elementales razones de seguridad jurídica, una publicidad del dominio y demás derechos reales que la evolución legislativa ha satisfecho a través de la institución del Registro de la Propiedad.

No obstante, que la publicidad inmobiliaria haya de serlo exclusivamente registral no es un principio que debamos considerar absoluto. Y es que esa necesidad de conocimiento efectivo que es esencial para el desenvolvimiento de los derechos reales va a ser cumplida, excepcionalmente, por la ley y la buena fe, haciendo coexistir junto al principio general de publicidad registral inmobiliaria, una publicidad legal y una publicidad de hecho.

Así existen determinadas relaciones jurídicas que no necesitan ser inscritas para que puedan oponerse a terceros, y ello porque su publicidad deriva directamente de la ley.

Podemos citar como supuestos en nuestro derecho: los bienes de dominio y uso público y las servidumbres legales (art. 5 del Reglamento Hipotecario); los retractos legales, ya el de comuneros y colindantes que establece el Código Civil (arts. 1.521 y ss.), como los que regulan las Compilaciones forales; las prohibiciones de disponer o enajenar establecidas por la Ley, de las que existe un amplio repertorio en nuestra legislación civil y foral, que tienen plena eficacia jurídica como verdaderas limitaciones del dominio, sin necesidad de previa inscripción (art. 26, 1.º de la Ley Hipotecaria); y en Aragón el derecho expectante de viudedad en los términos que establece el artículo 76 de su Compilación.

El hecho de que en estos supuestos, de carácter excepcional, la publicidad legal se imponga a la registral, tiene su explicación en lo que se denomina «cognoscibilidad». No importa tanto el conocimiento efectivo de la norma, sino su posibilidad, y esto en materia de publicidad legal se consigue por la publicación de las mismas en Diarios oficiales como presupuesto de su entrada en vigor (art. 2, 1.º del Código Civil), del mismo modo que para la publicidad registral va a ser necesario la organización de la llamada publicidad

formal. Por ello la ignorancia de esa limitación legal no inscrita no debe impedir su obligado acatamiento (art. 6, 1.º del Código Civil).

No obstante, en mi criterio, el hecho de que se exceptúen de la inscripción bienes, derechos y limitaciones legales, no debe suponer su exclusión absoluta de la publicidad registral. De hecho cada vez es más frecuente su registración, debiendo interpretarse más bien como una dispensa que como una prohibición de inscripción, y en este sentido cabría dotar de una protección registral añadida al dominio público, a los bienes de la Iglesia Católica, y hacer más eficaces en el tráfico las prohibiciones legales.

Distinto sentido tiene lo que podríamos llamar publicidad fáctica o de hecho, que se basa en el principio de la buena fe en materia hipotecaria. En un ordenamiento inmobiliario como el español, en que no se ha dado el definitivo paso a la inscripción constitutiva, y en el que por regla general los derechos reales nacen con independencia del Registro, es lógico que se planteen supuestos en que la realidad jurídica no coincida con la verdad que proclama el Registro y que esa apariencia registral deba imponerse cediendo el derecho subjetivo ante el principio de seguridad jurídica. Pero se llegarían a consecuencias fraudulentas, y perniciosas para la institución, si no se exigiese la buena fe del que se ampara en la protección registral.

Y es que cuando existe una realidad extrarregistral, el conocimiento de la misma debe prevalecer ante la presunción de veracidad de los asientos registrales. Por ello es de alabar que aun cuando no se introdujo legalmente este requisito para gozar de los beneficios de la fe pública registral hasta la reforma hipotecaria de 1944, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo impuso desde la Sentencia de 11 de enero de 1895 hasta las más recientes (SS 8 y 12 de marzo de 1993).

También corresponde a nuestra jurisprudencia el mérito de fijar el concepto de buena fe en esta materia ante el silencio legal. La buena fe del adquirente supone en definitiva un desconocimiento de los vicios que pueden afectar al derecho del transferente legitimado registralmente y tiene, así SS de 3 de octubre y 22 de noviembre de 1963, un doble aspecto: en el positivo consiste en la creencia por parte del que pretende ampararse en la protección registral de que la persona de quien recibió la finca de que se trata era dueña de ella y podía transmitirle su dominio, y en su sentido negativo, se basa en la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes registrales o vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante.

Claro que si condicionásemos la protección registral a la demostración de la buena fe del que se ampara en ella, limitaríamos en gran medida la eficacia de la institución hasta hacerla prácticamente inservible. Al final las presunciones registrales cederían a la práctica de la prueba en los correspondientes juicios declarativos, porque la buena fe es una cuestión de hecho que debe apreciarse por los tribunales de instancia. Volveríamos así al Derecho Roma-

no en donde la soberanía del juez para apreciar las pruebas en juicio hacía innecesario, por ineficaz, un sistema publicitario.

Por ello la Ley, artículo 34 párrafo 2.º, parte de una presunción de buena fe, *iuris tantum*, del tercer adquirente: «la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro».

Pero cuando indubitadamente pueda demostrarse el conocimiento fáctico de una realidad reconocida por nuestro ordenamiento, aunque no se hubiese acogido a los beneficios de la publicidad registral, ésta debe imponerse al contenido publicado, en aras de un principio de justicia y sin perjuicio de la seguridad jurídica.

Una aplicación de esta publicidad de hecho nos la proporciona reiterada doctrina jurisprudencial en materia de servidumbres aparentes, oponibles a terceros sin necesidad de previa inscripción, porque su realidad parte de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos. Así, si los signos de una servidumbre son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior le atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, surtiendo efecto contra el adquirente del inmueble aunque no resulte del Registro la existencia de la misma (S. 21 diciembre 1970).

2. CONCEPTO DE PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA

Como ya vimos en la primera parte de esta exposición, la institución de la publicidad registral inmobiliaria es relativamente reciente en los modernos ordenamientos jurídicos y no nos resulta sencillo llegar a precisar su concepto.

Examinando la doctrina italiana, pionera en los intentos de elaboración de una teoría unitaria de la publicidad, y la moderna doctrina española que empieza a preocuparse por la confección de un concepto de publicidad registral que se echa de menos en nuestras leyes, podemos ir entresacando las notas distintivas de la institución.

Desde luego que tal concepto debe partir, siguiendo a PUGLIATTI, de la idea de difusión hacia terceros del contenido publicado. Esa difusión es la esencia del fenómeno publicitario. El ordenamiento positivo debe organizar una serie de mecanismos que posibiliten al público el conocimiento de aquellos hechos y actos de contenido jurídico que por su naturaleza deben ser objeto de publicidad. Y en esta línea CORRADO define la publicidad como «la declaración señalativa que proviene de órganos públicos y está dirigida a poner de manifiesto la existencia de hechos idóneos para producir modificaciones que pueden interesar a la generalidad de los ciudadanos».

Destacamos de esta doctrina general de la publicidad una serie de notas que nos van a ayudar en la elaboración de nuestro concepto de publicidad registral inmobiliaria.

En primer lugar, la exteriorización o difusión de lo publicado diferencia la publicidad de la forma. Las formalidades han estado siempre presentes desde el Derecho más antiguo en la constitución de los derechos reales. Como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria «los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público, y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble». Pero la forma es anterior a la publicidad y está llamada a crear derechos pero no a publicarlos. La forma no es publicidad en el sentido de que supone una exteriorización de la voluntad, ya verbal ya documental, que agota su contenido en la constitución y en su caso perfección de los derechos, pero no va más allá, no contribuye a asegurar el tráfico ni dota de una mayor eficacia al derecho ya constituido. Ya advertía ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL (10) la inexactitud que suponía confundir forma y publicidad; «Ordinariamente se concibe la forma como algo añadido al acto y exterior a él; como una envoltura que viene a cubrir la relación jurídica previamente creada, dotándola de nuevos efectos, de que sin ella carecería, y que suelen agruparse bajo la designación común de publicidad de la relación: algo que sin forma permanecería secreto entre las partes, y sólo entre ellas sería eficaz, al recibirla se hace público, puede ser debidamente probado, y llega a alcanzar la plenitud de sus efectos, incluso frente a las personas ajenas a la relación...», pero ello no es cierto porque, continúa el autor «... toda relación exige para poder constituirse una forma determinada, por sencilla que ésta sea, aunque se trate de una mera manifestación del consentimiento... porque no toda forma implica necesariamente publicidad... porque si bien la publicidad puede ser uno de los efectos de la forma, no es el único, ni siquiera el principal».

En definitiva que la forma tiene su campo en la prueba del acto o contrato, pero no refuerza su eficacia, en el sentido de que es la publicidad la que le hace oponible *erga omnes*.

La *traditio* es forma del negocio, y en nuestro derecho, artículo 609, 2.º del Código Civil, es forma constitutiva del efecto traslativo de la propiedad, pero ¿va dirigida la *traditio* a dar publicidad frente a todos a esta transmisión de la propiedad? Nada nos parece menos público que la tradición instrumental que regula el artículo 1.462, 2.º de nuestro Código, encerrado el documento público en el secreto del protocolo notarial, y de ahí que, reconozcamos abiertamente la dualidad legislativa entre propiedad inscrita y no inscrita que tan magistralmente expuso RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL en su discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid en 1962 (11), para con-

(10) ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL. *Instituciones de Derecho Hipotecario* Barcelona, 1956.

(11) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. «Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario». Del libro Homenaje a este Autor Tomo II. Madrid, 1976

venir con él en que el Código Civil, fiel al título y al modo, rige exclusivamente para la propiedad no inscrita y para la eficacia *inter partes*, y que la Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*: «... el título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas; ese derecho real, nacido sólo al amparo de la legislación civil, no será esgrimible, ni eficaz frente a un tercero que inscriba su título en el Registro, y por el contrario, con título e inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante... El mismo Código Civil acepta esta doctrina en su artículo 1.473 relativo a la doble venta».

En el tránsito a la inscripción constitutiva nos parece de gran valor la lógica, sencillez y claridad con que LA RICA expone su tesis desterrando de la doctrina el tópico de la inscripción meramente declarativa en nuestro derecho.

Por otra parte, otra nota tipificadora del concepto de publicidad, que es precisamente la que contribuye a definirla como registral, es que la difusión hacia los terceros de su contenido se organiza a través de órganos públicos, y así se explica el nacimiento del Registro de la Propiedad, como institución jurídica destinada a dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. El concepto de tal institución se recoge en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria que considera al Registro de la Propiedad como una institución en la que existen unos libros, en cuyos asientos bajo la salvaguardia de los tribunales, se inscriben y anotan los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles con los efectos establecidos en la Ley.

Junto a las notas examinadas, publicación de actos organizada a través de un Registro Público, JOSÉ MANUEL GARCÍA (12) contribuye en nuestra moderna doctrina a completar las notas que configuran el concepto de publicidad registral inmobiliaria.

Así señala que uno de los caracteres que matizan la difusión, esencia de la publicidad, es que se trata de una «exteriorización continuada»: «Esto quiere decir que no es intermitente ni esporádica. Se manifiesta en la publicidad resultante de los libros y asientos registrales, donde constan las titularidades en todo momento hasta que se produce su cancelación».

Esta nota nos permite distinguir la publicidad de la notificación. En efecto la notificación tiene un carácter limitado en el tiempo, da a conocer un acto jurídico durante un plazo determinado, y mientras la publicidad se dirige al tercero en general, la notificación tiene un destinatario determinado.

Sin embargo, aunque sea una institución típica de Derecho Procesal, la notificación tiene también su acomodo en nuestra legislación hipotecaria, sien-

(12) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* Tomo 1. Madrid, 1988

do complemento de la publicidad registral. Se venían citando, como supuestos de estas notificaciones en nuestro ordenamiento hipotecario, el de los edictos que se publican en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en los supuestos de inmatriculación por título público de adquisición (art. 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento), o aquellos otros que se fijan en los Juzgados con ocasión de determinados procedimientos judiciales regulados en la Ley Hipotecaria, tales como los expedientes de dominio y el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, pero la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal ha dado entrada a la notificación registral en el ámbito de la vía de apremio. Así por un lado el párrafo 2.º del artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al Registrador «... a comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado», y el artículo 1.490 de la misma Ley impone al Registrador una nueva obligación, pues al expedir certificaciones de titularidad y cargas en los procedimientos ejecutivos conforme al artículo 1.489 de la misma Ley, «... comunicará a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta, el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y la subasta de los bienes si les convinieren», artículo 1.490 párrafo 1.º.

Para descargar a los Juzgados de determinadas funciones no esencialmente jurisdiccionales, en aras de conseguir una más rápida y eficaz Administración de Justicia, se traslada la notificación a la institución registral con carácter general con los importantes efectos que en cuanto a la purga de cargas establece el artículo 175, 2.º del Reglamento Hipotecario.

Junto a esta nota de «exteriorización continuada», JOSÉ MANUEL GARCÍA matiza el concepto de publicidad registral; por un lado definiendo su objeto: «la exteriorización de situaciones jurídicas relativas a la propiedad y derechos reales sobre inmuebles», su finalidad: «producir una cognoscibilidad general», y su eficacia: «produce efectos jurídicos sustantivos sobre el contenido publicado».

Por ello podemos, con el citado autor, dar la siguiente definición de publicidad registral inmobiliaria; «la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general «erga omnes» con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada».

De estos caracteres quiero destacar: la ampliación del objeto de la publicidad registral en el ámbito de los Registros jurídicos a la que ya he tenido ocasión de referirme, el concepto de cognoscibilidad legal del que trataremos en la última parte de este trabajo relativa a la publicidad formal, y la eficacia de la publicidad registral sobre las situaciones inscritas, pasando a continuación a examinar en nuestro derecho, y en la legislación comparada, los diferentes efectos que cada sistema de publicidad asigna a su contenido.

3. EFECTOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA

Es incuestionable que una de las notas que caracterizan el concepto de publicidad registral inmobiliaria es el conferir un valor añadido al contenido publicado. Para ANTONIO MANZANO (13) es, sin lugar a dudas, la nota más importante del concepto: «La publicidad, por sí misma, produce consecuencias de Derecho material, efectos jurídicos, que derivan directamente del hecho publicitario y no del negocio o derechos publicados, pues, de no tener éstos acceso a la vida registral, aquellos efectos jurídicos no se van a producir nunca».

Cuando aparecen los sistemas registrales, superando las etapas de clandestinidad en las diferentes fases de la evolución del Derecho romano y germánico, no es para regular una institución pública, el Registro de la Propiedad, con fines meramente publicitarios, sino para otorgar eficacia sustantiva a las relaciones jurídico inmobiliarias inscritas. Y precisamente el desarrollo de estos sistemas hipotecarios demuestra una clara tendencia legislativa a reforzar la energía que la publicidad registral despliega. De hecho las recomendaciones del Banco Mundial, en orden a la financiación privilegiada de los países en vías de desarrollo, imponen la existencia en estos ordenamientos jurídicos de un sistema registral basado en la existencia de un Registro Jurídico (que denomina también «Catastro legal»), que coexiste con los Registros Físico y Fiscal, y que a diferencia de estos últimos no se debe limitar al archivo de los Títulos, sino que debería ser un Registro de derechos con eficacia sustantiva.

En mi opinión, no existen actualmente sistemas registrales que limiten la eficacia de esta publicidad a la mera declaración de los actos y derechos publicados. La publicidad registral, no nos cansamos de repetirlo, no puede ser meramente «declarativa». Como señala ANGEL SANZ (14) «inscripción declarativa es aquella que se limita a recoger los elementos jurídicos que dan vida al derecho real sin añadirles un valor especial por sí misma. El derecho real nace y existe fuera del Registro, y las inscripciones que en éste se practican se refieren a derechos reales ya existentes, careciendo de toda eficacia para el nacimiento, existencia y validez del mismo». Este concepto desnaturaliza la publicidad registral, porque es de esencia en esta institución el desarrollar una eficacia sustantiva que mejore la condición del derecho publicado. Precisamente por ello se impone un control de legalidad, la calificación registral, que permita que sólo los actos válidos y jurídicamente perfectos sean objeto de inscripción y desplieguen su plena eficacia en la vida jurídica.

(13) ANTONIO MANZANO SOLANO. Obra citada.

(14) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario* Tomo I. Madrid, 1947.

Por ello todos los sistemas jurídicos, y trataremos de demostrarlo más adelante, atribuyen a la inscripción cierta eficacia, sin que podamos estar de acuerdo con determinados autores que al comentar la legislación vigente en países como Bélgica o Italia, consideran que la institución registral satisface fines de mera publicidad.

Tampoco queremos aquí defender que la fuerza de la publicidad registral llegue a hacer de ésta un valor absoluto y único elemento en la constitución de los derechos reales. De hecho legislaciones germánicas (Sajonia, Hamburgo, Lubeck y Mecklemburgo) otorgaron a la publicidad ese valor constitutivo absoluto, y no sólo frente a terceros sino también con respecto de las partes. Pero el Código Civil alemán limitó esta orientación al exigir la concurrencia de otro elemento, el acuerdo abstracto, que junto a la inscripción debía concurrir en el proceso de creación de estos derechos, y el Código Civil suizo dio un paso más al conciliar el efecto constitutivo de la publicidad registral con la exigencia de un título causal.

Lo que queremos defender es el hecho de que en todos los sistemas legislativos modernos se regula la publicidad inmobiliaria a través de la institución registral, y que esta publicidad registral tiende por su propia esencia a atribuir eficacia material al objeto publicado.

Pero como quiera que esta eficacia es diferente en los distintos ordenamientos jurídicos, la doctrina, tanto la española como extranjera, ha elaborado numerosas clasificaciones de los sistemas hipotecarios.

Así la publicidad puede estar organizada tomando como sujeto de la misma a la persona o como base a las fincas. En los sistemas de publicidad personal los datos están materialmente centralizados alrededor del nombre de los titulares del derecho, mientras que la publicidad real se articula alrededor de los inmuebles y será tanto más eficaz cuanto mejor identificados se encuentren éstos. Pero esta forma de organización de la publicidad registral, en muchos casos mixta, que ofrece el Derecho comparado, no nos interesa aquí tanto como el distinguir los diferentes sistemas según cual sea la eficacia que atribuyan a la publicidad registral.

Considero que la sencillez y claridad exige aquí el estructurar la clasificación en dos grupos de legislaciones, distinguiendo aquellas en que la publicidad registral tiene un valor constitutivo en la existencia de los derechos, de aquellas otras en que esta publicidad desarrolla sus efectos frente a terceros protegiéndoles en el tráfico jurídico al hacerles inoponibles titularidades y cargas no publicadas. En las primeras los derechos reales nacen con la publicidad registral, la inscripción es parte en el proceso hacia su constitución; en las segundas la publicidad registral tiene un contenido básicamente negativo en el sentido de que no está dirigida a crear derechos, ni siquiera a presumir válidos sus contenidos, sino a hacer que no existan en perjuicio de tercero los actos no publicados.

Sin poder entrar ahora a examinar las distintas legislaciones, sí conviene hacer una breve referencia a las leyes vigentes porque, en definitiva, al ser la publicidad registral una construcción legislativa, el examen del derecho extranjero nos va a servir para matizar los efectos de la publicidad registral en nuestro ordenamiento inmobiliario.

Así dentro del primer grupo, ordenamientos que confieren a la publicidad registral un valor constitutivo, podemos señalar:

— En Alemania el parágrafo 873 del BGB que establece «Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la modificación del derecho y la inscripción de éste en el Registro, en tanto la ley no prescriba otra cosa».

— En Suiza el artículo 971, 1.º del Código Civil determina que «Todo derecho cuya constitución se halla legalmente subordinada a una inscripción en el Registro no existe como derecho real más que cuando la inscripción se realiza».

— En Austria el artículo 431 del ABGB dice «Para la adquisición de la propiedad inmueble tiene que inscribirse el negocio de adquisición en los libros públicos, determinados a este efecto».

— En la antigua URSS el artículo 135 del Código Civil de 1922 exigía la inscripción en el Registro para que pudiese surgir la propiedad privada.

— En Brasil el artículo 530 del Código Civil de 1916 establece como modo de adquisición de la propiedad inmueble «... la transcripción del título de transferencia en el Registro de Inmuebles».

— Las legislaciones anglosajonas, dentro de las peculiaridades de su sistema legal, también destacan el valor de la publicidad registral. Así, en Australia, en el llamado sistema de Acta Torrens, la inscripción tiene un valor constitutivo, y en Inglaterra la Ley de Registros de Inmuebles de 1925 ofreció el mecanismo registral para garantizar la contratación privada en el orden inmobiliario, con importantes efectos que van más allá de la simple inoponibilidad de lo no registrado, apreciándose una clara influencia del sistema australiano.

Dentro del segundo grupo de legislaciones citaremos:

— Francia, donde la transmisión consensual de la propiedad que recogió el artículo 1.583 del Código Civil de Napoleón de 1804, fue objeto de las más duras críticas, hasta que la publicidad inmobiliaria se organiza por la ley de 1855, reformada un siglo después, para hacer inoponibles los títulos registrales frente a aquellos que no tuvieron acceso al Registro.

— Portugal donde el artículo 4.º del Código de Registro Predial de 1984 establece que «Los actos sujetos a registros, aunque no registrados, pueden ser invocados entre las propias partes o sus herederos», con excepción de la

hipoteca, cuya eficacia, aun entre las propias partes, depende de la publicidad registral.

— Italia con un sistema parecido al anterior, ya que mientras la hipoteca «... se constituye mediante inscripción en el Registro Inmobiliario», artículo 2.808 del Código Civil, la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles se constituyen por el simple consentimiento, pudiendo ser objeto de «transcripción» en el Registro inmobiliario. Pero la publicidad registral para que estos actos sean oponibles a terceros hace que la doctrina entienda sus efectos más allá de los meramente declarativos, atribuyendo a su publicidad registral una cierta función constitutiva.

— Argentina donde el artículo 2.505 del Código Civil establece que «la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles... no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas».

Dentro de este grupo de legislaciones señalamos las de Venezuela, México, Nicaragua, Chile, Puerto Rico, todas con especiales efectos dentro de esta filosofía de inoponibilidad de lo no registrado frente a lo inscrito, y cuyo conocimiento nos ha venido dado en los diferentes Congresos Internacionales de Derecho Registral.

Por último señalar cómo en Estados Unidos de América el sistema de publicidad registral más generalizado es el denominado de «recording», registro de documentos, que convive en algunos estados con el sistema australiano del Acta Torrens, y que tiene como finalidad básica el de que los terceros puedan llegar a conocer a través del Registro la titularidad de su transmitente, dependiendo la eficacia en el tráfico de determinados actos de su registración. Es en este sistema donde la eficacia de la publicidad registral es más limitada, aproximándose más al concepto de «publicidad noticia» que al de «publicidad efecto», y por ello, por la deficiente regulación de la institución, el sistema se completa y encarece a través de los seguros de títulos que emiten las compañías del ramo. Se hace evidente la necesidad de una profunda reforma de este sistema registral, pues en ningún caso las compañías de seguros pueden llenar los fines de seguridad del tráfico jurídico que satisface la institución registral.

En realidad al examinar la legislación norteamericana apreciamos la falta de un verdadero sistema registral, porque no cabe hablar de publicidad registral inmobiliaria cuando ésta carece de efectos. Nos resistimos en efecto a encuadrar el sistema de *recording* dentro del segundo grupo de legislaciones porque, habida cuenta de los numerosos casos de adquirentes que no inscriben su derecho, la jurisprudencia de los Estados, estudiada por ANTONIO MORO (15) en su importante estudio sobre los sistemas registrales inmobilia-

(15) ANTONIO MORO SERRANO: *Los Sistemas Registrales Inmobiliarios en los Estados Unidos*, Madrid, 1986.

rios en los Estados Unidos, se ha visto obligada a introducir serias limitaciones al principio general de inoponibilidad de los contratos no inscritos frente a los inscritos. En este estado de la situación la práctica jurídica norteamericana ha acudido a mecanismos complementarios para la tutela de los derechos inscritos ante la poca fiabilidad de la mal organizada publicidad registral. Estos mecanismos se basan en informes de abogados especializados, una vez consultados los archivos registrales en cuanto a titularidad y cargas, que suministran un confidencial informe sobre la conveniencia o no de adquirir el derecho de que se trate. Pero ante la insuficiencia de tales dictámenes el sistema que ha venido a sustituir al registral, con un coste económico considerablemente mayor y sin las suficientes garantías de protección del tráfico jurídico, ha sido el de la suscripción de pólizas por las compañías de seguros. Un profundo conocedor de esta legislación, como es PUIG BRUTAU, pone de relieve que las compañías aseguradoras operan en este sistema a base de un cálculo matemático del riesgo, con independencia de lo que resulta de la titulación. No se asegura la calidad del título, sino el riesgo que corre el asegurado.

Ante una publicidad registral defectuosa en su objeto y organización, y carente de los efectos sustantivos que predica su esencia, el sistema de seguros ha venido a reemplazar en la realidad jurídica norteamericana la carencia de un verdadero sistema registral. Pero este costoso procedimiento de asegurar los títulos, al ser insuficiente para llenar los fines cautelares y de seguridad jurídica que satisface la publicidad registral en el orden inmobiliario, debe ser objeto de la más severa crítica y sólo me cabe opinar que han sido los intereses económicos de las compañías aseguradoras los que han evitado la implantación de un verdadero sistema registral en las legislaciones federales.

La introducción por la reforma hipotecaria en nuestro país de la publicidad registral inmobiliaria, ha hecho que en nuestra legislación, en frase de NÚÑEZ LAGOS, no se conciba para el comprador de un inmueble otro seguro que no sea el de incendios.

En la primera parte de este discurso señalamos cómo la radical innovación que para nuestro derecho supuso la introducción de la publicidad registral por la Ley de 1861, inició una tendencia legislativa y aun jurisprudencial en orden a mejorar la organización de la institución y a reforzar la eficacia de sus efectos, pero esta evolución debe todavía consumarse.

En un principio, la influencia del Derecho alemán y especialmente del prusiano en la primera Ley Hipotecaria, nos llevaría a la eficacia constitutiva de la publicidad registral y este fue el sentido de la base 52 del proyecto de la Comisión General de Codificación de 1843. Pero esta eficacia fue limitada exclusivamente frente a terceros en los sucesivos proyectos que ya estudiamos hasta su formulación legal en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y el artículo 606 de nuestro Código Civil.

Nuestra vigente Ley Hipotecaria de 1944 consolida la publicidad registral fijando los principios de legitimación y fe pública registral, pero sus preceptos en orden a la eficacia de nuestra publicidad registral, han sido interpretados de forma muy diferente por nuestros autores.

Así se ha querido ver en preceptos como el artículo 32, o el mas específico artículo 13, un sistema latino de protección que hace inoponibles los títulos no inscritos frente a terceros que cumplan el exclusivo requisito de haber inscrito sus derechos, y que encuadraría a nuestro sistema dentro de este tipo de legislaciones.

Pero es que la protección registral se completa con la introducción, de claro contenido germánico, de la fe pública registral. En base a este principio, artículo 34 de la Ley, el tercero que reúna determinados requisitos va a mantener una posición inatacable, aunque tal privilegio tenga su causa en la apariencia registral y no concuerde con la realidad jurídica extrarregistral.

Por otro lado la Ley y el Código Civil dotaron a la publicidad registral de fuerza constitutiva en materia de hipoteca, donde la falta de contacto posesorio de esta garantía real iba a ser suplida por la inscripción en el Registro de la Propiedad, pero se mantuvo la tradición con eficacia constitutiva en el proceso de formación del dominio de los demás derechos reales sobre inmuebles.

Nos encontramos así, por un lado con una dualidad legislativa en esta materia, normas de la Ley Hipotecaria y del Código Civil que no es fácil conciliar, y por otro con diferentes sistemas de protección a terceros dentro de la norma estrictamente hipotecaria, todo lo cual contribuye a que nuestra doctrina científica adopte las más variadas tesis sobre la eficacia sustantiva de la publicidad registral inmobiliaria en nuestro ordenamiento.

En un extremo los autores partiendo de que la inscripción por regla general no es constitutiva, incluso hay quien niega tal efecto a la publicidad registral del derecho de hipoteca, dotan a la inscripción de una eficacia meramente declarativa, en el otro, y esta tendencia nos parece mucho más respetuosa con el concepto que hemos defendido de la publicidad registral, consideran que la inscripción en nuestro régimen hipotecario tiene una cierta eficacia constitutiva.

Nos parece mucho más interesante referirnos a esta última posición doctrinal que representa en definitiva la forma más razonable de entender la publicidad registral inmobiliaria en nuestra vigente legislación.

Así está claro que la publicidad registral va a jugar un papel fundamental en los casos de adquisiciones *a non domino* eficaces por la fe pública del Registro cuando se cumplen los presupuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque

después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». Aquí la generalidad de nuestra doctrina, y la jurisprudencia, reconoce un cierto valor constitutivo de la publicidad registral que juega en dos momentos: con anterioridad a la adquisición del derecho, ya que posibilita al futuro adquirente la información necesaria sobre quien tiene el poder de disposición sobre el mismo, sin que se imponga una obligación o necesidad de consulta de la publicidad registral para que ésta despliegue sus efectos; en un segundo momento, ya que al inscribir el derecho adquirido, la publicidad registral mejora su condición, convirtiéndole en absoluto al ser oponible *erga omnes*, y dotándole de una posición inatacable.

Como ha reconocido la Sentencia 7 diciembre 1987 lo que la publicidad registral pregona con presunción «iuris et de iure» es que para el tercero «... el Registro ... es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad».

Pero es que además, en la tesis ya aludida de LA RICA (16), la publicidad registral va a tener un efecto general constitutivo tratándose de propiedad que previamente se halla registrada: «en nuestro sistema la inscripción corona o cierra el ciclo de la constitución eficaz del derecho real y en este sentido la inscripción es un factor constitutivo complementario del título y de la tradición».

En esta línea MANUEL VILLARES PICÓ, que había publicado privadamente en Palencia antes de la reforma de 1944 un divulgador trabajo sobre los efectos de la inscripción en nuestro ordenamiento, se atreve (17) a predicar de la inscripción una eficacia constitutiva, no sólo en los supuestos de hipoteca, arrendamiento y de opción, sino siempre en cuanto a tercero en la adquisición del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles. «... para el tercero su único modo de adquirir la propiedad inmueble es la inscripción, y por ello ésta resulta para él constitutiva, y en este sentido, y así entendido el valor de la inscripción, huelgan todas las sutilezas que se esgrimen al interpretar el artículo 1.473 del Código, diciendo si tiene o no el transferente en la segunda venta, facultad dispositiva, en el caso de que en la primera haya mediado la tradición real o ficta, como se dice en la Sentencia del Supremo de 1 de junio de 1948, cuando lo que sucede realmente es el caso de doble venta y se inscriba una o en caso de títulos opuestos sobre un mismo derecho, es que se ponen en juego dos modos de adquirir, uno relativo y otro absoluto, estando éste en grado preferente para la adquisición. Si hay colisión, la Ley Hipotecaria y el Código Civil establecen categóricamente que la transmisión inscrita excluye a la no inscrita, y no hay necesidad de mirar si en el otor-

(16) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. Obra citada.

(17) MANUEL VILLARES PICÓ: «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 252, Madrid Mayo 1949.

gamiento del título que se inscribió hubo efecto traslacional u obligacional, porque para la adquisición basta que sea título, ya que el modo lo es la inscripción... En fin que en estos casos de títulos incompatibles no es que haya ni que deje de haber efecto traslacional para el segundo titular o para el titular que inscriba, sino que, lo que sucede es que hay la pena de nulidad o de ineficacia para el que no inscribió, y el premio de la eficacia para el que inscribe; la inscripción hizo cumplir la condición resolutoria a que está afecta la adquisición no inscrita».

Recientemente, JOSÉ MANUEL GARCÍA (18) tras desterrar el tópico de la inscripción declarativa y señalar los supuestos de eficacia constitutiva de la publicidad registral, adopta una posición que si bien intenta ser más conciliadora con las tesis civilistas, en cuanto que reconoce que los derechos reales nacen antes de ser objeto de publicidad registral, sin embargo al reconocer a ésta una eficacia conformadora de la plena eficacia del derecho real, en cuanto le hace oponible frente a todos, llega a conclusiones muy similares a las de LA RICA y VILLARES PICÓ; «... mantenemos que, aunque la inscripción en nuestro sistema no es constitutiva por regla general, viene a ser constitutiva respecto a terceros, en el sentido de que para tales terceros tiene un efecto de «constitutividad» si han inscrito su título, y correlativamente, para los terceros que no han inscrito el derecho real, no está perfecta y plenamente constituido».

De la cita de doctrina tan autorizada, del panorama legislativo que intente trazar en la primera parte de esta obra, se manifiesta la firme postura de este autor en el sentido de que toda interpretación de los textos legales vigentes lo ha de ser para reforzar la eficacia de la publicidad registral en el tráfico jurídico inmobiliario. Esto debe ser así porque los fines de la publicidad registral inmobiliaria, fines básicos en el progreso económico, social y jurídico de cualquier nación, no llegarían jamás a cumplirse si negásemos a la institución la eficacia material y sustantiva que necesita para lograr sus trascendentales objetivos: la seguridad jurídica, la fijeza de la propiedad territorial, el fomento del crédito hipotecario, la evitación de pleitos y litigios en materia inmobiliaria.

Claro que en el estado actual de nuestra legislación, no podemos sino reconocer que ello supone el que el Registro, frente a terceros, imponga una apariencia que no se ha de corresponder con la realidad extrarregistral reconocida por nuestro Código Civil que ampara la libertad de los particulares a la hora de exteriorizar su voluntad negocial y de acudir a la institución registral. Y esto siempre es perturbador, porque de lo que se trata no es de que el Registro prevalezca frente a la realidad, sino de que coincida con ésta, y esto sólo es posible cuando nuestras leyes establezcan con carácter general, *inter partes* y frente a terceros, el valor constitutivo de la publicidad registral.

(18) JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. Obra citada

Con ocasión de la conmemoración de los cincuenta años de la reforma hipotecaria de 1944, ANTONIO PAU ha vuelto a recordar la necesidad de esta reforma, destacando las consecuencias negativas que se derivan de la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral: «1. Queda mermada la utilidad social del Registro. 2. Queda indeterminado, respecto de terceros, el momento en que se producen los cambios de propiedad. 3. Mantiene irresoluble el problema de la base física de los asientos registrales».

Por eso pedimos desde este foro, a nuestros legisladores las necesarias reformas, a nuestros jueces, que, mientras tanto, sigan reconociendo en sus decisiones el valor intrínseco de la publicidad registral inmobiliaria en detrimento de formas y formalidades, y a nuestros registradores que defiendan a ultranza su calificación para impedir que accedan a la protección registral actos nulos y anulables.

No me cabe duda de que ello contribuirá al progreso económico y jurídico de nuestra nación, nuestra propiedad inmueble quedará definitivamente establecida y nuestro crédito hipotecario recibiría un definitivo impulso para llegar, como en los países de nuestro entorno comunitario, a representar un 36 por ciento del Producto Interior Bruto, frente al 18 por ciento que ha supuesto para España en el año 1995 según los datos suministrados por los ministerios de Economía y Justicia de nuestro país.

III. FORMA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL INMOBILIARIA

Para que puedan consumarse los efectos sustantivos que hemos predicado de la publicidad registral inmobiliaria, se hace necesario el establecimiento de los mecanismos legales que posibiliten que el contenido publicado pueda ser conocido por todos. Como señala JERÓNIMO GONZÁLEZ (19), «los fines sociales jurídicos que la fe pública del Registro persigue, no se alcanzarían si no se estableciera para hacer efectiva la notoriedad de las inscripciones, una reglamentación adecuada, adjetiva en cierto modo, que permita a los interesados conocer, sin grandes investigaciones ni gastos, las oficinas donde han de recibir las noticias que buscan y enterarse del contenido de los asientos que puedan afectarles».

Es una publicidad formal, en el sentido de que no va a producir efectos jurídicos materiales, ya que la eficacia de la publicidad registral es independiente de la efectiva consulta de los libros registrales, pues no existe necesidad ni obligación de conocimiento. Ahora bien, si bien no existe en nuestra legislación hipotecaria una norma que presuma el conocimiento del contenido publicado, norma que en cambio sí estableció en sede de Registro

(19) JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ. *Principios Hipotecarios*

mercantil el artículo 2.º, del Reglamento de 14 de diciembre de 1956 que disponía «se presume que el contenido de los libros del registro es conocido por todos...», si en cambio rige el principio, que también establecía el precepto antes citado, de «... no podrá invocarse su ignorancia». En definitiva, que nadie va a poder prevalerse de no haber tenido conocimiento de una inscripción practicada en el Registro (así art. 970, 3.º del Código Civil suizo), y por ello, por la misma razón que al determinar nuestro Código Civil que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6, 1.º) posibilita su conocimiento preceptuando la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado (art. 2.º), se deben articular los procedimientos que permitan que los contenidos publicados sean accesibles al público, con las debidas garantías, el adecuado coste y en el plazo más breve posible.

Para posibilitar el necesario conocimiento de los derechos inmobiliarios inscritos, nuestra Ley Hipotecaria organizó la institución en torno a las fincas, siguiendo los principios de folio real y especialidad. En base al primero el Registro de la Propiedad se llevará abriendo un folio a cada finca en el libro correspondiente, asignando a cada finca un número diferente y correlativo, y practicando todos los asientos relativos a esta finca en dicha hoja sin dejar claros entre los asientos (arts. 8, párrafo 1.º y 243 de la Ley Hipotecaria). Como consecuencia del segundo, para que los derechos reales limitativos, los de garantía y en general cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan (art. 13 de la Ley Hipotecaria).

Por otro lado se estableció una competencia territorial, de modo que la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos a derechos reales sobre inmuebles, deberían hacerse en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles (actual art. 1, 2.º de la Ley). La Exposición de Motivos de la ley consideró en este punto que lo principal era «... la facilidad de los que hayan de hacer las inscripciones. Alejar los registros de los que han de acudir a ellos, equivale frecuentemente, y con especialidad cuando es corto el valor de las fincas, a hacerlos inaccesibles». Se respetaba así la competencia territorial de los antiguos oficios de hipotecas que se mandaron establecer «donde hubiera cabeza de jurisdicción».

Se desestimó el concepto de «oficina única», basado en la mejor inspección de las oficinas e idoneidad del personal que las sirve, cuando menor sea su número, filosofía que inspiró el sistema del Acta Torrens implantado en Australia.

Por otro lado, en estas oficinas, la publicidad formal se realizaba por la exhibición de los Registros a las personas con interés en consultarlos o por certificación expedida por los Registradores, únicos documentos con que puede acreditarse en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o de los derechos reales.

Sin embargo determinados conceptos como el de interés legítimo, competencia exclusivamente territorial a la hora de manifestar la publicidad registral, y el tiempo y forma de la misma, estimo que han de ser objeto de revisión al no haberse adaptado a las nuevas necesidades que impone el actual tráfico jurídico inmobiliario.

1. PUBLICIDAD DE LOS REGISTROS: EL «INTERÉS CONOCIDO»

Desde la primera Ley Hipotecaria se viene exigiendo en nuestro ordenamiento un interés conocido para el acceso a la publicidad registral. Así lo establecía el artículo 279 «Los Registros serán públicos para los que tengan interés conocido...» y el artículo 280 «Los Registradores pondrán de manifiesto los registros en la parte necesaria a las personas que a su juicio tengan interés en consultarlos...».

La Exposición de Motivos empleó el término «interés legítimo» justificando la exigencia para evitar «... pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito».

No obstante la cuestión no se presentaba pacífica. BIENVENIDO OLIVER (20) pone de manifiesto los debates que en la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Ley Hipotecaria de 1857 suscitó esta limitación del acceso a la publicidad registral: «El ponente Sr. Cárdenas propuso la redacción de un artículo concebido en los siguientes términos: Los Registros serán públicos para todos, y en su consecuencia se pondrán de manifiesto a las personas que quieran consultarlos. Después de un amplio debate, en el que tomaron parte todos los Vocales, el Presidente sometió a la deliberación la siguiente proposición: ¿Se admitirá la publicidad absoluta de los Registros, o se limitará a los interesados? Puesta a votación quedó desechada la primera parte y aprobada la segunda por cuatro votos contra tres que fueron los Sres. Cárdenas, García Gallardo y Acevedo. Formaron la mayoría el Presidente y los Sres. Ibarra, Laserna y Bayarri».

Por otro lado en la Comisión encargada de la elaboración de las Leyes Hipotecarias de Cuba y Puerto Rico se transcribieron los preceptos citados de la ley española, pero suprimiendo las palabras «a su juicio» para prevenir las arbitrariedades que pudieran cometerse, aunque después en el Reglamento se les facultase a los Registradores para negar la manifestación, posiblemente porque se copiase el artículo 226 del Reglamento de la Península sin apreciar la discordancia.

(20) BIENVENIDO OLIVER ESTELLER: *Derecho Inmobiliario Español*. Madrid, 1892.

Ante esta limitación legal, los primeros y muy autorizados comentaristas de nuestra ley, Sres. GALINDO y ESCOSURA (21), criticaron el sistema «porque el hecho de acudir al Registro demuestra que hay interés en saber el estado de la finca... nos parece preferible la declaración de publicidad de los Registros sin limitación alguna», y la Dirección General de los Registros, en Resolución de 20 de abril de 1876, limita la calificación de los Registradores en esta materia, que sólo estaban autorizados para apreciar el interés de personas y corporaciones, pero no el de los jueces que dirigen el correspondiente mandamiento.

Las sucesivas reformas hipotecarias, hasta el actual artículo 221 de la Ley vigente, siguieron manteniendo esta exigencia, estableciendo un recurso de queja ante el órgano judicial competente contra la decisión del Registrador de desestimar el interés conocido, cuya decisión puede a su vez recurrirse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 228 de la Ley Hipotecaria).

Si bien es cierto que la publicidad absoluta no me parece un criterio defendible, de hecho limitaciones de la misma se encuentran en casi todas las modernas legislaciones (así parágrafo 12 de la GBO alemana y artículo 970 del Código Civil suizo), sí me parece criticable lo ambiguo de la técnica legislativa. Como señala BUENAVENTURA CAMY (22) «la frase «quienes tengan interés conocido», introduce un elemento repudiable, timorato, casi farisaico, que no ha sido causa del desprestigio de la institución debido a la laxitud de su interpretación... el interés en la consulta nunca podrá ser ilegítimo, pues a lo sumo podrá darse ese calificativo a la finalidad remota a la que la consulta pueda ir dirigida... hay que hacer desaparecer esa exigencia».

Y en este sentido, hay que precisar que como quiera que la Ley exige exclusivamente un «interés conocido» bastaría que los Registradores manifestasen sus libros indiscriminadamente pero estableciendo el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros, de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples. Y esto tampoco parece conveniente.

En realidad la limitación de la publicidad debe centrarse más que en el interés, en la finalidad de la consulta. Como establece la Resolución Circular de la DGRN de 12 de junio de 1985 «... se considera carentes de interés legítimo a aquellos que a juicio del Registrador pretenden acceder a la información contenida en los libros del Registro con la finalidad de comercializar

(21) LEÓN GALINDO Y DE VERA, RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*. Madrid, 1880.

(22) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Pamplona, 1982.

por cualquier procedimiento la propia información obtenida». Es evidente que la publicidad registral no es susceptible de tráfico jurídico, de ahí que, como se advierte en el Protocolo de colaboración entre la Agencia de Protección de Datos y el Colegio de Registradores de 3 de noviembre de 1994, «los riesgos de manipulación de la información que la publicidad registral contiene se patentizan, de forma directa, en los supuestos de peticiones en masa de información». En estos casos se impone un tratamiento profesional de la información que requiere el análisis de la personalidad del solicitante y recomienda la petición de un escrito firmado que lo identifique y exprese la causa de su petición. Se debe evitar la formación de archivos paralelos, algo que va contra todas las disposiciones legales, porque la publicidad registral por su misma esencia debe ser suministrada por los órganos estatales, y no es algo que esté en el comercio de los particulares.

Una segunda limitación en este campo, impuesta por otro lado por disposiciones como la Ley orgánica 5/1992 de 29 de octubre sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, 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, es que se debe restringir la publicidad registral a los datos puramente económicos o patrimoniales, sin que quepa manifestar datos como domicilios, incapacidades y en general lo que podríamos denominar «datos sensibles».

Pero con estas precisiones, del mismo modo que he venido a lo largo de este discurso pidiendo para nuestro ordenamiento un Registro de la Propiedad exacto e íntegro, también es necesario que el Registro sea público.

Es más, debemos citar aquí, la importante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de junio de 1994, que ante la denegación de publicidad del patrimonio de un conocido político al ser la petición de información de carácter periodístico, y pedirse para un fin distinto de aquel para el que se creó la institución registral (la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el fomento del crédito territorial) viene a revocar no sólo la decisión del Registrador, sino la Resolución de la DGRN que confirmó la calificación registral, y ello porque «... la función social que caracteriza actualmente a la propiedad hace que ésta no sea ya un asunto privado que pertenezca al área estricta de la intimidad protegida por el artículo 18 de la Constitución, y esto con más sentido hay que afirmarlo en relación con los altos cargos, cuyos intereses no son asuntos privados como se deduce del Real Decreto 220/90 por el que se establece el Registro de intereses de Altos Cargos».

La exigencia del «interés conocido» entra así en colisión con el derecho de información, derecho que ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional con prevalencia frente a los derechos de la personalidad, de ahí que debería tenderse, para un mejor funcionamiento de la publicidad formal, a

una presunción de este interés, y ser objeto de calificación la falta del mismo. Esta es la filosofía de la importante Instrucción de 5 de febrero de 1987 de la DGRN sobre Publicidad en los Registros de la Propiedad que señala que «... el Registrador podrá dispensar de la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento (entidades y organismos públicos, entidades financieras, profesionales del Derecho, detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demás profesionales que desempeñen actividades similares)».

Este sentir que para la publicidad del Registro de la Propiedad he manifestado, lo ha sabido recoger en la última reforma el legislador mercantil: «El Registro Mercantil es público y corresponde al Registrador Mercantil el tratamiento profesional del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado. Los Registradores Mercantiles calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de las normas vigentes, en las solicitudes de publicidad en masa o que afecten a los datos personales reseñados en los asientos». Artículo 12, 1.º y 3.º del Reglamento de Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996 de 19 de julio.

Idéntica filosofía ha inspirado la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de octubre de 1996, que tras definir los principios por los que ha de regirse la publicidad registral: publicidad directa, publicidad jurídica y protección de datos de carácter personal, establece la prohibición, a efectos de publicidad e información, del acceso directo, por cualquier medio, físico o telemático, a los archivos registrales. Además su artículo 14 impone a los Registradores la obligación de un tratamiento profesional de la publicidad formal, lo cual excluye la manifestación de los datos carentes de trascendencia jurídica e implica que la publicidad formal se exprese con claridad y sencillez, haciendo constar en todo caso el valor jurídico de la información.

2. MANIFESTACIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL POR EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS O POR NOTA SIMPLE INFORMATIVA

En los antiguos Oficios de Hipoteca no se contemplaba la posibilidad de consulta directa de sus libros por los particulares. Así la Pragmática de Carlos III de 1768, a la que ya hemos hecho referencia, si bien admitía la consulta a los particulares, «petición extrajudicial», ésta debería despacharse por escrito, ya «simplemente o por certificación autorizada».

Sin embargo nuestra Ley no respetó aquí el precedente de las Contadurías y articuló la publicidad de los Registros a través de dos medios de conocimiento: la manifestación de los libros del Registro (art. 280 de la Ley y 226 de su Reglamento), y la expedición de certificaciones por los registradores competentes.

La vigente legislación sigue posibilitando la exhibición de los libros (art. 222 de la LH), pero regulando su ejercicio de forma restrictiva: los libros no podrán sacarse de la respectiva oficina (art. 222 LH), los libros no se pondrán de manifiesto sino durante el tiempo que el Registrador no los necesite para el servicio de la oficina (art. 333 RH), el particular a quien se le exhiba cuidará bajo su responsabilidad, de la conservación e integridad del libro que examine y no podrá copiar los asientos ni exigir de la oficina otro auxilio que el de la propia manifestación (art. 334 RH).

Estas limitaciones nos parecen convenientes. Primero, porque la conservación de los libros exige tomar las necesarias precauciones para evitar su daño o manipulación, y en este sentido la Resolución de 4 de abril de 1979 de la DGRN establece que el Registrador podrá sustituir la exhibición de los nuevos libros de hojas móviles del Registro por fotocopia de las hojas correspondientes, sustitución que se estimula por la Resolución de 26 de agosto de 1986. Segundo, porque el tratamiento profesional de la publicidad formal exige un control de estas manifestaciones, para evitar su copia literal, que atentaría contra el contenido económico de la publicidad, y su deficiente interpretación cuando la consulta no la realizan profesionales cualificados.

En este sentido es de destacar lo dispuesto en el apartado 5.º de la Instrucción de 5 de febrero de 1987 de la DGRN. Esta norma, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 332, 2.º del RH, establece que será el Registrador en cada caso quien determine la forma de manifestación, pudiendo denegar la exhibición del libro y expedir la correspondiente nota simple. Y para los casos de carácter excepcional en que concurren especiales circunstancias que justifiquen la exhibición de los libros, ésta deberá realizarse preferentemente «por fotocopia de los folios que se deseen consultar, que será retirada por el Registrador después de la consulta».

Y la reciente Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996 en su artículo 13 prohíbe el acceso directo a los Archivos de los Registradores de la Propiedad, que responderán de su custodia, integridad y conservación.

El tratamiento profesional de la publicidad formal reconduce la manifestación del Registro a la expedición de la llamada «nota simple informativa». Este medio de publicidad del que encontramos precedentes en la legislación comparada, en los oficios de hipotecas y en la propia legislación notarial que autoriza a los notarios a la expedición de «copias simples sin garantía por la transcripción» (art. 250 del Reglamento Notarial), no fue sin embargo establecido por la legislación hipotecaria sino hasta la reforma del

Reglamento de 1947, cuyo artículo 334 en su párrafo segundo disponía que «a instancia de parte legítima y a título de manifestación, por escrito, sin garantía, los Registradores podrán facilitar nota simple informativa de los asientos del Registro o de los datos que consten en los mismos».

Sin embargo el uso había impuesto en la práctica registral, aun sin precepto legal o reglamentario en que basarse, la expedición por las oficinas de estas notas informativas. En efecto; la consulta directa de los libros era inútil para los particulares que desconocían la mecánica del Registro y que no podían exigir ningún auxilio al Registrador para su interpretación; era excesiva para los Notarios que deberían personarse en las Oficinas para recabar los datos de titularidad y cargas necesarios para redactar sus escrituras; y no era operativa para la práctica bancaria que no podía basar sus préstamos en meras referencias verbales de los consultantes y que por otro lado no podía esperar los plazos legales que dilataban la expedición de las correspondientes certificaciones.

De ahí que la reforma vino a consagrar una publicidad formal de hecho, que se consolidó legislativamente con la nueva redacción del artículo 332 del Reglamento Hipotecario en su modificación de 17 de marzo de 1959: «La manifestación del Registro... podrá hacerse... por nota simple informativa, sin garantía y en virtud de petición verbal o escrita del interesado que indique claramente las fincas o derechos cuyo estado pretende averiguar» .

No obstante hemos de destacar aquí el vacío legal en que se encuentra este medio de publicidad. No existen normas legales ni reglamentarias que delimiten su contenido, eficacia, su forma y su plazo de expedición, todo lo cual es muy criticable ya que la evolución económica del país determina cada vez mayores requerimientos de este tipo de publicidad en nuestro Registro.

En cuanto al contenido de estas «notas informativas», parece evidente que su carácter legal de «simple», nos lleva a considerar que deben reflejar en extracto el historial de contenido jurídico y económico de la finca, lo cual concuerda con la línea general de publicidad en relación que rige en sede de certificaciones (art. 336, 2.º del RH), y con la norma reglamentaria que prohíbe copiar los asientos exhibidos (art. 334 RH). Por ello merece nuestra crítica la Instrucción de la DGRN de 12 de junio de 1985, refrendada por la Resolución de 27 de agosto de 1986, al permitir que la nota simple informativa consistiese en «fotocopia de los asientos a que se refiere la manifestación». Y ello aunque este carácter general de expedición de notas simples por fotocopia, se modalizase en la Instrucción de Sentencia de febrero de 1987 que restringió el uso de la fotocopia a supuestos excepcionales «... cuando por la claridad gráfica y de conceptos de folio u hoja, la comprensión del asiento o asientos no planteen dificultad», exigiendo además que en las fotocopias se advirtiese del valor «meramente informativo» de este medio de publicidad.

Todo ello no nos parece suficiente, aun más cuando la citada Instrucción permite con carácter general que las fotocopias complementen las notas simples expedidas en relación por los Registros. La fotocopia debe desaparecer de la publicidad formal de los Registros, la prohibición legal no se debe hacer esperar, y en este sentido quiero recoger las conclusiones sentadas por la Comisión Nacional de Informática del Colegio de Registradores que indica los siguientes argumentos que deben llevar a la prohibición de la fotocopia como medio de publicidad formal: «a) Es la negación evidente del tratamiento profesional, por parte del Registrador, de la publicidad formal, pues, a menudo, requiere de un intérprete ajeno al Registro para su comprensión; en tal sentido puede afirmarse que es la no publicidad; b) No justifica el precio de la información; c) Puede atentar al derecho a la intimidad de las personas; d) La propia Dirección General, instauradora de esa forma de publicidad, dio marcha atrás en la Instrucción de 5 de febrero de 1987».

La nota simple debe por tanto ser una manifestación por escrito del contenido de los asientos registrales, especificando de forma simple, en relación, la titularidad y cargas de las fincas o derechos que constituyan su objeto.

En cuanto a su forma, estimaba LA RICA (23) comentando la reforma reglamentaria, y ante la falta de regulación, que «... deberán extenderse en papel común y no precisan la firma del Registrador... será conveniente, sin embargo, para darles carácter oficial, es decir, para justificar su procedencia, sellarlas con el del Registro. Y también parece, a mi juicio, requisito muy recomendable el de consignar la fecha de su extensión, para evitar equívocos o usos indebidos, a lo que se prestaría su empleo después de transcurrido tiempo desde su expedición, cuando ha podido ya cambiar el estado jurídico de los inmuebles o derechos a que se contraigan». Este sentir lo recogió la DGRN en sus tantas veces citada Instrucción de Sentencia de febrero de 1987, al determinar que «En todo caso, las notas expresarán el número de hojas y la fecha en que se expiden, y llevarán el sello del Registro».

Pero si podemos estar de acuerdo con la Instrucción en cuanto a la forma que debe revestir la «nota simple informativa», nos parece lamentable que, en cuanto a su plazo de expedición, se limite a recomendar que ésta se efectúe «... en el plazo más breve posible, que no excederá en ningún caso del establecido en el artículo 236 de la Ley Hipotecaria». Y es que el límite al que se remite la Dirección, cuatro días por finca o derecho, me parece intolerable por cuanto, de ningún modo, se acomoda a los actuales requerimientos sociales y económicos sobre publicidad registral. La publicidad registral en tiempo real es una urgencia social a la que debe atender, sin dilación, la reforma de nuestra legislación hipotecaria. Actualmente el tratamiento informatizado de

(23) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1948.

los datos de índices de fincas y personas con fines publicitarios, habrá de hacer posible esta exigencia en los modernos Registros de la Propiedad de nuestro país.

Por último debemos tratar de la eficacia de este medio de publicidad. El artículo 332 de nuestro Reglamento Hipotecario determina que la nota se expide «sin garantía». El sentido del precepto es contraponer su valor al de las certificaciones, que son el único medio de publicidad que acredita frente a tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles y derechos reales inscritos (art. 225 de la LH).

Es evidente que ninguna Oficina pública puede actuar sin responsabilidad por sus errores, pero lo que quiere decir la norma aquí es que la nota, como simple manifestación por escrito del contenido del Registro, no tiene eficacia jurídica, y por ello su expedición no conlleva los efectos sustantivos que genera la expedición de una certificación. Así la expedición de una nota simple no va a tener el reflejo registral que se reserva a las certificaciones: su petición, que ni siquiera ha de constar por escrito, no es objeto de presentación en el Libro Diario ni se hace constar en ningún caso al margen de los asientos a que se refiere. Ni goza tampoco de la fuerza cancelatoria de menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, eficacia que a la expedición de certificaciones atribuye el n.º 3 del artículo 353 del Reglamento Hipotecario.

De ahí que no podamos estar en absoluto de acuerdo con cierta doctrina, y cierta práctica registral, que atribuye a las informaciones que ha de remitir el Registrador al Notario como requisito previo al otorgamiento de determinadas escrituras (art. 175 Reglamento Notarial), la naturaleza de la nota simple informativa. Estas informaciones son auténticas certificaciones, si bien con especiales notas en cuanto a su contenido, forma, plazo y efectos, y en esta sede han sido recogidas en el artículo 354 del Reglamento Hipotecario.

3. PUBLICIDAD INMOBILIARIA POR CERTIFICACIÓN REGISTRAL

Cuando los contenidos publicados en los asientos registrales se quieren hacer valer en perjuicio de tercero, no basta la simple manifestación del Registro de la que hemos tratado en el capítulo anterior, sino que es necesario que el Registrador, bajo su responsabilidad, expida un documento fehaciente que acredite frente a terceros la titularidad de una finca, su libertad o gravamen, el hecho de estar o no inmatriculada, en su caso que la hipoteca que se trata de ejecutar judicialmente está vigente y sin cancelar. Este documento público es la certificación registral, único medio de acreditar los contenidos

registrales frente a terceros (art. 225 de la Ley Hipotecaria que era el artículo 283 en su primitiva redacción).

Hay que precisar que estos efectos que se atribuyen a la certificación derivan de ser reflejo de los asientos registrales, cuyo cotejo legitima el Registrador con su firma. Por ello cuando las certificaciones no fuesen conformes con los asientos de referencia, se estará a lo que de éstos resulte, así artículo 226 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1.220 párrafo 2.º del Código Civil, sin perjuicio de que los perjudicados por tal error puedan dirigirse contra el Registrador responsable para resarcir los daños y perjuicios ocasionados (responsabilidad civil que expresamente recoge el art. 296, 5.º de la LH). Esta limitación de los efectos de la certificación registral no se contemplaba sin embargo en el Proyecto de Código Civil de 1836, cuyo artículo 1.785 disponía que el nuevo poseedor que registre o anote su título y pida certificación al encargado del Registro, si ésta es negativa de cargas, queda libre de las mismas, aunque consten en el mismo y salva siempre la responsabilidad del encargado del Registro.

La ley exige para su expedición, a diferencia de la petición verbal en los casos de manifestación registral, instancia escrita de los interesados y en su caso mandamiento judicial, debiéndose expresar con claridad en ambos casos la especie de certificación, los datos e indicaciones que basten para dar a conocer al Registrador los bienes o personas de que se trate y el período de tiempo a que la certificación deba contraerse (art. 229 LH).

Los documentos judiciales y administrativos solicitando certificación han de presentarse en el Libro Diario, y también las solicitudes de los particulares si éstos lo solicitan, el Registrador lo estima procedente y en cualquier caso si van a provocar algún asiento registral (art. 416, párrafo 3.º del RH en relación con el art. 420, 1.º del mismo texto legal). En este último supuesto hay que tener en cuenta que al certificar la libertad o gravamen de las fincas inscritas, el Registrador calificará bajo su responsabilidad determinadas cargas y limitaciones que, aun con reflejo registral, hayan caducado y deban cancelarse con arreglo a la legislación hipotecaria, y que por tanto no hará constar en la certificación debiendo cancelarlas por nota marginal (353, 3.º del RH), pero como quiera que al presentarse la solicitud no va a ser posible saber si se van a producir o no estas cancelaciones, estimamos que la presentación de las instancias debería hacerse en todo caso.

Particular referencia debe hacerse a la expedición de certificaciones de cargas en procedimientos ejecutivos, en cuyo caso el Registrador deberá hacer constar por nota marginal el hecho de haberse expedido la certificación, su fecha y el procedimiento a que se refiere (así para el ejecutivo ordinario art. 143 párrafo 2.º del RH en relación con el art. 1.489 de la LEC, y para el procedimiento judicial sumario regla 4.ª del art. 131 de la LH). Este asiento registral supone un aviso a los posibles terceros de la existencia del procedi-

miento y de que terminado el mismo pueden ser cancelados los asientos posteriores con carácter general. Pero es que además la reforma de la Ley Procesal por Ley 10/1992 de 30 de abril, obliga a los Registradores, nueva redacción del artículo 1.490 LEC, a comunicar a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta, el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes, si les conviniera. Se trata en fin de auténticas notificaciones procesales hipotecarias a las que ya hemos aludido al matizar el concepto de publicidad registral.

Conviene destacar, aunque es algo implícito en toda la regulación legal, que los Registradores de la Propiedad son los únicos funcionarios que tienen facultad de certificar lo que resulte de los libros del Registro. Así lo estableció el Reglamento Hipotecario, artículo 335, en la reforma de 1947. Antes la Real Orden de 6 de enero de 1883, en vista del expediente instruido por la queja formulada por un Registrador de la Propiedad contra el Juez del Partido que se había constituido en el Registro para sacar testimonio de diferentes asientos, hubo de declarar improcedente que los Escribanos sacasen testimonio de los asientos, a no estimarlo necesario y ordenarlo el Juez o Tribunal, cuando se ventile la nulidad o falsedad de los mismos o de las certificaciones. En definitiva, y así lo volvió a reiterar la Resolución de 4 de julio de 1930, que los Registradores son los únicos funcionarios provistos de la fe pública registral.

En otro orden de cosas el Real Decreto de 25 de mayo de 1983 atribuyó a los Registradores una función informadora verbal en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten.

Se aprecia perfectamente en estas normas la doble naturaleza de la función registral: como funcionarios públicos los Registradores de la Propiedad son los únicos investidos de fe pública registral, como profesionales del derecho deben realizar una labor de asesoramiento inmobiliario en el ámbito de su competencia territorial.

Las certificaciones pueden referirse a determinados contenidos registrales. Además de los casos de certificaciones especiales, introducidos por las últimas reformas hipotecarias, la Ley desde su primera redacción venía estableciendo distintas clasificaciones. Así, criterio del artículo 223, las certificaciones pueden serlo de asientos de todas clases que existan en el Registro relativos a bienes o a personas que señalen los interesados, de asientos determinados o de no existir asientos de ninguna clase sobre ciertos bienes o a nombre de ciertas personas. Según el tiempo a que se extiendan, pueden abarcar un período determinado o todo el tiempo transcurrido desde la primitiva instalación del Registro de la Propiedad (art. 224 de la LH). Por su

objeto, pueden serlo de asientos vigentes o de asientos extinguidos (art. 234 LH), de asientos del Registro o de documentos que los Registradores conserven en su archivo (art. 342 del RH), y de asientos de los libros de inscripciones o del Libro Diario (art. 231 LH).

Por su forma las certificaciones pueden ser literales o en relación según se pidieren: las literales comprenderán íntegramente los asientos a que se refieran, las certificaciones en relación expresarán todas las circunstancias que los asientos contuvieren, necesarias para su validez, las cargas que a la sazón pesen sobre el inmueble o derecho inscrito y cualquier otro punto que el interesado señale o juzgue importante el Registrador (art. 232 de la LH).

La Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1975 autorizó el uso de la xerocopia, o cualquier otro medio mecánico de reproducción, en la expedición de las certificaciones literales, dictando normas para preservar su autenticidad.

En determinados supuestos la ley exige que la certificación que se expida sea literal; así en el procedimiento judicial sumario, regla 4.^a del artículo 131, o en el expediente de liberación de cargas, regla 2.^a del artículo 210. Pero fuera de estos casos el Reglamento Hipotecario presume, artículo 336, 2.º, que la certificación ha de expedirse en relación si no expresa la clase solicitada. Esta regla interpretativa, que procede de la reforma de 1947, se hacía necesaria al haberse suprimido en el Reglamento de 1915 el antiguo artículo 233 del Reglamento de 1870 que establecía la regla contraria; había de presumirse que la certificación se solicitaba de forma literal. No sólo estamos de acuerdo con la reforma, pues la certificación literal va en contra del tratamiento profesional de la publicidad en cuanto no exige una interpretación por parte del Registrador, sino que consideramos que es aquí donde el Registrador debe extremar su calificación a la hora de determinar el «interés conocido» del solicitante, pues este tipo de certificaciones, al volcar todo el contenido de los asientos, puede abarcar «datos sensibles» sin contenido económico alguno y atentar contra el derecho a la intimidad de los titulares registrales.

En cuanto al plazo para la expedición de certificaciones, la Ley no distingue entre los diferentes tipos, limitándose a recomendar a los Registradores que las expidan en el más breve plazo de tiempo posible «pero sin que éste pueda exceder nunca del correspondiente a cuatro días por cada finca, cuyas inscripciones, libertad o gravámenes se trate de acreditar» (art. 236 LH). Aquí la crítica al precepto no puede ser tan radical como en el caso de la expedición de notas simples. La expedición de la certificación conlleva un proceso que empieza con la presentación de la solicitud en el Libro Diario y que requiere el cotejo por parte del Registrador de los asientos que se interesen (art. 233 de la LH), con la consiguiente calificación en cuanto a la libertad o gravamen de las cargas de las fincas o derechos que se vayan a certificar y en su caso realización de determinadas operaciones registrales y notificaciones procesales.

Aquí por tanto la urgencia económica no debe ser tal que apremie la calificación registral. Sin embargo, para que la publicidad formal no pierda su sentido, es necesario no agotar plazos cuando las certificaciones comprendan varias fincas, y en cualquier caso evitar que el solicitante, defraudado en su espera, acuda al recurso de queja que prevé el artículo 228 de la Ley Hipotecaria, o solicite a los Registradores la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por una certificación librada fuera de plazo (art. 296, n.º 5 de la LH).

4. CERTIFICACIONES REGISTRALES ESPECIALES

Las certificaciones, por razón de su objeto, forma o período al que se contraen, pueden ser de diversas clases dependiendo del contenido de la solicitud del peticionario.

Por otra parte la legislación hipotecaria va a imponer a los Registradores de la Propiedad la emisión de determinadas informaciones sobre los contenidos publicados, que por razón de su forma y eficacia, gozan a mi entender del carácter de certificación de carácter especial.

Así, además de las notificaciones procesales a las que nos hemos referido anteriormente, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de abril de 1992 impuso al Registrador la necesidad de comunicar a los órganos judiciales la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado (art. 1.453 párrafo 2.º). Este precepto, que generaliza en el ámbito del procedimiento ejecutivo la norma que ya existía en la Ley de Procedimiento Laboral, se va a desarrollar en el párrafo 3.º del artículo 143 del Reglamento Hipotecario que establece que «Los asientos ulteriores a la anotación de un embargo que, en cumplimiento de lo dispuesto en las Leyes, el Registrador debe comunicar al órgano que la ordenó practicar serán los que produzcan la cancelación de la anotación o disminuyan el derecho embargado, así como los practicados en virtud de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos concursales». Aquí la publicidad registral se dinamiza imponiendo al Registrador una labor de información continuada al órgano judicial, previa su calificación de todo aquello que pudiera disminuir la efectividad cautelar de la anotación de embargo que practicó, y sin limitación temporal.

En esta línea de potenciar la labor informadora del Registrador, la reforma del Reglamento Hipotecario de 13 de noviembre de 1992 añadió un párrafo, el tercero, al artículo 434 en los siguientes términos: «Si del Registro resultan cargas o limitaciones anteriores distintas de las expresadas en el título despachado, se hará constar en la nota de despacho el solo dato de que son distintas o de que resultan otras cargas o limitaciones, sin más precisiones; si consta la expedición de la certificación de cargas prevista en el ar-

título 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la nota de despacho se hará relación circunstanciada del procedimiento o procedimientos para los que se expidió la certificación».

Esta información, tan necesaria para la seguridad del tráfico jurídico y que usualmente venía siendo realizada por los Registradores antes de la imposición reglamentaria, es una auténtica certificación pues publica el contenido del Registro bajo la fe del Registrador, las notas de despacho de los documentos deben ir firmadas por el Registrador (434, 5.º RH), si bien de carácter especial por razón de su objeto y forma: la información se refiere exclusivamente al estado de cargas de las fincas o derechos inscritos, y debe limitarse a hacer constar la discordancia del Registro con lo manifestado en el título, salvo el caso particular de que las fincas estuviesen gravadas con anotaciones de embargo con nota marginal de expedición de certificación de cargas, en cuyo caso debe expresamente advertirse al nuevo titular registral del procedimiento para que pueda personarse en autos a los oportunos efectos.

En realidad las certificaciones que llamaremos «especiales», tipificadas así por la reforma reglamentaria llevada a cabo por Real Decreto 21 de diciembre de 1983 que introdujo un epígrafe con esta denominación en el Reglamento Hipotecario, lo van a ser por razón de quién puede solicitarlas, su particular contenido, efectos, plazo de expedición y necesidad por parte del Registro de una actuación activa de información.

Bajo esta denominación la reforma citada incorporó a los tradicionales medios de publicidad formal por certificación, las que iban a tener un carácter continuado (art. 354) y las que añadían un informe del Registrador (art. 355), y como modalidades de las anteriores, la información continuada sin previa certificación (prevista en el apartado 9.º del art. 354), y el informe sin certificación previa (contemplado en el apartado 1.º del art. 355). Además la importante reforma del artículo 354 llevada a cabo por Real Decreto 2537/1994 establece una particular certificación con información continuada dentro del ámbito de la colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

El preámbulo del Real Decreto de 1983 consideraba «conveniente potenciar la función del Registrador, por un lado adoptando sistemas en los que la publicidad registral traiga consigo una actuación activa de información por parte del registro, lo que indudablemente supone una mayor comodidad para el destinatario de la publicidad registral y por otro aprovechando el carácter de profesional del Derecho del Registrador para la emisión de informes explicativos de la situación registral de las fincas o derechos inscritos».

Para satisfacer la primera necesidad se regula la certificación con información continuada en el artículo 354 del Reglamento Hipotecario caracterizándola con las siguientes notas.

Se restringe la legitimación para solicitar estas certificaciones, ya que «... sólo podrá ser pedida por los titulares registrales de derechos sobre la finca a que la certificación se refiere, sus cónyuges o sus legítimos representantes».

Se establece una forma especial de petición, pues las solicitudes deberán presentarse «... por duplicado y expresarán necesariamente: a) El carácter de certificación con información continuada. b) El domicilio donde deban recibirse las notificaciones. c) Si la notificación ha de hacerse telegráficamente o por correo certificado», debiendo presentarse siempre dichas solicitudes en el Libro Diario, y pudiendo solicitarse por correo, en cuyo caso será requisito imprescindible la legitimación notarial de la firma del solicitante.

Por otro lado su objeto se determina específicamente pues «... no podrán comprender más de una finca o derecho ni tener por objeto una finca no inmatriculada».

Y en cuanto a sus efectos, se impone al Registrador una actuación activa de información, por cuanto una vez expedida la certificación, el Registrador deberá notificar los asientos de presentación que afecten a la finca de que se trate y se practiquen desde su expedición hasta transcurridos los treinta días naturales siguientes.

Si bien este tipo de certificación no tiene un plazo especial para su expedición, sí se establece que la información continuada ha de efectuarse en tiempo real, ya que el Registrador deberá expedir la notificación correspondiente de todo asiento de presentación que afecte a la finca objeto de certificación «... antes de que transcurra el día hábil siguiente», debiendo hacerlo por telégrafo o por correo certificado, según se haya solicitado, considerándose en todo caso bien hecha si se hiciere personalmente al destinatario bajo recibo de éste.

Cabe también solicitar la información continuada sin necesidad de expedir certificación, a petición del solicitante que declara a estos efectos su conocimiento de la situación registral. En este supuesto no se emitirá la certificación, y la información, con el contenido, forma, plazos y efectos ya señalados, se hará constar por diligencia a continuación del duplicado de la solicitud que quede en el Registro.

Merece particular consideración un supuesto especial de certificación con información continuada introducido por el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, al añadir el apartado a) al artículo 354 del Reglamento Hipotecario, y que tuvo sus precedentes en el Real Decreto 1558/1992 y la Orden del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 1993 que vino a derogar.

Las citadas normas trataban de estrechar las relaciones entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para garantizar la seguridad del tráfico jurídico, constante preocupación del legislador, y que se intenta conseguir mediante la potenciación de la publicidad registral.

Es indudable, establecía el Preámbulo del primer Decreto, la conveniencia de que las escrituras públicas de enajenación o gravamen de bienes inmuebles reflejen la verdadera situación registral existente en el momento del otorgamiento de aquellas, y por ello se modifica el artículo 175 del Reglamento Notarial imponiendo al Notario la obligación de solicitar del Registro de la Propiedad competente la «información adecuada» antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre los mismos. De esta obligación sólo se le dispensa cuando se trate de actos de liberalidad, cuando el transmitente del bien o constituyente del derecho sea una entidad de derecho público, cualesquiera que fueran su ámbito y naturaleza, y en los casos de renuncia de los adquirentes del bien o beneficiarios del derecho pero siempre que, además, se haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y el Notario estime suficientemente justificada la urgencia alegada y no tenga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente.

Una vez solicitada al Registro la información el Notario deberá otorgar la escritura dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción de la «información registral»; a instancia de la parte interesada remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o 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; y deberá dejar a disposición del adquirente dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, copia de cualquier escritura que contenga actos susceptibles de inscripción en el Registro (art. 249 del Reglamento Notarial).

Esta «información registral» que el Registrador va a expedir a petición notarial, tiene a mi juicio el carácter de auténtica certificación. Me sorprende que nuestra doctrina científica, así JOSÉ MARÍA CHICO (24) y ANTONIO PAU (25), configuren esta información como una «nota simple con información continuada», y que en muchos Registros se haya generalizado la práctica de expedir estas informaciones sin las debidas garantías, en cuanto a cotejo y firma del Registrador, que la certificación conlleva.

Lo cierto es que la naturaleza de certificación registral, de este tipo de información, viene dada cualquiera que sea la interpretación de la norma a que acudamos. Desde un punto de vista sistemático; porque se introduce por el legislador dentro del epígrafe «certificaciones especiales» y en particular dentro de la regulación que el artículo 354 del Reglamento Hipotecario establece de la certificación con información continuada. Desde el punto de vista

(24) JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ: *Estudios de Derecho Hipotecario* Madrid, 1994.

(25) ANTONIO PAU PEDRÓN: *Manual de Derecho Registral Inmobiliario* Madrid, 1996.

histórico; pues si en la Orden de 2 de agosto de 1993 se recogía expresamente el carácter de «nota simple informativa» de este tipo de información, a lo largo de su articulado (arts. 1.º, 4.º, 8.º), esta norma ha venido a ser derogada, y en el Real Decreto de 29 diciembre de 1994 que la sustituye desaparece dicho concepto para ser sustituido por el de «información registral» (la expresión «nota» recogida en el apartado 2.º de la letra a) del art. 354 no tiene un sentido jurídico sino material). Y por último, desde un punto de vista lógico, ya que como vamos a ver a continuación, a esta información registral se le atribuyen unos efectos que desnaturalizan la esencia de la nota simple informativa.

Siendo por tanto certificación, su carácter especial viene configurado por una serie de notas.

En cuanto a su legitimación, deben ser los Notarios los que soliciten este tipo de certificaciones, debiendo hacerlo por escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax, conteniendo la solicitud además del nombre del Notario, su domicilio y número de telefax, la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales y situación conocida de cargas, o bien solamente reseña identificadora. La información podrá ser solicitada sin expresión de plazo o para un día determinado dentro de los quince naturales siguientes al de la petición (n.º 1.º, 3.º y 4.º del art. 175 del Reglamento Notarial).

Por lo que se refiere a su objeto, la norma es amplia, pudiendo referirse a una o varias fincas, y abarcando la información la descripción, titularidad, cargas, gravámenes y limitaciones de las fincas registrales pedidas (art. 175 3.º del RN y 354 a) del RH). El Reglamento Hipotecario delimita un contenido especial para este tipo de información: «... se transcribirá la descripción de la finca si sus datos variasen respecto de los de la solicitud de información del Notario y se relacionarán su titular y, sintéticamente, los datos esenciales de las cargas vivas que le afecten; deberá comprender no sólo los datos del folio registral de la finca a la que la solicitud se refiera y el contenido de los asientos de presentación concernientes a ella practicados en el libro diario antes de la remisión, sino también las solicitudes de información respecto de la misma finca recibidas de otros notarios, pendientes de contestación o remitidas en los diez días naturales anteriores».

En cuanto a sus efectos, son los propios de una certificación en lo que respecta a terceros. La información la formaliza el Registrador «... bajo su responsabilidad», y requiere el previo examen de los Libros por parte del Registrador que va a calificar el estado de cargas de las fincas interesadas, haciendo constar exclusivamente en su información «... las cargas vivas». Es decir, y a diferencia de la nota simple, el Registrador no va a hacer constar todos aquellos derechos que deban cancelarse, o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la legislación hipotecaria.

Además se impone al Registrador una obligación activa de información, impensable en la nota simple: «El Registrador, dentro de los nueve días naturales siguientes al de remisión de la información, deberá comunicar también al Notario, en el mismo día en que se haya producido, la circunstancia de haberse presentado en el Diario otro u otros títulos que afecten o modifique la información inicial. Idéntica obligación incumbe al Registrador respecto de las solicitudes posteriores de información registral relativas a la misma finca y que, procedentes de otros Notarios, reciba en el plazo indicado».

Por último se establece un plazo especial para su expedición «El Registrador remitirá la información en el plazo más breve posible y siempre dentro de los tres días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud. En el caso de que el número de fincas de las que se pida información o la especial complejidad del historial registral de la finca haga imposible el cumplimiento del citado plazo, el Registrador comunicará al Notario, el mismo día en que reciba la solicitud, la fecha en que se remitirá la información, que deberá estar comprendida dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de aquélla», y para el supuesto de que el Notario hubiese solicitado expresamente la información para un día determinado, «... el Registrador la enviará el día señalado con referencia a lo que resulte del cierre del Diario el día inmediatamente anterior».

El sistema de protección del tráfico jurídico, se completa con la posibilidad, a instancia de los interesados, de que los Notarios presenten por telefax, o cualquier medio, al Registrador de la Propiedad competente, comunicación suscrita y sellada de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, es decir sin esperar los plazos que supone la expedición de copias autorizadas. La presentación se efectúa el mismo día del otorgamiento, incluso se permite fuera de las horas de despacho, en cuyo caso el asiento de presentación se asentará el día hábil siguiente inmediatamente después de la apertura del Diario, caducando el asiento si en el plazo de diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro copia auténtica de la escritura que lo motivó (art. 418, 4.º del Reglamento Hipotecario).

Ello permite que las copias notariales se presenten en el Registro competente con la mayor celeridad, ganando así la necesaria prioridad, y al incorporar por otro lado la información registral adecuada sobre la titularidad y cargas de los bienes inmuebles que constituyen su objeto, evitará que después de otorgado el documento los adquirentes tengan conocimiento de que no coincide la titularidad del transmitente o que se ha ocultado la existencia de una carga vigente en el Registro. En todo caso, como ya expusimos, en la nota de despacho del título, el Registrador advertirá de la posible discordancia de cargas entre lo expuesto en el título y la realidad registral.

Nos merece la reforma un juicio favorable, y su aplicación indudablemente va a contribuir a evitar la comisión de fraudes en el tráfico inmobiliario sin

necesidad de acudir a sistemas más perturbadores, como el de la legislación argentina en donde las certificaciones suministradas por los Registros a los Notarios a los efectos de autorizar negocios jurídicos inmobiliarios, confieren a éstos reserva de prioridad, con los efectos de anotación preventiva y el más radical de cierre registral. Debe pues instarse a los Notarios a que extremen sus advertencias legales en este punto, sin caer en la renuncia a la información registral por urgente necesidad como cláusula de estilo. Por otro lado los Registradores deben dar un tratamiento auténticamente profesional a este medio de publicidad, respetando escrupulosamente los plazos legales en la expedición de estas informaciones, y asegurando su veracidad mediante su cotejo y firma.

La Estadística a la que hemos tenido acceso del año 1995, que comprende 732 Registros de la Propiedad, habla de un total de 663.655 informaciones solicitadas por las Notarías, y de 383.059 presentaciones de documentos por fax de este origen, de los cuales 68.169 caducaron por la no aportación en los diez días siguientes de la copia de la escritura. Y la tendencia nos debe llevar a generalizar este tipo de información registral, y a reforzar su valor de auténtica certificación.

Por último examinaremos la llamada certificación con informe del Registrador, que regula el artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

En este caso no se exige una especial legitimación, y rigen las normas generales de «petición expresa y por escrito», con la única limitación de que no puede solicitarse el informe cuando se solicite del Registrador una certificación con información continuada, quizá porque en estos casos la variabilidad de la situación registral dificultaría el informe que no se referiría a una situación registral definitiva.

En cuanto a su objeto, por razones prácticas, el Reglamento, como en el caso de la certificación con información continuada, determina que «la solicitud de informe deberá referirse a una finca o derecho».

Su contenido es doble; por un lado el particular de la certificación solicitada, por otro lado, a continuación de la misma, se emite por el Registrador «... un breve informe, no vinculante, explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante, o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral».

El plazo de su expedición es el de diez días, que deberán computarse desde aquel en que se debió certificar, o, en su caso, desde la solicitud del informe, y ello porque cabe solicitar informe sin certificación, bastando en este caso que la solicitud se haga a continuación de una certificación ya expedida.

A pesar de su introducción por la reforma de 21 de diciembre de 1983, se observa en la práctica registral un desconocimiento de este tipo de certi-

ficación. Estoy convencido de que la divulgación de estos «informes», y de los horarios de atención al público por parte de los Registradores (RD 25 de mayo de 1983), han de contribuir a potenciar la publicidad formal de los Registros en nuestro ordenamiento. Ya no se trata sólo de reflejar fielmente el contenido de los asientos registrales, sino que el Registrador, como profesional del Derecho que es, debe interpretarlos y ofrecer los medios registrales más adecuados para satisfacer los fines ilícitos que se le propongan.

Y esta labor debe hacerse no sólo a través de estos informes o asesoramiento verbales, sino en general en todas las notas de despacho, o en su caso denegación o suspensión de los documentos presentados, debiendo aquí el Registrador reflejar claramente los contenidos de su calificación registral, sin limitarse a señalar defectos que impidan la inscripción de los títulos sino en su caso ofreciendo los medios para su acceso a la publicidad registral.

Por todo ello esperamos impacientes la reforma del Reglamento orgánico del Colegio Nacional de Registradores, en cuyo Proyecto se recoge con carácter general la facultad de los Registradores de la Propiedad de emitir dictámenes en materias relacionadas con el Registro y, en todo caso, dentro del ámbito de su competencia territorial.

5. LA PUBLICIDAD FORMAL Y LA INFORMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

El arraigo de la institución registral y su trascendencia en la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, ha hecho que la publicidad formal experimente un considerable aumento y que se multipliquen sus exigencias para adaptarla a los ritmos y necesidades de la sociedad actual.

Por otro lado, como destaca el Preámbulo de la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996, la importancia de la publicidad registral (no sólo como instrumento jurídico, sino también como medio para facilitar la financiación y el intercambio de bienes y servicios), impone utilizar los progresos en la tecnología de las comunicaciones y su universalización en orden a la información que pueden prestar los Registradores de la Propiedad.

Las actuales demandas llevan a superar el concepto de competencia territorial en esta materia, ya que si es incuestionable el respeto a la exclusividad e independencia del Registrador para expedir sus certificaciones y calificar el «interés conocido» de sus solicitantes, ello no debe impedir que en el ámbito de la publicidad por «nota simple informativa», ésta se pueda solicitar a cualquier Registrador de la Propiedad, cualquiera que sea el lugar de situación de las fincas, siempre que se le faciliten los datos registrales de ellas.

Hay determinadas necesidades sociales que debemos responder, la presentación de documentos ante cualquier Registrador de la Propiedad, sea cual

fuera el lugar donde radiquen las fincas, era una necesidad hoy satisfecha por las sucesivas reformas del artículo 418 del Reglamento Hipotecario.

En materia de publicidad formal, había una necesidad cada vez más sentida desde el punto de vista social y de la rapidez y seguridad en el tráfico jurídico, que demandaba el que se pudiese conocer desde cualquier Registro la existencia de titularidades en otros sin tener que acudir a todos ellos.

Esta necesidad había sido sentida antes por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, que por el propio legislador. En 1982, al tomar posesión como Decano, CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO no tardó en darse cuenta de que los viejos y vigentes Libros de Índices eran algo absolutamente contrapuesto a una llevanza ágil, segura y moderna de los Registros. Por otro lado, su contacto con las autoridades públicas le hizo ver la necesidad de crear un Índice, a nivel nacional, de las personas físicas o jurídicas que tuvieran titularidades registrales vigentes, que permitiera conocer el Registro en el que alguna persona figuraba como titular de una finca o derecho. Así en 1983 se puso en marcha un proceso de informatización de los índices de personas de los Registros de la Propiedad, funcionando este servicio de índices prácticamente en todos los Registros de la Propiedad de España a finales de 1984.

En marzo de 1986 el Servicio de Índices se proyectó exteriormente, estando en condiciones de facilitar a los interesados una información centralizada sobre las titularidades registrales de cualquier persona, física o jurídica, en toda España, haciéndose cada vez más numerosas las consultas por parte de Bancos, Magistraturas y Organismos Oficiales. Pero este Servicio Informatizado de Índices, tanto el de cada uno de los Registros como el Central, se había instalado, confeccionado y llevado a la práctica sin que existiera una norma del Ministerio de Justicia que los estableciera. El reconocimiento legal vino dado por la Resolución de 31 de agosto de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que autoriza a los Registros de la Propiedad la llevanza de Índices de personas y de fincas mediante procedimientos informáticos, disponiendo su apartado 4.º: «Los Registradores, a fin de facilitar la publicidad formal y por consulta del Índice general informatizado, podrán suministrar noticia de la existencia de titularidades registradas en cualquier Registro a favor de personas físicas o jurídicas determinadas, siempre que aprecien interés en el peticionario de tal dato y sin que ello prejuzgue la misma calificación en el Registro o Registros donde haya de obtenerse la exhibición, nota simple o certificación correspondiente».

Esta Resolución constituye el precedente de la reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el Real Decreto 430/1990 de 30 de marzo, cuya filosofía era la de contribuir a la modernización funcional y tecnológica de las oficinas registrales generalizando la informatización de todos los Registros de la Propiedad.

La nueva norma modifica el artículo 389 del Reglamento ordenando llevar los índices de personas y fincas de los Registros de la Propiedad mediante procedimientos informáticos, debiéndose incorporar los datos anteriores a la implantación de estos índices de forma progresiva dentro del plazo que fije la DGRN. La necesidad de recuperación de los datos o titularidades anteriores a la puesta en marcha de la informatización, era una necesidad que ya puso de relieve la citada Resolución de la DGRN, y que la reforma reglamentaria impone como obligación a los Registradores.

La Resolución de la DGRN establecía un plazo de diez años para la recuperación, remitiéndose el indicado Real Decreto a una determinación posterior de dicho plazo. Por ello la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996 ha considerado conveniente fijar la fecha del 31 de diciembre de 1998 como aquella en que deberán estar incorporados a los Índices informatizados de los Registradores todos los datos necesarios de las fincas con asientos posteriores a 1950.

Esta recuperación debe hacerse progresivamente, con un ritmo constante que permita el que, en los supuestos de cambio de destino del Registrador, se haya realizado una parte proporcional de la misma que facilite su continuación. Para vigilar esta exigencia, la citada Instrucción establece el adecuado control: en las certificaciones semestrales que conforme al artículo 270 de la Ley deben remitir los Registradores, éstos harán constar bajo su responsabilidad una estimación del número de fincas pendientes de recuperación, del plazo en que se va a completar, y del ritmo, expresado en número de fichas por trimestre, en que se va a llevar a cabo. Copia de esta información se remitirá por los Registradores a su Presidente Territorial.

Esta norma la estimamos necesaria en tanto puede impulsar definitivamente el proceso de recuperación de los archivos registrales históricos, que se inició en 1987. Y esta recuperación es indispensable para la eficacia de nuestra publicidad formal, en cuanto supone el necesario paso en el tránsito a la instalación de bases para los soportes gráficos de nuestras fincas y va a ser un medio útil para la publicidad por vía informatizada.

En efecto, la culminación del proceso de recuperación, no sólo va a ser un presupuesto eficaz de las comunicaciones sino que va a permitir atender, en tiempo real, los requerimientos sociales en materia de publicidad formal, desterrando el uso de la fotocopia de los asientos de la práctica registral.

Por otro lado la reforma del artículo 398 establecía que, 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. Con este fin los Registradores suministrarán los datos necesarios para su confección. Los Registros, a fin de facilitar la publicidad formal, por consulta de Índice General informatizado, suministrará 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.

En este punto, la Instrucción de 29 de octubre de 1996 va a restringir este tipo de publicidad instrumental, prestada por el Colegio de Registradores, a los Entes Públicos, en virtud del principio de colaboración con las Administraciones públicas. Esta información se llevará a cabo a través de los Servicios centrales o de las terminales que puedan establecerse en las Presidencias Territoriales. Y van a ser directamente los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los que van a estar obligados a proporcionar esta publicidad instrumental contenida en el Servicio de Índices, a cualquier persona, bajo el principio de libre elección del Registrador y controlando la identificación de la persona que solicita la información y la constancia de la causa por la que se solicita la misma, mediante el archivo de sus solicitudes.

Para suministrar esta publicidad, los Registradores podrán comunicarse con el Servicio de Índices directamente, por vía telemática.

Esta publicidad instrumental proporcionada en base al Servicio de Índices del Colegio de Registradores, ha sido reconocida reglamentaria y jurisprudencialmente, y su eficacia práctica está demostrada por su masiva utilización. Así la estadística suministrada por el Colegio Nacional de Registradores, refleja cómo las consultas a este servicio central de Índices pasaron de 1.200 en 1987, o 19.876 en 1989, a 399.619 en 1993; pero es que este número ha sido casi duplicado el año siguiente, en que se atendieron 658.407 consultas.

Merece destacarse, por último, de la Instrucción de 29 de octubre de 1996, el que, al fin, va a permitir satisfacer una sentida necesidad social en sede de publicidad formal. Esta norma establece una red interna de comunicaciones entre los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, para, que éstos puedan atender la posible solicitud y remisión de notas simples sin atender a rígidos criterios de competencias territoriales.

Así, los Registradores recibirán y apreciarán el interés en la solicitud de información con archivo de la identidad del solicitante, remitiéndola al Registrador que deba proporcionarla. Este, al recibir la petición, apreciará su competencia territorial, comprobará la conformidad de los datos remitidos con los registrales, calificará los asientos del Registro y enviará la información al remitente en el plazo más breve posible y siempre dentro de los plazos legales para la emisión de publicidad. El Registrador que envió la petición, una vez atendida, dará la información como remitida por el Registrador responsable del Archivo donde se encuentra la finca en cuestión.

Además se agiliza el trámite de la rogación de publicidad, al permitir recibir directamente las solicitudes de notas simples por fax, y que los Registradores las remitan por igual vía u otra distinta, o las dejen a disposición de los interesados, previa apreciación del interés del solicitante y archivo de la solicitud.

Con el absoluto respeto a los principios de seguridad jurídica y del derecho fundamental a la intimidad personal, no podemos sino reconocer desde aquí la bondad de la reforma, en tanto viene a establecer las normas por las que debe regularse la colaboración entre los Registradores, de tal suerte, como indica el Preámbulo de la citada Instrucción, «... que el ejercicio profesional de la función pública que tienen legalmente atribuida abra una nueva vía de actuación en beneficio, jurídico y económico, de los ciudadanos».

JOSÉ M.^a MARTÍNEZ SANTIAGO
Registrador de la Propiedad

DICTAMENES Y NOTAS

El Derecho civil como baluarte de libertades

1. PLANTEAMIENTO

El estudio de las libertades humanas respecto del poder político nos es transmitido normalmente a través del Derecho Político. Y es justo que así sea, ya que en su seno se ha elaborado fundamentalmente la doctrina de las libertades públicas. También es cierto, como han subrayado, entre otros, HAU-RIOU (1) y GARCÍA PELAYO (2) que el constitucionalismo en concreto representa toda una concepción de la libertad netamente distinta y más completa que cualesquiera otras formulaciones que nos puede manifestar la Historia con anterioridad a las revoluciones liberales.

Sin embargo, si se busca una visión más completa del problema caeremos en la cuenta de la importancia que han tenido a lo largo del acontecer humano las instituciones del Derecho civil en el campo de las libertades. Este es el propósito de este trabajo: poner de relieve la importancia del Derecho civil en la configuración de aquéllas.

2. VALORACION HISTORICA

A. DOS DESPOTISMOS. La palabra despotismo merece una distinta valoración en el contexto histórico. Cabe distinguir en la línea de los más contemporáneos grandes filósofos de la Historia (3) entre un despotismo oriental

(1) *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, pág. 48.

(2) «Derecho constitucional comparado», *Obras completas*, Madrid, 1991, vol. I, pág. 346.

(3) Nos referimos básicamente a SPENGLER (*La decadencia de Occidente*), TOYNBEE (*Un estudio de la Historia*) y HUNTINGTON, en su análisis del *Choque de las civilizaciones*,

(propio de las formas políticas desarrolladas en Oriente) y el despotismo romano, fruto de la civilización grecorromana, caracterizado por una raíz humanista inserta en dicha civilización y por, precisamente, las instituciones civiles. En este sentido HAURIOU nos dice cómo vemos constituirse el orden individualista de la vida civil en la civilización clásica, originada en los pueblos mediterráneos. Añadiendo, «El sistema de los derechos contenidos en nuestras Declaraciones de Derechos se ha formado alrededor de un núcleo esencial, que es el de las libertades de la vida civil. Tales son las libertades de la familia, las de la propiedad individual y las del comercio jurídico que reposan en la propiedad; es decir, lo que los romanos llamaban el *connubium* y el *commercium*, y que presuponen otra libertad aún más primordial, que es la de la persona física —*status libertatis*— o sea, el derecho de la libertad humana, que comporta la exención de toda esclavitud o servidumbre» (4).

Un romanista español, ARIAS RAMOS (5), describe sustancialmente este mismo fenómeno diciendo: «Los ciudadanos gozaban de todos los derechos. La exposición al detalle de su condición jurídica sería un repaso a casi todo el sistema del Derecho privado romano. Suele, sin embargo, sintetizarse tal condición jurídica diciendo que, en el orden político, los ciudadanos tenían: el *ius honorum* (derecho al desempeño de cargos públicos), el *ius suffragii* (voto en las asambleas) y el derecho de servir en las legiones. Y en el orden privado: el *ius conubii* (derecho a contraer matrimonio y constituir una familia), el *ius commercii* (tenencia de derechos patrimoniales y celebración de actos relacionados con ellos) y el *ius actionis* (facultad de acudir a los tribunales)».

En el mismo sentido, JELLINEK (6) nos recuerda cómo el Digesto nos ha transmitido la definición de la libertad civil y no de la libertad política, aunque ésta también fuera conocida de los romanos. Aquella definición, tan expresiva, es ésta: «*Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur*».

En definitiva, ¿de qué se trata?, pues de que el Derecho civil acota una esfera de libertades individuales respecto del poder político, esfera reconocida por la Ley y protegida por los jueces. El estudio del procedimiento judicial romano arroja luz respecto de la importancia y significación de la protección otorgada por el ordenamiento a los sujetos.

doctrina que hay que completar con la de HERMMAN HELLER (*Teoría del Estado*), donde viene a afirmarse que cada civilización genera su propia forma política. En esta línea, en España, GARCÍA PELAYO en su *Las formas políticas del antiguo Oriente* y en su *Del mito y de la razón en la Historia del pensamiento político*, y en especial la nota I de *Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado Moderno*, y GALÁN en su *Teoría del Estado*

(4) *Op. cit.*, pág. 61.

(5) *Derecho romano*, Madrid, 1947, pág. 65

(6) *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1954, pág. 236.

Antes de seguir adelante debemos recordar una puntualización respecto al Derecho romano y el Derecho civil. Es cierto que, estrictamente hablando, el Derecho civil es en Roma el propio de los ciudadanos romanos, comprendiendo tanto el Derecho privado como el Derecho público. Es, pues, un concepto contrapuesto al de Derecho de gentes. Conscientes de esta amplitud puntualizamos ahora que nos estamos refiriendo al Derecho privado romano, con la connotación privatista a través de la cual la idea de Derecho civil nos ha sido transmitida.

La evocación de Roma lleva pareja, por exigencias del análisis de las civilizaciones, la evocación de Grecia. Pues bien, debe tomarse nota de que la libertad civil fue un concepto relativamente extraño a los griegos a causa de la exaltación —no sólo en Esparta, sino en la democrática Atenas— de la idea de comunidad. Aunque en Atenas las libertades políticas y concretamente, las participativas fueran esenciales en el contexto político. Sin embargo, no debe olvidarse la raíz helénica de las concepciones jurídicas romanas en general. Raíces helénicas son: la idea de *nomos* —la norma— y el humanismo, la valoración de la persona humana, «pecando más por exceso que por defecto», como nos señala SUÁREZ FERNÁNDEZ (7). Raíces helénicas son también las nociones de *eunomía* y de *isonomía* tan caras, respectivamente, a espartanos y atenienses, y raíz helénica es, en fin, el *racionalismo* que acabará reconociéndose como esencia de la norma. Tampoco cabe olvidar ciertos aspectos legislativos de la obra de SOLÓN, verdaderamente atinentes al Derecho privado.

Sin embargo, este juicio clásico sobre el valor del Derecho civil en Grecia fue ulteriormente revisado —por MITTEIS— en el sentido de constatar que el Derecho privado griego alcanzó un gran desenvolvimiento, fenómeno refrendado en su virtualidad por la idea de que al individuo sólo se le puede imponer obligaciones mediante leyes (8). Con esto se corroboraría la idea de un Derecho civil como baluarte de las libertades que venimos sosteniendo, también en el mundo helénico.

Al contraponer el despotismo romano con los despotismos orientales puede distraernos la existencia del babilónico Código de Hammurabí.

Esto no debe de ser así puesto que dicho Código tiene en común con las leyes romanas el ser una ley escrita. Pero sus contenidos son radicalmente distintos. Diríamos que son ordenadores de las relaciones sociales, pero no crean aquella esfera de libertad que configuró el Derecho romano.

En suma, el Derecho privado romano (parte del *ius civile*) es de orden individualista y se despliega sobre hombres libres que, al menos, por utilizar

(7) «Las primeras civilizaciones», vol I de *La historia universal* de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, págs. 387 y sigs. («La fundación del racionalismo helénico»).

(8) JELLINEK, *op cit*, pág 229.

una expresión de HAURIU (9), *disponen de su actividad económica y son dueños de su vida civil*.

Completemos estas consideraciones con otras dos. Una, la expansión de la condición de ciudadano como consecuencia del Edicto de Caracalla del 212 y, otra, la indudable ligazón existente entre el desarrollo del Derecho civil (privado) y la ley escrita. No es este el momento de estudiar de una manera integral el significado de la ley escrita, sino solamente de subrayar su importancia política y moral. Frente a un Derecho consuetudinario, cuyo manejo quedaba reservada prácticamente a los dueños de la República, la aparición de la ley escrita y, concretamente, de la Ley de las XII Tablas, supuso una fijación y divulgación de las normas jurídicas que acrecentaba la libertad civil. Piénsese en los contenidos privatistas de dicho monumento jurídico (10).

Obviamente una gran restricción para toda esta doctrina civil de la libertad estaba constituida por el principio de los *status*. La plenitud de la capacidad jurídica se encontraba únicamente en el más alto nivel de aquéllos: ser *cives* (en lo tocante al *status civitatis*), ser *paterfamilias* (dentro del *status familiae*) y ser libre (en lo concerniente al *status libertatis*).

La condición de *cives*, de ciudadano romano, era el más alto exponente de la plenitud jurídica en todos los sentidos. Su sola evocación valía por todo un alegato. Recordemos en este sentido los conocidos textos de los Hechos de los Apóstoles en relación con San Pablo (11).

Sin embargo, el humanismo subyacente al Derecho romano y el inmenso sentido práctico de este pueblo fueron desbloqueando la esfera jurídica de quienes no poseían la condición de ciudadano. Así lo atestiguan la ampliación de la esfera jurídica de los *peregrini* y de los *latini* (12).

En lo que concierne a los *alieni iuris*, reproducimos una conclusión de ARIAS RAMOS: «Un cambio lento se fue desarrollando, sin embargo, en ésta como en otras partes del Derecho privado romano y se fue dibujando con trazos cada vez más resaltados una personalidad del *filiusfamilias*» (13).

Y, finalmente, en lo que respecta a los esclavos fue precisamente el Derecho privado donde echaron raíces instituciones moderadoras de su falta de personalidad, como la del peculio que suponía, al menos, una capacidad de administración por parte del esclavo, cuando no, además, la posibilidad de percibir sus beneficios (14).

(9) *Op. cit.*, pág. 40

(10) Así, las Tablas I, II y III se refieren al Derecho procesal, la IV al de familia, la V al sucesorio, y la VI y VII a la propiedad (ARIAS RAMOS, *Compendio de Derecho público romano e historia de las fuentes*, Valladolid, 1947, págs. 31 y sigs.).

(11) AA 22, 25 y sigs., 25, 11, 12 y 16, 37.

(12) ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, págs. 65 y sigs.

(13) *Ibidem*, pág. 70

(14) *Ibidem*, pág. 57. El artículo equivalente del Código Civil español es el 1.258

Con estas tres últimas reflexiones atinentes a la doctrina romana de los *status* se refuerza la convicción de que fue el Derecho privado un instrumento de ampliación de las posibilidades humanas dentro del Derecho romano.

Tan grueso es el valor del Derecho romano privado sobre el desarrollo histórico de la Teoría de las libertades que el maestro HAURIU (15) al hacer la clasificación de las hodiernas libertades individuales constituye un primer grupo a las que llama «libertades civiles» y dentro de éste destaca un subgrupo de *libertades primarias* que comprende: «1.º la libertad física o libertad individual, propiamente dicha, o libertad de movimientos (de ir y venir), o sea, el hecho de no ser ni esclavo ni siervo de la gleba. 2.º las libertades de la familia (justas nupcias, paternidad, filiación, patria potestad y potestad marital). 3.º la libertad de la propiedad individual. 4.º la libertad contractual (art. 1.134 del Código Civil francés). 5.º la libertad del trabajo y de la industria. En una palabra, este grupo abarca el *status libertatis*, el *connubium* y el *commercium*, que eran los elementos de la *civitas sine suffragio* del Derecho romano, y que se remontaban aún a una antigüedad más lejana y continúan siendo hoy los elementos esenciales del orden individualista».

Para todo conocedor de los orígenes del constitucionalismo moderno no es un secreto la relevancia que tuvieron en ellos las ideas de propiedad y de contrato. Así lo puso de relieve PÉREZ SERRANO (16) cuando afirmaba que la propiedad privada, acaso la institución principal del Derecho civil, «ha constituido la base de las Declaraciones de Derechos hasta nuestros días», resaltando también el valor de la contratación al respecto. A nuestro juicio esto es tan cierto que pudiera decirse que de algún modo las revoluciones inglesa y francesa fueron como una especie de gigantesca reivindicación (*reivindicatio*) de los derechos dominicales y contractuales por el hombre moderno.

Por ello no es de extrañar que en el campo de la Teoría del Estado, como muy bien pone de relieve JELLINEK (17) haya existido la tentación de fundamentar el poder político de todos los tiempos en una teoría patrimonial de la que HALLER fue inspirado defensor, y que, sobre todo, se abriera paso con más fuerza todavía la teoría del contrato a los mismos efectos.

Sin embargo, a partir de Constantino y en el Imperio de Bizancio —parcial heredero del Imperio Romano— se acrecentaron los poderes autocráticos y se redujo considerablemente la protección brindada al Derecho privado. Entre las causas determinantes de este fenómeno debe de enunciarse la influencia de Oriente en el pensamiento y en la práctica romanas que se tradujeron también en tentaciones de divinización de los césares al modo oriental. Pero subrayaremos una nota que acabamos de denunciar: la reduc-

(15) *Op. cit.*, pág. 107.

(16) *Tratado de Derecho político*, Madrid, 1976, pág. 74.

(17) *Op. cit.*, págs. 148 y sigs.

ción de la fuerza del Derecho civil es compañera inseparable de la transformación del despotismo a peores formas (18).

B. ETAPA MEDIEVAL. En la morfología histórica al uso, la Edad Media juega un papel con difíciles contornos. Sin embargo aparece con meridiana claridad la prolongación del Derecho romano privado a través de los complejos esquemas de convivencia de la vida medieval. Esto se hace palpable desde el principio por la existencia de leyes para las poblaciones romanas dentro de los nuevos reinos bárbaros, como la *Lex romana burgundium* y la *Lex romana visigothorum*.

Respecto de la Edad Media considerada en su conjunto, dos pensamientos del profesor PÉREZ SERRANO (19) sintetizan el sentido general de una evolución jurídica a través de los siglos medievales: uno, que el feudalismo privatiza en gran parte lo público, y otro, que el «fenómeno feudal completa el proceso de fraccionamiento del poder. Unidas la jurisdicción y la propiedad, confundidas la esfera de lo público y lo privado y explicándose por vía contractual las instituciones más características del *imperium*...» En pocas palabras, el antiguo profesor de la Universidad de Madrid introduce en su análisis jurídico-político de la Edad Media la inmensa relevancia de las instituciones de Derecho civil: la propiedad y el contrato, concretamente.

Efectivamente, en la institución del feudo —no olvidemos que el feudalismo es una de las claves, aunque no la única, de la historia de la Edad Media— se encuentran el contrato (por el que el feudo se establece) y la propiedad (recibida por la parte subordinada a cambio de sus servicios, estrictamente el feudo). No obstante, no debemos olvidar que, dentro de las estructuras feudales, como afirma BLOCH, juega un papel más importante que la propiedad la posesión de corte germánico (la *saisise* francesa y la *gewere* germánica). En todo caso, a nuestros efectos hemos de decir que también se trata de instituciones de Derecho civil) (20).

Con carácter más amplio debe recordarse aquí la impronta general marcada por las normas, ya romanas ya germánicas, como transmisoras del Derecho civil en la época que nos ocupa conformando, en lo posible, espacios consecuentes de libertad personal.

No olvidemos tampoco que la entera contemplación del panorama jurídico medieval evidencia, como ha puesto de relieve GARCÍA PELAYO (21) la

(18) JELLINEK, *op. cit.*, pág. 237.

(19) *Op. cit.*, págs. 44 y 435

(20) *La société féodale*, París, 1968, pág. 173. Para el estudio del feudo y su significado social, ver a ADAO DA FONSECA, «La cristiandad medieval», vol. V de la *Historia Universal* de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, págs. 207 y sigs.

(21) «Del mito y de la razón en el pensamiento político», vol. II de *Obras completas*, pág. 1088. (En «La idea medieval del Derecho».) La transformación sufrida en la Baja Edad Media, *ibidem*, pág. 1092.

superior importancia de los derechos subjetivos (es decir, en el lenguaje de la época, muy singularmente, los privilegios) por encima del Derecho objetivo, de tal modo que se observa una especie de constelación de los primeros, como estructura general del mundo jurídico de la Edad Media. De ser esto así, es evidente que titularidades subjetivas como la propiedad (o la posesión) hayan de ser factor de primer orden en aquella constelación. Este planteamiento tiene que relacionarse con el intenso fenómeno de cuerpos intermedios característico de la Edad Media, de manera que el súbdito recibía la protección del cuerpo respectivo, ya fuera gremio o ciudad. Esto se subraya en este pensamiento de GARCÍA PELAYO: «En primer lugar, todo privilegio, en especial si se asienta sobre una realidad social, *supone un límite del poder*» (22).

Especialmente, la Edad Media acusa una recepción del Derecho romano, sobre todo a través de la escuela de Bolonia, con lo cual tenemos una reviviscencia de los principios jurídicos de Roma muy nucleados, como hemos visto, en torno a la propiedad y a la familia.

Otra nota de la trascendencia del Derecho civil nos la proporciona la historia jurídica española con sus Fueros medievales. Se trata sobre todo de los de la segunda época que se inicia a mediados del siglo XII en que —como afirma CASTÁN (23)—, «Los fueros locales experimentan gran desarrollo y regulan ya, además de las instituciones del Derecho público, todo el Derecho civil». Si se tiene en cuenta el valor político de los fueros como privilegio otorgado, obtenemos así otro dato de la importancia histórica del Derecho civil en cuanto a las libertades. Lo mismo cabe decir del Fuero Real promulgado por Alfonso el Sabio y utilizado como fuero municipal en diversas poblaciones de León y Castilla.

C. EN EL ABSOLUTISMO. Recordemos muy brevemente que el estado absolutista es el hijo directo del estado renacentista —ya con claros pujos absolutistas— que ha nacido a su vez de la monarquía estamental de la Edad Media (*el regnum*). Desde el punto de vista del estudio comparado de las civilizaciones (al modo de SPENGLER, TOYNBEE y HUNTINGTON) el Estado es la forma política concreta de la civilización occidental cuya manifestación primera en la modernidad es el estado absolutista. Sin embargo, el estudio del Absolutismo obliga a tres distingos básicos:

- a) Dentro de lo que normalmente se conoce como Europa existe una contraposición entre el Absolutismo occidental y el Absolutismo

(22) *Ibidem*, pág. 1155.

(23) *Derecho civil español. común y foral*, Madrid, 1978, tomo 1, vol. I, pág. 181. Ver, también, GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Historia de las Instituciones españolas*, Madrid, 1968, págs. 359 y sigs.

ruso (24). Uno de los signos distintivos estriba precisamente en la generalización de la servidumbre como clase social dentro del Imperio ruso, imperio que, no obstante, asume por obra de Pedro el Grande, importantes visos de modernidad. Esta división es en un todo conforme a las mentadas teorías de las civilizaciones, puesto que mientras la Europa occidental se halla englobada precisamente en la civilización occidental, el Imperio ruso pertenece al mundo ortodoxo o, si se prefiere, a la idea de Moscú como tercera Roma (LATTENBAUER, entre otros).

- b) En la época del Absolutismo se destaca con perfiles propios un período de extraordinaria importancia que conocemos con el nombre de *Despotismo Ilustrado*. La filosofía se hace laica, la fisiocracia sustituye al mercantilismo y se ensaya una nueva concepción de los fines del estado como generador de la felicidad de los súbditos.
- c) Y, en fin, con carácter general debe decirse que en ningún momento se manifiesta el Absolutismo de una manera unívoca en los distintos países. No es equiparable, así, la figura de Richelieu con la de Olivares, ni el pensamiento de Hobbes con el de Bossuet.

Llegados a este punto regresamos al tema del alcance del Absolutismo en relación con la libertad. Un juicio de VIERDRAUS (25) sintetiza unos caracteres generales a este respecto:

«Allí donde el monarca lograba esta posición y gobernaba de forma realmente “absoluta”, no ejercía, de hecho, una autoridad “despótica” o totalitaria. Se sobrentendía que el rey no podía suspender la forma de gobierno, el derecho de sucesión dinástica, ni tampoco las condiciones tradicionales que regulaban las relaciones de Derecho privado y de Derecho público, ni abstenerse de respetar los bienes y las libertades de los particulares, así como, principalmente, los de las corporaciones; ni disponer libremente del “Estado”, ni incumplir los preceptos de la doctrina cristiana. O sea, el rey debía preservar el estado preexistente de la estructura social, jurídica y “pública”».

Las alusiones al Derecho civil son evidentes en dicho párrafo o son a ellas reconducibles, sin dificultad ninguna, algunas de sus observaciones.

Tampoco pueden, dicho sea de paso, echarse en saco roto otras afirmaciones, como ocurre con la referencia a la «doctrina cristiana». Pensemos, en este orden de cosas, en dos fenómenos españoles: La doctrina liberalmente

(24) Ver PILLORGET en «Del absolutismo a las revoluciones», en *Historia Universal* de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, págs. 313 y sigs.

(25) «Absolutismo», en la obra colectiva dirigida por KERNIG, *Marxismo y democracia, Historia I*, Madrid, 1969, pág. 15

desarrollada acerca del poder político por nuestra Escuela de Salamanca y, especialmente, lo que JEAN DUMONT ha llamado «El amanecer de los derechos del hombre», al referirse a aquella controversia de Valladolid, por lo que el Emperador Carlos, a petición del Consejo de Indias, ordenó un debate sobre los problemas jurídicos del descubrimiento y la conquista de aquéllas (incluidos los jurídico-personales) que protagonizaron GINÉS DE SEPÚLVEDA y BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. Aquel encuentro suspendía la acción conquistadora y auguraba el nacimiento de las nuevas Leyes de Indias (26).

Mas, retomando el tema de las instituciones civiles, importa traer aquí a colación ciertos testimonios. En primer término, recordaremos a Alexis de Tocqueville que, en su magistral estudio comparado de la Revolución con el Antiguo Régimen, destaca que el campesino, en Francia y en la época del Absolutismo, no solamente había dejado de ser siervo sino que además se había convertido en *propietario territorial*, fenómeno del que deduce importantes consecuencias a los efectos de las libertades campesinas. Igualmente afirma que el gobierno conducía por sí solo y absolutamente todos los asuntos comunes, pero que estaba todavía bien lejos de ser el amo de todos los individuos. En suma, dice: «En medio de muchas instituciones ya preparadas por el poder absoluto, la libertad vivía; aunque era una especie de libertad singular de la que es difícil hoy hacerse una idea». Y añade que: «Mientras que el gobierno central sustituía a todos los poderes locales y asumía cada vez más toda la esfera de la autoridad pública, ciertas instituciones que había dejado vivir o que había creado él mismo, viejos usos, antiguas costumbres..., mantenían aún en el fondo del alma de un gran número de individuos el espíritu de resistencia, y conservaban en muchos aspectos su consistencia y su relieve». Después, al ocuparse del papel muy relevante del clero en el Antiguo Régimen, dice: «Lo que contribuía sobre todo a dar a los sacerdotes las ideas, las necesidades, los sentimientos, a veces las pasiones de ciudadano, era la propiedad territorial». Añade que: «Francia se había convertido en un país de gobierno absoluto por nuestras instituciones políticas y administrativas, pero habíamos prevalecido como un pueblo libre por sus instituciones judiciales» (27).

De otro lado traemos a colación el testimonio de PILLORGET: En toda Europa occidental el dominio útil detentado por el campesino constituía una forma de propiedad individual y familiar que: «incitaba al esfuerzo, a la economía y al progreso. Como término de una larga evolución, los ingleses harían de la propiedad uno de los fundamentos de la libertad individual. Los hombres son libres, se diría, porque son propietarios de sus bienes. Debían,

(26) *El amanecer de los derechos humanos La controversia de Valladolid*, Madrid, 1997.

(27) *L'ancien régime et la révolution*, París, 1952, págs 87, 191, 195 y 206

pues, ser tan libres de sus cuerpos como de sus bienes; la libertad derivaba de la propiedad» (28).

Análogo juicio encontramos en autores españoles como PÉREZ SERRANO (29).

En el seno de la Ilustración se desarrollaría precisamente la gran polémica en torno a la propiedad. De ella nos da cumplida cuenta PAUL HAZARD (30).

La defensa exaltada de la igualdad, una de las tres ideas emblemáticas del pensamiento revolucionario, postulaba la supresión de la propiedad por entenderla esencialmente contraria a aquélla. Por el contrario, una tradición más liberal, de raíces inglesas, la situaba como baluarte de la libertad (31).

Esta polémica tuvo su desenlace que encontramos en la Declaración de los derechos del ciudadano de 1789, asumida por la Constitución francesa de 1791: «Los hombres nacen libres e iguales en derechos. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre; estos derechos son: la libertad, *la propiedad* y la resistencia a la opresión». Con esta frase lapidaria se cierra aquella polémica.

De esta manera vinieron a enlazar los remotos precedentes del Derecho civil y en especial de la institución de la propiedad con el constitucionalismo contemporáneo.

CRUZ MARTÍNEZ ESTERUELAS

Abogado del Estado y Letrado de las Cortes Generales
Profesor de la Universidad San Pablo

(28) *Op. cit.*, pág. 34

(29) *Op. cit.*, págs. 436 y sigs.

(30) *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, 1958, págs. 231 y sigs. No olvidemos que el desprestigio de la propiedad tenía raíces clásicas de las que muchos ilustrados fueron estudiosos. Así, OVIDIO, en su *Metamorfosis*, al distinguir entre «cuatro edades», contraponía una feliz edad de oro (sin propiedad) a la de «hierro» que junto con otros hechos (perversos) se situaba la propiedad. «La criminal pasión de poseer.. y el precavido agrimensor señaló las largas líneas divisorias de una tierra que antes era común como los rayos de sol y como los aires» (traducción de RUIZ DE ELVIRA, Barcelona, 1964, vol. I, versos 89-150)

(31) Recordamos en este sentido la comparación que CROSSMAN hace entre las doctrinas de LOCKE y MILL, diciendo que el propósito fundamental en uno y otro era la conservación de los derechos de propiedad exclusivos. *Biografía del Estado moderno*, México, 1979, pág. 175.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Unión Europea y Tratados internacionales

1. *Reglamento sobre el euro.*—Con fecha 17 de junio de 1997, se ha dictado el Reglamento CE número 1103/97 del Consejo, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro, que será obligatorio y directamente aplicable desde su fecha en todos los Estados miembros. Se deroga el Reglamento CE número 3320/94, que se refería al ecu, y todas las referencias se entenderán hechas al euro. Su texto completo puede verse en el «Boletín de Información del Colegio de Registradores de España», número 31, de noviembre de 1997, página 2761.

B) Leyes nacionales

Leyes 40 y 41 de 1997, ambas de fecha 5 de noviembre, que modifican determinados artículos de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (*BOE* de 6 de noviembre).

Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (*BOE* de 15 de noviembre).

C) Leyes autonómicas

Aragón.—Ley de 30 de octubre. Estatuto del Consumidor.

Castilla y León.—Ley de 13 de octubre. Medidas transitorias en materia de urbanismo.

Madrid.—Ley de 15 de julio. Medidas urgentes en materia de suelo y urbanismo.

Murcia.—Ley de 18 de noviembre. Cámara Agraria de la Región.

País Vasco.—Ley de 7 de noviembre. Modificación de la Ley de la Función Pública Vasca.

II. Información de actividades

Nueva Comisión Ejecutiva

Recientemente se han celebrado elecciones en la Junta Directiva del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, resultando elegidos Decano-Presidente D. Antonio Pau Pedrón y Director del Centro de Estudios Registrales D. Fernando Curiel Lorente.

Por este motivo la Comisión Ejecutiva de esta Revista estará compuesta en adelante por D. Antonio Pau Pedrón y D. Fernando Curiel Lorente, que sustituyen a los señores Poveda y Ruano. Permanecen en ella el Vocal D. Manuel Amorós Guardiola y el Secretario D. Francisco Corral Dueñas.

1. *Master en Política Territorial y Urbanística*.—Se ha desarrollado en la Universidad Carlos III de Getafe a partir del mes de octubre pasado. El programa de Derecho Inmobiliario ha estado a cargo de varios Registradores de la Propiedad, y los temas impartidos han sido los siguientes:

- «La ejecución del planeamiento y su incidencia en el ámbito del Derecho Privado», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ.
- «Los principios hipotecarios», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.
- «Sobre la reforma del Reglamento Hipotecario y transferencias de aprovechamientos», por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN.
- «Clases de asientos. Derechos de edificación, superficie e hipoteca», por FERNANDO ACEDO-RICO HENNING.
- «La propiedad del suelo, aprovechamiento urbanístico y titularidad fiduciaria. Cesiones obligatorias», por VICENTE LASO.
- «La subrogación real, bienes demaniales y patrimoniales en la ejecución del planeamiento», por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.

a) *Apertura del curso*.—El día 17 de noviembre tuvo lugar la solemne sesión inaugural del Curso Académico 1997-98 con un resumen del curso anterior leído por su secretario general, don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ. A continuación se entregaron las condecoraciones concedidas con ocasión del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas y, por último, pronunció el discurso inaugural sobre el tema: *El razonamiento jurídico: la analogía y la equidad*, el presidente de la Corporación y consejero de nuestra Revista, don JUAN VALLET DE GOYTISOLO.

b) *Ciclo de conferencias sobre el Derecho Internacional Humanitario*.—También en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sección de

Derecho Internacional Público, se ha desarrollado este ciclo en los días 25, 26 y 27 de noviembre pasado, con arreglo al siguiente programa:

Martes, 25 de noviembre de 1997

1. Exposición del tema:

18,30 h.: **«El Derecho Internacional Humanitario en la actualidad».**

— Profesor: don MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Director Técnico del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (Cruz Roja Española).

2. Exposición del tema:

19,30 h.: **«El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos».**

— Profesora: doña CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ, Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cantabria.

Miércoles, 26 de noviembre de 1997

1. Exposición del tema:

18,30 h.: **«La Jurisdicción Penal Internacional».**

— Profesor: don FERNANDO PIGNATELLI MECA, Coronel Auditor. Asesor Jurídico del Ministerio de Defensa.

2. Exposición del tema:

19,30 h.: **«Ingerencia humanitaria y asistencia humanitaria».**

— Profesor: don FERNANDO MARIÑO MENÉNDEZ, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III.

Jueves, 27 de noviembre de 1997

1. Exposición del tema:

18,30 h.: **«Genocidio y crímenes de guerra en la Legislación Penal española».**

— Don JOSÉ LUIS VILLASANTE PRIETO, General Consejero Togado. Presidente del Tribunal Militar Central. Director Técnico del Centro de Estudios del Derecho Internacional Humanitario (Cruz Roja Española).

2. Exposición del tema:

19,30 h.: «**Derecho y cultura de paz**».

— DON FÉLIX FERNÁNDEZ SHAW, Embajador de España. Vicepresidente del Consejo Ejecutivo de la UNESCO.

3. *VI Congreso Notarial Español*.—Se ha celebrado en Madrid en los días 13, 14 y 15 de noviembre, con el siguiente programa:

La ponencia única versó sobre *La función notarial en una economía de mercado*, y se divide en las siguientes partes:

- *La función notarial y el campo de su actuación: Economía de mercado, libertades económicas y globalización de la economía*. Ponente: don RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPILLA, Notario de Valencia y Decano de su Ilustre Colegio, Coordinador General del Congreso.
- *La función notarial en la Unión Europea*. Ponente: don AUGUSTO GÓMEZ-MARTINHO FAERMA, Notario Honorario.
- *La función notarial en España y su futuro*. Ponente: don TOMÁS GIMÉNEZ DUART, Notario de Barcelona.
- *La retribución notarial*. Ponente: don FRANCISCO PASCUAL PERALES RIBELLES, Notario de Alicante.
- *La organización notarial*. Ponente: don FRANCISCO BADÍA GASCÓ, Notario de Zaragoza.
- *El instrumento público*. Ponente: don ENRIQUE FRANCH VALVERDE, Notario de Madrid.

4. *Encuentro sobre Multipropiedad*.—En el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España ha tenido lugar durante los días 25 y 26 de noviembre un «Encuentro» de representantes de países miembros de la Unión Europea sobre «Utilización de inmuebles en tiempo compartido (Time-Sharing. Multipropiedad)», con el siguiente programa:

Día 25 de noviembre

- 10,00 horas. Apertura.
- 10,30 horas. Intervención del representante de la Unión Europea. Don MARIO TENREIRO, *Administrador General de Asuntos Jurídicos*.
- 11,30 horas. Intervención del representante de Alemania. Doctor ANDREAS SCHOMERUS, *Rechtsanwalt/Abogado*.
- 12,30 horas. Intervención de los representantes de Austria. Doctor JOHANNES STABENTHEINER, *Oberstaatsanwalt im Bundesministerium für Justiz*,

Wien «Die gesetzlichen Rahmenbedingungen für Time-Sharing in Österreich nach Umsetzung der einschlägigen EG-Richtlinie».

Doctor CLAUS SPRUZINA, *Notarsubstitut, Salzburg*, «Rechtliche Erscheinungsformen und Probleme des Time-Sharing in Österreich und die Funktion eines künftigen Registers».

- 17,00 horas. Intervención de los representantes de España. Don ANTONIO PAU PEDRÓN, *Registrador de la Propiedad y Mercantil, Vocal de la Comisión General de Codificación*.

Don PEDRO MUNAR BERNAT, *Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares*.

- 18,00 horas. Intervención de las representantes de Finlandia. Ms. LEENA LINDSTROM, *Senior legal advisor, Consumer Ombudsman's Office*.

Ms. MARJO LAHELMA, *Counsellor of Legislation, Ministry of Justice*.

- 19,00 horas. Intervención de la representante de Francia. Mme. M.^a JOSÈPHE BOURGEOIS, *Magistrat, Ministère de la Justice*.

- 20,00 horas. Intervención de los representantes de Irlanda. Prof. PAUL COUGHLAN, *University of Dublin, School of Law*

Prof. ALEX SCHUSTER, *Registrar of the Law School, University of Dublin, School of Law*.

Día 26 de noviembre

- 10,00 horas. Intervención de los representantes de Italia. Prof. Avv. GUIDO ALPA, *Ordinario di diritto privato nell'Università di Roma La Sapienza*.

Prof. Avv. GIUSEPPE CONTE, *Professore a contratto di Istituzioni di diritto privato presso la Terza Università di Roma*.

- 11,00 horas. Intervención del representante de Portugal. Don JOSÉ AUGUSTO MOUTEIRA GUERREIRO, *Conservador do Registo Predial*.

- 12,00 horas. Intervención de los representantes del Reino Unido. Mr. KEITH F C BAKER, *An English Solicitor practising as Croft Baker & Co. A Partner of John Venn & Sons, Notaries*.

Mr. JOHN THORPE, *Department of Trade and Industry*

- 16,00 horas. Coloquio. Intervención de todos los ponentes.

Coordinador: don JUAN PABLO RUANO BORRELLA, *Registrador de la Propiedad y Mercantil, Director del Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 10 de febrero de 1997.—AUDIENCIA DE LAS PARTES —La resolución dictada «inaudita parte» no es válida. Sala Segunda.—Ponente: Sr. Mendizábal Allende.

Hechos.—Don Francisco Durante Contreras, en escrito presentado al Tribunal el 12 de febrero de 1993, interpuso recurso de amparo relatando que el 4 de febrero de 1992 el Juez de Primera Instancia, número 7, de Murcia, dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda de juicio de cognición que, ejercitando la acción de resolución por necesidad de contrato de arrendamiento, dirigieron contra él don Juan de la Esperanza Gómez García y doña Dolores Moreno Navarro, quienes interpusieron contra la sentencia recurso de apelación. El recurso fue admitido en ambos efectos y, emplazadas las partes para ante la Audiencia Provincial de Murcia, compareció como apelado ante dicho Tribunal mediante escrito que presentó el 5 de marzo de 1992.

A partir de ese momento no le fue practicada a su representación notificación ni citación alguna, hasta que, de forma accidental, tuvo conocimiento de que en fecha 3 de diciembre de 1992 se había celebrado la vista del recurso con su incomparecencia, dictándose sentencia estimatoria del mismo en el día siguiente. Sin dilación, el 17 de diciembre presentó escrito interesando la nulidad de lo actuado en la segunda instancia para que, una vez tenido por personado y parte apelada en el rollo, fuese tramitado el mismo, dándole traslado de todas las diligencias y actuaciones. Esta solicitud fue rechazada por la Sección Tercera del mencionado Tribunal en Auto de 21 de enero de 1993.

Sostiene el solicitante de amparo que en el recurso de apelación se ha vulnerado su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, causándole indefensión, y solicita que, otorgándole amparo, sea dictada sentencia declarando la nulidad de todo lo actuado desde el trámite de personación en el rollo de apelación, mandando reponer los autos a dicho momento procesal, al objeto de que sea tenido por personado y parte apelada en la segunda instancia desde el inicio de su trámite, dándosele traslado de todas las diligencias y actuaciones que se vayan produciendo. También pidió que, hasta tanto fuese dictada esa sentencia, fuese decretada la suspensión de la ejecución de la sentencia dictada en resolución del recurso de apelación.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

1.º Reconocer el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

2.º Declarar la nulidad de la sentencia dictada el 4 de diciembre de 1992 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia en el rollo de apelación número 86/92, así como la del Auto pronunciado el 21 de enero de 1993, en el mismo recurso de apelación

3.º Restablecer al demandante en la integridad de su derecho, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en que debió proveerse el escrito que presentó el 5 de marzo de 1992, personándose como parte apelada en la segunda instancia.

Fundamentos jurídicos 1. El objeto de este proceso constitucional está compuesto, en su anverso, por una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia cuya nulidad se pretende, y éste es el reverso, como consecuencia de haberse pronunciado sin ser oído quien formula tal reproche y de él se duele, *inaudita parte*, pues, razón de pedir o fundamento, *ratio petendi*, que sirve para configurar la indefensión, proscrita constitucionalmente como la tacha más grave de la cual puede adolecer la tutela judicial, no ya para resultar eficaz sino simplemente para ser. El presupuesto necesario para disfrutar de este derecho fundamental, con la efectividad que la Constitución demanda, es el libre acceso a los jueces de todos los grados y niveles procesales, según el sistema de recursos que las respectivas leyes de enjuiciamiento configuren para cada sector jurisdiccional en función de sus características. El sustrato se encuentra en el principio de que nadie puede ser condenado en juicio sin ser oído, proposición donde se cobijan una serie de exigencias y, entre ellas, la garantía de un proceso contradictorio con igualdad de armas para todas las partes. Tal esquema, que condensa la doctrina de este Tribunal (v.gr, SSTC 105/1995 y 134/1995), sirve al propósito de prevenir el riesgo de indefensión. No caben, por tanto, procesos clandestinos (art. 24.2 CE), porque el juicio en audiencia pública es una exigencia inmanente a la potestad de juzgar

Cobra así todo su valor el papel de los actos del órgano jurisdiccional encaminados a la válida constitución de la relación jurídica procesal en sus distintos aspectos, tanto los de comunicación —citaciones y emplazamientos— para hacer saber la existencia de un litigio o de sus distintas fases y actuaciones a quienes pueda afectarles, como aquéllos otros que tienen por objeto otorgar la condición de parte en el proceso a quien ha alcanzado aquel conocimiento y ha comparecido en tiempo y forma. En la medida en que unos y otros hacen posible la comparecencia en juicio y el ejercicio del derecho de defensa son una exigencia ineludible para que el curso normal de un proceso contradictorio quede asegurado y, en consecuencia, su defectuosa práctica o su pura omisión puede dejar indefenso al afectado.

2. Así ha ocurrido precisamente en el caso que nos ocupa. El hoy demandante en amparo, una vez emplazado por el Juez *a quo*, compareció en tiempo y forma ante la Audiencia Provincial mediante escrito en el que, con toda claridad, identificaba el proceso del cual traía causa el recurso de apelación donde comparecía y la condición en la cual pretendía hacerlo. La equivocación de la oficina judicial provocó que ese escrito de personación fuera repartido a sección distinta de la que le correspondía, sin que ésta, por lo tanto, llegara a conocer su existencia y, por ello, que el recurso de apelación se tramitara sin la presencia del apelado, a quien no se le dio la oportunidad de hacer las alegaciones pertinentes al caso, con un resultado fatal para sus

intereses. La revocación de la sentencia que en la primera instancia había ganado. Tal irregularidad formal provocó que se dictara en el recurso de apelación, sin audiencia del solicitante de amparo, una sentencia que incide negativamente en sus derechos e intereses legítimos, causándole un perjuicio actual y efectivo, consistente en la resolución del contrato de arrendamiento y la pérdida del título para ocupar la vivienda. Se convierte así en la indefensión material que el artículo 24.1 CE proscribe y, por ello, el demandante merece el amparo que pide, tal y como en casos sustancialmente idénticos a éste hemos hecho otras veces (SSTC 77/1987, 22/1989, 78/1992, 131/1992 y 212/1992).

F C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

*Resoluciones de 16 y 17 de septiembre de 1997
(BOE 6 y 7-10-97).*

DISOLUCION DE S.A. POR APLICACION DE LA DISPOSICION TRANSITORIA SEXTA L.S.A. REACTIVACION.

La norma cuestionada no declara la extinción de la personalidad de las sociedades anónimas que a 31-12-95 no tengan el capital mínimo, sino exclusivamente su disolución de pleno derecho y la cancelación de oficio de los asientos, fórmula mecánica registral que respeta de modo transitorio dicha personalidad, por lo que debe confirmarse la denegación acordada por el Registrador Mercantil respecto de la escritura de transformación en S.R.L., sin prejuzgar ahora si, como parece, es posible la reactivación de la S.A. disuelta.

*Resolución de 23 de septiembre de 1997
(BOE 17-10-97).*

S.A.L AUMENTO DE CAPITAL EN JUNTA GENERAL DE 9-12-96.

La Disposición Transitoria Sexta L.S.A. que se cuestiona, no declara la extinción de la personalidad de las sociedades anónimas que a 31-12-95 no tengan el capital mínimo, sino exclusivamente su disolución de pleno derecho y la cancelación de oficio de los asientos, fórmula de mecánica registral que respeta de modo transitorio dicha personalidad, por lo que debe confirmarse la denegación acordada por el Registrador Mercantil respecto del aumento de capital otorgado el 27-12-96 y presentado el 3-2-97, sin prejuzgar ahora si, como parece, es posible la reactivación de la S.A. disuelta.

No es aplicable la normativa especial de las S.A.L., que en determinados casos amplía el plazo para aumentar el capital hasta el 31-12-96, porque en esa fecha la sociedad figura en el Registro con un capital de dos millones seiscientas mil pesetas.

Resolución de 25 de septiembre de 1997
(BOE 17-10-97).

**S.A. REPRESENTACION EN JUNTA GENERAL
SOLO POR OTRO ACCIONISTA.**

La libertad de pacto no puede sobreponerse a la voluntad del legislador, Res 2-6-94 y 9-5-96; y la necesaria claridad de los Estatutos lleva a excluir en el momento de calificar su accesibilidad al Registro Mercantil aquéllas de sus determinaciones —concretamente el adverbio «sólo»— que de entrada susciten graves dudas sobre su legalidad.

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

POR JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA
Y EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

S.A.. DOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS APODERAN AL TERCERO —ESTABLECIDO QUE LOS TRES CONSEJEROS DELEGADOS DEBERÁN ACTUAR MANCOMUNADAMENTE, AL MENOS DOS DE ELLOS, ES INSCRIBIBLE EL PODER OTORGADO POR LOS DOS CONSEJEROS DELEGADOS EN FAVOR DEL TERCERO, ATRIBUYÉNDOLE FACULTADES DE LAS QUE SON TITULARES POR SUS CARGOS. (RESOLUCIÓN DE 30 DE DICIEMBRE DE 1996. BOE DE 7 DE FEBRERO DE 1997.)

Hechos.—I El 10 de noviembre de 1992, el Notario de San Vicente del Raspeig, don Gerardo Wirchmann Rovira autorizó la escritura de poder número 1 666 en virtud de la cual don Vicente García Márquez y doña María Virtudes García Márquez, actuando como consejeros delegados de la sociedad «Contratación, Transportes y Maquinaria, Sociedad Anónima», confieren poder a don Tomás García Martínez —también consejero delegado de la misma sociedad— por el que le atribuyen determinadas facultades representativas de las que son titulares mancomunados tal y como resulta del acuerdo del Consejo de Administración elevado a escritura pública de fecha 24 de febrero de 1992».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Alicante, el Registrador denegó su inscripción mediante la siguiente nota de calificación: «Denegada la inscripción del precedente documento, por el defecto insubsanable de tener conferidas el apoderado las mismas facultades que se le confieren pero con carácter mancomunado, por el Consejo de Administración, siendo éste el único que podría variar la forma de actuación del citado apoderado. Alicante, 8 de marzo de 1993. El Registrador. Firmado Cecilio Camy Rodríguez».

III. El 7 de mayo de 1993, el Notario autorizante de la referida escritura de poder número 1.666 interpuso recurso de reforma contra la anterior nota de calificación con base en las siguientes consideraciones jurídicas: 1.º Que al fundamento jurídico de la calificación impugnada —según el cual, siendo el apoderado un consejero delegado mancomunado, debe desarrollar sus facultades conjuntamente con otro consejero delegado, pues, en caso contrario, el apoderamiento supondría, en sí mismo, una alteración del régimen de man-

comunidad establecido sin mediar intervención del Consejo— ha de oponerse la doctrina sentada por la Dirección General de Registros y del Notariado en la Resolución de 26 de febrero de 1991, que deslinda con nitidez las figuras jurídicas del apoderamiento y la delegación de facultades, configurando la primera de ellas como un instrumento jurídico autónomo y ajeno a la estructura de la sociedad que ésta, al igual que los particulares, puede utilizar para el cumplimiento de sus fines. Por ello, siendo los apoderados representantes de la sociedad, voluntarios y no orgánicos, la facultad que el artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas reconoce al Consejo de Administración debe referirse al ámbito general de la autonomía de la voluntad de los poderdantes. 2.º Que el Registrador no cita precepto alguno, supuestamente infringido, que impida al Consejo de Administración, a través de sus consejeros delegados, designar como apoderado a quien tenga por conveniente, incluso a una persona que ya sea consejero, pues nunca se confundirá el diferente carácter con el que actúa, dado que la obligatoria inscripción del poder en el Registro Mercantil —art. 9.1 del Reglamento del Registro Mercantil— permite oponer su contenido a terceros de buena fe desde la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y excluye, asimismo, la doctrina del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en la medida que el apoderado no es un órgano social, de suerte que este apoderamiento general otorgado por el órgano de administración de la sociedad no tendrá un carácter rígido e ilimitado, sino que habrá de estarse a las facultades conferidas en cada caso concreto. A mayor abundamiento, la libertad de que goza el poderdante para configurar el poder hace que éste no tenga porqué reproducir la estructura del Consejo ni verse limitado o influido por ello, por lo que puede configurar el poder que considere adecuado. De otra parte, desde el punto de vista subjetivo tampoco se ve razón para que el apoderamiento deba de ser conferido a una persona ajena a la sociedad. 3.º A lo anteriormente expuesto no se opone el hecho de que el apoderamiento se haya conferido por dos consejeros delegados mancomunados, ya que, inscrita la delegación de facultades en el Registro Mercantil, lo hecho por estos consejeros tiene perfecto valor como acto del propio órgano de administración de forma que algunos cargos delegados pueden, dada la ausencia de restricciones legales al respecto, conferir los apoderamientos que estimen conveniente, sin que ello afecte a la estructura del Consejo ni requiera acuerdo del mismo. 4.º Finalmente, si todo lo anterior parece defendible en el caso de apoderamientos generales, con mayor razón en el supuesto de apoderados, que, como en el caso presente, tienen facultades muy amplias, pero no generales, ya que se han excluido, en principio, las facultades de disposición de bienes.

IV El Registrador Mercantil resolvió el recurso de reforma desestimando la pretensión del recurrente y confirmando la nota de calificación con los siguientes argumentos: 1.º Aun siendo ciertas y reconocidas por la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado las diferencias legales entre el apoderamiento (representación voluntaria) y la delegación de facultades (representación orgánica), no obstante, en el caso que nos ocupa se da una circunstancia especial y es que el apoderado general nombrado es uno de los consejeros delegados —cuya forma de actuación debe ser mancomunada con otro consejero delegado— y, prácticamente, con las mismas facultades, pues si bien es cierto que existe una pequeña diferenciación, resaltada por el recurrente, dichas facultades son prácticamente coincidentes. 2.º Si bien es cierto que los consejeros delegados, actuando mancomunadamente, como lo exige su nom-

bramiento, pueden otorgar poderes generales a favor de un tercero; no obstante, el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye al Consejo la facultad de nombrar consejeros delegados, exigiendo por su parte el artículo 124.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil, que en el acuerdo del Consejo se determine la forma de actuación de éstos en caso de ser varios, por lo que es al Consejo a quien compete alterar la fórmula de actuación. Si se permitiera que los propios consejeros delegados se otorgaran poderes individuales entre sí con las mismas o prácticamente las mismas facultades, se vulneraría el acuerdo del Consejo que les nombró exigiéndoles actuación mancomunada con infracción de los preceptos legales citados [art. 141 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil]. La subsanación del defecto señalado no sería difícil ni costosa, pues bastaría el acuerdo del Consejo ratificando las facultades conferidas.

V. El recurrente se alzó contra la anterior resolución reiterando lo alegado en el escrito del recurso de reforma y añadiendo: 1.º Que el Registrador Mercantil en su resolución volvió a confundir las figuras de apoderamiento y delegación de facultades, pues refiriéndose a una escritura de apoderamiento señaló que es al Consejo a quien compete alterar la fórmula de actuación de los consejeros delegados, produciéndose —en el caso de que esta regla no se respetara— una vulneración del acuerdo del Consejo que les nombró mancomunadamente 2.º Que no se ve obstáculo legal alguno que impida que dicho apoderado sea, actual y coincidentemente, un miembro del Consejo, dado que éste puede dejar de ostentar tal cualidad de miembro del órgano administrador; sin embargo, mientras no se revoquen sus facultades mantendrá su condición de apoderado, lo cual advierte de la independencia conceptual de ambas figuras 3.º Que los consejeros poderdantes han ejecutado el acto de otorgamiento de poder con carácter mancomunado, tal y como exigía el acuerdo del Consejo que les nombró.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 128, 129 y 141 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, el artículo 149 del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982, 16 de julio de 1984, 9 de junio de 1986 y 12 de septiembre de 1994.

1. La única cuestión que procede examinar en este recurso se centra en si es inscribible una escritura en la que dos de los consejeros delegados de una sociedad anónima, designados para desempeñar sus funciones mancomunadamente, proceden a nombrar apoderado de la misma sociedad al tercero de los consejeros delegados mancomunados de la misma, atribuyéndole determinadas facultades representativas de las que son titulares en virtud de sus cargos.

La cuestión es, pues, similar a la planteada en la Resolución de este Centro Directivo de 12 de septiembre de 1994, y, por tanto, idéntica ha de ser la solución que ahora se adopte.

2. La representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades, es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación *alieno nomine*, sino que es la propia sociedad la que

ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: Actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de voluntad social.

A diferencia de ella, la representación voluntaria se dirige a posibilitar la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para este último (heteroeficacia), por lo que queda sometida a principios de actuación diferentes de los de la primera. Su utilización, de carácter potestativo, y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la actuación representativa y a la actuación del apoderado, se somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación, en sede de persona jurídica, al órgano de administración al tratarse de una materia reservada a su ámbito de competencia exclusiva, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias al respecto (cfr. Resolución de 26 de febrero de 1991).

3 La diferencia conceptual entre ambas figuras, así como la distinta naturaleza y eficacia, permiten afirmar que su posible concurrencia se encuentra fuera de duda, tal como reconocen expresamente los artículos 281 del Código de Comercio; 15, número 2, y 141, número 1, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 94.5 del Reglamento del Registro Mercantil.

Y precisamente esta posibilidad, en unión de la falta de una norma que en nuestro ordenamiento expresamente lo prohíba, debe llevar a admitir, en tesis de principio, la circunstancia de que en la misma persona puedan confluír, de manera simultánea, las condiciones de administrador y de apoderado, no debe verse en ello una desnaturalización de la configuración estatutaria del órgano de administración, pues son diversos la naturaleza, la finalidad y los efectos de cada figura —como revela su distinta caracterización—, por lo que es el órgano de administración el que debe escoger las modalidades representativas de carácter voluntario que estime más oportunas; aunque, naturalmente, siempre quedará a salvo la competencia de la Junta general de ejercer su función de control cuando la voluntad social expresada en Junta estime que ha existido un mal uso de las facultades específicas del órgano de administración (por vía de exigencia de responsabilidad e incluso mediante la destitución y sustitución del administrador).

4. Admitida, con carácter general, la posibilidad de concurrencia, se hace preciso introducir una matización que modifica parcialmente las conclusiones anteriores. La diferencia funcional entre ambas figuras y su diferente ámbito operativo pueden originar que en su desenvolvimiento surjan algunas dificultades de armonización que deben ser analizadas, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto fáctico (por ejemplo, en cuanto a las posibilidades de revocación o modificación del poder conferido, la exigencia de responsabilidad al apoderado o la subsistencia del poder en tanto no haya sido revocado, incluso más allá de la propia duración del cargo de administrador); la solución de tales dificultades es la pauta que permitirá decidir, sólo a la vista de cada supuesto de hecho, acerca de la posibilidad de concurrencia entre ambas figuras.

En el presente supuesto, al establecerse que los tres consejeros delegados deberán actuar mancomunadamente, al menos dos de ellos (cfr. art. 124 del

Reglamento del Registro Mercantil), es preciso, salvo excepción tasada, el concurso de dos de ellos, al menos, para la plena validez de los actos (cfr. arts. 156, 237 y 1.694 del Código Civil y 129 y 130 del Código de Comercio), pero sin que en todo caso sea precisa una simultánea comparecencia de ambos, bastando con que las respectivas declaraciones de voluntad se manifiesten con arreglo a cualquier procedimiento eficaz en derecho; de conformidad con este razonamiento, en el acto concreto de apoderamiento se produce una delegación por la que cada uno de los consejeros delegados concedentes autoriza al tercero a fin de hacer uso de aquellas facultades que cada uno de aquéllos tiene atribuidas para ser ejercitadas conjuntamente con el otro poderdante o con el propio apoderado. Sólo desde esta perspectiva se comprende con claridad la eficacia de la actuación separada de cada uno de los consejeros delegados concedentes al retirar el consentimiento prestado de manera anticipada en el acto de otorgamiento del poder. Una vez que ambos poderdantes, conjunta o separadamente, han revocado el poder, el apoderado no reunirá ya la voluntad concorde de, al menos, dos consejeros delegados ni, por tanto, la del órgano, careciendo sus actos de alcance vinculatorio para la sociedad representada —a salvo, naturalmente, los efectos propios de la protección a la apariencia frente a los terceros de buena fe— (cfr. art. 130 del Código de Comercio, que impide la formación del acto contra la voluntad de uno de los administradores). Así, la revocación por los dos consejeros delegados poderdantes de las facultades conferidas al tercero en el acto de apoderamiento implicará, en la práctica, la imposibilidad de la actuación del apoderado, pues desde ese momento no representará la voluntad conjunta de dos consejeros delegados mancomunados. Las mismas conclusiones son aplicables en relación con la posibilidad de modificación del poder o con la exigencia de responsabilidad frente al otro, caso en que cada administrador podrá ejercitar sus facultades específicas frente al otro.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota y el acuerdo del Registrador Mercantil en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

Madrid, 30 de diciembre de 1996.—El Director General, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Señor Registrador Mercantil de Alicante

Comentario

1. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO DEL SUPUESTO DE HECHO

La cuestión discutida en la presente Resolución consiste en la inscripción de una escritura de apoderamiento por virtud de la cual dos de los tres consejeros delegados de una sociedad anónima, designados para desempeñar sus funciones mancomunadamente, proceden a conferir poderes al tercero de los consejeros delegados mancomunados de la misma, atribuyéndole prácticamente las mismas facultades representativas de las que son titulares en virtud de sus cargos, para que pueda ejercitarlas por sí solo.

La tesis que sustenta el Registrador en su calificación es que este tipo de apoderamiento vulnera o desvirtúa la delegación de facultades que en su día hizo el Consejo, puesto que la voluntad de aquel órgano es que actuaran mancomunadamente al menos dos de los tres consejeros delegados, y con este apoderamiento actúa las mismas facultades uno solo. Esto es completamente cierto en cuanto al resultado práctico puesto de manifiesto en su día por el

Registrador, y hace comprensibles los celos que suscitó en el momento en que extendió la nota de calificación, pero no supone ninguna vulneración de las leyes. Como dice la Resolución comentada, más que un verdadero apoderamiento, lo que hay es un consentimiento (prestado de manera anticipada) que viene a completar las facultades del otro representante permitiéndole concluir negocios por sí solo sin necesidad de la «simultánea comparecencia» del otro.

Actualmente está plenamente consolidada la doctrina de la Dirección General de los Registros, favorable a la admisibilidad de este tipo de apoderamientos; basándose en la distinción entre la representación voluntaria y la orgánica y rechazando esa idea de que desvirtúan la voluntad expresada por los correspondientes órganos sociales al configurar el órgano representativo de la sociedad.

Según la presente, la cuestión es similar a la planteada en la Resolución de 12 de septiembre de 1994, y, por tanto, «idéntica ha de ser la solución que ahora se adopte». Lo cierto es que el Centro Directivo se ha limitado a reproducir literalmente los mismos Fundamentos de Derecho que formuló en aquélla al considerar equiparables los supuestos de hecho contemplados en ambas, puesto que el único punto que se aparta la coincidencia absoluta es que en el supuesto contemplado en 1994 se trataba de administradores, y en el presente, de consejeros delegados. Dado que la generalidad de la doctrina considera que, en ambos casos, se trata de una representación orgánica, es lógico que se hayan aplicado al caso presente los mismos argumentos del caso anteriormente citado.

2. LA FACULTAD DE CONFERIR APODERAMIENTOS POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Creemos que su admisibilidad se inspira en las siguientes consideraciones fundamentales:

1.^a Los administradores de las sociedades pueden otorgar toda clase de apoderamientos, sin limitación alguna, determinando libremente la forma de actuar de los apoderados.

2.^a En cuanto al contenido de facultades, debe partirse de la distinción ya tradicional entre administración o gestión (interna) de la sociedad y representación (externa) ante terceros. Esta última se desenvuelve en el ámbito de los negocios que la sociedad realiza con los terceros, pudiendo conferirse al apoderado más o menos facultades, según tenga por conveniente el administrador, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio para los factores mercantiles en general.

3.^a La admisibilidad de estos apoderamientos, que se superponen a la forma de actuar de los administradores o consejeros delegados mancomunados, permitiéndoles ejercer la representación por sí solos, se funda en la distinción entre la representación orgánica y la voluntaria. Ciertos actos que, para ser realizados en concepto de representante orgánico, precisan el concurso de algún otro de los administradores, pueden ser realizados individualmente en virtud del apoderamiento, que equivale a un consentimiento genérico, prestado por anticipado, pero por vía de poder y, por tanto, revocable en cualquier momento. Como señalan las resoluciones citadas, no siempre será

precisa una simultánea comparecencia de ambos, bastando con que las respectivas declaraciones de voluntad se manifiesten con arreglo a cualquier procedimiento eficaz en derecho. . «En el acto concreto de apoderamiento se produce una delegación por la que cada uno de los consejeros delegados concedentes autoriza al tercero a fin de hacer uso de aquellas facultades que cada uno de aquéllos tiene atribuidas para ser ejercitadas conjuntamente con el otro poderdante o con el propio apoderado». Dicho consentimiento anticipado continuará surtiendo efecto mientras no se revoque (1) el apoderamiento por ninguno de los otorgantes.

4.^a La única innovación —si puede llamarse así— que, respecto de la doctrina sentada por la Resolución de 12 de septiembre de 1994, aporta la presente, consiste en aplicar a los consejeros delegados las mismas consideraciones que en su día se aplicaron a los administradores mancomunados. Aunque nada se dice a este respecto en la presente Resolución, es doctrina pacíficamente aceptada, hoy en día, que los consejeros delegados no son simples mandatarios del Consejo de Administración, sino un verdadero y propio órgano social, y ejercen, por consiguiente, una representación de tipo orgánico y no meramente voluntaria.

3. NATURALEZA JURIDICA DE LA REPRESENTACION EJERCIDA POR LOS CONSEJEROS DELEGADOS

Es ésta una cuestión que afecta a la solución del caso concreto que nos ocupa, puesto que la admisibilidad general de estos apoderamientos se basa en la distinción entre la representación voluntaria y la orgánica (cfr. Fundamento segundo de la presente Resolución) por considerar que no son más que una «autorización general anticipada» para un desarrollo más cómodo de la representación orgánica, y si se han admitido para los administradores mancomunados por la citada Resolución de 12 de septiembre de 1994, deben admitirse igualmente para los consejeros delegados al considerarse que éstos ejercen una representación de la misma naturaleza.

La doctrina moderna viene sosteniendo el carácter orgánico de la representación que ejercen los consejeros delegados y su calidad de órgano social. Tanto si han sido designados individualmente como si se trata de las llamadas

(1) Como señala el Fundamento cuarto *in fine*, para la plena validez de los actos es preciso el concurso de al menos dos de los consejeros delegados ..., «pero sin que en todo caso sea precisa una simultánea comparecencia de ambos, bastando con que las respectivas declaraciones de voluntad se manifiesten con arreglo a cualquier procedimiento eficaz en derecho, de conformidad con este razonamiento, en el acto concreto de apoderamiento se produce una delegación por la que cada uno de los consejeros delegados concedentes autoriza al tercero a fin de hacer uso de aquellas facultades que cada uno de aquéllos tiene atribuidas para ser ejercitadas conjuntamente en el otro poderdante o con el propio apoderado. Sólo desde esta perspectiva se comprende con claridad la eficacia de la actuación separada de cada uno de los consejeros delegados concedentes al retirar el consentimiento prestado de manera anticipada en el acto de otorgamiento del poder. Una vez que ambos poderdantes, conjunta o separadamente, han revocado el poder, el apoderado no reunirá ya la voluntad concorde de, al menos, dos consejeros delegados ni, por tanto, la del órgano, careciendo sus actos de alcance vinculatorio para la sociedad representada .».

«comisiones ejecutivas» que deben formarse cuando los delegados sean varios y tengan que actuar colegiadamente. Esta postura ha llegado a alcanzar respaldo normativo en el artículo 149 del Reglamento del Registro Mercantil que emplea la expresión «órgano delegado» y se remite al artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto al ámbito de su poder de representación.

Finalmente, hay que tener en cuenta que si estos apoderamientos son generalmente admitidos cuando se conceden a favor de un tercero, no hay por qué mirarlos con recelo cuando se otorgan por unos miembros del órgano a favor de los otros. Al ser conceptualmente distintos uno y otros tipos de representación, pueden concurrir ambos en una misma persona sin que ello suponga «una desnaturalización de la configuración estatutaria del órgano de administración, pues son diversos la naturaleza, la finalidad y los efectos de cada figura...», no existiendo, por último, ninguna norma que los prohíba.

FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Revista de Derecho Privado (t. IV, págs. 486 y sigs.), tras poner de manifiesto que los Estatutos habrán de precisar el «régimen de actuación» de los consejeros delegados, señala que éste «puede ser de forma individual o solidaria o bien conjunta; en este último caso parece que los delegados han de ser sólo dos, pues si son tres o más los que han de actuar conjuntamente, entendemos que han de formar una Comisión ejecutiva, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 136, pero no nos parece que haya inconveniente para que existan tres (o más) consejeros delegados, que actúen individualmente..., o una Comisión ejecutiva, en cuyo caso se asigna la representación a ella colegiadamente y no a sus miembros; *sin embargo, esto no impide que la titularidad de la representación se asigne además a uno o varios de sus miembros a título individual o conjunto [letra d) del art. 124 2 RRM]*».

En cuanto al *ámbito del poder de representación de los órganos delegados*, señala este autor que... «será siempre el que determine el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los administradores», puesto que así lo dispone claramente el artículo 149 del RRM «De esta forma queda claro que la amplitud de los poderes que tienen los órganos delegados del Consejo no depende de la voluntad de éste, ni tampoco de las facultades delegadas, sino que se extiende —como en general en el caso de todos los administradores titulares del poder de representación de la sociedad— a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos, quedando obligada también la sociedad frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social (art. 129). Las limitaciones establecidas en los Estatutos respecto del ámbito del poder de los órganos delegados o las fijadas por el propio Consejo de Administración *tendrán una eficacia puramente interna*, siendo inoponibles a los terceros... (*ibidem*, POLO). Resulta así —en beneficio de los terceros— un sistema de delimitación del ámbito del poder de representación de los órganos delegados que, como en el caso de los administradores en general, está tipificado y que no puede ser modificado ni por los Estatutos, ni, por supuesto, por el Consejo de Administración. Cualesquiera que sean las facultades delegadas, el ámbito del poder de administración será el mismo: el fijado por el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas».

EDUARDO POLO, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (Ed. Civitas, t. VI, págs. 477 y sigs.), abunda en consideraciones muy similares a las anteriormente citadas, señalando que no hay ningún obstáculo para

que las cláusulas de delegación, además de fijar de una manera u otra el contenido de las facultades delegadas, procedan a una distribución interna de las mismas entre las personas que ostentan los cargos delegados.

En cuanto a las facultades de representación, refleja las dos posturas antagónicas en que se había decantado la doctrina. «En efecto, un sector de la doctrina había sostenido, al amparo de la necesidad de inscripción de la delegación de facultades y del efecto constitutivo de la misma, que la amplitud de la delegación venía sometida únicamente a los límites que a su eficacia representativa se señalaran en los poderes delegados (GIRÓN, BÉRGAMO). En este sentido, y merced a los efectos positivos de la publicidad material del Registro, no habría diferencia alguna en la atribución de las facultades gestoras y las representativas, ya que éstas, tanto en su eficacia interna como en orden a su eficacia frente a los terceros, se regirían por el mismo sistema de libertad, permitiendo no sólo su limitación, sino incluso una distribución de las mismas entre los cargos delegados. Frente a esta postura, una interpretación estricta del párrafo segundo del antiguo artículo 76 de la Ley, en cuya virtud «en todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la empresa», llevaba a la conclusión de que la atribución de más o menos poderes representativos a los cargos delegados y su posible limitación y distribución interna entre los mismos sólo podía tener una eficacia meramente interna, ya que las facultades representativas del Consejo eran rígidas e ilimitables y su atribución a los órganos delegados no podía quebrantar la inderogabilidad de los poderes representativos atribuidos al órgano de administración de la sociedad (*ibidem*. GARRIGUES-OLIVENCIA, URÍA; RUBIO; IGLESIAS PRADA; RODRÍGUEZ ARTIGAS; CRISTÓBAL MONTES)..., siendo también de citar, abundando en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (2), de 24 de noviembre de 1989 ».

(2) *Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1989* «.. Es claro que el consejero delegado actúa frente a terceros con poderes ilimitados a virtud de mandato legal, aunque frente a la sociedad deberá moverse dentro del ámbito de los poderes recibidos, lo que permitió decir a la Dirección General de los Registros y el Notariado que el artículo 1713 del Código Civil no se aplica a los órganos de gestión y representación de una sociedad mercantil, pues admitida la distinción entre representación orgánica que no tiene su base en una relación de mandato y los apoderamientos que sí la tienen, conforme al artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas es el órgano el que ostenta la facultad representativa sin que sea preciso que en la escritura o en los Estatutos se especifiquen las distintas facultades representativas que se confieren al órgano social, y a este Tribunal Supremo que el artículo 76, párrafo segundo, al disponer que «en todo caso» la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, está afirmando la existencia de un círculo mínimo de facultades que corresponden al órgano de administración para el cumplimiento del fin u objeto social, con la consecuencia de que cualquier limitación que de tales facultades se establezca en los Estatutos, o fuera de ellos, será ineficaz respecto a terceros que contraten con los referidos órganos, ya que tales limitaciones, caso de establecerse, sólo tienen virtualidad en el ámbito de las relaciones internas entre administrador y sociedad, pero tal contenido mínimo e inderogable en las funciones representativas del órgano de administración es eso, mínimo, y no obstaculiza, por lo tanto, que la sociedad lo amplíe a otras actividades o asuntos, en cuyo caso tales facultades tendrán como fuente legitimadora los Estatutos o acuerdos sociales y no el referido artículo 76.2 de la Ley (ver RDGRN de 30 de enero de 1985 y Sentencias de 11 de octubre de 1983 y 14 de mayo de 1984). ».

4. LA JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS

En cuanto a las Resoluciones citadas en los vistos, nos abstenemos de recoger la de 12 de septiembre de 1994 por ser literalmente idéntica a la presente. Las demás que se citan dicen (en lo que aquí nos interesa) lo siguiente

RESOLUCION DE 4 DE OCTUBRE DE 1982

CONSIDERANDO que de acuerdo con lo establecido en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas y 102 *h*) del Reglamento del Registro Mercantil se autoriza en nuestro Derecho que la administración de la Sociedad Anónima pueda estar encomendada a un administrador o a varios solidariamente, o bien a un Consejo de Administración o incluso a un Consejo de Administración junto a un administrador o administradores singulares en las condiciones que señala el anterior precepto reglamentario, sin que aparezca autorizado el que cuando sean varios ostenten sus facultades mancomunadamente, sino colegiadamente bajo la forma de Consejo antes indicada.

CONSIDERANDO que en el singular supuesto de que los administradores designados fueran dos y no tuvieran facultades solidarias se planteó la cuestión de si era posible la existencia de un Consejo de Administración con sólo dos miembros, dados los obstáculos que a su normal funcionamiento se presentaban y que fueron puestos de manifiesto en la Resolución de 9 de mayo de 1978, que terminó declarando —al igual que la posterior Sentencia de 30 de junio de 1981— la posibilidad de su constitución en base al principio general de autonomía de voluntad sancionado en el artículo 1.255 del Código Civil

CONSIDERANDO que sobre la base de lo expresado en el anterior Considerando resulta que un Consejo de Administración constituido por sólo dos miembros y en el que los Estatutos no han establecido que ninguno de ellos tenga voto de calidad ni prevean la toma de acuerdos por sorteo en caso de discrepancia, como señalaba la Resolución mencionada, se está, en realidad, ante una administración mancomunada, ya que sus dos componentes no pueden actuar indistinta y solidariamente, por lo que la cláusula discutida de la escritura calificada, en su inciso final, no hace sino añadir con otra redacción lo que hubiera podido incluir como número mínimo de administradores en su primera parte.

RESOLUCION DE 5 DE OCTUBRE DE 1982

CONSIDERANDO que este recurso plantea idéntica cuestión a la resuelta por esta Dirección General en Resolución de 4 de octubre de 1982, en la que declaró ser inscribible la cláusula estatutaria discutida en base al reconocimiento por la jurisprudencia de la posibilidad de un Consejo de Administración integrado únicamente por dos miembros, y a que sobre esta premisa se está en realidad ante una administración mancomunada, ya que sus dos componentes no pueden actuar indistinta y solidariamente, por lo que el inciso final de la mencionada cláusula no hace sino añadir con otra redacción lo que hubiere podido incluir como mínimo un número de administradores en su primera parte

RESOLUCION DE 16 DE JULIO DE 1984

CONSIDERANDO, en cuanto al segundo defecto, que la distinción entre lo que constituye la representación orgánica de la Sociedad —supuesto en que ésta actúa por sí— y el caso en que este tipo de entes actúan —como cualquier otro— a través de personas ajenas a sus órganos, y que permite el artículo 77 de la Ley, se hace evidente, como declaró la Resolución de 31 de marzo de 1979, en el plano teórico y conceptual, pero no se refleja con la nitidez debida cuando se trata de plasmar esta diferenciación en la realidad cotidiana, todo ello debido sin duda a que esta distinción se ha ido abriendo camino paulatinamente —dentro de la vida jurídica a través de las aportaciones doctrinales— y los mismos textos legales manteniendo el peso de la tradición tampoco la expresan —en general— con la debida claridad.

CONSIDERANDO que, así pues, no es extraño el que también en la práctica jurídica y, por tanto, en la notarial, se puedan seguir utilizando en las cláusulas contractuales o estatutarias como sinónimos, términos o expresiones que si en un pasado, más o menos próximo, aparecían justificados, la progresiva decantación y el posterior perfeccionamiento técnico los ha ido separando, tal como resulta hoy día del artículo 77 de la Ley, que distingue entre delegación —que sólo cabe dentro del Consejo de Administración y tiene lugar a favor de miembros del propio órgano administrativo— y el apoderamiento que se puede conferir a cualquier persona.

CONSIDERANDO, no obstante, que no hay que olvidar la singular importancia que en el ámbito del Derecho mercantil, y en materia de interpretación de contratos y cláusulas contractuales, reviste el principio de buena fe sancionado en el artículo 57 del Código de Comercio, en cuanto al modo en que los contratantes han explicado su voluntad y contraído sus obligaciones, y al resultar claro el texto del artículo 9 de los Estatutos, pese a la incorrección técnica contenida, no parece existir obstáculo que impida su inscripción.

RESOLUCION DE 9 DE JUNIO DE 1986

CONSIDERANDO en cuanto al segundo defecto que, como ya declararon las Resoluciones de 31 de marzo de 1979 y 16 de julio de 1984, la distinción entre la representación orgánica de la sociedad y la representación voluntaria, evidente en el plano teórico y conceptual, no aparece reflejada con la nitidez debida en la realidad cotidiana, e incluso en las propias normas legales (art. 116 del Reglamento del Registro Mercantil), en donde con diferentes denominaciones introducidas por la práctica se entremezclan una u otra situación, y de ahí el frecuente confucionismo que hay que tratar de evitar para que resulten claramente delimitadas ambas figuras, y puedan aplicarse a una y otra las normas legales que le son propias las especiales de la Ley de Sociedades Anónimas para los administradores y las propias de la representación para quienes actúen como apoderadosos.

CONSIDERANDO que la discusión se centra, no tanto en la anterior distinción en la que coinciden plenamente Notario y Registrador, sino en si la misma ha sido claramente acogida en el artículo 21.g) de los Estatutos sociales, ya que ambos entienden que la delegación sólo es posible cuando existe un órgano colegiado de administración de la Sociedad, que es quien puede designar de su seno la Comisión ejecutiva o el consejero correspondiente que

continuarán ostentando el carácter de representantes orgánicos de la Sociedad, pero por su propia esencia tal delegación no puede tener lugar si se trata de administrador único, quien únicamente podrá designar apoderado voluntario si desea que una tercera persona actúe en nombre de la Compañía, pero no podrá delegar en ningún otro miembro del Consejo de Administración ante la no existencia de los mismos.

CONSIDERANDO que al englobar dentro del mismo artículo 21 las atribuciones y facultades que correspondan al gerente único y en su caso al Consejo de Administración, una interpretación correcta del mencionado precepto estatutario permite entender sin ningún grave quebranto que así como el otorgamiento de poderes a que se refiere el apartado g) entra dentro del campo de atribuciones respectivas de uno y otro órgano administrativo y, por tanto, incluye a ambos la delegación de funciones; por el contrario, sólo cabe técnicamente referirla al supuesto de que la Junta general haya designado un órgano colegiado de administración, pero no cuando por ser unipersonal tal delegación en sí no pueda ser realizada, ya que habrá de acudir al mecanismo de la representación voluntaria, caso de tener que actuar a través de otra persona.

RESOLUCION DE 28 DE FEBRERO DE 1991

« . no cabe desconocer las patentes diferencias entre el apoderamiento (situado en la esfera de la representación voluntaria, de carácter externo a la Sociedad y de utilización potestativa) y el órgano de gestión (elemento integrante e imprescindible de la estructura conformadora y funcional de la Entidad), de modo que resulta inoportuna la misma previsión estatutaria de la existencia de apoderados generales, máxime cuando parece presuponerse —contra lo que su denominación implica— que estos apoderados sólo tendrán aquellas facultades de representación que la Junta les confiera».

J. G. G.

«**VARIOS**» ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS O SOLIDARIOS, ARTÍCULO 57.1.—LA LSRL NO EXIGE —AL CONTRARIO DE LO PREVISTO PARA LAS SA— LA ESPECIFICACION ESTATUTARIA DEL NUMERO DE ADMINISTRADORES, NI EN SU DEFECTO, DE LOS MAXIMO Y MINIMO, NI SIQUIERA PARA EL SUPUESTO DE CONSEJO DE ADMINISTRACION, SIN QUE QUEPA INVOCAR LA APLICACION DE UN PRECEPTO REGLAMENTARIO QUE AL TIEMPO DE CALIFICAR HA PERDIDO SU VIGENCIA. (RESOLUCIÓN DE 14 DE ABRIL DE 1997. BOE DE 22 DE MAYO DE 1997.)

Hechos —I. El día 9 de septiembre de 1996, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid, don José González de la Rivera Rodríguez, la sociedad «Corporate Advising, Sociedad Limitada», elevó a públicos los acuerdos adoptados en la Junta general y universal de socios en su reunión de 30 de junio de 1996, entre los que hay que citar el de modificar, en su integridad, los Estatutos sociales para su adaptación a las previsiones de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, en cumplimiento de su disposición transitoria

segunda. El artículo 7 de dichos Estatutos dice: «La administración de la sociedad no podrá confiar, por opción alternativa de la Junta general y sin necesidad de modificación estatutaria, a un administrador único, a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente o a un Consejo de Administración. En caso de administrador único, el poder de representación corresponderá a éste, en caso de administradores solidarios, a cada uno de ellos; en caso de administradores conjuntos, a dos cualesquiera de ellos, y en el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponderá al propio Consejo, que actuará colegiadamente. En este último caso, Consejo de Administración, la Junta general fijará el número mínimo y máximo de sus componentes, que no será inferior a tres ni superior a doce. La convocatoria del Consejo se efectuará por su presidente y por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure su recepción por todos los componentes del Consejo con, al menos, tres días hábiles de antelación a la fecha de celebración del Consejo. El presidente deberá convocar el Consejo cuando proceda por imperativo legal o cuando el interés de la Sociedad, conforme a su criterio, lo precise. Además, el presidente convocará el Consejo a solicitud de cualquiera de sus componentes, dentro de los tres días hábiles posteriores a la recepción de la solicitud. La constitución del Consejo de Administración, el modo de deliberar y adoptar los acuerdos, su régimen interno y la delegación de facultades se adecuarán a lo establecido en los artículos 139, 140 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Defectos: Los Estatutos han de fijar el número de administradores o, al menos, el máximo y mínimo (art. 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil). En el plazo de dos meses, a contar de esta fecha, se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil».

Madrid, 27 de septiembre de 1996.—La Registradora, María Victoria Arizmendi Gutiérrez».

III. Don Juan Díaz-Laviada Marturet, como administrador único saliente y administrador solidario entrante de «Corporate Advising, Sociedad Limitada», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que el defecto señalado carece de fundamento en virtud de lo que se dice al inicio del párrafo segundo del artículo 7 de los Estatutos sociales. Que la Junta general de socios ha hecho un esfuerzo para reducir el nuevo texto de Estatutos sociales a aquellas menciones impuestas por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, del Reglamento del Registro Mercantil, sujetándose en todo lo no expresamente regulado por los Estatutos a la normativa vigente. Que la señora Registradora omite en su calificación la mención expresa que prescribe el artículo 62.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV. La Registradora Mercantil de Madrid, número VI, acordó mantener la nota de calificación, desestimando el recurso interpuesto, e informó: Que el artículo 7, párrafo segundo, de los Estatutos sociales establece que, en el caso de que se opte por un Consejo de Administración, la Junta general fijará el

número máximo y mínimo de sus componentes (que no sería inferior a tres ni superior a doce), es en este supuesto en el único en que no es necesario que los Estatutos fijen el máximo y el mínimo de componentes, pues están fijados legalmente (art. 57 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Que la exigencia de determinación del número de administradores o, al menos, el máximo y el mínimo, se circunscribe al supuesto de que se opte como órgano de administración por la existencia de varios administradores solidarios o mancomunados. Que así resulta claramente del párrafo tercero del artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil que habla de «en todo caso», así como del párrafo cuarto del artículo 185 de dicho Reglamento, y como el párrafo siguiente de la misma norma fija el máximo y mínimo en el supuesto del Consejo de Administración, está claro que se refiere a las otras dos posibilidades de existencia de pluralidad de administradores: varios administradores conjuntos o solidarios. Que hay que señalar que el defecto es subsanable

V. El recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que no se entiende la invocación por la señora Registradora en la nota de calificación del artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil para calificar los Estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, a no ser por error, ya que dicho precepto hoy es exclusivamente aplicable a las sociedades anónimas. La decisión de la señora Registradora, sin embargo, se fundamenta en los artículos 124 y 185 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996. Que de todas formas, el citado artículo 124.3 no es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada. Que se considera que el párrafo cuarto del artículo 185 del Reglamento del Registro Mercantil lo que dice es que la mención estatutaria del número máximo y mínimo de administradores no es legalmente exigible. Que si el párrafo primero de dicho artículo faculta a la Junta para optar por cualquiera de las alternativas del órgano de administración legalmente previstas, sin necesidad de modificación estatutaria, con mayor razón deberá reconocérsele a la Junta soberanía para determinar, también sin necesidad de modificar sus Estatutos, cuántos administradores solidarios, dentro del concepto «varios» legal y estatutariamente previsto, administrarán la sociedad. Máxime en un contexto de administradores solidarios en que su número es absolutamente irrelevante a efectos de proteger el interés jurídico de partícipes y terceros.

Fundamentos de Derecho.—Vistos el artículo 57 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995, y el artículo 185 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

1. La única cuestión que se plantea en el presente recurso se centra en si es preciso que en los Estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada se exprese el número de integrantes del órgano de administración o, al menos, el máximo y el mínimo, cuando entre las diversas opciones elegidas se prevé un sistema de administradores mancomunados o solidarios.

2. El defecto no puede ser mantenido; la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no exige, al contrario de lo previsto para las sociedades anónimas, en los artículos 9 y 123 de la Ley de Sociedades Anónimas, la especificación estatutaria del número de administradores ni, en su defecto, del número máximo y mínimo, ni siquiera para el supuesto de Consejo de Administración («vid.» arts. 12, 13 y 57 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada);

por tanto, no hay fundamento para la exigencia implícita en el defecto impugnado, sin que quepa invocar la aplicación de un precepto reglamentario como el 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil, que al tiempo de la calificación impugnada había perdido ya su vigencia en este punto al ser otro ya el marco normativo legal de la sociedad de responsabilidad limitada; el rango normativo del precepto reglamentario impide su aplicación en contra de una norma legal (art. 1.2 del Código Civil), máxime cuando ésta es posterior a la publicación de aquél, y sustituye a la anterior regulación legal a la cual se ajustaba dicho precepto reglamentario (art. 2 del Código Civil).

Esta Dirección General acuerda estimar el recurso interpuesto revocando la nota y la decisión del Registrador

Madrid, 15 de abril de 1997.—El Director General, Luis María Cabello de los Cobos y Mancha Señora Registradora Mercantil de Madrid, número VI.

Comentario.—Siempre nos han preocupado los problemas relativos a los órganos de administración y representación de las sociedades, y una vez más volvemos al comentario para estudiar aunque sea someramente una cuestión, de no mucha trascendencia, efectivamente, que afecta a los mismos, la de si es necesario o no para el supuesto de que se trate de S.L. la determinación del número de administradores, si éstos son solidarios o mancomunados o, al menos, el número máximo y mínimo de ellos.

Las dos Resoluciones citadas han fijado ya la solución, ya que ambas abordan el mismo tema, si bien con un pequeño matiz o diferencia, ya que la calificación del documento que afecta a la primera se realiza después de la entrada en vigor de la Ley 23-III-95, pero antes de la entrada en vigor del nuevo Reglamento, mientras que la segunda tiene lugar después de estar vigente el nuevo Reglamento. Sin embargo, la solución es la misma en ambos casos. La Dirección General estima que no es necesario tal determinación en ambos casos.

La argumentación es breve y la basa el Centro Directivo en dos razones básicas: la contraposición de la regulación de la Ley de S.A. que sí exige tal determinación en los artículos 9 y 123 (no 23 como dice por error la primera de ellas) mientras que la Ley de S.L. no contiene preceptos similares, y el estimar que el artículo 124.2 del Reglamento anterior había quedado derogado por el artículo 57 de la Ley guardando silencio la segunda respecto a la posible aplicación del artículo 185.4 del nuevo Reglamento. Nosotros, sin embargo, vamos a diferenciar el estudio de ambas Resoluciones y así entrando en el supuesto de hecho de la primera nos encontramos como normas aplicables la Ley de S.L. de 23-III-95, en su artículo 57 y el Reglamento del 89 en sus artículos 124.3, 174.8 y 177.

Es evidente que no surge duda alguna respecto a esta materia en la Ley de S.A., pues claramente exige tal determinación en los artículos 9.h) y 123 de la Ley, y artículo 124.3 del Reglamento, sin embargo los indicados preceptos no tienen otros similares en la nueva Ley que sólo se refiere al número de administradores en el artículo 57, si bien los artículos del Reglamento citados estaban vigentes exigiendo el cumplimiento de tal requisito, si es que no habían sido derogados por el artículo 57 de la Ley. Así pues la creación en esta primera Resolución queda centrada prácticamente en la posible derogación de los preceptos reglamentarios citados por el artículo 57 de la Ley.

Así nos encontramos con que este precepto nos dice, en su apartado 1, que: «La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente o a un Consejo de Administración. En caso de Consejo de Administración, los Estatutos, o en su defecto, la Junta General, fijarán el número mínimo y máximo de sus componentes sin que en ningún caso pueda ser inferior a tres ni superior a doce». El precepto parece claro, aunque si lo examinamos detenidamente no lo es tanto. Resulta claro que son varios los sistemas de administración que el precepto regula. Es claro, por lo dispuesto en el apartado 2, que los Estatutos pueden establecer diversos sistemas alternativos para que la Junta, sin necesidad de modificar los Estatutos, pueda optar por cualquiera de ellos, y es claro que la limitación en cuanto al número máximo de administradores sólo se establece para el supuesto de Consejo de Administración. Lo demás ya no lo es tanto.

En este punto, la Resolución de 14-IV-97 nos dice que la Ley de S.L. no exige, ni aún para el supuesto de Consejo de Administración, la especificación *estatutaria* del número de administradores ni, en su defecto, de los números mínimo y máximo, y aquí no tenemos más remedio que coincidir con el Centro Directivo por cuanto, como hemos visto, lo que nos dice la Ley es que si los Estatutos no determinan tal circunstancia respecto al Consejo lo hará la Junta General. Lo que no dice la Ley es que la Junta General habrá de determinar tal mínimo y máximo. Resulta evidente que para la Ley ese mínimo y máximo ha de estar determinado. La opción que el precepto concede es la de que tal determinación conste, bien en los Estatutos, bien por acuerdos de la Junta General. Pues bien, si tal determinación es precisa, la única Junta General que ha de determinarlos, si los Estatutos no lo hacen, es la Junta constituyente que procede al nombramiento de consejeros la que ha de fijarlos, y dentro de ese máximo y mínimo optará por determinar el número concreto de los nombrados en tal acto si opta por Consejo, y tal mínimo y máximo continuará en vigor mientras que una nueva Junta General no acuerde la modificación de tales límites. En el supuesto de hecho que contempla la Resolución era la Junta que acordó la adaptación de Estatutos la que debió determinar tal circunstancia, dado que el artículo 18 de los Estatutos establecía como órgano posible el Consejo de Administración. Es cierto que del contenido de la Resolución no podemos deducir si en la regulación del Consejo, contenida en los Estatutos, estaba o no fijada tal circunstancia, ni tampoco podría entrar en tal cuestión la Dirección General por cuanto el defecto señalado no afectaba a tal materia, ya que se concretaba exclusivamente al supuesto de administradores solidarios o mancomunados. Nos encontramos así con que en sede de S.L. la determinación del número mínimo y máximo de consejeros ha de constar necesariamente en las escrituras de constitución o en las de adaptación, siendo posible cumplir este requisito, bien mediante su consignación en los Estatutos, bien fuera de ellos en acuerdo de Junta General. La única excepción a tal supuesto podríamos encontrarla en el supuesto de que tales actos de constitución o de adaptación se optase por un sistema distinto de órgano de administración en cuyo caso sería en el acuerdo de la Junta que optase por pasar al sistema de Consejo cuando la Junta habría de determinar el mínimo y máximo de consejeros.

Esta necesidad de determinación en ningún caso viene suplida por el precepto legal cuando nos dice que en ningún caso el mínimo puede ser inferior

a tres ni superior a doce, ya que el precepto lo único que hace es establecer una prohibición que no puede ser vulnerada ni por los Estatutos ni por el acuerdo de la Junta cuando procedan a tal determinación, y así aquéllos o ésta pueden establecer mínimos o máximos distintos de los señalados por la Ley sin que el precepto legal constituya una norma supletoria, ya que entonces carecería de sentido la norma cuando expresamente dice que son los Estatutos o el acuerdo de la Junta los que han de señalar el mínimo y el máximo y la norma prohibitiva funciona exclusivamente cuando los Estatutos o el acuerdo fijan un mínimo de dos o un máximo superior a doce. Corrige así la Ley, por lo que se refiere al mínimo, la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 9-V-78, ya que el Consejo de dos miembros de hecho se convierte, si no hay voto decisorio en caso de empate a favor del presidente, en dos administradores mancomunados y si el voto decisorio existe en un administrador único.

Veamos ahora el supuesto de administradores solidarios o mancomunados. Aquí la cuestión no es tan clara ya que, como hemos visto, la Ley no exige tal determinación por lo que, necesariamente, hemos de acudir a los preceptos del Reglamento de desarrollo de tal precepto, y necesariamente en este punto ya hemos de distinguir en los supuestos de hecho de ambas Resoluciones ya que, como dijimos, la primera afecta a un caso anterior a la entrada en vigor del nuevo Reglamento, y la segunda a uno posterior.

En cuanto a la primera regía el Reglamento del 89 que en su artículo 124.3 nos dice: «En todo caso se indicará el número de administradores o, al menos, el máximo y mínimo de éstos...» El precepto se encuentra incardinado en la sección 1.ª del Capítulo IV relativo a la inscripción de las Sociedades Anónimas más la aplicación de los preceptos de tal sección a las S.L., no plantea discusión posible por mor de lo dispuesto en el artículo 177 del propio Reglamento cuando en la regulación de las S.L. nos decía que: «En lo no previsto en los artículos anteriores serán de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada, en cuanto lo permita su específica naturaleza, los preceptos de este Reglamento relativos a la sociedad anónima» y que el precepto era aplicable a las S.L. lo remarca el artículo 174.8 al exigir que conste la estructura del órgano de administración en los términos previstos en el artículo 124, que como vimos, exigía la determinación del número de administradores, o al menos el mínimo y máximo de aquéllos. La cuestión, pues, se reduce a determinar si esta exigencia ha quedado derogada por la nueva redacción del artículo 57 de la Ley de S.L. La Dirección así lo entiende en la citada Resolución, expresando que tal exigencia no existe ni aun en el supuesto de Consejo de Administración, pero ya hemos visto anteriormente que ello no es así, pues una cosa es que la determinación no tenga que constar en los Estatutos y otra que no tenga que existir, y la necesidad de su existencia resulta del propio artículo 57, bien en los Estatutos o bien en el acuerdo de la Junta, necesidad que resulta avalada por la circunstancia de que si previamente no se determina cuál es ese mínimo y máximo, el acuerdo de la Junta que especifica cuántos son los consejeros no podrá saberse si los nombrados entran dentro del mínimo y máximo que la Ley exige que conste en los Estatutos o en el acuerdo de la Junta, mínimo y máximo que es inalterable mientras no se modifiquen los Estatutos, si tal circunstancia consta en ellos, o mientras no exista otro acuerdo de Junta que los modifique. Así pues, este argumento de la Dirección no es acertado. Subsiste, pues, ahora la cuestión para los demás casos y la dirección alega que la exigencia de la determinación no existe en

los artículos 12, 13 y 57 de la Ley, al contrario de lo que sucede en los artículos 9.h) y 123 de la Ley de S.A.

A nuestro juicio el argumento tampoco es determinante. Los Reglamentos tienen como misión desarrollar las Leyes, sin que, naturalmente, puedan ser contrarios a ella, dado su inferior rango. Pero ¿es que contradice el que se haga constar el número mínimo y máximo de los administradores conjuntos o solidarios el precepto legal? A nuestro modesto juicio, no. Es un desarrollo del precepto, pero no es contradictorio con el mismo. La interpretación *a contrario sensu* del silencio legal en esta materia nos parece desorbitada, máxime cuando esta determinación es exigida para el Consejo, además de que la Ley ya expresa cuál es el mínimo y máximo posible de consejeros. El precepto, además, si se contempla exclusivamente para las S.A., es totalmente inútil e innecesario, pues tanto el artículo 9.h) como el artículo 123, ya lo exigen, con lo que el precepto reglamentario sería lo que vulgarmente se llama «albarda sobre albarda», luego si alguna utilidad tenía lo era para las S.L., dada la aplicación a que obligaban para las S.L. los artículos 124.8 y 177 del Reglamento. El precepto es, pues, complemento o desarrollo del artículo 57 como lo era anteriormente del artículo 11, pero en ningún caso supone una contradicción con aquél.

Veamos ahora la segunda Resolución dictada ya para un supuesto de hecho nacido después de la entrada en vigor del nuevo Reglamento. La Dirección reproduce literalmente el Fundamento de Derecho de la anterior Resolución sin tener en cuenta para nada el contenido del artículo 185.4 del nuevo Reglamento a pesar de que éste aparece mencionado en los Vistos, más es lo cierto que en la nota de calificación para nada se alude a tal precepto sino al artículo 124.3, por lo que dictado éste para las S.A. no tendría que resolver en el recurso más cuestión que la de si este precepto resulta infringido por el artículo de los Estatutos calificado, si bien ya en la decisión de la Registradora se alude a dicho precepto. Es, pues, importante ahora comprobar si tal artículo ha supuesto para las S.L. una confirmación del contenido del artículo 124.3 o si, por el contrario, implica una modificación del contenido del mismo para las S.L. que excluye la necesidad de la determinación del mínimo y máximo para los administradores conjuntos o solidarios.

Dice el indicado apartado 4 del artículo 185 lo siguiente: «*Cuando los Estatutos establezcan solamente el máximo y mínimo de administradores, corresponde a la Junta General la determinación de su número. En caso de Consejo de Administración, el número mínimo y máximo de sus componentes no puede ser inferior a tres ni superior a doce*». Es evidente que el primer supuesto regulado en tal apartado es aplicable a los administradores conjuntos o solidarios y al Consejo, ya que ninguno de los órganos de administración previstos en el apartado 1 del artículo 185 resulta excluido. El inciso siguiente, sólo relativo al Consejo, reitera la prohibición del artículo 57 de la Ley en cuanto al mínimo y máximo de consejeros. ¿Qué es lo que hace el precepto? Pues, sencillamente, exigir para todos los órganos de administración lo que la Ley exigía para el Consejo, o sea, que sean los Estatutos o los acuerdos de la Junta los que determinen el mínimo y máximo de los administradores posibles, sin más diferencia respecto al Consejo de que aquí no existe tope mínimo ni máximo para determinar cuál sea el número de administradores. Insistimos, el artículo 185.4, como lo hacía el 57 de la Ley para el Consejo, exige la determinación del número mínimo y máximo de administradores, lo único que no exige es que ello haya de constar en los Estatutos, y así los Estatutos

pueden fijar un número exacto, establecer un mínimo y un máximo o guardar silencio al respecto. Si los Estatutos lo determinan, nada hay que objetar, pero si no lo hacen, la Junta habrá de hacerlo, por que así lo impone el precepto, y aquí hemos de reiterar lo que ya decíamos anteriormente, o sea, que este requisito no será exigible si se opta por un Consejo en la escritura de constitución o adaptación, pero habrá de cumplirse cuando la Junta posteriormente acuerde pasar de tal sistema al de administradores conjuntos o solidarios. Sostener lo contrario supondría que lo derogado no sería el artículo 124 3 del Reglamento, tal como sostiene la Dirección General, sino el artículo 185.4 que es posterior a la Ley y, por consiguiente, necesariamente hay que considerarlo como desarrollo o complemento de la misma y no como contradictorio con aquélla, cuestión que de darse no podría determinarse por el Registrador. Nos encontraríamos con que una norma anterior deroga otra posterior que la desarrolla. Sosteniendo este criterio no podría surtir efecto el artículo 186.6 del Reglamento al no estar recogido en los artículos 12 y 13 de la Ley.

Es en este sentido, a nuestro juicio, como hay que interpretar el artículo 185.4, o sea, que los Estatutos pueden determinar el número mínimo y máximo de administradores, pero ello no constituye una mención estatutaria obligatoria sino facultativa, pero si no lo hacen, tanto para los administradores conjuntos o solidarios como para el supuesto de Consejo, tal determinación ha de hacerla la Junta General, ya que el artículo 185 4 no ha hecho más que desarrollar el artículo 57 de la Ley, extendiendo a los administradores conjuntos o solidarios la misma norma que para el Consejo establecía tal precepto legal, ante el silencio que respecto a los mismos resultaba de aquél, que en ningún caso impedía tal desarrollo reglamentario. Sin embargo, las Resoluciones de la Dirección General serían correctas si en los acuerdos correspondientes se hubiese optado por Consejo de Administración, en cuyo caso la determinación de tal número mínimo y máximo habría de hacerse por la Junta General que optase por el cambio de órgano de administración en el momento de adoptar tal decisión.

E C F.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

COMPRAVENTA: LA PROHIBICION DE COMPRA IMPUESTA AL MANDATARIO NO SOLO AFECTA A LA AUTOCONTRATACION, SINO A TODOS LOS CASOS EN QUE HAYA COLISION DE INTERESES. (SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1996)

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que la doctrina jurisprudencial dominante preconiza la interpretación y aplicación restrictiva de la prohibición comprendida en el supuesto 2º del artículo 1.459 del Código Civil, pero también lo es que la mentada prohibición no sólo afecta a los casos de autocontratación en su más pura acepción sino, además, a aquellos otros que ofrezcan riesgos de abuso por implicar una colisión de intereses o una acreditada conflictividad entre los intereses en juego, y de aquí que la inclusión de cualquier supuesto en la prohibición de que se trata, depende forzosamente del resultado probatorio establecido en la sentencia impugnada.

RESPONSABILIDAD DE LOS MEDICOS: QUEDA DESCARTADA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que la obligación contractual o extracontractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como la de que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente,

en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción a las técnicas médicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*).

PARA QUE LAS ARRAS SEAN PENITENCIALES HA DE EXPRESARSE ASI CON CLARIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia—Dice la Sentencia de 28 de marzo de 1996 que esta Sala viene señalando que el empleo de la palabra *señal* no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio; lo que resulta procedente en relación al texto del artículo 1.454 del Código Civil e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras, y a tales efectos la interpretación de dicho precepto llevada a cabo por la Sala, viene a sentar que no se trata de norma de derecho necesario.

Para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados, pues en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador, ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para conformar el negocio celebrado.

EN EL CONTRATO DE APARCAMIENTO ESTA INCLUIDO EL DEBER DE CUSTODIA. (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1996).

Hechos.—Un vehículo estacionado en el aparcamiento del Aeropuerto del Prat fue sustraído. Como estaba asegurado de robo, la aseguradora indemnizó al propietario y ahora reclama a la Compañía explotadora del «parking». El Supremo casa la sentencia absolutoria de la Sala de instancia, y estima la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Ninguna razón fundada en Derecho apoya que las empresas propietarias o concesionarias de estos servicios de aparcamiento, tengan que ser dispensadas en contraposición a los garajes del deber de guardia y custodia que incumbe a las mismas para cumplir adecuadamente las obligaciones que asume al celebrar contratos con los usuarios.

El llamado «contrato de aparcamiento», es de naturaleza atípica, al carecer de regulación propia en nuestro ordenamiento y de índole mixta por configuración contiene elementos del contrato de arrendamiento, (parcela expedita donde estacionar) y elementos del contrato de depósito (obligación de restitución), junto con las demás prestaciones accesorias que se pacten. Es verdad que de ser estos aparcamientos, negocios que exigen la máxima utilización para el mayor número de usuarios desde el punto de vista de su rentabilidad, la agilización de las operaciones no favorece la posibilidad de identificación del vehículo aparcado, ni de su propietario o usuario, pero de tal dificultad no se infiere que no se haga entrega cuando se entra en el recinto y se estaciona, de un automóvil, cosa específica y determinada por su matrícula, marca y otros signos. La legítima expectativa del usuario de recuperar su coche, cuando decide recogerlo, no es algo intrascendente ni ajeno al con-

trato. No cabe establecer un hiato entre el momento en que se aparca el coche y el momento en que se retira, durante el cual no haya ningún deber por parte del titular del «parking». Para cumplir con la restitución ha de ejercer tareas de vigilancia y guarda del vehículo. Esta concepción del aparcamiento retribuido como contrato que implica custodia y guarda del vehículo, forma parte de las convicciones generalizadas y usuales acerca de su contenido, como lo demuestra en menor escala la práctica de los llamados «gorrillas» que ofrecen en la vía pública por una modesta propina servicios de vigilancia. La seguridad, por tanto, aparece como elemento unido al contrato de aparcamiento, y con ello, la necesidad del deber de vigilancia, según exigen la buena fe y los usos, conforme al artículo 1.258 del Código Civil. El contrato de aparcamiento es pues un contrato celebrado entre el titular del aparcamiento y el usuario del vehículo, que consiste en la ocupación, previo acceso permitido, de una plaza de estacionamiento por aquel según tarifas conocidas, que se abonan al retirarlo, en función de las horas o días de permanencia.

Obligaciones principales del usuario son la de pagar el canon, ya que en otro caso no puede retirar el vehículo, y obligaciones del titular son la de tener libre una plaza disponible para la ocupación y la de restitución del vehículo cuando el cliente que ha pagado se disponga a retirarlo, con los consiguientes deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo que se mantenga la ocupación.

VALIDEZ DEL CONTRATO DE VENTA DE COSA AJENA. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1996)

Doctrina de la sentencia.—La compraventa es solo un contrato generador de obligaciones, como muy gráficamente afirman las Sentencias de 6 de diciembre de 1898 y 2 de septiembre de 1902, al decir que quien compra, no compra una cosa sino una obligación; el criterio jurisprudencial es hoy unánime en aceptar la validez de venta de cosa ajena, y así lo afirma la emblemática Sentencia de esta Sala de 5 de julio de 1976, cuando en ella se afirma que habida cuenta el carácter meramente obligacional de la compraventa —el vendedor, en efecto, no da sino que se obliga a hacerlo— sin que exista precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida, y donde caso de ser ajena surgirá el derecho de la pertinente indemnización o al saneamiento si es reivindicada por el verdadero dueño. Esta doctrina jurisprudencial superó la establecida en torno al artículo 1.599 del Código Civil francés, que no admitía la eficacia de la venta de cosa ajena, basándola en una interpretación lógica del artículo 1.458 de nuestro Código Civil, a su vez corroborada por lo dispuesto en el artículo 1.478 del Código Civil italiano de 1942, y recogiendo una antigua tradición establecida en el Derecho Romano, concretamente en el Libro XVIII, Título I, fragmento 28 del Digesto de Ulpiano

REQUISITOS PARA LA RESOLUCION DE UN CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina pacífica y constante emanada de la jurisprudencia de esta Sala que para que surja la posibilidad de resolución de

un contrato bilateral por incumplimiento, la concurrencia inexcusable de los siguientes requisitos:

- A) Que del contrato se desprenda la existencia de obligaciones recíprocas.
- B) Que por una parte, de una manera deliberadamente rebelde y contumaz, se dejen de cumplir una o varias de esas obligaciones
- C) Que el actor de la pretensión resolutoria haya cumplido de modo exquisito sus obligaciones (SS. de 5 de julio de 1941 y 25 de octubre de 1988, entre otras).

LA PUBLICIDAD SOBRE UN OBJETO FORMA PARTE ESENCIAL DE LA OFERTA (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Hechos.—Los adquirentes de viviendas en una urbanización demandan a la promotora, porque en los folletos propagandísticos se preveían unas instalaciones (jardines, piscina, campo de tenis) que luego no se hicieron.

Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La Sentencia de 14 de junio de 1976 presta protección al adquirente de una máquina porque no da el mismo rendimiento que se anunciaba en la propaganda gráfica, que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor.

La Sentencia de 27 de enero de 1977 ampara al comprador de piso que se atenía a los folletos impresos de propaganda difundidos por la empresa constructora, pues «es lógico que el comprador se atenga a ellos, siendo muy parco el contrato privado».

La Sentencia de 19 de febrero de 1981 entendió incluidas en el contrato la zona deportiva y piscina porque la pública oferta de venta lo comprendía.

La Sentencia de 7 de noviembre de 1988 dice que la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aun no existente, forma parte esencial de la oferta.

Quiere decirse con este resumen jurisprudencial que, bien por la vinculación a la oferta, ya por la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos, la Audiencia no podía prescindir de los numerosos folletos de propaganda aportados a los autos, ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes, constituyendo una clara oferta, de forma que al no entenderlo así se infringen los artículos 57 del Código Civil el principio de la buena fe y el artículo 1.283, debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuere necesario apreciar engaño o fraude, extremos que no requiere el artículo 8 de la Ley de Consumidores, que también ha de considerarse infringido.

ERROR JUDICIAL: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1996)

Doctrina de la sentencia —El error judicial incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y apli-

cación de la Ley; sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso; no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que por ello sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza, y que es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible.

La declaración de error judicial se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho.

EL CONOCIMIENTO POR EL ACREEDOR DE LA SUBROGACION DE DEUDORES NO EQUIVALE A SU CONSENTIMIENTO (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—La novación extintiva, en cuanto verdadera y propia novación, debe configurarse sólo con elementos fácticos claros, que acrediten la voluntad libre de las partes y de manera especial el consentimiento del acreedor. Es verdad que en nuestro sistema jurídico se viene advirtiendo, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, que el consentimiento no sólo se presta mediante actos expresos, sino que cabe también descubrirlo en la conducta tácita del acreedor. Esta última precisión reclama, no obstante, que los actos de los que la prestación de tal consentimiento en forma tácita se infiera sean concluyentes e inequívocos, ya que de lo contrario estaríamos transformando una simple modificación de la obligación, o novación impropia, en auténtica novación, con la consiguiente disminución de garantías en perjuicio del acreedor que no quiso o no consintió el cambio de deudor.

No puede confundirse el conocimiento por el acreedor de la subrogación habida entre el primitivo deudor y el deudor sustituto, con el consentimiento del acreedor que supondría la liberación del primitivo deudor. Ni cabe que, si en virtud de este conocimiento, el acreedor actúa contra alguno de los obligados, esa actuación, aunque sea judicial, signifique que se haya producido un consentimiento tácito que corrobore el acuerdo de cesión en perjuicio del acreedor, puesto que, precisamente, uno de los efectos de la falta de prestación del consentimiento es la acumulación de garantías.

SI AMBOS ESPOSOS TUVIERON INTERVENCION EN EL CONTRATO CUESTIONADO, LA DEMANDA DEBE DIRIGIRSE CONTRA LOS DOS (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Como sostienen reiteradamente sentencias de esta Sala en relación al ejercicio de acciones personales derivadas del contrato, cuando se postula la eficacia o ineficacia de la relación negocial basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que haya sido parte en el

contrato, sin necesidad de demandar también al otro cónyuge que no intervino en el mismo (SS. de 30 de octubre de 1985 y 16 de junio de 1989, entre otras); por el contrario, si los dos esposos tuvieron intervención, de manera directa o indirecta (representado uno por el otro) en el contrato cuestionado, la demanda debe inexcusablemente ser dirigida frente a los dos, pues lo contrario significa una defectuosa e inadmisibles constitución de la relación jurídico-procesal (S. de 25 de enero de 1990).

LA CONGRUENCIA NO EXIGE LA TOTAL SUMISION DEL FALLO A LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996)

Doctrina de la sentencia —La congruencia exige únicamente no alterar las pretensiones sustanciales formuladas por las partes, nunca la total sumisión del fallo a aquellas, y así el principio *iura novit curia* autoriza al Juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio *da mihi factum, ego dabo tibi ius*.

Supone pronunciarse en términos de congruencia al decidir sobre lo alegado, aplicando los pertinentes preceptos legales, aunque no se hubieran invocado, al ser de aplicación la reiterada doctrina concerniente a que la aplicación del derecho incumbe al Tribunal, aun sin alegación de parte, según los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, ego dabo tibi ius* (SS. de 30 de junio de 1983 y 3 de marzo de 1992).

CONTRATO DE DEPOSITO: DIFERENCIAS CON EL DE COMISION. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—El contrato de depósito se puede definir legalmente como el pacto en virtud del cual uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla; siendo esencial al mismo la obligación de custodiar y devolver lo que se recibió, cuando sea pedido por el depositante.

El envío de pedidos destinados a distintos clientes, el almacenamiento de productos para posteriormente ser distribuidos, etc., son actividades directamente relacionadas con la comisión. El artículo 309 del Código de Comercio contempla esta situación compleja, en la que la principal obligación del depositario de conservar y devolver se desnaturaliza por el propio consentimiento del depositante, dejando en este caso de regir las reglas del depósito, y siendo de aplicación las de la comisión mercantil.

COMPRAVENTA: NO SE EXIGE EL REQUISITO DEL JUSTO PRECIO. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—En nuestro sistema jurídico no se exige, como en otras épocas históricas, el requisito del justo precio (que permitía en su caso la rescisión contractual por *lessio ultra dimidium*, criterio que no sigue el Código Civil y que abundante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado en atención a que cualquiera que sea la desproporción entre el valor de la cosa vendida y el precio asignado en la compraventa, mientras exista un

precio cierto la venta será válida, pues nuestro Código no requiere que la prestación del comprador tenga un valor equivalente al de la cosa vendida.

LA TENDENCIA HACIA LA OBJETIVACION DE LA CULPA EXTRACONTRACTUAL NO EXCLUYE EL ELEMENTO CULPABILISTICO. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1996)

Doctrina de la sentencia —La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado, sino que el mismo fue debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de fuerza mayor, ha de excluirse la responsabilidad de dicho demandado.

RESPONSABILIDAD DE UN ABOGADO POR FALTA DE DILIGENCIA (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Probado en autos que el Abogado recurrente dejó transcurrir el plazo de un año sin efectuar el requerimiento que, en su caso, habría interrumpido el plazo prescriptivo de la acción por culpa extracontractual, tal conducta no puede por menos de ser calificada de negligente al haber incumplido los deberes profesionales que sobre él pesaban y que vienen establecidos en los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía Española, disponiendo el primero de ellos que «son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, la del cumplimiento con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada; y el artículo 54 establece que «el Abogado realizará diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto confiado»; obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a la exigencia de responsabilidad civil.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES HA DE SER POR UNA ACTUACION MANIFIESTAMENTE DOLOSA O CULPOSA. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Los recursos como el presente exigen que la responsabilidad se limite al caso en que se haya procedido con infracción manifiesta de la Ley o faltando a algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad, y caso de haber producido perjuicios estimables en metálico, cuya realización encuentra su causa directa e inmediata en una actuación dolosa o culposa del Juez, lo que nos conduce a la asimilación *mutatis mutandis*, con lo prevenido en el artículo 1.902. Es decir que la exi-

gencia de esa responsabilidad ha de descansar forzosamente en esa actuación dolosa o culposa del Juez que se capta cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que en este caso esté sancionada su infracción con la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, pero ha de ser calificable como manifiesta para que sea cohonestable con la «voluntad negligente o ignorancia inexcusable» a que alude el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de otra suerte solamente podría conceptuarse como simple «error judicial» o «deficiencia o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia».

*LA OBLIGACION SOMETIDA A CONDICION SUSPENSIVA PRODUCE CIER-
TOS EFECTOS DESDE SU CONSTITUCION (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE
DE 1996.)*

Doctrina de la sentencia.—La doctrina mayoritaria, al comentar el artículo 1.120 del Código Civil y demás concordantes, ha ido abandonando la idea del efecto retroactivo de la condición de forma absoluta, y llega a la conclusión de que la relación obligatoria sometida a condición suspensiva produce ciertos efectos desde su constitución, aun cuando no los propios del tipo de negocio previsto en dependencia del acontecimiento señalado como condición; en nuestro Derecho, aunque se mantiene la palabra «retroacción» (art. 1.120), se aplica con mayores limitaciones, sus efectos prácticos quedan fundamentalmente reducidos a los siguientes: a la convalidación de los actos realizados por el titular que resulte definitivo durante la situación de pendencia y a que se declare la invalidez de los actos realizados en el mismo período por el titular interino, extralimitándose del ámbito de su poder.

Por lo que se refiere a los frutos e intereses lo que establece el artículo 1.120 es que en ningún caso se producirá efecto retroactivo contra la voluntad de las partes, y que en principio no hay retroactividad, salvo disposición negocial en contrario, de frutos e intereses.

Una vez cumplida la condición suspensiva, determinados efectos de la obligación condicional de dar se retrotraen al día de la constitución de la misma, entre cuyos efectos se pueden citar los relativos a los requisitos de capacidad, validez y eficacia del contrato, la convalidación de los actos positivos realizados por el titular que se consolida al cumplirse la condición, la invalidez de los actos realizados por el titular interino que se extralimita en su poder (salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe), derecho a indemnización por los daños ocasionados a la cosa durante la pendencia por un tercero, ejercicio de las acciones subrogatoria y revocatoria o pauliana. Pero, indudablemente, no puede extenderse esta retroacción a otros determinados efectos, bien por imposibilidad material o física de producción de los mismos, bien porque el propio precepto antes citado contenga normas específicas que establezcan otra cosa. Entre los primeros se encuentra el de la entrega real, material o física de la cosa debida, la cual solo puede ser cumplida cuando la condición se realice, pero no antes (por imposibilidad física y metafísica de dicha entrega en tiempo pasado); porque el legislador reconoce la imposibilidad física y ontológica de que la entrega material o física de la cosa debida se retrotraiga al tiempo de constitución de la obligación, es por lo que el propio artículo 1.120 del Código Civil excluye de los efectos de la retroacción los frutos e intereses percibidos

por el deudor de la cosa debida durante el tiempo de pendencia de la concisión

ACCION REVOCATORIA O PAULIANA: NO PRECISA LA TOTAL INSOLVENCIA DEL DEUDOR. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Doctrina de la sentencia.—Para que prospere la acción rescisoria, revocatoria o pauliana, no se precisa la insolvencia total del deudor, pues es suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquel cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan

FECHA DE UN DOCUMENTO PRIVADO: AMPLIA LIBERTAD PROBATORIA PARA EL TRIBUNAL. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996)

Doctrina de la sentencia—Sobre el artículo 1.227 del Código Civil, en su frecuente entendimiento jurisprudencial, cabe reseñar las siguientes versiones: 1.^a *Amplia o de libertad probatoria para el Tribunal*: La sanción del artículo que se dice infringido (1 227) cede cuando por los demás elementos que ha apreciado la Sala sentenciadora se ha podido alcanzar el dato de la realidad de la fecha a que se refiere el documento privado, con independencia de que su acceso a cualquier funcionario público lo fuese con fecha posterior.

2.^a *Diferenciadora entre la existencia del documento y su fecha*: El principio general que establece el artículo 1.227 del Código Civil es aplicable cuando el hecho a que se refiere puede tener demostración por el propio documento únicamente; cuando existen otros medios de prueba que acreditan la realidad de la fecha que en él aparece, la que puede tenerse por eficaz en juicio, cuando se corrobora por otras pruebas practicadas.

3.^a *Inescindibilidad del documento y su fecha*. El artículo 1.227 juega como un instrumento de prueba tasada que, como tal, sólo ha de entenderse en su estricta proyección o supuesto normativo, es decir, en el así contemplando la fecha del documento sólo podrá acreditarse en perjuicio de tercero, en exclusiva a través de cada uno de los tres cauces que en el artículo se enumeran; ahora bien, como el documento en cuestión no solo alude a una fecha sino que antes, como un «prius» material, precisa acreditar su propia existencia, es decir, que se trate de un documento cierto y que además contenga esa fecha, es menester que también se compulse como tarea previa, la realidad de ese documento, en relación con su contenido o hecho referido en el mismo «corpus», aspecto este que no limitado por el precepto, queda a la libre apreciación del órgano judicial, cuando ese hecho del documento esté indefectiblemente unido a su fecha «inescindibilidad del instrumento probatorio», es claro que la libertad probatoria a apreciar judicialmente, abarcará, tanto la verdad del documento, como su fecha, sin la cortapisa de la prueba tasada impuesta por el citado artículo 1.227.

DEBEN CONSIDERARSE INOFICIOSAS AQUELLAS DONACIONES QUE PERJUDICAN LA LEGITIMA ESTRUCTA, SIENDO NECESARIA SU REDUCCION A PRORRATA HASTA SU COBERTURA (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

La cuestión de la impugnación de las donaciones por inoficiosas, se centra en la reducción de aquellas realizadas por el difunto antes de la fecha de su nacimiento, que perjudican a la legítima estricta de una las hijas; todo ello teniendo en cuenta que la herencia comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no extingan por su muerte. El TS señala que en relación con los créditos que la afectada tiene con la difunta, no cabe la compensación por no darse ninguno de los requisitos legales y no es sustituible por aplicación de la equidad. El juzgador puntualiza que los herederos están libres de reclamar con posterioridad el pago de los créditos en favor de la herencia.

EN UN CONTRATO DE VENTA CON PACTO DE RETRO LA POSESION DE LA COSA EN MANOS DE LOS VENDEDORES NO IMPIDE EL EJERCICIO DEL RETRACTO SOBRE LA MISMA. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1997)

El contrato de compraventa con pacto de retro, se considera realizado a través de la perfección consensual y de la tradición instrumental, aunque los vendedores continuaran con la posesión de la finca objeto de venta. Tras el incumplimiento de los pagos en el plazo pactado para la retroventa, se extingue el ejercicio del derecho de retracto, la consolidación del dominio en la compradora, y consecuentemente, se produce el cese en la posesión de los vendedores, la procedencia de la tradición a la compradora, y la inscripción registral del dominio en favor de la compradora.

ESPIRITUALIZACION DE LA TRADITIO COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997.)

El otorgamiento de escritura pública como *traditio* instrumental puede establecer un modo de adquirir la propiedad suficiente, pues el artículo 1.462-2.º del Código Civil habla del otorgamiento de la escritura pública como equivalente a la entrega de la cosa objeto del contrato lo que no significa la existencia de un *numerus clausus* excluyente, sino sólo una indicación, susceptible de ser ampliada. Así pues, la posterior modificación de la escritura de constitución de propiedad horizontal con alteración de las cuotas de participación de los comuneros a la firma de los documentos privados en los que se plasma el contrato de compraventa de los pisos, anterior al otorgamiento de la escrituras públicas relativas a los mismos, es perfectamente legal y no puede ser atacada por la tesis de la existencia de los referidos documentos privados, puesto que los mismos no constituyen modo de adquirir la propiedad, aunque desde luego si constituyen título suficiente para ello.

NO CABE ALEGAR LA PRESCRIPCION DE TRES AÑOS DEL ARTICULO 1.967-4.º DEL CODIGO CIVIL EN UNA RECLAMACION CUYO ORIGEN SE ENCUENTRA EN UN CONTRATO DE CREDITO. (SENTENCIA 6 DE OCTUBRE DE 1997.)

El TS señala que el instituto de la prescripción cuya finalidad es dar seguridad a las relaciones jurídicas, debe aplicarse muy restrictivamente tras la demostración cumplida de concurrir todos los requisitos. En el presente caso, la reclamación cuyo origen se encuentra en un contrato de crédito y no en una reclamación derivada de una venta de géneros, no cabe la aplicación del artículo 1.967-4.º del Código Civil por tener un ámbito distinto; frente a la apreciación de la misma por la Audiencia. El contrato en cuestión consiste en que una sociedad de estaciones de servicio de gasolinas emite unas tarjetas con las que los vehículos de una sociedad determinada pueden repostar en cualquiera de las estaciones de servicio asociadas y el importe de suministro se carga en la cuenta corriente abierta en un banco, al que se remiten recibos de la liquidación mensuales.

FALTA UN REQUISITO ESENCIAL EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA QUE CONSTITUYA LA CONTRAPRESTACION CIERTA A LA ENTREGA DE LA COSA, AL EXISTIR INDETERMINACION DEL OBJETO DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1997.)

El TS fija el concepto del objeto del contrato como aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir o en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, o procedente del ingenio humano, o, en un acto integrador de la prestación. El objeto de contrato, además de ser lícito, requisito que aquí no se cuestiona, ha de ser determinado o determinable, siempre que no sea necesario un nuevo convenio entre los contratantes. La determinabilidad equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato sin que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo, ni dejarse al arbitrio de uno de los contratantes o a un nuevo acuerdo entre ellos.

La Sentencia recurrida estima que el objeto del contrato, en el caso de autos, quedó expresado con la certeza y determinación exigibles para su validez, tanto en su especie como en su cantidad, habida cuenta respecto de esta última que la edificabilidad que siga ha de ser la misma que en la actualidad posee el inmueble, y también reconoce que hubiera sido deseable la aportación en el documento que recoge el contrato de una serie de datos complementarios a la escueta mención de los porcentajes de obra a recibir. La indeterminación del objeto no viene referida ni a la especie ni a la cantidad, sino a otras circunstancias de la cosa que debía entregarse, pero que también son indispensables para determinar el objeto sin necesidad de un nuevo convenio. El actor recurrido, se obligó al ejercitar el derecho de opción, a la entrega de una parte de lo que construya, pero la validez del negocio queda, sin duda,

condicionada a que se realice la determinación de la cosa a entregar y que difícilmente podrá efectuarse al no haber previsto las partes contratantes las disposiciones necesarias para llevar a cabo esa determinación.

EN EL REQUERIMIENTO DE RESOLUCION CONTRACTUAL DE COMPRAVENTA DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL NO ES EXIGIBLE EL REQUISITO DE LA CONCESION DE UN PLAZO DE GRACIA, A FIN DE PONERSE AL CORRIENTE EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El TS señala que aunque en la práctica notarial otra de las formas que permite la ley, además de la judicial, para efectuar el requerimiento resolutorio, sea frecuente que la cláusula resolutoria especifique que el requerimiento en tal sentido contenga un determinado término de gracia, y ello haya sido estimado como lícito por la jurisprudencia de esta Sala, no significa que tal gracia sea obligatoria como requisito *ad solemnitatem* para la eficacia de la acción resolutoria que contempla el mencionado precepto del Código Civil.

NO ES POSIBLE SOLICITAR LA RESOLUCION DE UN CONTRATO Y SIMULTANEAMENTE SU CUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1997.)

El artículo 1 124 del Código Civil no permite que se pida el cumplimiento de un contrato y su resolución por incumplimiento simultáneamente. Esta conducta procesal es la que incomprensiblemente sigue el recurrente en su demanda en la que solicita la condena de la parte demandada por aplicación de las cláusulas de un contrato cuya resolución también se insta.

EL INSTITUTO DEL CONSTITUTUM POSSESSORIUM ES UNA ESPECIE DE TRADITIO FICTA NO REGULADA POR EL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1997)

El TS señala que el contrato de compraventa produce una serie de obligaciones, una de las cuales es la entrega de la cosa, y esta entrega con finalidad traslativa constituye la tradición: el contrato es el título y la tradición es el modo; la conjunción de ambos produce la adquisición de la propiedad en el comprador. Pero la tradición no sólo es la real, verdadera entrega de la cosa, sino la fingida —*traditio ficta*—. Una de las cuales es el llamado *constitutum possessorium*, que es aquella especie de *traditio ficta* en la que el transmitente continúa poseyendo la cosa como arrendatario, depositario, etc., es decir el poseedor inmediato (transmitente) continúa con la cosa, pero pasando a reconocer la posesión mediata de otro (el adquirente). El Código Civil no la prevé expresamente, pero se puede considerar que cabe en la tradición instrumental del artículo 1.462-2.º del Código Civil en el 1.463 del Código Civil. La posesión inmediata se tiene directamente, sin mediador posesorio. La posesión mediata se tiene a través de la posesión de otro; hay desdoblamiento de posesiones: el mediato tiene la posesión como poder jurídico y el inmediato como poder de hecho. Por tanto, la posesión mediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que

el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad o pluralidad posesoria.

CUANDO NO SE CONCRETA EL LUGAR DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS, EL JUZGADO COMPETENTE PARA CONOCER DE LA RECLAMACION DEL PRECIO ES EL DEL DOMICILIO DEL DEUDOR DEMANDADO (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1997.)

El TS señala que si bien es doctrina de esta Sala la de que, a falta de sumisión expresa o tácita, la competencia territorial para conocer del pleito en que se reclama el pago del precio de un arrendamiento de servicios corresponde al Juez del Lugar en que tales servicios se prestaron, dicha doctrina jurisprudencial carece de aplicación al supuesto, como el que aquí nos ocupa, en que los servicios no se prestan en un lugar determinado y concreto, sino que pueden prestarse en cualquier lugar del territorio nacional, según se pactó expresamente en el contrato. Dada la inconcreción del mismo es evidente que la competencia territorial para conocer de la acción personal sobre reclamación del pago del precio de dicho arrendamiento de servicios ha de corresponder al Juez del domicilio del demandado conforme al artículo 62-1.º LEC.

INIDONEIDAD DEL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL PARA SERVIR DE SOPORTE EXCLUSIVO A UN MOTIVO DE CASACION. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El TS afirma que tiene declarado esta Sala que el artículo 1 101 del Código Civil que se señala vulnerado, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir, dada la generalidad de su contenido, para fundamentar un recurso de casación por transgresión de la normativa en él contenida, a no ser que armonice con los más específicos que para cada uno de los supuestos a que se refiere contiene el Código Civil

I. I. M.

¿CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA O CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS? EL RESULTADO CONSTITUYE LA CULMINACION Y REPRESENTACION FINAL DE LA ACTIVIDAD QUE DESARROLLA EL PROFESIONAL DE LA MEDICINA. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Móstoles en Sentencia de 12 de diciembre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) en Sentencia de 25 de enero de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La presente *litis* versa sobre una reclamación de daños y perjuicios que se dicen causados a los cónyuges actores, cuyo varón se sometió a una operación quirúrgica de vasectomía para conseguir su infertilidad como consecuencia de la concepción que procuró evitar de otro hijo finalmente nacido, hecho que que generaba nuevas obligaciones económicas al matrimonio que ya vivía en condiciones de precariedad con la carga familiar de los demás hijos que sostenía.

Doctrina de la sentencia.—En su estudio se suscita una primera cuestión jurídica a precisar que es, el determinar si nos hallamos en presencia de un contrato que impone sólo obligaciones mediales ó de una relación contractual que reclama un resultado concreto y que es en nuestro caso, la esterilización del sujeto que voluntariamente concierta dicha intervención.

Mantiene la Sala que en materia de culpa médico/sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo y que exigen de quien alega su existencia la prueba del proceder, cuyo reproche insta en el caso dado el daño devenido y la relación causal.

En realidad, la naturaleza de las obligaciones que comporta una actuación médica o médico quirúrgica cuando se trata de curar o de mejorar a un paciente de aquella otra en la que se acude al profesional para obtener en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente quiere conseguir. Mantiene la Sala a la hora de calificar el contrato que une a un paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza del ser humano, como los niveles a los que la ciencia médica llega, son en ocasiones insuficientes para la curación de determinadas enfermedades y añade que, además, se da la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan igual ante los mismos tratamientos, de manera que aún resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, y esto conduce a impedir reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado —el de la curación del paciente— que no en todos los casos se puede conseguir; entendiéndose que, por tratarse de arrendamiento de servicios, a lo único que obliga es a poner los medios para una deseable curación, se establece pues una llamada obligación de medios.

Junto a éste aspecto estudiado, se puede dar el caso de que el interesado acuda al médico no para la curación de una dolencia patológica sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o como para el caso que estudia nuestro auto y que es la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual— en forma tal que permita su práctica sin la necesidad de emplear medios anticonceptivos. De forma tal que el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios impone una obligación de medios, próxima ésta al arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que persigue, pues, si así no sucediese es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad que persigue, siendo obligada la información en estos casos al paciente del riesgo de la intervención y de las posibilidades que comporta la obtención del resultado, y de los cuidados, actividades y análisis que se precisen para asegurar el éxito de la intervención.

Trata nuestro caso el campo de la cirugía satisfactiva, identificándose con la *locatio operis*, es decir, con el plus de responsabilidad que comporta la

obtención del buen resultado, o sea, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. La operación de vasectomía efectuada no produjo los resultados esperados, sin embargo, se efectuaron las pruebas y análisis pertinentes posteriores. Pero, en éste nuestro caso no ha resultado probado como procede un hecho constitutivo y fundamental de la demanda y que es la paternidad atribuida, al varón vasectomizado, pues la paternidad no es materia disponible sobre la que quepa su fijación probatoria por medio de la admisión o confesión en cuanto responde el principio de verdad en la procreación.

RECURSO DE REVISION. ¿DONDE TRAE SU CAUSA? (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lugo en Sentencia de 24 de noviembre de 1987 estima la demanda entablada.

Improcedencia del recurso de revisión interpuesto.

Es doctrina jurisprudencial de la Sala, *ya consolidada*, la que establece que el recurso de revisión, por su naturaleza de extraordinario y por cuando excepciona el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos judiciales que han ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión examinar o enjuiciar la actuación del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta. Asimismo la Sala ha declarado en ocasiones que para la maquinación fraudulenta pueda tener éxito efectivo, exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de argucias, ardidés, falacias que signifiquen una conducta o actuación maliciosa encaminada a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial.

En nuestro caso, de lo actuado no puede inferirse que la ahora recurrente no tuviera conocimiento de los autos ejecutivos cuya resolución final se recurre, ya que en los mismos fue demandada juntamente con su esposo, y la diligencia de requerimiento de pago y embargo, tuvo lugar en el domicilio de dichos demandados, y aunque sólo se entendió con el esposo, a éste se le hizo entrega de cédula comprensiva de los requisitos legales para que le entregara a su esposa, ahora recurrente en revisión, por no hallarse presente en el acto, recogiendo el documento que prometió entregar a la misma. Dicho codemandado, marido de la recurrente, en revisión se personó en autos, y como así no lo hiciera su mujer, fue declarada en rebeldía, siguiéndose el trámite hasta el final con respecto a aquél.

Por lo que la actitud pasiva de la demandada no puede imputarse a la firma mercantil pues en autos no se ha comprobado que la misma con su conducta provocara la falta de personación referida, pues si hay una persona que no cumplió con lo prometido ante la comisión judicial, de entregar la cédula de la diligencia de requerimiento de pago y embargo a la esposa, también demandada y recurrente. La parte recurrida no ha realizado actividad alguna, que suponga argucia o engaño *extra procesum* que haya provoca-

do la indefensión de la recurrente, que si se ha visto en una situación procesal inconveniente para sus intereses, se debe única y exclusivamente a la actuación negativa de su esposo, demandado en los autos ejecutivos de los que el recurso de revisión visto trae su causa.

EN LA VENTA DE INMUEBLE HECHA POR PRECIO ALZADO NO TIENE LUGAR SU AUMENTO O DISMINUCION AUNQUE RESULTE MAYOR O MENOR LA CABIDA. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid en Sentencia de 24 de junio de 1991 estima en parte de la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) en Sentencia de 15 de enero de 1993 estima también en parte el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Se suscita en el presente auto el análisis del artículo 1.471 del Código Civil que en su primer párrafo dispone que en la venta de un inmueble hecha por precio alzado no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo aunque resulte ser mayor o menor la cabida o número de los expresados en el contrato. Mientras que el segundo mantiene que es aplicable a las ventas de uno o varios inmuebles, pues si además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designare en el contrato su cabida el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, y sólo sufrirá disminución del precio si el vendedor no entrega por no poder todo lo que se contiene dentro de los linderos y en el caso de autos cualquiera que sea su medida se ha entregado lo contenido en los linderos.

En la sentencia se aplica mal la Ley cuando después de decir que se trata de venta a tanto alzado o de cuerpo cierto determinado por sus linderos, sin embargo, condena al comprador a pagar por metros no recibidos.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA EL NEGOCIO JURIDICO DEPENDE DE LA INTENCION DE LOS CONTRATANTES Y DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD QUE LA INTEGRAN Y NO DE LA DENOMINACION QUE LE HAYAN ATRIBUIDO LAS PARTES, SIENDO EL CONTENIDO REAL DEL CONTRATO EL QUE DETERMINA SU CALIFICACION (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero en Sentencia de 12 de septiembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª) en Sentencia de 4 de febrero de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Es doctrina reiterada de la Sala la que mantiene que la calificación jurídica de los contratos se obtiene mediante la interpretación y ésta, respecto a las relaciones que unen a las partes litigantes, compete a los Tribunales de Instancia y ha de ser mantenida en casación salvo que resulte ilógica, errónea o violadora de las normas de hermeneútica contractual; asimismo, la doctrina jurídica ha señalado que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones

de voluntad que la integren y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación. En nuestro caso, la recurrente ha introducido una apreciación probatoria y de intenciones en sentido opuesto al realizado por el Tribunal de apelación cuando es evidente que en los escritos de contestación de demanda, reconvencción y resumen de pruebas admite la validez de los apartados del contrato de compraventa novado, objeto del caso, como también lo hace en la absolución de posiciones, y que pretende sustentar la nulidad de ésta con base a la ignorancia de las consecuencias jurídicas que implicaba su aceptación, particularidad que, según señala la sentencia recurrida, no sólo no se ha acreditado, sino que, por el contrario, de las actuaciones practicadas se desprende que los demandados carecen del carácter de legos que pretende atribuirles su asistencia técnica, ya que desde que adquirieron el solar y la nave han estado asesorados.

La transgresión a los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil se desestima, pues por lo que respecta al artículo 1.124 la sentencia no lo menciona por lo que es difícil que pueda vulnerarlo, y en lo que atañe al artículo 1.504 se contiene en la sentencia el examen detallado de los presupuestos necesarios para su efectividad, pues 1) el incumplimiento es inequívoco y objetivo y 2) que se fustre el fin del contrato para la otra parte. Mantiene que los compradores, quebrantan la obligación de pago, y ello demuestra la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento que antes exigía la jurisprudencia para que hubiera lugar a la resolución del contrato, sin que merezca consideración la tesis de la recurrente, comprensiva de que el incumplimiento se debe a una simple demora en el pago, habida cuenta de que introduce una valoración probatoria según su propio interés y en línea contraria a la del Tribunal de instancia, y ello no está admitido en casación por no ser este recurso una tercera instancia

EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 51 de Madrid en Sentencia de 23 de abril de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª) en Sentencia de 12 de febrero de 1993 desestima el recurso de apelación

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En realidad y tal como ordena el artículo 393 del Código Civil y según su criterio de proporcionalidad los copropietarios pueden exigirse entre sí la contribución a los gastos que se produzcan como estudia el artículo 395 del mismo cuerpo legal. A su vez, a una Comunidad de Propietarios, en forma de urbanización, se aplican por analogía las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, cuyo artículo 9.5 impone a los copropietarios la obligación de contribuir a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido. Por último, el párrafo 2 del artículo 392 del Código Civil prevé que la autonomía de la voluntad de las partes establezca reglas de Comunidad.

Es indispensable que los copropietarios contribuyan a los gastos generales de la comunidad, verdadero supuesto de *obligatio propter rem*, obligación

en la que el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario de la cosa, es deudor quien en cada momento es el propietario, la obligación se constituye en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa.

Doctrina de la sentencia.—La doctrina de los actos propios, como principio general del Derecho, ha sido desarrollada por una reiteradísima jurisprudencia, de la que caben destacar las más recientes Sentencias de 30 de octubre de 1995 que expresa que para la aplicación de tal doctrina es preciso que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor de 27 de enero de 1996 que dice: los actos propios han de tener como fin la creación, modificación o extinción de algún derecho, sin que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho, en esta idea esencial insiste la de 30 de septiembre de 1996: para que los actos propios vinculen a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar o modificar una determinada situación jurídica con carácter trascendental y definitivo y causando estado. Pero estos conceptos en el caso aquí planteado, no se dan. La recurrente da una extrema importancia a los documentos y dichos documentos aparecen firmados por el Secretario de la Junta de Gobierno pero no certifica acuerdo alguno de la misma, es decir, no modifica la situación jurídica que afecta a la entidad demandante (recurrida en casación), ni tenía ni podía tener conciencia de una facultad de modificar un derecho (el de exigir al copropietario la contribución a los gastos según la participación preestablecida) de la misma entidad, ya que para tal modificación son precisos unos trámites y unos acuerdos estatutarios que ni siquiera se han planteado. A mayor abundamiento, la entidad actora por sí sola ni expresamente ni por actos propios, tampoco podía alterar unilateralmente la cuota de participación de un copropietario. Precisamente, en fecha posterior se celebró Asamblea de copropietarios en la que ratificó la participación (no modificada) de la entidad demandada recurrente en casación.

La interpretación del contrato o de una cláusula contractual es facultad privativa del Tribunal de instancia, a no ser que ésta sea ilógica, arbitraria o vulneradora de las normas legales. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia en Sentencias como las de 26 de septiembre de 1996, 5 de octubre de 1996; 4 de octubre de 1996 y 21 de octubre de 1996. Además, la recurrente en casación pretende, basándose en el artículo 1 282 del Código Civil hacer prevalecer una supuesta intención de ella misma (no de ambas partes contratantes) atendiendo a los actos de ésta. En nuestro caso, sin embargo, no se acredita intención común de las partes de ir en contra del contrato, ni puede imponer la suya propia, subjetiva e interesada por encima del criterio objetivo e imparcial del Tribunal. Lo único que se desprende de la exposición de este motivo es la encubierta pretensión de que se revise toda la prueba, cuestión ajena a la casación.

Se pretende que la participación en los gastos comunes que le correspondía a la Sociedad demandada, recurrente en casación, varíe en su factor en el sentido de disminuirse drásticamente. Tal Sociedad adquirió las fincas, asumió los pagos, aceptó los estatutos y su cuota de participación. No tiene

sentido, pues, la alegación de las normas de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, que se rechaza y deviene en causa de inadmisión

ACUMULACION DE ACCIONES. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL Y LA ACCION REIVINDICATORIA.
(SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Algeciras en Sentencia de 15 de junio de 1992 desestima las excepciones que se plantean en la demanda La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª) en Sentencia de 17 de febrero de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación se estima en parte en el único y exclusivo sentido de que los pronunciamientos declarativo y condenatorio de la sentencia a los demandados se tengan por subsistentes.

Doctrina de la sentencia.—Son dos las acciones ejercitadas en el proceso: una de responsabilidad derivada del artículo 1.591 del Código Civil, con la pretensión de que se declare que las deficiencias que presenta el referido edificio son constitutivas de ruina y se condene a todos los codemandados con carácter solidario a la reparación de las mismas. Otra, la acción reivindicatoria, con respecto a una porción de la azotea o cubierta del edificio, que aparece ocupada por una especie de torreta metálica de refrigeración para el sistema de aire acondicionado de la entreplanta del edificio, propiedad de la codemandada entidad mercantil.

La sentencia recurrida no desconoce cuáles son las pretensiones de la parte actora, que se concretan en dos acciones (acumuladas) y que se han ejercitado en el proceso, una de ellas de responsabilidad derivada del artículo 1.591 del Código Civil por todos los supuestos de vicios ruinógenos que presenta el edificio (ejercitando dicha acción contra todos los demandados, es decir, no sólo contra el constructor del edificio y el Arquitecto que dirigió la construcción, únicos con verdadera legitimación pasiva para ello, sino también contra uno de los copropietarios —la entidad Gadilsa— del mismo edificio), y la otra, una acción reivindicatoria respecto a una parte de la azotea o cubierta del inmueble, que la ejercita solamente contra la codemandada entidad Gadilsa, a cuyas dos acciones la sentencia aquí recurrida ha dado la respuesta que ha considerado procedente, estimando parcialmente la primera de ellas, solamente con respecto a los promotores/constructores del edificio y desestimándola con respecto a los otros codemandados (el Arquitecto y la entidad mercantil Gadilsa así como desestimado la segunda de tales acciones, a la que hemos reiteradamente aludido, con respecto a la en ella demandada entidad Gadilsa

Adentrándonos en el iter de la sentencia recurrida hemos de decir que no se ha probado que la torreta metálica o castillete de refrigeración (colocado en la azotea o cubierta) haya ocasionado ninguno de los daños existentes en el edificio, no la utiliza como soporte fáctico para desestimar la acción reivindicatoria que dice ejercitar la actora (segunda de las acciones que ejercita acumuladas) sino para la desestimación de la primera de dichas acciones, que con base en el artículo 1.591 del Código Civil ha ejercitado contra la entidad Gadilsa, ignorando que los únicos legitimados pasivamente para soportar la acción dimanante de la responsabilidad decenal que arbitra el artículo 1.591

del Código Civil son los constructores y los directores técnicos de la construcción.

La sentencia recurrida no ha afirmado en momento alguno que la escritura pública de compra fuera de fecha anterior a la escritura pública de declaración de obra nueva y de constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, sino que ha declarado probado que la colocación o construcción en la azotea o cubierta del edificio de la mencionada torreta metálica o castillete para aire acondicionado la hizo el promotor/constructor cuando todavía era propietario de la totalidad del edificio, que aún se hallaba en fase de construcción y con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública de declaración de obra nueva y de constitución de dicho edificio en régimen de propiedad horizontal, y es que, una vez constituido dicho edificio en el expresado régimen para poder alterar alguno de los elementos del mismo (azotea o cubierta) se requiere ineludiblemente el consentimiento unánime de todos los propietarios, supuesto éste que no contempla nuestro caso.

La Sala, también y por lo que respecta a la alusión que hace al artículo 541 del Código Civil, tiene en cuenta para resolver la cuestión debatida, carece en absoluto de aplicación al presente supuesto litigioso, no sólo porque la comunidad actora no ha ejercitado en el proceso ninguna acción negatoria de servidumbre ni, en concordancia con ello la demanda entidad Gadilsa ha alegado en ningún momento ser titular de servidumbre alguna sobre la parte de azotea o cubierta, sino también, y sobre todo, porque el artículo 541 del Código Civil, en cuanto legitimador del modo de constitución de la servidumbre llamada de «establecimiento por signo aparente» o «por destino del padre de familia» requiere para su aplicabilidad, que se trate de dos fincas distintas, ente las cuales el propietario de ambas establezca un signo aparente de servidumbre y luego enajene a una de ellas, sin expresar lo contrario a la existencia de la servidumbre en el título de enajenación de cualquiera de ellas, ni hacer desaparecer dicho signo aparente antes del otorgamiento de la escritura, lo que no ocurre en el presente caso, al faltar el primero de los apuntados requisitos, pues aquí no existían dos fincas distintas al establecer dicho signo aparente, sino una sola y única, integrada por el edificio litigioso antes de su constitución en régimen de propiedad horizontal. Hemos también de consignar que carece de sentido jurídico la acción reivindicatoria que la demandante dice ejercitar con respecto a la azotea o cubierta, la demandada Gadilsa no se ha atribuido nunca la propiedad de dicha proporción de azotea o cubierta, aparte de la copropiedad que en ella le corresponde, en cuanto propietaria de un elemento individual ni ha negado que tenga carácter de elemento común.

En otro orden de cosas, la sentencia recurrida no ha negado legitimación alguna al Presidente de la Comunidad para ejercitar la acción que verdaderamente ha ejercitado (segunda de las acumuladas en el proceso) contra la entidad Gadilsa (copropietaria del edificio en su calidad de propietaria de uno de los elementos individuales —la entreplanta—) que es la tendente a que se condene a dicha entidad a proceder a la demolición de las tantas veces repetida torreta metálica o castillete de refrigeración, pero que no es una acción reivindicatoria, como equivocadamente insiste la Comunidad actora, aquí recurrente.

Con relación a la primera de las dos acciones ejercitadas, la de responsabilidad decenal con base en el artículo 1.591 del Código Civil se establece un pronunciamiento absolutorio del codemandado, pero dicho pronunciamiento

viene a combatirlo la Comunidad de Propietarios, pues se denuncia textualmente «indebida aplicación de dicho precepto», al absolver al arquitecto y condenar sólo al promotor/constructor por infracción de lo dispuesto en el artículo 1.101 de dicha Ley sustantiva y de la jurisprudencia en cuanto a la reclamación de cantidad o acción indemnizatoria.

La misión profesional y técnica de todo arquitecto/director de una obra no queda reducida, como equivocadamente parece entender la sentencia recurrida, a la mera y aséptica confección del proyecto, sino que, en el desempeño de su aludida función de director de obra, le incumbe también inspeccionar y controlar si la ejecución de la misma se ajusta o no al proyecto por él confeccionado y en caso contrario dar las oportunas órdenes correctoras de su labor constructiva, nada de lo cual aparece probado que, en el presente caso, hiciera el codemandado arquitecto con respecto a la evitación del defecto ruinógeno enjuiciado, el cual, es también debido a vicio de dirección, por lo que igualmente ha de ser responsabilizado de la reparación del mismo.

RESPONSABILIDAD POR ACTUACION CULPOSA CREADORA DE RIESGO OBJETIVO EL EJERCICIO DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS CIVILES REPARADORAS DE LOS DAÑOS SUFRIDOS. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Murcia en Sentencia de 11 de mayo de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2.ª) en Sentencia de 23 de enero de 1993 estima en parte el recurso de apelación

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—El Abogado del Estado por la Confederación Hidrográfica del Segura (demandada en el pleito) plantea la concurrencia de situación de abuso de jurisdicción al resolver la sentencia que recurre no obstante la denuncia efectuada en la instancia de materias que no corresponde enjuiciar al orden jurisdiccional civil y sí al contencioso-administrativo

Doctrina de la sentencia.—En realidad, hemos de comenzar el análisis de la presente sentencia disponiendo que las Confederaciones Hidrográficas son entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado y están adscritas al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, pero gozan de plena autonomía funcional.

En la presente litis se ejercitan acciones indemnizatorias civiles reparadoras de los daños sufridos en las propiedades ribereñas de los actores del pleito, por los hechos que han dado lugar a los correspondientes expedientes y que culminaron con las graves inundaciones que afectaron a las fincas objeto del caso, habiendo contribuido a la producción de los daños de forma directa y muy principal las obras llevadas a cabo sin las correspondientes autorizaciones. La realidad y cuantificación de los daños ha resultado suficientemente acreditada y su causalidad en relación a las actuaciones omisivas a cargo de la Condeferación.

La reclamación que se dirige contra el organismo recurrente en base a su actuación que se presenta como pasiva, en el ámbito de la culpa por negligencia

cia, ya que no adoptó las medidas precisas y necesarias y que resultaban de racional previsión acreditada, así como de la legalidad ejecutoria, a fin de evitar los daños y cuya indemnización se interesa y que define la culpa civil e incluso la incrementa al tener en cuenta que no resultó suficientemente probada que se hubiera ejecutado.

El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, vigente al tiempo de los hechos, contiene una declaración genérica al proclamar el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado por los daños que sufran en sus bienes o derechos, salvo fuerza mayor, ocasionados por el funcionamiento, tanto normal como anormal, de los servicios públicos y que la Constitución Española vino a reconocer y proclamar en su artículo 106.2. La responsabilidad generada en el caso de autos ha de conexasarse a la actuación negligente acreditada de la recurrente en su funcionamiento como entidad autónoma y se presenta disfuncional en cuanto no remedió los daños que bien pudo evitar con una actuación atenta y diligente, en cumplimiento de la normativa prevista y ejercicio de las facultades atribuidas. Incurrió en notoria dejación y consiguiente responsabilidad por actuación culpable al crear de esta manera un riesgo objetivo, suficientemente previsto, pero no remediado a tiempo, cuando se contaban con medios aptos para ello. De lo expuesto se deduce que la competencia alegada de la jurisdicción contencioso-administrativa no procede ser estimada, ya que el aludido artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957 no la declara en forma terminante y absoluta, y menos la impone en este supuesto de culpa civil (art. 1.902 del Código Civil) al abarcar también a la responsabilidad por riesgo conforme reiterada jurisprudencia.

El mantenimiento de la jurisdicción del orden civil en las pretensiones indemnizatorias contra la Administración, según la jurisprudencia de esta Sala, unas veces se basa en una interpretación restrictiva de la expresión función normal o anormal de los servicios públicos, entendiéndolo que la negligencia de quienes están obligados a observar la precisa diligencia, en evitación de daños, se sustrae al orden contencioso-administrativo, por no enmarcarse dentro del funcionamiento anormal. Otras tienen apoyo en la no división de la continenencia de la causa y en la vis atractiva de la jurisdicción ordinaria que actúa como residual.

Los daños acaecidos tuvieron su origen inmediato en las fuertes lluvias torrenciales que cayeron sobre la zona y a lo que contribuyó directa y eficazmente la actitud pasiva de la Confederación al no haber tomado las medidas que estaban dentro de sus atribuciones y eran factibles, en la procura de la regularización del cauce para mantenerlo expedito, conforme a su discurrir normal y originario y no consentir su estrechamiento e impedimentos ocasionados sin llevar a cabo las actuaciones eficaces y precisas que pudo y debió de adoptar oportunamente ante las persistentes denuncias de los afectados. La sentencia no admitió la concurrencia de fuerza mayor para eximir de las responsabilidades patrimoniales que se demandan.

Existe concurrencia de negligencia generadora de responsabilidad patrimonial objetiva suficientemente demostrada, a fin de evitar el desamparo de los ciudadanos ante las actuaciones de los organismos de naturaleza pública, los que por sus irregulares y desatentas actuaciones les causan daño en sus personas o cosas.

LA NECESIDAD DE LA NOTICIA QUE FUNDAMENTA EL DERECHO A LA INFORMACION NO PUEDE NI DEBE SER ABSOLUTAMENTE EXACTA, Y BASTA QUE RAZONABLEMENTE COINCIDA CON LA REALIDAD. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid en Sentencia de 18 de diciembre de 1990 estima totalmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª) en Sentencia de 17 de noviembre de 1992 estima el recurso de apelación

No triunfa el recurso de casación

Comienza nuestro comentario con la premisa de que es doctrina jurisprudencial constante y pacífica emanada de las sentencias de la Sala la que establece que en el tema de la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y de protección al honor, ambos de proclamación constitucional en los artículos 18.1 y 20.1.d) respectivamente, de la Constitución Española, no se puede establecer a priorísticamente los límites o fronteras entre uno y otro derecho y que dicha delimitación ha de hacerse caso por caso. Pero hay que resaltar que el derecho al honor, tanto en su aspecto interno de íntima convicción, «inmanencia», como en su aspecto externo de valoración social, «trascendencia», y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la «minusvaloración actual» de tal derecho de la personalidad, debe estar afectado por una tarea de ponderación con relación a la libertad de información, teniendo en cuenta la posición prevalente que no jerárquica o absoluta de ésta. Y así se debe proclamar puesto que la libertad de información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española, además de tener el carácter de una libertad individual, indica que una opinión pública libre está indisolublemente unida al pluralismo político dentro del Estado democrático y al principio de legitimidad democrática que proclama el artículo 1.2 de la Constitución Española y que es la base de toda la ordenación jurídico-política

Sin embargo, para que tal prevalencia del derecho a la libertad de expresión se dé es necesario y preciso, según jurisprudencia constante de esta Sala, corroborada por la emanada de sentencias del Tribunal Constitucional, que se den los siguientes presupuestos: que la información sea veraz; que esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias que se tratan y por la persona que en ellos interviene. En este orden de cosas, el principio *pro libertate* que debe regir para hacer valer el derecho a informar verazmente, no puede quedar destruido por unas delimitaciones y conceptos técnicos propios de especialistas en la materia, y que además, sobre todo, es intrascendente para cambiar la carga personal de los mencionados en el reportaje periodístico, núcleo de la presente litis. Se corrobora lo antedicho con lo que manifiesta cuando en ella se afirma que el nuevo error coloquial de confundir una orden de busca y captura con una propuesta de la Inspección de Trabajo, no supone un dato para calificar de perversa una información sobre todo cuando el presunto agraviado no lo era por la noticia radiofónica que sufrió tal error técnico sino por su situación laboral.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. JURISDICCION CIVIL. CAPACIDAD PARA SER PARTE. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ESTADO Y DE LA EMPRESA CONSTRUCTORA. PRUEBA DE CONFESION JUDICIAL. PRESCRIPCION. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia en Sentencia de 11 de enero de 1990 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª) en Sentencia de 6 de marzo de 1993 desestima los recursos de apelación formulados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y «Dragados y Construcciones, S. A.», y estima el planteado por «Aguas Potables y Mejoras de Valencia, S. A.».

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El presente recurso de casación tiene un contenido muy concreto, pues una serie de cuestiones no han llegado a la misma y se han planteado algunas nuevas. El tema fáctico, en lo que interesa al presente recurso y tal como ha quedado acreditado según la sentencia de instancia, es el siguiente: el edificio cuya Comunidad de Propietarios fue parte codemandante y es parte recurrida, el mismo había sido construido anteriormente con estructura y cimientos adecuados y se conservaba en perfecto estado por razón de las obras de construcción del metropolitano, excavaciones en el subsuelo, cerca de metro y medio del edificio; se ocasionó un hundimiento del terreno sustentador del mismo que, por ello, efectuó un basculamiento y sufrió un pequeño desplome, produciéndose una serie de desperfectos, grietas y daños en general que se acreditaron más intensos cuanto más próximos se hallaban a la zona en que se realizaron las obras del túnel y de la estación subterránea.

Formulada demanda por la Comunidad de Propietarios y otros, se dictó sentencia, estimando la misma, en la que se condenó en lo que nos interesa con carácter solidario al Ministerio, llamado entonces, de Transportes, Turismo y Comunicaciones y a Dragados y Construcciones, al abono del importe de las obras y de los gastos de reparación de los daños en base a responsabilidad extracontractual. En trámite de apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia la confirmó en la parte expresada. Ambos demandados y condenados en la instancia formulan sendos recursos de casación. Y es que el Ministerio, como órgano de la Administración del Estado, ha actuado en las relaciones de derecho privado y, como tal, titular de la gestión del servicio de transportes, adjudicó la obra. Actuó como promotor de la misma. El servicio de transporte es público, pero una adjudicación o contratación administrativa no es otra cosa que un contrato de obra en su dimensión de derecho privado, en relaciones de derecho privado y, por tanto, el Ministerio se encuentra en la posición de derecho privado, de promotor. Como tal, frente a un daño a un tercero, queda en la posición de responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil y de las normas de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Doctrina de la sentencia—La llamada responsabilidad extracontractual o más bien la obligación nacida del acto ilícito de reparar el daño causado la proclama el artículo 1.902 del Código Civil con carácter de principio y ha sido desarrollada por la jurisprudencia y por otras normas como los artículos siguientes del Código Civil, y en relación con el Estado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común y por el Real Decreto de 26 de marzo de 1993, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo artículo 41 dispone que cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. Es una responsabilidad objetiva y directa. Cuando la Administración, como es el presente caso, actúa contratando la ejecución de una obra, no actúa en el ejercicio del *ius imperii*, sino como contratante particular, en una relación (contractual) de derecho privado, la persona que sufre un daño no impugna un acto administrativo (en cuyo caso debería acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa) sino que pide su reparación por aquella situación que atentó al principio de *alterum non laedere* y que proclama el artículo 1.902 del Código Civil. La Jurisdicción es, por ello, la civil, sin que tenga aplicación el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que se refiere a las relaciones de derecho público, es decir, la actuación con *imperium*. A mayor abundamiento, esta Sala acepta el razonamiento de la sentencia de instancia que mantiene, siguiendo la propia doctrina jurisprudencial, que cuando es demandada la Administración y un particular ante un Tribunal de orden civil, éste tiene jurisdicción. No siempre es coincidente la capacidad jurídica (propia de la personalidad jurídica) con la capacidad para ser parte procesal (así, la Comunidad de Propietarios en la propiedad horizontal o la herencia yacente carecen de personalidad jurídica y sí tienen capacidad para ser parte). El artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado dice que ésta actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única. De lo cual no deriva que un Ministerio carezca de capacidad para ser parte, sino todo lo contrario. Es la proclamación del principio de unidad de la Administración del Estado. El Ministerio forma parte de la misma y como tal tiene capacidad jurídica, puede contratar y debe responder del acto ilícito (responsabilidad extracontractual) gozando asimismo de capacidad para ser parte. En el escrito del recurso se destaca que ésta es una cuestión nueva y se resalta también su carácter de orden público y de derecho necesario. Pero este mismo razonamiento sirvió para notar que se ha producido la *perpetuatio legitimationis*: el Ministerio se personó como tal, contentó la demanda y se mantuvo como parte en todo el proceso. Las normas no pueden alterar los principios básicos del derecho civil entre los que se encuentra el de la obligación de reparar el daño causado por acto ilícito que enuncia el artículo 1.902 del Código Civil citado. Tales normas administrativas afectan a las partes contratantes, la Administración del Estado y el tercero que ha contratado. Pero no derogan las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, ni la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado sobre la responsabilidad del mismo. Ni afectan a terceros que no fueron parte contratante. Por tanto, ni al Ministerio como recurrente, le puede ser admitido en base al artículo 46 de dicha Ley de contratos del Estado, que el único responsable es la sociedad codemandada que, como contratista, ejecutó la obra, ni a esta sociedad, también como recurrente, le puede ser admitido en base a los artículos 20 y siguientes y 44 de la misma Ley, que el único responsable es el Ministerio.

La confesión, y en lo que atañe a nuestro caso, es una prueba más y puede ser desvirtuada por otras apreciaciones probatorias en cuanto que en nuestro orden procesal rige el sistema de libertad en la valoración de la prueba, salvo que aquélla se hubiera prestado bajo juramento decisorio, con lo que el juz-

gador se encuentra facultado para optar entre unos y otros elementos probatorios, no siendo el de la confesión superior a los demás.

Es reiterada también la doctrina de la Sala que mantiene que la prescripción extintiva es un instituto no fundado en estricta justicia y que debe ser interpretado restrictivamente ha de estar muy clara la prescripción para aplicarla a nuestro caso concreto y en el presente, no aparece así ni siquiera en la propia formulación del recurso, ni en los autos, ni en la sentencia de instancia en que se menciona. El comienzo del cómputo del plazo, *dies a quo*, que contempla el artículo 1.969 del Código Civil es la posibilidad de ejercicio de la acción que es cuando se tuvo conocimiento del daño objeto de la reclamación. Y no aparece que haya transcurrido el año en el presente caso desde que se tuvo conocimiento completo del mismo hasta el momento de la presentación de la demanda. La presunción no se produce *ipso iure* al cumplirse el plazo, sino que es el favorecido por ella quien debe alegarla por medio de excepción e incluso de acción. Y al ordenar que las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado, la sentencia de instancia ha seguido la norma y ha estimado una serie de hechos completamente acreditados en los que ha basado la sentencia y no ha aplicado la normativa de las presunciones contenidas en el Código Civil.

CONTRATO DE PERMUTA SOLAR POR EDIFICACION CONSTRUIDA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1997)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ciudad Real en Sentencia de 7 de julio desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real en Sentencia de 19 de noviembre de 1992 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación

Hechos.—La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real revoca la dictada en primera instancia y acogiendo parcialmente la demanda da lugar a la resolución del contrato de permuta por aportación de solar concertado por las partes el día 31 de enero de 1983, volviendo a poder del actor el solar sito en la calle Camarín, 5, de Ciudad Real, identificado en autos, así como dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios y estar y pasar el demandado por estas declaraciones.

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero del recurso incorrectamente amparado en el artículo 1.692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción del artículo 1.214 del Código Civil. Es doctrina de esta Sala que por reiterada excusa de su cita particular, la de que, por no contener regla alguna de valoración de prueba, el invocado artículo 1.214 sólo puede serlo en casación cuando, ante la ausencia de prueba de un hecho concreto, la Sala de instancia no haya tenido en cuenta la regla distributiva del *onus probandi* al determinar la parte que debe soportar las consecuencias de aquella falta de prueba, quedando casacionalmente vedada la invocación de aquel precepto legal cuando el Tribunal *a quo* ha obtenido su convicción por medio de las pruebas obrantes en los autos con independencia de cuál de las partes las ha aportado.

En el presente caso el Tribunal de instancia ha formado su convicción a través del examen de la prueba documental unida a los autos, por lo que ha infringido el artículo 1.214 del Código Civil, en el que lo realmente pretendido

es que esta Sala de casación realice una nueva valoración de la prueba en sentido propuesto por el recurrente.

La alusiva infracción al artículo 1.101 del Código Civil se interpreta en el sentido de que es reiterada la doctrina de la Sala que mantiene que el artículo 1.101 al limitarse a enumerar las causas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir por sí solo, dada la generalidad de su contenido para fundamentar un recurso de casación por infracción de la normativa que contiene, a no ser que se armonice con los más específicos para cada uno de los supuestos a que se refiere

LA CALIFICACION DE LOS CONTRATOS ES FUNCION PRIVATIVA DE LOS JUZGADORES DE 1.ª INSTANCIA Y SE MANTIENE EN CASACION SALVO QUE SEA ILOGICA O IRRACIONAL EL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO RESPONSABILIZA AL CONTRATANTE INCUMPLIDOR A INDEMNIZAR A LA OTRA PARTE CONTRATANTE DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO Y QUE APAREZCAN PROBADOS EN EL PROCESO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria en Sentencia de 22 de julio de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Vitoria (Sección 1.ª) en Sentencia de 22 de febrero de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—Aparte de otras ampliaciones fácticas que más adelante expon-dremos, el presupuesto básico del que ha de partirse lo constituye el hecho de que, mediante documento privado de fecha 8 de junio de 1989, las entidades mercantiles «Artynde, S. A.» y «Bodegas Maese Joan, Sociedad Cooperativa Limitada», por medio de sus representantes, celebraron un contrato por el cual la primera de dichas entidades se obligaba a construir y montar en las instalaciones de la segunda, aparte de otros que aquí no interesan dos depósitos «autovaciantes» de cincuenta mil litros de capacidad cada uno y tres depósitos «isotermos» de veinte mil litros de capacidad cada uno.

Doctrina de la sentencia.—Se viene a combatir la calificación que la sentencia recurrida hace del contrato litigioso como de arrendamiento de obra con suministro de materiales, cuando el mismo, dice el recurrente, lo era de «compraventa y montaje de depósitos de acero inoxidable», pareciendo agregar que ella (la entidad recurrente) no estaba obligada a realizar ninguna obra a la entidad actora sino simplemente a fabricarle los depósitos de acero que le habían sido encargados con las dimensiones y demás peculiaridades estipuladas para los mismos y luego a montarlos en las instalaciones de la actora, lo cual entraña un contrato de compraventa y no de arrendamiento de obra. En la fecha de formalización del recurso ya no existía el ordinal 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a cuyo amparo dice la recurrente formular el presente motivo, pues el referido ordinal fue suprimido por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que lo sustituyó por el ordinal 4, que es el que debió querer ser utilizado por la recurrente. Visto esto hemos de añadir que es reiterada la doctrina de la Sala que mantiene que la calificación de los contratos es función propia de los juzgadores de la instancia, que ha de ser mantenida en casación salvo que la misma sea arbitraria, absurda e ilegal, nada de lo cual es predica-

ble de la calificación que la sentencia aquí recurrida, en plena coincidencia con la del primer grado ha hecho del contrato litigioso, pues caracterizado el contrato de arrendamiento de obra por una obligación de resultado que asume el arrendador (ejecución de una obra, sea mueble o inmueble) a cambio del cual la otra parte (el arrendatario) se obliga a pagarle un precio, es evidente que esto fue lo pactado en el presente supuesto litigioso, pues la entidad «Artynde, S. A.», se obligó a fabricar o construir para la entidad «Bodegas Maese Joan, Sociedad Cooperativa Limitada», unos muy específicos depósitos de acero inoxidable, con unas determinadas y especiales características técnicas y a montárselas en pleno y correcto funcionamiento en las instalaciones de la comitente, como se pactó en la última de las «condiciones de recepción», en la que se dice textualmente que «los depósitos se entregarán en su Bodega, totalmente instalados, incluyendo el transporte, cubicación entre bancadas y montaje de accesorios» a cambio de todo lo cual la entidad «Bodegas Maese Joan, Sociedad Cooperativa Limitada» se obligó a pagarle un precio. Y es que, aunque a efectos dialécticos se admitiera que se trata de un contrato de compraventa como pretende la recurrente, el resultado del proceso sería el mismo, pues ejercitada por el actor una acción de responsabilidad por incumplimiento de contrato, esa pretendida e hipotética venta habría sido totalmente incumplida por la demandada, aquí recurrente, al entregar dos depósitos «autovaciantes» y tres depósitos «isotermos» totalmente inservibles para el uso a que estaban ya destinados, según lo declaran probado las coincidentes sentencias de la instancia, lo que entraña un claro supuesto de entrega de cosa distinta de la pactada *aliud pro alio* y, por tanto, un evidente y ostensible incumplimiento de contrato (sea de arrendamiento de obra o de compraventa), cuyas consecuencias indemnizatorias son las que reclama la actora a través de este proceso.

CONTRATO DE COMPRAVENTA. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. INFRACCION AL ARTICULO 1.256 Y OTROS DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alicante en Sentencia de 26 de junio de 1990 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) en Sentencia de 26 de junio de 1992 estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación

Doctrina de la sentencia —El contrato de compraventa, como típico contrato bilateral, produce sendas obligaciones recíprocas o sinalagmáticas en el *vendedor* (entrega de la cosa) y en el *comprador* (pago del precio). Los efectos especiales de tales obligaciones son la necesidad de cumplimiento simultáneo de las mismas, la *compensatio mora* y la resolución en caso de incumplimiento por una de las partes que prevé el artículo 1.124 del Código Civil y que puede exigirla aquélla si ha cumplido la suya y una expresión de esta facultad resolutoria aplicada a la compraventa de bienes inmuebles se encuentra en el artículo 1.504 del mismo cuerpo legal, cuya norma no es sino un complemento o especialidad general del artículo 1.124. En todo caso, existe la opción entre el cumplimiento o la resolución del contrato. Las partes pueden exigirse el cumplimiento, es decir, la realización de la prestación por el deudor de cada obligación recíproca, a favor del respectivo acreedor. Para cada deudor significa la realización de la conducta debida y para cada acreedor, la satis-

facción de su interés. En el presente caso, el contrato celebrado entre las partes ha sido calificado de compraventa de cosa futura por las sentencias de instancia e indiscutido por las partes litigantes. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, revocando la del Juzgado no dio lugar a la resolución y estimando parcialmente las pretensiones de la primera de las demandas reseñadas, condenó al cumplimiento del contrato de compraventa. En dicha sentencia se parte de un hecho que, no sólo se estima correctamente apreciado, sino que se declara invariable en casación, que es de no calificando exactamente de incumplimiento ni en uno ni en otro de los contratantes, frustrando de hecho el fin negocial de consumo perseguido, añadiendo esos dobles incumplimientos sin voluntariedades deliberadamente rebeldes e incumplimientos ambos coincidentes en orden a la objetiva y actual frustración de la consumación contractual. Lo que lleva a que dicha sentencia niegue, acertadamente, la resolución, y acuerde el esencial cumplimiento por ambas partes.

En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se estima parcialmente la demanda y se acomete la previsible infracción del artículo 1.256 y otros del Código Civil, pues el aludido artículo 1.256 plasma uno de los principios básicos de la contratación, la *necessitas*, esencia de la obligación. Siendo ésta la relación jurídica que liga al acreedor y al deudor, aquél como titular del derecho de crédito y éste como sujeto de un deber jurídico, no pueden ni uno ni otro, alterarla unilateralmente. Así el texto legal dice claramente que la validez y el cumplimiento de los contratos (realmente, obligaciones nacidas de los contratos), no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Y tal como está redactado el fallo de la sentencia de instancia, se infringe esta norma. Condena al otorgamiento de la escritura como previa y adecuada a la de préstamo hipotecario, salvo que se abone en el acto la parte de precio pendiente de pago, con lo que queda al arbitrio de los compradores el momento de la obtención del préstamo hipotecario.

La sentencia no se puede decir que sea incongruente, ya que se desestima una de las demandas y se estima parcialmente otra en los autos acumulados. En la estimación parcial desestima la pretensión de condena a gestionar un préstamo hipotecario y al condenar al otorgamiento de escritura pública de compraventa, integra el fallo en el sentido de exigir el pago de la parte compradora, cuyo sentido se modifica en la presente sentencia al casar la de la Audiencia.

En cuanto a la alegación de que la sentencia de primera instancia no fue apelada por la esposa del actual recurrido en casación, tampoco puede aceptarse. Al referirse a un contrato de compraventa no puede declararse firme para una parte compradora la que decreta su resolución en primera instancia y mantenerse esencialmente la de segunda instancia que condena a su cumplimiento. A lo cual se añade la sabia previsión del artículo 1.385.2 del Código Civil que dispone que cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción. En este punto procede hacer dos precisiones: en primer lugar, en territorio sujeto al Derecho común, se presume que los cónyuges están casados bajo el régimen legal y presunto de gananciales, salvo que se pruebe que lo están bajo otro régimen económico matrimonial, y en segundo lugar, ante la presencia de unos cónyuges, se presume que se hallan en situación normal de matrimonio mientras no se prueba que están en crisis matrimonial de nulidad, separación o divorcio.

4. DERECHO PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

RECURSO DE REVISION—EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO ES DE CADUCIDAD. (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda.

El plazo de tres meses que, para interponer el recurso de revisión, impone el artículo 1.798 de la LEC es de CADUCIDAD, por lo que puede ser apreciado de oficio y exige de forma inexcusable la prueba exacta y de forma indubitada por parte del recurrente en revisión del *dies a quo* de dicho plazo, esto es, del día en que debe empezar a contarse.

RECURSO DE REVISION.—DOCUMENTO RECOBRADO DECISIVO, DETENIDO POR FUERZA MAYOR. ARTICULO 1.796.1.º LEC (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Reitera la consabida doctrina que afirma, en primer lugar, que el documento recobrado ha de ser decisivo para la resolución del pleito, es decir, que por sí solo contradiga lo resuelto por el juzgador o determine un pronunciamiento distinto del efectuado, y, en segundo, que no es posible considerar como «recobrado y detenido por fuerza mayor» todos los documentos que se encuentren en Archivos o Registros Públicos por estar a disposición de las partes con sólo solicitar una certificación, como la que en este caso se aporta.

En el mismo sentido, *Sentencia de 20 de abril de 1996*, de la que es ponente el Excmo. Sr. Don Alfonso Villagómez Rodil

RECURSO DE REVISION.—EL PLAZO DE TRES MESES ES DE CADUCIDAD, POR LO QUE NO CABE SU INTERRUPCION. (DOS SENTENCIAS DE 17 DE ABRIL DE 1996.)

Ponentes. Excmos. Sres. Don Pedro González Poveda y Don Teófilo Ortega Torres.

Estas dos sentencias del mismo día rechazan sendos recursos de revisión por haber sido interpuestos fuera del plazo de TRES MESES que fija el artículo 1.798 LEC, en la primera de ellas se afirma, además, que tal plazo, al ser de caducidad, no admite interrupción por la iniciación de un declarativo ordinario, tal como pretendía el recurrente; en la segunda se insiste que tal plazo exige, de forma inexcusable, la fijación cierta del día en que debe empezar a computarse el *dies a quo*, rechazándose el recurso por la imprecisión de dicho dato

En igual sentido, la *Sentencia de 19 de abril de 1996*, de la que es ponente el Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, que desestima el recurso de revisión interpuesto por no acreditarse fehacientemente el cómputo del plazo de caducidad establecido, sin que este cómputo pueda quedar al arbitrio del recurrente.

RECURSO DE REVISION—MAQUINACION FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

Estima en este caso el TS el recurso de revisión por entender que ha habido maquinación fraudulenta al no emplear el demandante una mínima diligencia para averiguar el domicilio real del demandado, pidiendo que se le citara en un domicilio que sabía con certeza no ser ya el suyo.

Expone la doctrina jurisprudencial que afirma, por un lado, que entraña maquinación fraudulenta, a los efectos del recurso de revisión, toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar, disimular u ocultar al demandado el planteamiento del litigio, obstaculizando mediante ardides su defensa, uno de los cuales suele ser la afirmación de serle desconocido el domicilio del demandado, cuando el empleo de una mínima y elemental diligencia por parte del actor, haciendo adecuadas gestiones, le hubiera permitido conocer con exactitud el verdadero domicilio de la persona o personas a las que dice demandar, y por otro, que el emplazamiento y las notificaciones edictales son medios supletorios a utilizar sólo como remedio último, cuando ni aún con el empleo de aquella mínima y exigible diligencia sea posible averiguar el domicilio de los demandados.

En *Sentencia de 20 de abril de 1996*, el TS desestima el recurso de revisión porque alegándose por el demandante en revisión esta misma maquinación fraudulenta, resulta acreditado que el primitivo demandante empleó toda la diligencia exigible para lograr el emplazamiento del demandado, que sólo por su propia voluntad no se personó.

En el mismo sentido que la primera sentencia, véase la *Sentencia de 23 de abril de 1996*.

RECURSO DE REVISION.—NO ES UNA TERCERA INSTANCIA QUE PERMITA UN NUEVO ANALISIS DE LA CUESTION DEBATIDA (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente. Excmo. Sr. Don Teófilo Ortega Torres.

En igual sentido, *Sentencia de 19 de abril de 1996*, de la que es ponente el Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo Figueroa.

RECURSO DE REVISION CONTRA SENTENCIA DICTADA EN JUICIO EJECUTIVO. IMPROCEDENCIA (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Teófilo Ortega Torres.

La sentencia dictada en juicio ejecutivo no produce cosa juzgada material (art. 1.479 LEC), quedando a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, y, como el artículo 1.797 de la misma ley procesal sólo permite el excepcional y extraordinario recurso de revisión frente a una sentencia firme, o sea, contra la que no quepa ya medio impugnatorio alguno, no concurre en este caso la extrema situación justificativa de la revisión.

RECURSO DE REVISION CONTRA SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DE INTERDICTO DE OBRA RUINOSA. POSIBLE VIABILIDAD EN FUNCION DE LA NATURALEZA DE ESTE INTERDICTO. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Jesús Marina Martínez-Pardo.

El recurso de revisión, según el artículo 1.797 LEC, sólo procede contra sentencias firmes, es decir, contra las que no cabe recurso alguno, por tanto, lo primero que hace el TS es analizar si la sentencia dictada en interdicto de obra ruinosa es o no susceptible de acudir al juicio declarativo ordinario, como sucede con los interdictos posesorios (art. 1.658 LEC), o en el de obra nueva (arts. 1.671 y 1.675 LEC).

La Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene ninguna norma que lo resuelva, por lo que el TS acude a la naturaleza jurídica del interdicto de obra ruinosa y efectos de la sentencia en ellos dictada.

En la doctrina procesal predomina la idea de que el interdicto de obra ruinosa no es posesorio y tiene el carácter de juicio cautelar innovativo. La cautela tiende a eludir peligros y se consigue con las medidas que toma el órgano judicial, incluso el derribo del inmueble. En la tramitación del proceso el principio de aportación de parte se desvanece en aras del interés superior de evitar peligros y por ello se potencia la ley, la intervención del juez apoyado en su propio criterio y en la pericia emitida por técnicos que él mismo escoge.

En cuanto a los efectos de la sentencia interdictal el fundamental es el de su ejecutoriedad, con los extraordinarios poderes del órgano judicial que la dicta, tanta, que incluso apelada la sentencia y admitido el recurso en ambos efectos, cabe derribar el inmueble si la decisión no admite demora. Tal grado de poder reconocido al juez, permite llegar a la razonable conclusión de que una vez dictada la sentencia y acordado el derribo o cualquier otra cautela, si por propia decisión de los demandados en su inmueble, a través de medidas menos rigurosas, pero igualmente eficaces, han conseguido la seguridad que el interdicto busca, nada impide entender cumplida la satisfacción de la tutela judicial efectiva. Lo que nos lleva a la conclusión de que, dada la naturaleza de la decisión, no cabe acudir al juicio de revisión, porque existen otros modos procesales de proteger el derecho.

RECURSO DE REVISION CONTRA SENTENCIA DICTADA EN UN JUICIO DE DESAHUCIO. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El TS admite en este caso el recurso de revisión porque aún cuando la sentencia objeto de impugnación recayera en un procedimiento de desahucio y tales procesos tengan naturaleza sumaria, permitiendo, por tanto, la formulación de un juicio posterior, la doctrina de la Sala no se ha decantado por excluir la revisión de los desahucios, pues la jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido en relación con los juicios ejecutivos e interdictales y sólo, alguna aislada, como la de fecha de 17 de marzo de 1993, se ha mostrado partidaria de aplicar el mismo criterio a las de desahucio.

En contra del principio que inspira esta sentencia puede verse las dos Sentencias de 18 de abril de 1996, inmediatamente precedentes, que rechazan la revisión en juicio ejecutivo, y en el interdicto de obra ruinosa, precisamente por el argumento de que existen otros medios procesales de proteger el derecho.

Sin embargo, vuelve a admitir el recurso de revisión para un procedimiento de desahucio la *Sentencia de 22 de abril de 1996*, de la que es ponente el Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, en la que se declara probada la existencia de maquinación fraudulenta para omitir el verdadero domicilio y conseguir la citación por edictos.

ERROR JUDICIAL (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

La jurisprudencia del TS ha venido interpretando el alcance y contenido de la acción y del recurso que autorizan los artículos 121 de la Constitución Española y 292 y 293 de la LOPJ, atribuyendo al Estado el deber de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de que sea declarada la culpabilidad del juzgador, cuando se han producido equivocaciones patentes y manifiestas en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley, generando una resolución absurda que rompe la armonía del orden jurídico. No se trata de volver a juzgar interpretaciones que, acertada o equivocadamente, obedecen a un proceso lógico; no se enjuicia tampoco el acierto o desacierto, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden que conduce a decisiones injustificables desde el punto de vista del Derecho.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

En este caso se trata de la venta de un depósito de agua para riego a montar en la finca del comprador, con señalamiento de precio distinto para cada concepto, precio en cuyo total se incluyeron los portes de la mercancía.

Existe, por consiguiente, una acumulación de acciones, una derivada de la compraventa y otra de la prestación de servicios. Por lo que respecta a la compraventa, al no señalarse lugar de entrega, es de aplicación la reiteradísima doctrina del Supremo según la cual, cuando los portes son pagados por el comprador, ha de entenderse que el lugar de entrega es el del domicilio del

vendedor. En cuanto al contrato de prestación de servicios, el lugar de cumplimiento es el del domicilio del comprador.

Ante esta acumulación de acciones ha de aplicarse la doctrina del TS que declara la competencia del Juzgado del lugar en que debe cumplirse la obligación de mayor significación económica, que en este caso es el precio de la mercancía, del depósito.

ERROR JUDICIAL.—EL PLAZO DE TRES MESES PARA INSTAR LA DECLARACION DE ERROR JUDICIAL ES DE CADUCIDAD. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.

Apoyándose en el calificativo de «inexcusable» que emplea el apartado 1, párrafo *a*), del artículo 293 LOPJ, la reiteradísima jurisprudencia del TS aclara que el plazo de TRES MESES para instar la declaración de error judicial, contado a partir del día en que pudo ejercitarse, es de CADUCIDAD, y no puede ser suspendido ni interrumpido su transcurso para que vuelva a reanudarse, requiriéndose también que se hayan agotado todos los recursos previstos en el ordenamiento contra la resolución judicial calificada de errónea (párrafo *f* del apartado 1 del art. 293 LOPJ).

ERROR JUDICIAL.—NO ES UNA TERCERA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente Excmo. Sr. Don Pedro González Poveda

El proceso de error judicial no puede confundirse con una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto de debate o haciendo una aplicación del Derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de modo palmario fuera de su sentido y alcance.

En el mismo sentido otra sentencia del mismo día de la que es ponente el Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales, ya que la sentencia a la que se imputa el pretendido error judicial resuelve la cuestión litigiosa con razonamientos totalmente jurídicos y lógicos, si bien con criterio discrepante del sustentado por el demandante de error.

RECURSO DE REVISION.—LA REVISION DE UNA SENTENCIA DICTADA EN APELACION DE UN JUICIO DE FALTAS CORRESPONDE AL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1996.)

Ponente Excmo. Sr. Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El artículo 9.1 de la LOPJ establece que «los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley», señalando el número 3 el propio precepto que «los

del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar». Por otra parte, el artículo 57 1º de la misma Ley Orgánica dispone que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de revisión en materia penal.

Esto supuesto, señala el TS que la consideración de la acción civil, juntamente con la penal, como dimanante de un mismo acto, no obstante su naturaleza diversa es propia del derecho moderno (vid. art. 19 del Código Penal); y como en el presente caso dicha responsabilidad civil, nacida de ilícito penal, no parece reservada por los perjudicados para ser ejercitada con independencia en el orden jurisdiccional civil, está claro, conforme al artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso de revisión es el penal.

E C C

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

CARRASCO PERERA, ANGEL; CORDERO LOBATO, ENCARNA; GONZÁLEZ CARRASCO, CARMEN:
Derecho de la construcción y de la vivienda. Madrid, 1997, 502 págs.

Quizá somos demasiado fieles a los esquemas tradicionales, quizá estamos demasiado aferrados a las perspectivas desde las que nos han enseñado las cosas. En el Derecho privado, todas las innovaciones sistemáticas consisten en osados retoques al plan de Savigny, cuando quizá Savigny, en esto, como en otras cosas, deba ser relegado. «Savigny's wirkliche Bedeutung für die Rechtswissenschaft ist wohl nicht ganz identisch mit den Gründen für seinen grossen Ruhm», han escrito hace poco Kleinheyer y Schröder (*Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*) Su significación es —vienen a decir— mucho menor que su fama

Unos brillantes profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo se han apartado de la sistemática tradicional y se han fijado en la realidad, en la realidad de nuestra época: en torno a la vivienda se plantean problemas de muy diversos tipos: agrupemos esos problemas, clasifiquémoslos, resolvámoslos. Y así surge este *Derecho de la construcción y de la vivienda*. Una obra interdisciplinar —urbanística, económica, fiscal, administrativa—, de sustrato, naturalmente, civil, que ha de servir de modelo sistemático a muchas obras futuras. Como escribe el prof. CARRASCO PERERA en el prólogo, faltan, entre nosotros, un «Derecho de las Telecomunicaciones», un «Derecho del Medio Ambiente», un «Derecho del Comercio interior», un «Derecho del Menor», un «Derecho de la Propiedad Intelectual» .. Savigny se escandalizaría; pero, ¿qué más da?

Lo importante es que el Derecho esté siempre cerca de los problemas reales, porque el Derecho está para servir a la sociedad. Los problemas reales son hoy distintos —injerencia administrativa, presión fiscal, internacionalización de los contratos...—, y el tratamiento de las cuestiones exige un enfoque también distinto.

Tipológicamente, el prof. CARRASCO sitúa este *Derecho de la Construcción y de la Vivienda* en un lugar intermedio entre el manual y la monografía. Creo que no es así. Lo que sucede es que por manual entendemos el libro de texto tradicional. Este libro que reseñamos pertenece también al género de los manuales; lo que pasa es que su contenido es original. Es un manual vivo, práctico y a la vez sólido en su doctrina y exhaustivo en sus fuentes bibliográficas

Para dar idea al lector de los temas que se abordan en este excelente manual bastaría con enumerar, sintetizándolos, los epígrafes de los sucesivos capítulos: El *ius aedificandi*, la declaración de obra nueva, las limitaciones vecinales a la edificación, la licencia de obras, la licencia de primera ocupación, la cédula de habitabilidad, las licencias de apertura y funcionamiento, los contratos de transferencia de edificabilidad, el derecho de vuelo, la permu-

ta de solar por edificación futura, el contrato de obra, responsabilidades en la construcción, los profesionales de la construcción, la información en la adquisición de vivienda, el crédito a la vivienda y la subrogación y novación de préstamos hipotecarios, los arrendamientos urbanos de vivienda, los conjuntos inmobiliarios, las viviendas de protección oficial.

Este manual —casi tratado, por su envergadura— es claro y ordenado. *Qui bene distinguit, bene docet*. Es un libro bien estructurado, y por eso enseña mucho, sin hacer perder el tiempo al lector. Es también un libro práctico. Esto se advierte ya desde la lectura del prólogo: es un libro atento a los problemas —de los más diversos tipos— que se plantean en torno a la vivienda, y cuando los libros parten de los problemas reales, son libros útiles. Es posible que este libro de Derecho no sea sólo —gran excepción en nuestros lares— un libro de juristas para juristas, sino también un libro para promotores inmobiliarios, arquitectos, agentes de la propiedad inmobiliaria e, incluso, para propietarios y arrendatarios.

Entre los juristas para quienes este libro será de gran provecho están los Registradores de la Propiedad. El traslado al Registro del control de la legalidad urbanística que ha producido el R. D. 1093/1997, las inacabables novaciones y subrogaciones de créditos hipotecarios que llegan diariamente a nuestros despachos, los frecuentes negocios sobre volúmenes edificables, las limitaciones impuestas sobre las VPO —que condicionan la calificación registral— y otras muchas cuestiones relacionadas con la vivienda que constituyen la labor diaria de los Registradores, tienen en este libro un tratamiento adecuado y preciso.

El profesor CARRASCO PERERA encabeza un grupo de profesores y de profesoras —quizá, la mayoría, profesoras— que trabaja en Toledo con seriedad y rigor. Son todos muy jóvenes, y pronto veremos cómo su presencia se acrecienta en la doctrina jurídica y sus aportaciones son estimadas por su alto valor.

ANTONIO PAU PEDRÓN

LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS: *Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, un tomo de 238 págs.

A lo largo de quince interesantísimos capítulos y del profundo análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, nuestro autor, José Luis Laso Martínez, hace latente el problema que subyace de Urbanismo y Medio Ambiente en el Nuevo Código Penal.

El objeto de esta brillante y magistral obra reside en el estudio material del Título XVI del Nuevo Código Penal mediante el examen de las figuras delictivas englobadas genéricamente dentro de la rubrica de delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. A ello se unen otras modalidades pertenecientes a los delitos comunes hasta ahora regulados y su particular aplicación a las nuevas figuras especialmente en lo que concierne a las de carácter urbanístico. Desde esta perspectiva y el Título que ha dado el autor a la obra lo mismo que la rubrica del Código supone una simplificación del contenido más extenso que tiene, pues no sólo abarca al Urbanismo y al Medio Ambiente, sino también al

patrimonio histórico, a los delitos contra la fauna y la flora protegidos y a los recursos naturales.

En realidad, una primera visión de su regulación permite advertir el marco operativo del nuevo Código respecto de los que llama delitos sobre la ordenación del territorio y entre ellos la existencia posible de dos situaciones: la que se denomina delito contra los espacios protegidos y la que alude al delito de edificaciones abusivas, el primero mas cercano a la ordenación del territorio y el segundo que propiamente puede identificarse como delito urbanístico, aunque siempre con referencia al suelo no urbanizable. En ambos casos se sanciona la ejecución de construcciones o edificaciones sin licencia, pero la diferencia radica en que en los delitos contra los espacios protegidos basta para que se complete la descripción objetiva del tipo que tales construcciones se realicen sobre ellos, careciendo de licencia y, sin embargo, en los delitos de edificaciones abusivas, la edificación (no la construcción como en el primer supuesto) no basta con que se haya realiza do sin licencia, sino que sólo sera delito si, además de cumplirse dicha condición, se da la circunstancia de que la obra ejecutada no es autorizada y se produzca sobre suelo no urbanizable.

Pero, en el Título XVI del Código Penal se recogen además otros tipos dirigidos a la protección penal del patrimonio histórico y el medio ambiente, equiparable al delito ecológico. Y así como los primeros son nuevos en el Código el delito contra el medio ambiente no, pues ya estaba recogido en el artículo 347 bis del antiguo Código Penal, añadiéndose ahora el delito contra los recursos naturales y los relativos a la protección de la flora y de la fauna.

También el Código recoge un tratamiento específico de determinados supuestos del delito de prevaricación estudiados en relación a los delitos contra el patrimonio histórico y contra el medio ambiente.

Se analizan en la obra una serie de hipótesis e incidencias que resultan al contemplar situaciones próximas a la acción administrativa y que nuestro autor notablemente destaca, dedicando a ello uno de sus capítulos.

El presente libro objeto de nuestro estudio intenta sobre todo suscitar problemas y afrontar soluciones en una realidad tan compleja e interdependiente como la nuestra actual, además el dinamismo social imperante y la complejidad de los regímenes autonómicos, dispone nuestro autor, deja fácilmente superado en poco tiempo cualquier proyecto e introduce sucesiva y bruscamente nuevas perspectivas de un alcance asombroso. Subyace en la obra una actitud de reproche de conductas tachadas socialmente como inadmisibles y el esfuerzo del legislador por encauzar un respeto por los valores medioambientales, protección del espacio y protección de intereses merecedores de dicho cuidado.

Por lo tanto, hemos de concluir diciendo que José Luis Laso no sólo se dedica al estudio de figuras tan estrictas como los delitos contra los espacios protegidos, edificaciones abusivas, medio ambiente y depósitos de vertederos tóxicos o peligrosos, patrimonio histórico, recursos naturales, fauna y flora, analizando los tipos penales y su aplicación sobre las acciones sancionadas, las personas responsables y las penas aplicables, sino también abarca su obra a lo que llama delitos comunes con significación urbanística, entre los que destaca las ya aludidas figuras de la prevaricación y del cohecho que pueden cometer las autoridades y/o funcionarios responsables de sectores de la Administración, aludiendo a la realidad de nuestro urbanismo, pero muy especialmente del concertado.

Finalmente completa esta gran obra el autor con la aplicación temporal de los delitos que contempla, con las formas de iniciación del proceso, con las medidas cautelares de carácter administrativo, contencioso-administrativo y penal, con la distribución de competencias jurisdiccionales y las dificultosas y entramadas cuestiones prejudiciales.

Expuestas estas ideas prioritarias, vamos a ir analizando cada uno de los capítulos en que la obra se desarrolla.

Con el *capítulo I* llega nuestro autor a la conclusión de que con la entrada en vigor del Código Penal (24 de mayo de 1996), tiene lugar la incorporación al catálogo de bienes protegidos penalmente determinados supuestos de hecho que hasta ese momento estaban comprendidos dentro del Derecho administrativo sancionador. Así en el Título XVI de este texto legal se recogen junto a los delitos sobre la ordenación del territorio, figuras delictivas referidas a los delitos sobre el patrimonio histórico (artículos 321 a 324), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículos 325 a 331) y delitos relativos a la protección de la flora y fauna (artículos 332 a 337). Todos estos tipos significan bajo una misma rúbrica en el citado Título XVI del Código Penal, de «delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente». Se descubre en su articulado el intento de reforzar en sede penal acciones administrativas dispersas radicantes hasta ese momento en normativas sectoriales del Estado o de las Comunidades Autónomas que se unifican a efectos penales e incorporan al rango de normas generales aplicables en todo el territorio nacional determinadas conductas que nuestra sociedad considera reprochables, bien sea el interés jurídicamente protegido, la ordenación del territorio o el urbanismo, el patrimonio histórico, el medio ambiente o la fauna y la flora.

Ahora, en el nuevo orden penal, la misma Administración aún conservando los mismos poderes en sus órganos y en sus funcionarios, autoridades y agentes puede ser controlada desde un ámbito exterior a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como es la Penal, como consecuencia de esto actos de la Administración (presunción de validez, facultad de autotutela) que estaban sujetos a una eventual revisión jurisdiccional, no lo van a estar ahora, aunque si las conductas de los particulares contrarias a su norma. En realidad, la idea central se ha de situar en aquéllos hechos que se califique de administrativos y en los que concurran los elementos que dan lugar al ilícito penal, pues resultaría anómalo considerar validas administrativamente determinadas conductas y que fueran punibles. Advierte el autor que las relaciones con la Administración van a dar lugar a un marco complejo en el que se mueven dos potestades independientes, una atiende los intereses generales promoviendo la acción pública y defendiendo sus objetivos y normativa, la otra tiene atribuido el monopolio de la decisión última en la confrontación entre las acciones enjuiciadas y la normativa aplicable. Así la integración en el Código Penal de las conductas conexas con la acción administrativa ya desde la formación legal puede plantear dificultades si, como consecuencia de la definición penal, resultan implicadas definitivamente las iniciativas de la Administración o recíprocamente cuando la acción administrativa se convierte indirectamente en norma incriminatoria de la conducta. Se produce un intercambio normativo entre dos órdenes distintos, el administrativo y el penal, de tal forma que aún siendo autónomos entre sí, sin embargo, las categorías resultantes de la acción administrativa por el mero hecho formal de su configuración en los procedimientos de los que emanan, provocan automáticamente la incorpora-

ción de una protección penal sobreañadida, recibándose en principio por el orden penal, sin que el mismo tenga que cuestionarse su validez. En realidad, respecto de los delitos sobre la ordenación del territorio no se produce la incorporación del ilícito penal como resultado del llamamiento en blanco de las categorías administrativas. Estas operan en sede administrativa atendiendo a los fines institucionales debidos a cada categoría, y la Administración es libre de proceder así en el orden administrativo aplicable. Lo que sucede es que producida la categoría administrativa dotada además de efectos penales, la ley penal acude dándole una cobertura propia, que no tendría razón de ser en el orden administrativo. El autor se pregunta lo siguiente: ¿siempre la categoría administrativa previa vincula al Juez Penal? A lo que el mismo responderá que aun cuando el tipo penal de los delitos sobre la ordenación del territorio no supone la existencia de una norma en blanco, sí que puede hablarse de una comunicabilidad de efectos entre la regulación administrativa y la penal. Puede suceder que la acción administrativa vacíe el contenido de los hechos concretos contemplados por el tipo penal mediante el cambio de calificación de los espacios afectados o indebidamente incorpore determinados espacios o establezca una normativa que de lugar a la incriminación penal de ellos, a veces sin que exista causa que lo justifique.

Bajo el capítulo II hace el autor un exhaustivo examen y análisis del concepto que se atribuye al dolo como la forma más grave de la culpabilidad. *Acción culpable* es la que corresponde con quien pudo proceder de otra manera a como lo hizo en función de su libertad. *Acción dolosa* es la que se corresponde con quien sabe lo que hace y quiere hacerlo. El *dolo* se une al saber que es lo que se hace el querer hacerlo y la culpa es la producción objetiva de un resultado lesivo para un bien jurídico a consecuencia de la infracción de la norma y del cuidado personalmente exigible al sujeto. Alude también, diferenciando el *error de tipo* y el *error de prohibición*, el primero cuando versa sobre los hechos integradores de la conducta tipificada como excluyente de responsabilidad y el segundo referido al conocimiento de la antijuridicidad integrándose y atañiéndose a la culpabilidad, es decir, el error de prohibición (exclusión de la culpabilidad) es el que se contrae a la ilicitud del hecho constitutivo de infracción penal.

Partiendo del estudio de estos conceptos se entiende que salvo en el caso de los delitos referidos al medio ambiente, la descripción del tipo no supone la remisión a otra norma porque en el tipo legal están descritos todos los elementos constitutivos de la infracción ya que se trata de categorías formales predeterminadas sin perjuicio de su debida autorización que podrían enmascarar la situación específica principalmente en los casos en los que el elemento protegido no proviene del planeamiento sino de circunstancias extrañas a él.

Concluye el capítulo II disponiendo que (1) no puede aducirse ignorancia cuando haya habido actos de notificación personal, requerimiento individual o participación personal en los actos de formación del planeamiento urbanístico también (2) son vinculantes las declaraciones resultantes, de instrumentos que lleven aparejada su vinculación y eficacia; (3) las declaraciones individuales nacidas directamente de las leyes dan lugar a error vencible y (4) la prohibición legal de efectuar actos de uso del suelo o de la edificación sin licencia comporta un deber objetivo.

El capítulo III alude a los delitos sobre la ordenación del territorio, de los que dice que el bien jurídico que protegen es el/los espacio/s que suponen la existencia de un deber de conservación o protección, habiendo de estar siem-

pre a la orden dada por el órgano competente. Se distinguen dos tipos de delitos: (1) los delitos contra los espacios protegidos y (2) el delito de edificaciones abusivas. Los primeros son los que responden a la creación resultante de un instrumento de planeamiento, sea urbanístico o no, alude a bienes protegidos y dentro de ellos a espacios físicos del territorio, no a construcciones protegidas, cualquiera que sea la causa legal de la protección o los motivos que se protegen, y el segundo se refiere a la existencia de edificaciones no autorizadas, aquellas que son autorizables, que se denominan indebidas o abusivas. La previsible facultad de que las obras sean autorizables, es lo que provoca el contrasentido de que una obra hecha sin licencia de lugar a la comisión de un delito.

Diferencia la clasificación urbanística del suelo y la explotación efectiva del mismo. La calificación urbanística determina la protección penal y más frecuente es la posibilidad de que la protección legal o administrativa no sea coincidente con la calificación urbanística. Esta pluralidad de calificaciones debe tener significación penal aunque materialmente sea predicable un efecto real de edificación sin autorización. La elevación a rango penal como conductas punibles de situaciones extrañas al orden penal y a la certeza de la ley penal, como condición inexcusable de la punibilidad de las conductas parece que debe conducir a relativizar el ilícito si se prueba esta situación de contradicción en los instrumentos normativos aplicables a un mismo territorio.

En los delitos de riesgo como los relativos al medio ambiente, se trata no de una contradicción formal de la acción con la norma sino que con la conducta producida se genera un riesgo que pone en entredicho valores no meramente formales sino el equilibrio de la naturaleza o la salud de las personas. En estos casos los valores protegidos son materiales e inciden directamente exista o no autorización sobre bienes protegidos por su propia naturaleza intrínseca, otros, los de la persona, como valor permanente y el equilibrio de los sistemas naturales como innovación sustancial de origen constitucional.

El capítulo IV se encarga de analizar los delitos contra los espacios protegidos y busca la causa de tal protección. Dicho delito es el más próximo a la ordenación del territorio, ni siquiera por la variedad de los bienes que protege permite descubrir una identidad unívoca en la denominación así lo ve el autor en este capítulo. Encuentra el fundamento de la protección penal en la salvaguardia de los espacios protegidos según su estado físico, lo que en todo caso ha de coordinarse con la prerrogativa de la Administración y la previa declaración de ilicitud administrativa si ésta fuese necesaria.

Diferencia dos clases de suelo: viales y zonas verdes, en los que se dan las dos notas características propias de este delito, la construcción sobre los mismos haría inviable que pudieran prestar la función que les es inherente como uso dotacional y no meramente preservado de la urbanización y la incompatibilidad es manifiesta. Y así como la expresión de viales es inequívoca, el término zonas verdes puede inducir a equívocos pues puede tener un significado técnico restringido. Distingue el autor situaciones diversas: (a) terrenos constituidos por viales y zonas verdes existentes y cedidos, (b) viales y zonas verdes no cedidos formalmente; (c) viales y zonas verdes ni preexistentes de hecho ni cedidos. En todas ellas la cuestión estriba en ver si es irrelevante la edificación sobre estos espacios desde el punto en que ni existe afectación al uso público ni se ha perdido la posesión ni el dominio, no consume la cesión para permitir la individualización física, ni compromete la

afectividad de la cesión futura; (d) viales y zonas verdes privadas y (e) espacios libres residuales resultantes de la concesión de licencias de edificación.

La referencia genérica a los bienes de dominio público (artículo 339 del Código Civil) que se definen como los destinados al uso público o a algún servicio público, ya sean del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las restantes Corporaciones Territoriales de Derecho Público. Entre los demaniales de uso público se piensa en el dominio público-terrestre, vías pecuarias, zonas de protección de carreteras, pero estas últimas mientras permanezcan en servicio difícilmente podrán construirse y si se desafectan ya no serán demaniales. La cuestión la conduce nuestro autor, así a determinar el alcance penal del dominio público, si esta protección abarca también a aquellos espacios que aun siendo de dominio público resultan afectados por la colindancia o está prohibido edificar sobre ellos aun cuando el planeamiento urbanístico lo permitiera o exige la previa autorización de la Administración competente en razón de la materia, además de la genérica licencia municipal.

La alusión a la legislación de las Comunidades Autónomas que también hace nuestro autor da lugar a la utilización indiscriminada de normas de protección producto de decisiones de rango local. De esta manera dispone que el ámbito ordinario de aplicación en el orden administrativo debe ser el que resulte de aplicar la Ley estatal de espacios protegidos a la diversidad de leyes autonómicas que se hayan dictado, y precisa que los espacios protegidos legalmente deben ser los que singularmente se hayan declarado, siempre que esta declaración proceda directamente de una norma con rango de ley, estatal o autonómica, pues para eso está prevista la declaración administrativa, y ésta ha de resultar de un régimen reglado y los declarados administrativamente, pues puede producirse una irregular creación según las normas reguladoras del tipo de espacios de que se trate bien por ilegalidad del procedimiento, por incompetencia del órgano del que dimana o por cualquiera de los vicios de orden administrativo aplicables.

En realidad, el origen de los espacios protegidos puede ser el resultado directo de una norma legal o reglamentaria o de un acto administrativo emanado de la Administración que sea competente y de acuerdo con el procedimiento aplicable. Desde el planeamiento urbanístico o desde el que resulte de la ordenación del territorio es posible la protección de lugares aislados con independencia de la clase de suelo de que estén o no protegidos por otras causas legales o administrativas o puede concedérsele una protección global que debe ser la que resulte del suelo no urbanizable especialmente protegido. Así a la vista de las innumerables imprecisiones suscitadas el problema más grave reside en la coordinación con la categoría urbanística del suelo no urbanizable, de especial protección. El interrogante que se plantea es el de si toda construcción realizada en este suelo sin licencia es en sí misma constitutiva de delito o si el bien protegido no es la categoría completa del ámbito del suelo no urbanizable especialmente protegido sino aquella parte del mismo así clasificada en relación con el valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural determinante de tal clasificación.

En el capítulo V se hace un avanzado estudio del delito de edificaciones abusivas, como figura delictiva independiente dentro de los delitos sobre la ordenación del territorio. Este delito es el que propiamente puede identificarse como delito urbanístico, aunque siempre con referencia únicamente al suelo no urbanizable; por tanto, hemos de decir que el hecho que en él se

sanciona consiste en llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

En todo caso, mantiene nuestro autor que este delito debe entenderse comprendido no sólo en el suelo no urbanizable común, sino en el de especial protección de aquella parte del mismo en la que la razón de la protección no sea para salvaguardarle, es decir, el suelo no urbanizable especialmente protegido por motivos que no sean los de defender su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural. Una variedad que parece también debe incluirse en esta figura delictiva es la de que se trate de actividades realizadas en suelo no urbanizable cuando la persona autorizada se extralimita de los términos de la autorización y realiza en exceso obras no autorizadas ni autorizables. Parece razonable entender que así sea, pues si la conducta penada es la realización de obras sin licencia, siempre que no sean legalizables, es indudable que se ha actuado sin licencia tanto por el todo como por la parte.

Siguiendo a nuestro autor se dispone que si el punto central del delito de edificaciones abusivas es el de que se levanten edificaciones sin licencia cuando éstas no sean autorizables, salvado el caso de la convalidación excepcional, la facultad de legalizar obras sin licencia no es discrecional, sino reglada en la medida en que se funden en la normativa aplicable, por lo que su desviación puede comprobarse en vía contencioso-administrativa, aunque al recibirse también el hecho en sede penal podría plantearse su enjuiciamiento por esta Jurisdicción. A la vista de ello dispone José Luis Laso que son tres las fuentes normativas de las que puede dimanar la legalización: (1) el régimen jurídico resultante de la Ley General del Estado; (2) la legislación propia de las Comunidades Autónomas, y (3) los Planes Generales y Normas subsidiarias.

La aplicación del tipo parte de que las obras no sean legalizables aunque estén realizadas sin licencia. Lo cual significa, con independencia de la coordinación de funciones administrativas y judiciales, que si una obra realizada sin licencia se declara después autorizada por su legalización no se dan los supuestos del tipo. Esta operación puede surgir de manera ordinaria o extraordinaria. El modo ordinario de proceder es el que resulta de la mera aplicación de la normativa correspondiente sin necesidad de instrumento especial posterior que haga legítimo lo que no es o puede ser extraordinaria y de ella pueden resultar diversas hipótesis: que se cuente con licencia y ésta sea anulada; que habiendo actuado sin ella la obra fuera legalizada y efectivamente se hubiera legalizado por la aplicación ordinaria de las normas vigentes; que habiendo actuado sin licencia y no siendo en sí legalizable la obra por aplicación de la normativa vigente se produjera su legalización *a posteriori* por decisión que dejase sin efecto la declaración de no autorizable.

Define, por último, este capítulo el concepto de suelo urbanizable no programado (artículo 18 de la Ley del Suelo), disponiendo que mientras que no cuente con programa es equivalente al suelo no urbanizable, la consecuencia debe ser la de que quien edifique sobre él sin licencia si la edificación no es autorizable, habrá cometido el delito de edificaciones abusivas. El suelo no urbanizable es el preservado del proceso urbanizador.

Habla el capítulo VI de las licencias o autorizaciones presuntas. Parte dicho capítulo de la premisa de que es circunstancia determinante de la comisión del delito el hecho de que las construcciones se realicen sin autorización tiene carácter reglado frente a la autorización discrecional, no resulta posible su revocación y tienen carácter constitutivo por ser determinantes de la patrimonialización de la edificación realizada. Al mismo tiempo el supuesto

de las licencias o autorizaciones tácitas necesariamente tiene que ser problemático, pues la nota caracterizadora de ella es la falta del documento formal que lo atestigüe lo que llevado a su constancia en el orden penal exige garantía tanto en favor del interés público, que no siempre tolera su adquisición por vía del silencio administrativo positivo, como del justiciable, que puede legítimamente considerarse válida y ajeno al tipo penal. Ello debe ser así porque la licencia presunta o tácita cuando es aplicable el silencio administrativo positivo, no es una autorización del segundo orden o de efecto limitado. Por el contrario, es un acto autorizado de idénticos efectos a los de la licencia expresa y, por tanto, en sí no contiene restricción alguna al conjunto de facultades provenientes de su existencia. La licencia presunta por silencio administrativo es una forma de producirse una licencia dotada de plenitud de efectos.

Delimita José Luis Laso en este momento las condiciones necesarias para la aplicación de las autorizaciones o licencias presuntas: se producen válidamente cuando haya transcurrido el plazo de tres meses desde que se formule la petición, cuando la norma del procedimiento especial aplicable no fije plazo. Producido el acto presunto, para su eficaz oposición ante la Administración o cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada, deberá ser acreditada mediante certificación emitida por el órgano competente. Esta petición de certificación del acto presunto podrá pedirse a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo en que debió dictarse la resolución. Y el acto presunto será igualmente eficaz en los supuestos ordinarios, cuando pedida la certificación, ésta no fuese emitida en el plazo de veinte días desde que fuera solicitada, en cuyo caso la exhibición de la petición de la certificación acreditara igualmente su eficaz otorgamiento. Sin embargo, no toda petición presentada ante la Administración da lugar a la aplicación del silencio positivo. La Ley delimita la aplicación de ese silencio positivo a:

- solicitudes de concesión de licencia y autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo;
- solicitudes que habilitan al peticionario para el ejercicio de derechos preexistentes;
- solicitudes para que la normativa aplicable no disponga la aplicación del silencio negativo;
- en los casos de recurso contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo para su resolución.

Paralelamente las solicitudes excluidas del silencio positivo son:

- las que, de ser estimadas, tuvieran como consecuencia transferir al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público;
- en los casos de ejercicio del derecho de petición;
- en el resto de los recursos administrativos, y
- en los casos de suspensión de licencias y en los de suspensión del planeamiento.

También habla el autor de licencias de contenido imposible, disponiendo que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico mantenido en vigor por el Tribunal Constitucional.

A lo hora de estudiar la problemática penal pueden distinguirse cuatro situaciones: (1) otorgamiento de autorizaciones o licencias por la expedición de la certificación del acto presunto, (2) otorgamiento de autorizaciones o licencias presuntas sin expedición de certificación; (3) inaplicabilidad del silencio positivo, y (4) actos presuntos de contenido ilegal.

La aplicación de los delitos contra los espacios protegidos y de edificaciones abusivas lo analiza el *capítulo VII*, edificar supone siempre una acción tendente a conseguir la creación de un edificio o una edificación cualquiera que sea su uso y construir puede acabar en el mismo objeto. Su utilización se hace en base al alcance de la acción en razón al bien que trata de protegerse. Personas responsables son el promotor, el constructor o el director técnico. Promotor se define como aquél en el que se da una combinación de riesgos conjuntamente asumida por el que promueve una edificación sin ser el dueño del suelo y el propietario. Por su parte, el constructor está responsabilizado por su profesionalidad singular desde el momento en que el planeamiento y su ejecución se convierten en una función pública. El técnico director se adiciona al término director y a la posición especialmente facultada por la existencia de una titulación suficiente. Y así como para el técnico director o el constructor y el promotor profesional no es admisible el error y menos que sea invencible. El conocimiento de la ilicitud de la acción parece evidente que se producirá. En cambio, el propietario que no sea promotor y responsable del suelo no urbanizable sí que es posible que actúe mediando error e incluso que sea invencible.

En el *capítulo VIII* se contempla el riguroso análisis que el autor hace de los delitos contra el medio ambiente y de depósitos o vertederos tóxicos o peligrosos, que son tratados como valores independientes y dada su trascendencia social sus efectos se diversifican acentuándose entre ellos el del riesgo Medio ambiente para la Constitución Española es el conjunto de recursos naturales utilizables por la persona y cuya conservación y restauración tiene sentido en función de la calidad de vida y como realidad en sí misma protegible. Tal concepto tiene su reflejo en el capítulo III del Título XVI que comprende los delitos contra los recursos naturales. La ordenación del territorio alude al conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo, mientras que el medio ambiente comprende las normas que persiguen la protección de la naturaleza y los valores naturales y paisajísticos de un espacio concreto.

El nuevo Código Penal analiza el tema en el artículo 325. Con esta regulación emplea en su contenido una norma en blanco, se emplea como criterio el de la gravedad del peligro, se amplían las actividades generadoras del riesgo, entre ellas podemos citar las radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, todas comprendidas en las emisiones o vertidos, se completa también la incidencia sobre el medio detallando no sólo la que se produce sobre la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, sino también el subsuelo, incluso los espacios transfronterizos; se excluye del tipo ordinario que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, antes referido sin más al riesgo de perjuicio grave del equilibrio de los sistemas naturales, siendo el riesgo de salud de las personas una circunstancia específica de agravación.

En definitiva, la configuración del Código es la de un delito de resultado y de consumación anticipada o de riesgo a la vez, pues la consumación del ilícito se produce por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones previstas en el tipo. Si el peligro o posible perjuicio se hace efectivo y real se habla de delitos de lesión. Se trata de dos delitos de ámbitos distintos, uno de riesgo con alcance colectivo, otro de lesión o de resultado con alcance individual y específico. Pero tanto el peligro como el posible perjuicio han de ser lo que implica un juicio de valor. A la vista del nuevo texto legal se precisa de la misma gravedad en la conducta, pero el peligro grave para la salud no es constitutivo del tipo, sino de la agravación de la pena, y el perjuicio grave de la vida animal, los bosques y los espacios naturales o plantaciones útiles se refunden en el centro de la figura a partir del equilibrio de los sistemas naturales en base a acciones típicas pero no cerradas ni exhaustivas.

La alusión final de este capítulo VIII la hace el autor a las dos cuestiones que en sí aparecen ligadas a los delitos contra el medio ambiente y que son el grado de consumación del delito, entendida como la consecuencia de ser un delito de riesgo y de resultado, lo que puede inducir a estimar que cuando se crean condiciones de riesgo pero no se produce un daño, únicamente el delito aparece en forma tentativa y no de delito consumado, y la autoría accesoria como forma tangible de perseguir una mayor gravedad del hecho.

Se contemplan en el *capítulo IX* los delitos sobre el patrimonio histórico. Entre ellos hemos de citar el delito de demolición o alteración de edificios singularmente protegidos. Aparece su regulación en los artículos 46 de la Constitución Española y 321 del Código Penal, este último precepto aparece referido a acciones de demolición o alteración grave de edificaciones, en cuyo caso puede suceder que la demolición se haga con autorización, con lo que se produciría una acción delictiva, a no ser que las autoridades o funcionarios actuasen concediéndola a sabiendas de la injusticia. Se trata por ello de un delito de resultado material, se trata de un tipo prohibitivo de causar en el que cabe la posibilidad de la comisión por omisión, o bien se hubiese hecho sin autorización, en cuyo caso habrá inicialmente una concurrencia de delitos, el de actuar sin licencia y demoler o dañar gravemente un edificio.

Entre los elementos determinantes del tipo caben distinguir los siguientes: *subjetivos*, en los que el derribo o alteración de los elementos protegidos se refiere a conductas dolosas. La intensidad del daño producido, al exigirse que incida gravemente sobre el bien protegido y se debe dejar también fuera del delito la actuación por caso fortuito o fuerza mayor.

De todo ello se desgaja que la situación límite se encuentra en la conducta imprudente, entendida tal como la imprudencia grave equivalente a imprudencia temeraria o la leve de menor gravedad.

También hemos de destacar las *Acciones punibles*, distinguiéndose entre ellas: la alteración o demolición grave, la imprudencia y la simple causación del daño. Se alude intensamente al concepto de proporcionalidad que une el elemento dañado y el bien. Y por último los *Bienes protegidos*, entendiéndose por tales que el valor permanente es el de aquellos bienes que se trata presenten un interés histórico, artístico, cultural o monumental.

También cita nuestro autor entre esta clase de delitos el de prevaricación especial en el ámbito de protección del patrimonio histórico. Disponiendo en este momento la relación existente entre éstos y los delitos contra la ordenación del territorio por lo que se podrán haber comprendido bajo el capítulo-

lo I del Título XVI y se hizo bajo el capítulo II, pues materialmente su contenido es concurrente con el Urbanismo.

En realidad basta con la existencia de un dolo genérico o dolo de consecuencia necesaria, ya que no es necesario para la consumación del delito la declaración previa por parte del organismo correspondiente de Patrimonio Histórico sobre el especial valor del bien dañado. Es suficiente la existencia del conocimiento por parte del acusado de la condición relevante de los restos y de la intencionada destrucción de los mismos a fin de poder continuar la construcción que estaba haciendo.

Cita por último las infracciones administrativas y delitos contra el patrimonio histórico: como actos que afectan a objetos y recursos naturales que posean valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos por excavaciones, remociones de tierra; el otorgamiento de licencias para la realización de obras que requiera autorización administrativa; la concesión de licencias en monumentos sujetas a planeamiento especial, y el derribo, desplazamiento o remoción ilegal si se realiza sin licencia las excavaciones arqueológicas.

Los delitos contra los recursos naturales y los relativos a la protección de la flora y la fauna son contemplados en el capítulo X. Es el capítulo III del Título XVI el que se encarga de estudiar las disposiciones atinentes a los mismos. La expresión genérica que a ellos se refiere alude a que son delitos independientes de los que atentan contra el medio ambiente. Su configuración se circunscribe al daño grave que se puede producir a un espacio natural protegido, y más que un ataque a los recursos naturales, lo que se produce es una protección de los espacios naturales, son en realidad delitos ecológicos, pues la única alusión que se hace a los recursos naturales es a través del delito de captación de aguas y el daño grave a los espacios naturales. Entre las especialidades a las que los delitos contra los recursos naturales aluden se encuentran por citar algunas: el delito de captación ilegal de aguas con incidencia sobre los sistemas naturales, el delito de captación ilegal de agua por imprudencia, el delito de daño sobre los espacios protegidos, delitos de incendios forestales y los incendios por imprudencia.

El catálogo de las figuras delictivas de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y medio ambiente acaba con los delitos relativos a la protección de la fauna y la flora, entre los que cabe apreciar la existencia de una norma en blanco, pues la sanción penal recae en relación con los espacios amenazados, siendo evidente la inseguridad jurídica que esto conlleva desde el punto de vista de las conductas prohibidas y sancionadas penalmente.

Finalmente recoge el capítulo como medida restitutiva del daño en cuanto a los delitos de los que ahora nos ocupamos unas situaciones reparadoras entre las que cabe citar la aplicación de penas, la restauración del equilibrio ecológico y la reparación voluntaria del daño.

El capítulo XI es expresivo y alusivo de los delitos comunes con significación urbanística y es que en realidad nuestro Código recoge dando un tratamiento específico a determinados supuestos del delito de prevaricación que son regulados específicamente en cuanto se refiere a los delitos contra los espacios protegidos y de edificaciones abusivas, los delitos contra el patrimonio histórico y los delitos contra el medio ambiente. Se trata de formas especiales de prevaricación que resultan singularmente destacables cuando operan en ámbitos reglados y deben permitir una aplicación ponderada en función de

la complejidad de ámbitos normativos como es el Urbanismo, a fin de excluir del tipo criterios interpretativos en la aplicación de los mismos, ajenos al dolo penal, pero al mismo tiempo plantea la posibilidad de la reinterpretación tradicional de la prevaricación en aquellos supuestos en que aun no concurren todas las condiciones habituales y más llamativas de la conducta ilícita adoptada a sabiendas por el autor se produce una violación injustificada de criterios reglados efectuada intencionadamente. Esta modalidad específica tiene que ser contemplada también en unión con otras situaciones diferentes, pero cercanas a los tipos penales con ocasión de la acción urbanística, para la cual la práctica de determinados modos de acción de la Administración hacen difícilmente equiparables los tipos penales a conductas usuales refrendadas incluso legalmente.

En realidad, el Código traslada a este Título XVI el concepto general de la prevaricación con la particularidad de que mientras que el artículo 320 y concordantes reproducen los términos «a sabiendas de su injusticia» del delito común según el artículo 404, en cambio no traslada las palabras «resolución arbitraria», lo que por lo menos significa que el delito de prevaricación cometido en el seno de los tipos descritos en el Título XVI debe regirse por los preceptos en que se recogen y no por el genérico del artículo 404 citado.

Los caracteres especiales del delito de prevaricación son: la cualificación por razón del sujeto; que se trate de decisiones o actos administrativos en sentido estricto y que sean determinantes de la resolución; que se refiera a materias sujetas al Derecho Administrativo; que sea evidente y notoria la injusticia; que se omitan los elementos formales necesarios y que la contradicción sea manifiesta.

Alude nuestro autor por último en este capítulo XI a que a diferencia de lo que sucede con el delito de prevaricación visto, no contiene el Título XVI del Código ninguna norma específica relacionada con el delito de cohecho, al que aluden los artículos 419, 420, 423, 425 y 426, ni con el de violación de secreto. Y en lo relativo al delito de tráfico de influencias su determinación aparece en los artículos 428 a 431.

Con sustento en el *capítulo XII* se estudia la aplicación temporal del Código a los delitos sobre la ordenación del territorio, aludiendo en él que con base en la disposición final séptima de dicho texto legal se dispone que el nuevo texto «se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia». La promulgación del nuevo Código Penal representa mucho más que la mera adición al texto anterior de las leyes sucesivas que para su acomodación a la realidad social se han producido en el tiempo. Significa cualitativamente al decir del autor un fenómeno de puesta al día de todo el ordenamiento penal, pero siempre de acuerdo con las circunstancias que la vida social ofrece en el momento en que ello tiene lugar. A través de los delitos sobre la ordenación del territorio, el Código recibe por vez primera una serie de conductas que aunque ordinariamente estaban tipificadas en las normas de carácter disciplinario de las distintas disposiciones legales que de ellas se ocupaban, ahora y por virtud del Código pasan a ser en algunas ocasiones constitutivas de delito. De ahí que la conversión de algunos ilícitos administrativos en ilícitos penales suponga por vez primera en la historia del Derecho penal un hecho de gran trascendencia, que comporta además múltiples repercusiones en la acción administrativa y la represión penal, y es esto lo que lleva a la necesidad de afrontar las soluciones y problemática que surgen. Esta manera de proceder parece adecuada tanto porque revela la

unidad existente del Derecho como porque trata de resaltar la complejidad de las situaciones que se pueden plantear

El *capítulo XIII* se ocupa de analizar el proceso por el que caminan los delitos sobre la ordenación del territorio. Es indudable que la Administración en su acción tiene que estar sometida a Derecho y a la fiscalización y control judicial con mayor motivo aún en el orden penal. Sin embargo, resulta imprescindible reconocer también su autonomía y el ámbito legítimo de sus decisiones, con lo cual el problema más delicado que se plantea en relación con la operatividad de las nuevas figuras vistas es el hacer compatible el reconocimiento y eficacia del ejercicio de los poderes legítimos de la Administración en relación con el Poder Judicial y, a su vez, la sucesiva traslación de la coordinación exigible dentro del mismo entre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Penal.

Así las cosas, y con relación a la posición que ocupa la Administración frente a la Jurisdicción Penal, se plantean varios problemas, como son los que se refieren a los juicios de valor de aquélla cuando son determinantes del tipo la primacía de la Jurisdicción Penal en relación con las cuestiones prejudiciales, a las que alude el capítulo XIV como veremos, y el ordenado y equilibrado funcionamiento de todas las instituciones que componen un Estado de Derecho, en especial las medidas cautelares que concurren desde los ámbitos de defensa y prevención de actos ilícitos.

El *capítulo XIV*, como acabamos de adelantar, alude a las medidas cautelares, y es que en realidad la elevación a rango penal, la protección de ámbitos encomendados a las Administraciones Públicas o que se relacionan con ellas hace necesario la intervención de diversos órganos jurisdiccionales que de forma coherente y ordenada en relación con las cuestiones prejudiciales resuelvan el problema que inevitablemente se plantea. Y es que en los delitos de urbanismo y medio ambiente no hay una delimitación precisa respecto de las correspondientes infracciones administrativas en función de la cuantía, por lo que además de la complejidad de separar la infracción administrativa de la penal nos encontramos con no pocos problemas que originan las relaciones entre las respectivas Jurisdicción Penal y Contencioso-Administrativa, y entre esas relaciones especialmente complejas destacan las que se tejen a través de las cuestiones prejudiciales, tras lo cual se esconden las viejas técnicas de protección de las actuaciones administrativas y que circulan además de por la vía de la prejudicialidad devolutiva en el proceso penal, por la senda de las cuestiones previas administrativas previstas en el sistema de conflictos o de autorización previa para procesar a autoridades y a funcionarios

A lo largo del capítulo XIV, José Luis Laso, con una brillante plasmación rica en contenido jurídico, dispone que así como en general las figuras delictivas reguladas en el Título XVI del Código Penal se refieren a hechos que se hallan en tránsito desde el campo de los ilícitos administrativos a los penales, tales hechos en el período en que se desarrollan y cristalizan en los ámbitos administrativo y/o penal, permiten se produzca una coexistencia de potestades salvo que se entienda que la entrada de la Jurisdicción provoca la caducidad de las potestades administrativas, incluidas las de carácter cautelar. En realidad, las medidas cautelares que los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pueden acordar son las propias de su régimen, de manera que la conexión con los hechos de relevancia penal es lateral dado su carácter preferente. Su aplicación es la ordinaria en tanto no asuma sus prerrogativas la Jurisdicción Penal; sólo son operativas en

relación con actos administrativos que contengan mandatos positivos, no en relación con los denegatorios de derechos o facultades y su desarrollo ordinario opera en sentido negativo, paralizando la eficacia del acto. En vía administrativa las medidas cautelares pueden ser *negativas*, que son las más usuales y consisten en la suspensión material de la actividad; *positivas*, que sólo se imponen ordinariamente con la resolución que termina el expediente, y *las de carácter registral*, como son las resultantes de la anotación preventiva en general y de la anotación preventiva de demanda en particular. Y desde el punto de vista del proceso penal, y dado su carácter de accesorias, pueden ser *preventivas* o *correctivas*, dentro de las cuales diferencia las generales y las específicas.

Llegamos ahora con el *capítulo XV* a la distribución de competencias jurisdiccionales. En el desarrollo de este tema hace el autor un copioso y detallante estudio, y es que uno de los aspectos más brillantes desde la perspectiva procesal es la posición del Juez penal tanto en la instrucción del sumario como en la decisión final, cuando habiéndose iniciado un proceso como consecuencia de un acto de la Administración este acto ha sido recurrido en vía contenciosa y por causa de ello otra Jurisdicción ha asumido también las competencias para decidir su revisión. Cuando se produce el llamamiento conjunto a dos Jurisdicciones diferentes por el mismo hecho, se da preferencia a la penal. La cuestión surge cuando el ilícito penal sólo es tal si administrativamente está fijado en su integridad, problemática ésta que da lugar a cuestiones prejudiciales, es decir, aquéllas que se producen cuando la resolución del proceso de un orden jurisdiccional depende de un acto o de una resolución que inicialmente corresponde a otro orden distinto. Añade el autor que las dos especies de cuestiones prejudiciales son aquéllas que se refieren a circunstancias esenciales previas que inicialmente comportan la devolución a otra Jurisdicción y las que excluyan, atribuyendo el conocimiento pleno a la Penal, aunque a los solos efectos de la represión y siempre sin perjuicio de la valoración de otras circunstancias propias del ámbito penal. Llevado lo dicho a los delitos sobre la ordenación del territorio se pueden también distinguir dos situaciones: la fundada en circunstancias objetivas referidas al hecho de la falta de licencia (situación que se identifica con el delito contra los espacios protegidos) y la que exige una valoración previa y que es predicable respecto a los delitos de edificaciones abusivas en los que a la Administración le corresponde, y sucesivamente a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, el juicio de convalidación. Pues según José Luis Laso, si sólo son constitutivas de delito las edificaciones realizadas sin licencia no autorizables, la decisión inicial sobre el juicio de convalidación es atribuida por la ley a la Administración y si ella considera que la obra sea autorizable, no existe delito.

El autor dedica el final de la obra a una Sentencia del Tribunal Constitucional de *20 de marzo del año en curso*, sentencia que declara inconstitucionales la mayor parte de los preceptos de la Ley del Suelo hasta ahora vigentes, de ahí su necesidad de analizar su contenido y de referirlo al tema central que se debate en el manual.

La citada sentencia, pues, anula por inconstitucionales 235 preceptos, en todo o en parte, diversas disposiciones adicionales, otras transitorias y las disposiciones final y derogatoria, por lo que se reconocen de nuevo la vigencia, con vocación así de eternidad mientras no se sustituyan por las Comunidades Autónomas o se entiendan derogadas por los preceptos salvados del juicio de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976

y de los Decretos-Leyes de 14 de marzo de 1980 y de 16 de octubre de 1981, sin que haya entrado en debate, pero queda dañado el reciente Decreto-Ley de 7 de junio de 1996. Las consecuencias de esta Sentencia en el sistema urbanístico español son del mayor alcance, situándole en lo más alto de su dramática y difícil posición actual y condiciona su futuro, por lo que el autor mantiene que o se acude al remedio constitucional del modelo de la Ley marco o se producirá un caos inevitable, sin poderse acudir tampoco al remedio impagable de la doctrina legal del Tribunal Supremo al excluirse del recurso de casación la infracción de las normas autonómicas. De ahí que, como idea final, nuestro autor espera, y con buen criterio, el valioso hacer de las Comunidades Autónomas para con su intervención reorganizar el principio de seguridad jurídica con el fin de poner orden en el desconcertante ámbito actual del sistema urbanístico.

ISABEL MORATILLA GALÁN

MACGREGOR, HARVEY: «Contract code». *Proyecto redactado por la Law Commission inglesa*. Editorial José María Bosch. Traducción de JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ y CARLOS VATTIER FUENZALIDA. Barcelona, 1996. Un tomo de 245 páginas.

Con el patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se ha publicado la edición española de este libro, elaborado por el jurista inglés Harvey MacGregor, Profesor de la Universidad de Oxford, quien nos viene a presentar el proyecto normativo por el cual se busca un acercamiento del sistema anglosajón de contratación al correspondiente sistema continental.

Dado el avance, al parecer imparable, que supone la integración en la Unión Europea, asistimos en la actualidad a una clara tendencia de poner de acuerdo las dispersas regulaciones nacionales. Son aproximaciones impuestas por la conveniencia de facilitar que el Tratado de Maastrich constituya no sólo una realidad económica, sino también jurídica.

El Parlamento Europeo ya dictó una célebre Resolución el 26 de mayo de 1989 por la cual se expresaba el ideal de llegar a un Derecho Privado común a los países de Europa, pudiendo éste llegar en un momento más o menos lejano a sustituir a los Códigos nacionales; para ello sería preferible empezar por la parte de las obligaciones y contratos, la más proclive a las relaciones internacionales.

Como se nos dice en la nota preliminar de los traductores de esta edición, la Resolución mencionada se entiende en el contexto de las innovaciones introducidas al Tratado de Roma por el Acta Única Europea y el Tratado de Maastrich, que han contribuido a superar el modelo originario de integración «débil» y se encaminan a un modelo «intermedio», ya que facilitan la armonización legislativa en los sectores prioritarios, sin alcanzar todavía el modelo de integración «fuerte», por no prever de forma decidida la promulgación de textos normativos uniformes. Así, el Tratado en su redacción primitiva se limitaba a establecer a una simple aproximación de las disposiciones concernientes al mercado común, salvo que la diversidad legislativa provocase una distorsión grave, en cuyo caso habría de regir un proceso de simple corrección que no llegaba a ser vinculante para los Estados miembros

La nueva idea ha provocado un importante debate doctrinal sobre la conveniencia de la unificación del Derecho de obligaciones y el punto de partida ha sido el Congreso «por un Código europeo de contratos», celebrado en Pavia en 1990, que inició sus trabajos sobre el Código italiano, complementado después por otros códigos modernos como el portugués y el holandés. Ahora viene a añadirse este proyecto del Profesor MacGregor

Este *Contract Code* recoge el Derecho inglés y el escocés en este libro que presentamos y que nos permite conocer el sistema anglosajón en el deseo de acercarlo a la deseada integración en el sistema continental.

El proyecto tiene una introducción que comprende la definición del contrato, muy amplia, pues considera como tal todo acuerdo entre dos o más personas a que el Derecho reconoce el efecto de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones; en consecuencia no se da la consideración de contrato cuando los términos del acuerdo son vagos, cuando las personas no pretenden obligarse jurídicamente o cuando carece de los requisitos formales especiales exigidos por la ley

El proyecto consta de 673 números o artículos, distribuidos en tres grandes partes: La primera se refiere a los contratos válidos, detallando su formación, sus requisitos y sus posibles elementos accidentales; la segunda parte se refiere a los contratos irregulares, especialmente los contrarios a la ley o al orden público, los que carecen de las formalidades prescritas, los celebrados por incapaces y los que adolecen de falta de consentimiento libre, y la tercera se refiere a la pluralidad de sujetos, la representación y los contratos en favor de terceros, así como la transmisión de derechos de crédito, pero no la asunción de deudas que no se admite.

Se inicia el libro con un documentado proemio del Profesor José Luis de los Mozos, en el cual éste nos explica que este *Contract Code* es una obra prelegislativa de Derecho inglés que nos facilita la recuperación del tiempo perdido en estudiar el Derecho comparado, en una empresa que se nos viene encima por las exigencias de la integración europea y que, para nosotros, juristas, no puede llevarse a cabo prescindiendo de una tradición jurídica común.

La traducción, como se ha dicho en la cabecera, es de los Profesores españoles José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, quienes se han esmerado al trasladar a nuestro idioma los especiales giros de la terminología jurídica inglesa, poniendo a nuestro alcance no sólo un texto claro y pulcramente ordenado, sino explicándonos además, en una amplia nota preliminar, las principales novedades o notas que caracterizan esta obra prelegislativa.

Entre esas novedades destacan la desaparición de la «consideration», que pese a su aparente paralelismo con la causa, se aproxima más a la señal o arras, por lo que esta supresión facilita el entendimiento con los Derechos continentales

Otro esfuerzo de aproximación es el que lleva al autor a su tratamiento de la forma como elemento que puede venir exigido por la ley como elemento esencial.

Especial mención merece también la consagración del principio de la buena fe, perfeccionando las reglas un tanto imperfectas que en este punto adolece el «common law»

Paso decisivo es igualmente la regulación del modo de ejecutar las obligaciones contractuales *in natura*, admitida tan sólo como remedio subsidiario por la «equity».

Otra novedad de sumo interés es que los contratos irregulares no son nulos, sino inexigibles, en una categoría que se parece un tanto a nuestra anulabilidad.

Y mención aparte merece el régimen que el Profesor MacGregor propone para los supuestos de abuso de confianza, la coacción económica y el deber de información. En estos casos el contrato viciado es inexigible para el otro contratante, quien puede pedir además la restitución de los provechos que el contrato originó en favor del infractor.

En todo caso, advierten los traductores, tampoco hay que olvidar, para no exagerar las posibilidades de entendimiento con los Derechos continentales, que aunque se trate de un texto tan sólo relativo a los contratos, resulta inevitable notar que presenta reflejos de un sistema de fuentes muy diferente. Así, en este proyecto doctrinal afloran a veces consideraciones de una valoración a la costumbre que no suele concederse en los sistemas jurídicos continentales.

En resumen, una manifestación más de las tendencias comunitarias a unificar los más variados aspectos de la vida europea. Pero sí es difícil unificar el sistema monetario, y parece que en ello estamos empeñados, quizá consigamos también unificar el Derecho privado, ¿por qué no?

Que estas unificaciones resulten después o no útiles y positivas, el tiempo lo dirá en definitiva y la realidad resultará como resulte. El dato no muy positivo de cómo nos va a los españoles con las reglamentaciones europeas en la agricultura y la ganadería, hace que seamos poco optimistas.

Pero aquí se trata de un simple proyecto doctrinal prelegislativo y expuesto queda, gracias a nuestros traductores.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ESCOBAR FORNOS, IVÁN: *Derecho de obligaciones*. Biografías Técnicas, S. A. Managua, 1996. Un tomo de 400 páginas.

Hace poco, en el mes de junio pasado, tuvimos el honor de recibir la importante visita del Sr. Presidente de la Asamblea Nacional de Nicaragua, a quien acompañaba el Embajador de la misma nación hispanoamericana.

Tal destacada personalidad se encontraba en España con ocasión de su asistencia a la Cumbre de Presidentes de Cámaras Legislativas Hispanoamericanas, que se estaba celebrando por entonces en Madrid, y aprovechaba la ocasión para acercarse a conocer personalmente y saludar a nuestra Revista, bien prestigiada y conocida allende el Atlántico.

Pero para nosotros, de modo personal, el encuentro no fue puramente formulario, sino muy cordial pues el Presidente es precisamente nuestro amigo el Profesor Iván Escobar Fornos, autor de este libro que vamos a comentar y de otras varias colaboraciones que hemos publicado en estas páginas y que nuestros lectores conocen.

La visita, pues, transcurrió en términos muy afectuosos, aunque nuestro interlocutor quedó impresionado por la infausta noticia que le dimos del reciente fallecimiento de José María Chico al que unía una gran amistad. Precisamente, con motivo de una recensión de su libro «Contratos» que éste le hizo en nuestro número extraordinario del Descubrimiento de América, decía José María «No sé si Iván se podrá desplazar a España con motivo

del Congreso Internacional del Descubrimiento; si fuera así sería la gran ocasión para que nos relatase la *odisea* y la *victoria* final al amparo de esa bandera que él defendió: la comprensión entre los hombres de buena voluntad a través del campo del Derecho. Si así fuera, y así lo deseo, podría darle el gran abrazo fraternal y felicitarle por esa nueva muestra de su constante inquietud vocacional de transmitir a los demás los conocimientos que uno posee».

Sin embargo el «¡Hasta entonces, Iván!» con el que se despedía José María habrá de esperar más de lo pensado, al habérsenos marchado éste al más allá.

Con el Profesor Escobar es fácil entablar amistad, pues aún siendo Profesor prestigioso y hombre importante en su país, o precisamente por eso mismo, su conversación es abierta, fluida y fácil, y desde el primer momento la visita fue, lo repetimos, muy cordial y agradable.

Nos trajo como obsequio dos libros. Uno de ellos que ya lo teníamos, titulado «Constitución y derechos humanos» y del cual ya hicimos una reseña publicada hace poco en esta REVISTA; es una obra de Derecho público, de hombre de Estado.

El otro libro, con afectuosísima dedicatoria, es el que ahora vamos a comentar y que tiene un contenido iusprivatista, donde se muestra el aspecto docente universitario de su autor.

Este Derecho de Obligaciones contiene la teoría general y el Derecho positivo nicaraguense de las relaciones crediticias. El estudio se hace, naturalmente, a la luz del Código Civil de aquel país, pero dado que nuestros Cuerpos legales básicos tienen el tronco común del Code Napoléon y el más lejano, pero igual, del Derecho Romano, las líneas generales son tan paralelas que casi se identifican. Con este libro podrían aprender perfectamente el Derecho de Obligaciones los alumnos de nuestras Universidades, con tan solo adaptar las distintas numeraciones de los artículos de los respectivos Códigos.

Pero es que, además, el Profesor Escobar conoce perfectamente nuestra doctrina civilista y las citas bibliográficas de autores españoles son numerosísimas y muy importantes. Por eso, al adentrarse en la lectura de la obra, caminamos sobre terreno conocido y nos resulta fácil asimilar sus enseñanzas.

El libro está escrito bajo una metodología clásica y dividido en cinco partes: la primera es de introducción y recoge las ideas generales sobre la obligación, su evolución, importancia de su estudio, distinción entre las obligaciones civiles y las mercantiles, su carácter predominantemente patrimonial que la diferencia de los deberes morales y sociales y la estructura jurídica de las obligaciones, estudiando por último los elementos que la integran.

En la segunda parte se exponen las fuentes de la obligación según los clásicos parámetros del contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito, añadiendo la ley, la declaración unilateral de voluntad y el enriquecimiento sin causa; después desarrolla en extenso la teoría del contrato con su clasificación, condiciones, interpretación y extinción de los contratos; así hace también con las demás figuras cuasi contractuales antes citadas, tales como el pago de lo indebido, la gestión de negocios ajenos y el enriquecimiento sin causa.

La tercera parte está dedicada a la clasificación general de las obligaciones, empezando por la distinción entre obligaciones naturales y civiles, tanto desde el punto de vista doctrinal como del positivo, aunque reconociendo que las enumeraciones legales no pueden siempre considerarse taxativas. Sigue con las obligaciones puras, condicionales y a plazo, las de dar o hacer y las

negativas, las de género y específicas, las obligaciones con sujeto plural, activo o pasivo, y las que llevan consigo aneja una cláusula penal para caso de incumplimiento.

La cuarta parte estudia la teoría del cumplimiento de la obligación. Dando por sentado que el medio normal es cumplir tal como se pactó inicialmente, o sea mediante el pago voluntario, se pasa a los medios coercitivos que suplen la falta de la actividad adecuada del deudor. Aquí notamos que el Código nicaraguense es enérgico para los casos de incumplimiento y se regula la indemnización de perjuicios y las acciones subrogatoria y pauliana, éstas según los patrones clásicos. Otra novedad que notamos es el reconocimiento explícito del derecho de retención que es la facultad que tiene el tenedor de una cosa para retenerla hasta tanto que pague el deudor lo que debe por razón de ella y, en caso negativo, adjudicársela o venderla para pagarse.

La quinta parte se refiere a la transmisión de las obligaciones, concepto que el Profesor Escobar contempla en un sentido muy amplio, tanto en el aspecto activo como en el pasivo, considerando como tal transmisión cuando el vínculo pasa de una persona a otra, pero sin que se produzca novación. Con esta amplitud estudia diversas figuras posibles, tanto la cesión de crédito a título particular como la cesión de derechos hereditarios a título universal; y como supuestos concretos y especiales la cesión de créditos litigiosos, la asunción de deuda y la que llama cesión de contrato, tomada de los modernos Códigos de Italia y Portugal, y que es un verdadero negocio trilateral, en cuanto el cedente sale de la relación contractual, el cesionario entra y el cedido permanece atado al vínculo.

Un tratado muy completo de esta parte del Derecho civil que rige las relaciones crediticias entre los hombres y que el Profesor Escobar ha escrito con esmero y acierto.

Queremos terminar esta presentación con las mismas palabras que le dedicara su amigo José María Chico en el libro que le comentó: «su autor, hombre de bien, jurista por excelencia, resiste aquel ambiente de pasiones entrelazadas, levantando la bandera de la independencia y tomando dos lemas en su alma: la paz y el derecho». ¿Qué otra cosa mejor podríamos decir?

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

VILLAPLANA GARCÍA, CONSTANCIO: *Fichero Hipotecario*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1996. Con Apéndice de 1996, publicado en 1997. Un tomo de 675 páginas; el Apéndice con 131 páginas.

Bajo el título informal y amistoso de «El fichero de Constancio», nos fue llegando a todos por el sistema de goteo y por medio de esporádicas entregas de la revista *Lunes*, 4,30, que editan nuestros compañeros de Valencia, este *Fichero Hipotecario* que ahora aparece completo y en forma de libro, debido a la meticulosidad y bien hacer de Constancio Villaplana García, Registrador de la Propiedad de San Javier.

Como acabamos de decir, su publicación se venía haciendo en forma de folletos, ya adecuados para poderlos conservar y encuadernar, pero la verdad es que a veces acababan perdiéndose algunos entre la barahunda de papeles

que a diario entran en el Registro y más de una vez hemos echado de menos prontamente la voz que nos interesaba para estudiar ese asunto raro que de pronto se presenta y que hay que solucionar sin esperar.

Por eso celebramos que ahora el autor nos haya proporcionado el fichero completo, para que el Centro de Estudios Registrales, siguiendo su loable política bibliográfica, lo publique prestando un servicio impagable a los Registradores.

Se dirá que ahora, con darle a una tecla del ordenador, uno puede tener información suficiente. Pero la pantalla nos ofrece unas visiones que pueden ser amplias, pero a veces tan difuminadas y hasta desenfocadas, que no dan en el blanco de la cuestión que nos interesa.

En cambio, en las páginas de un libro, recogidas por un autor que sabe «de qué va» el asunto, se encuentran mejor tratados los problemas y se nos puede decir con mayor garantía de acierto donde podemos acudir para hallar las soluciones.

En la breve presentación o gúfa para entender el libro el autor nos dice cómo al observar las ventajas que suponía para la labor calificadora la llevanza de fichas, empezó a recoger las Resoluciones de la Dirección General y las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, fichando también los libros, trabajos y artículos publicados en esta REVISTA y en el *Boletín del Colegio*, referidos a materia civil e hipotecaria, así como todo lo mercantil en lo referente a su Registro, sobre todo, en cuanto a sociedades, recogiendo también, ¿cómo no?, las colaboraciones y casos prácticos interesantes de la revista *Lunes*, 4,30, vehículo por el cual el fichero se dio a conocer.

El autor, con excesiva modestia, nos dice que el fichero es incompleto y perfeccionable. Lo dudamos, pues en las 258 voces que contiene, nada menos, ha recogido prácticamente todo lo que se ha escrito, decidido o publicado sobre nuestro ámbito profesional.

El libro está articulado por voces, por orden alfabético, y dentro de cada una de ellas, con sus posibles entradas y varios apartados, se recogen, ya por orden cronológico, las sentencias, resoluciones, libros, artículos o estudios y casos prácticos. En cuanto a las resoluciones y sentencias, no sólo se citan sus fechas y boletines o lugar de publicación, sino que también se completan con un resumen de su contenido o al menos el sentido del fallo de modo suficientemente orientador. Los estudios o artículos se citan, con su título y autor, y además con el libro, boletín o revista donde se puede encontrar el texto completo. En cuanto a los libros, la cita normal del título, autor, editorial y fecha de publicación.

La «base de datos» que se ha empleado es amplísima, ya que Villaplana ha buceado desde los índices de esta REVISTA que redactó en 1964 Buenaventura Camy, para seguir después en el fichero de Resoluciones de Francisco Sena y continuar después en todos los libros editados por el Colegio y los trabajos publicados en la *Revista Crítica*, el *Boletín del Colegio*, el del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña y en la propia *Lunes*, 4,30, que bajo la acertada dirección de Enrique Colomer ha pasado de «revistilla», como él la llama, a una auténtica Revista, con mayúsculas.

En 1996 aparece en su primera entrega el libro, cerrado el 31 de diciembre precedente. Pero nos alegra comprobar que ya ha aparecido un apéndice con decisiones jurisprudenciales y artículos producidos en el entero año 1996. De este modo se cumple la promesa que hace el autor de completar anualmente la labor con el fin de que por el paso del tiempo no se pierda la finalidad

esencialmente práctica de la obra, que es informar de cuantas novedades se vayan produciendo. Y le animamos a que cada cinco años se refundan estos apéndices en un volumen que recoja lo publicado en esos períodos con la finalidad de facilitar su manejo.

La tarea es muy de agradecer, pues aún teniendo a mano una buena biblioteca o las teclas de un ordenador, no siempre se acierta a encontrar lo que buscamos. Por eso celebramos la publicación de este utilísimo fichero, al cual, quien escribe esto, sin ir más lejos, ya ha tenido que acudir bastantes veces, con resultados positivos siempre.

Así, recogiendo el agradecimiento que expresa el autor a Enrique Colomer que dio a conocer el fichero y al Colegio por su publicación, hacemos nuestra tal gratitud y felicitamos al paciente y concienzudo autor por su labor de chinios de estar pendiente de cuanto sale para recoger y facilitarnos estos datos que nos resultan de imprescindible utilidad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 637-638 (Octubre-Noviembre 1997)

«Notas en torno al anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», por CÉSAR ALVAREZ-LINARES Y URÍA, pág. 12039.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS ORGANOS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—III. OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA VÍA DE HECHO. 2. LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. 3. LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE REGLAMENTOS. 4. EL CONTROL DE LOS DENOMINADOS «ACTOS POLÍTICOS DEL GOBIERNO». 5. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS. 6. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.—IV. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

«Las diligencias para mejor proveer en los procesos no dispositivos. Referencia especial a los procesos sobre paternidad y filiación», por JOSÉ M.ª CUTILLAS TORNIS, pág. 12063.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. POSIBLE CONTRADICCION ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO: 1 UN EJEMPLO PARA LA MEDITACIÓN.—III BREVE APUNTE AL ARTICULO 340 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—IV. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO: 1. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.—V LA CUESTION EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD Y FILIACION: 1 LA PRIMACÍA DE LA VERDAD MATERIAL 2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN. 3. LA SENTENCIA 7/1994, DE 17 DE ENERO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4. OPINIÓN QUE SE SOSTIENE. 5 REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS A SOLVENTAR.

«Parejas de hecho y subrogación en el arrendamiento», por PILAR ESTELLES PERALTA, pág. 12085.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II LA SUBROGACION DE LA PAREJA DE HECHO EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1964.—III. LA PAREJA DE HECHO EN LA ELABORACION DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—IV. LA PAREJA DE HECHO EN LA VIGENTE LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—V. BIBLIOGRAFIA.

COMENTARIO: La autora realiza una visión rápida de la subrogación en el arrendamiento (LAU de 1964) y de la situación de las parejas de hecho en relación con la misma (LAU de 1994).

Comienza exponiendo el reconocimiento del derecho constitucional a una vivienda digna, en base al cual la LAU procura prolongar el goce del arrendatario en la vivienda arrendada durante un plazo mínimo que permita cierta estabilidad a las familias. Por otro lado, apunta también el derecho fundamental de la personalidad y su conexión con la libertad de opción entre el estado civil de casado y el de soltero.

Analiza brevemente la subrogación en el Texto refundido de la LAU de 1964, su conexión con la situación de las parejas de hecho en la trayectoria posterior de elaboración de la LAU, y, por último, el reconocimiento de la subrogación de las parejas de hecho (heterosexuales u homosexuales) en la LAU actual.

Así pues, inicia su estudio señalando cómo la LAU de 1964 en su artículo 58 establecía la subrogación en los arrendamientos, poniendo de relieve como en ningún caso se mencionaba al conviviente al que cabía considerarlo como un tercero. Además era patente que la interpretación del precepto debía hacerse restrictivamente, por su carácter excepcional, no pudiendo aplicarse analógicamente a otras personas.

La Jurisprudencia del TS, sin embargo, recogía dos posturas contradictorias, pues unas veces denegaba la subrogación, aplicando el criterio restrictivo del precepto. Y, por otro lado, se reconocía al conviviente el derecho a la subrogación basándose en la analogía entre el matrimonio y la unión libre, al amparo de la realidad social que menciona el artículo 3 del Código Civil. Además el TC declaró inconstitucional el precepto 58-1.º por ser discriminatorio con el superáite de la relación no matrimonial. En sentencias posteriores el TC ha entendido que la *ratio legis* del precepto es el hecho de la convivencia y no el vínculo matrimonial. Predomina la noción de afectividad en vez de la de vínculo matrimonial.

Todos estos criterios fueron tenidos en cuenta en la elaboración de la nueva LAU. Así pues, tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto, el reconocimiento del derecho del conviviente *more uxorio* en la subrogación, no se hace en el mismo apartado que el cónyuge, lo que constata que no son realidades equivalentes.

La vigente LAU —art. 16-1º del Código Civil— contempla, por primera vez, la realidad social española de la existencia de parejas de hecho. La novedad radica en que el legislador reconoce el derecho de subrogación incluyendo no sólo el supuesto de parejas heterosexuales, sino también de homosexuales que mantuvieran una relación con el inquilino fallecido. El único requisito que se exige a la pareja de hecho es una convivencia de dos años anteriores al fallecimiento.

«La protección del menor por la entidad pública», por JOSÉ LUIS ESCUDERO LUCAS, pág. 12099 (sin sumario).

«Los sujetos de la responsabilidad civil en el Código Penal de 1995», por JAIME DE LAMO RUBIO, pág. 12117.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: A) RESPONSABLES DIRECTOS: 1 *Autores y cómplices*. 2 *Las compañías*

de seguros. 3. *La responsabilidad de los receptadores civiles.* 4. *Responsabilidad civil directa en supuestos de exención de responsabilidad penal:* 4.1. Supuestos de inimputabilidad. 4.2. Ebrios e intoxicados. 4.3. Estado de necesidad. 4.4. Miedo insuperable. 4.5. Apreciación de error. B) RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA: 1. *Padres y tutores.* 2. *Determinadas empresas y/o personas jurídicas:* 2.1. Personas naturales o jurídicas titulares de medios de difusión. 2.2. Responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de establecimientos. 2.3. Responsabilidad civil subsidiaria por los empleados y afines. 3. *Los titulares de vehículos.* 4. *El Estado y demás entes públicos.* 5. *Responsabilidad civil subsidiaria de titulares de centros docentes de enseñanza no superior.* C) RESPONSABILIDAD CIVIL EN SUPUESTOS DE MENORES INFRAC-TORES.—III. SUJETOS ACTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: A) OFENDIDO, PERJUDICADO, ACTOR CIVIL Y ACUSACIÓN PARTICULAR. B) EL MINISTERIO FISCAL

«Defensor del Pueblo y derechos fundamentales: La libertad religiosa en la Administración», por NIEVES MONTESINOS SÁNCHEZ, pág. 12141 (sin sumario).

«Los riesgos laborales: Estudio comparado de la legislación española y de la argentina sobre la materia», por BENIGNO VARELA AUTRÁN, pág. 12583.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II. LOS RIESGOS DERIVADOS DEL DESARROLLO DEL CONTRATO DE TRABAJO.—III. LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES EN ESPAÑA. BREVE ESTUDIO HISTÓRICO.—IV. LA PREVENCIÓN DEL SINIESTRO O DE LA ENFERMEDAD LABORAL COMO META PRIORITARIA EN SU TRATAMIENTO LEGAL PROTECTOR.—V. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA.—VI. LA NUEVA LEY ESPAÑOLA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES LEY 31/1995, DE 8 DE NOVIEMBRE.—VII. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA PREVENTIVO DE RIESGOS LABORALES EN LA NUEVA LEY ESPAÑOLA.—VIII. LA COLABORACIÓN DE LAS MUTUAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL. LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.—IX. LA PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES EN LA ARGENTINA.—X. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA NUEVA LEY SOBRE RIESGOS DE TRABAJO. LEY 24.557, DE 3 DE OCTUBRE DE 1995.—XI. PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD LABORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO O DE ENFERMEDAD PROFESIONAL.—XII. ASPECTOS POLEMICOS DE LA NUEVA LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO.—XIII. LA JURISDICCIÓN SOCIAL COMO ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CUESTIONES DERIVADAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y DE ENFERMEDAD PROFESIONAL.

«El Tribunal Supremo ante los despidos objetivos y el recurso de casación laboral para la Unificación de la Doctrina», por ESTEBAN CECA MAGÁN, pág. 12617 (sin sumario).

«Delito ecológico y acción popular», por ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ, pág. 12641.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES MEDIOAMBIENTALES. 2. ACTUACIONES DE ESTAS ASOCIACIONES EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE: A) *En vía civil*. B) *En vía administrativa*. C) *En vía penal*. 3. EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR: A) *Legitimación*. B) *Requisitos para su ejercicio*: a) La ciudadanía. b) No ser ofendido o perjudicado. c) El ejercicio mediante querrela. d) Prestación de fianza.

«La conformidad en la Ley Procesal Militar», por NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA, pág. 12661.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES INMEDIATOS.—III. CARACTERES ESENCIALES.—IV. NATURALEZA JURIDICA.—V. FUNDAMENTO.—VI. AMBITO OBJETIVO DE APLICACION.—VII. MOMENTO PROCESAL EN EL QUE PUEDE PRESTARSE.—VIII. MANIFESTACION DE LA CONFORMIDAD.—IX. CONTROL JUDICIAL SOBRE LA CONFORMIDAD DEL ACUSADO.—X. CONFORMIDAD CON LAS RESPONSABILIDADES CIVILES.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 26 (1997)

«A propósito de la Disposición Final primera de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo», por FRANCISCO J. DÍAZ BRITO, pág. 571.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. ALCANCE Y FINALIDAD DE LA DISPOSICION FINAL PRIMERA.—II. CONTENIDO. a) APARTADO PRIMERO: EL ARTÍCULO 149.1.1 CE. b) APARTADO SEGUNDO: EL ARTÍCULO 149.1.8 CE. c) APARTADO TERCERO: EL ARTÍCULO 149.1.6. d) APARTADO CUARTO: EL ARTÍCULO 149.1.14 CE. e) APARTADO QUINTO: CLÁUSULA DE CIERRE.

Número 27 (1997)

«Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1996», por JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, pág. 585.

SUMARIO: 1. NOTA EXPLICATIVA.—2. ORGANIZACION DEL REGISTRO CIVIL Y DISPOSICIONES VIGENTES.—3. CUESTIONES PREJUDICIALES.—4. ANOTACIONES.—5. NOTAS MARGINALES.—6. PUBLICIDAD FORMAL.—7. LIBRO DE FAMILIA.—8. REGLAS GENERALES DE COMPETENCIA.—9. TRASLADO DE INSCRIPCIONES.—10. LA CALIFICACION REGISTRAL Y SUS RECURSOS.—11. EL NOMBRE PROPIO.—12. ATRIBUCION DE APELLIDOS.—13. INSCRIPCION DE LA FILIACION DENTRO DE PLAZO.—14. INSCRIPCION DE LA FILIACION FUERA DE PLAZO.—15. EL LEGAJO DE ABORTOS.—16. INSCRIPCIONES MARGINALES A LA DE NACIMIENTO.—17. ADQUISICION ORIGINARIA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—18. CONSOLIDACION DE LA NACIONALIDAD.

LIDAD ESPAÑOLA.—19 ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCION.—20. ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA.—21. PERDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—22. RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD.—23 PRUEBA DE LA NACIONALIDAD.—24 LA VECINDAD CIVIL Y EL REGISTRO —25. LA INSCRIPCION FUERA DE PLAZO DE NACIMIENTO —26. CAMBIOS DE NOMBRES Y APELLIDOS.—27. LA INSCRIPCION DEL MATRIMONIO CANONICO.—28. EL EXPEDIENTE PREVIO A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL.—29. MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.—30. OTROS MATRIMONIOS ESPECIALES —31. DISPENSAS MATRIMONIALES.—32. INSCRIPCION DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES SOBRE EL MATRIMONIO.—33. LA INSCRIPCION DE DEFUNCION CUANDO EL CADAVER HA DESAPARECIDO O HA SIDO INHUMADO.—34. LA SECCION DE TUTELAS O REPRESENTACIONES LEGALES —35. EXPEDIENTES EN GENERAL. 36. RECURSOS EN MATERIA DE EXPEDIENTES —37 LA RECTIFICACION DEL REGISTRO.

Número 28 (1997)

«La inconstitucionalidad del artículo 38 2, párrafo 1.º de la Ley de Transportes Terrestres: en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre, *BOE* de 28 de diciembre», por ELENA MARTÍNEZ GARCÍA, pág. 623.

SUMARIO: I. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCION DE CONFLICTOS. 1. LA FUNCIÓN DE RESOLVER LOS CONFLICTOS: A) *Autotutela*. B) *Autocomposición*. C) *Heterocomposición*. 2. LA LEGITIMIDAD HISTÓRICA DEL ARBITRAJE. 3. FUNDAMENTO.—II. EL ARBITRAJE EN LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACION DE TRANSPORTE TERRESTRE: 1. ANTECEDENTES DE LAS JUNTAS ARBITRALES DE TRANSPORTES. 2. REGULACIÓN LEGAL. 3. STC 174/1995. DE 23 DE NOVIEMBRE. A) *Supuesto de hecho*. B) *Comentario a los motivos planteados*

Número 29 (1997)

«Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos Especial referencia a los convenios de la Haya, Luxemburgo y Bruselas», por JOSÉ ANTONIO SEJAS QUINTANA, pág. 637.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. LEY APLICABLE: a) *Derecho Privado español*. b) *Convenios Internacionales*. 2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—III. EL INTERES DEL MENOR —IV. ALIMENTOS: a) HIJOS MENORES. b) HIJOS MAYORES.—V. GUARDA Y CUSTODIA. REGIMEN DE VISITAS: a) GUARDA Y CUSTODIA. b) DERECHO DE VISITAS.—VI. CONVENIOS INTERNACIONALES: 1. CONVE-

NIO DE LA HAYA a) *Ámbito de aplicación* b) *Procedimiento*. 2. CONVENIO DE LUXEMBURGO: a) *Ámbito de aplicación*. b) *Procedimiento*. 3. APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.—VII. FAMILIA Y CONVENIO DE BRUSELAS.

Número 30 (1997)

«El artículo 1.279 del Código Civil como clave para la comprensión del régimen formal de nuestro sistema contractual Revisión crítica de sus posibles interpretaciones», por MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, pág. 663.

SUMARIO. I. INDICACIONES PREVIAS.—II. ANALISIS DE LOS ARTICULOS 1.278 A 1.280 DEL CODIGO CIVIL. 1. EL ARTICULO 1.278 DEL CODIGO CIVIL. 2. EL ARTICULO 1.280 DEL CODIGO CIVIL. 3. EL ARTICULO 1.279 DEL CODIGO CIVIL COMO CLAVE PARA COMPRENDER LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTICULOS 1.278 Y 1.280 INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LOS TRES PRECEPTOS.

Número 31 (1997)

«Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación», por SOLEDAD MARTÍN NAJERA, pág. 685.

SUMARIO: I PLANTEAMIENTO.—II. ANTES DE LA LEY 11/1990, DE 15 DE OCTUBRE, DE MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL —III. EL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 93: 1. LEGITIMACIÓN SÓLO DEL HIJO TITULAR DEL DERECHO. 2. LA LEGITIMACIÓN DEL PROGENITOR CONVIVIENTE A) *En el ámbito del Derecho Civil*. B) *En el ámbito del Derecho Procesal*.—IV. NUEVO ENFOQUE DE LA LEGITIMACION DEL PROGENITOR DERIVADA DE UN DERECHO PROPIO.—V. CONCLUSIONES —VI BIBLIOGRAFIA.

Número 32 (1997)

«El pensamiento jurídico de Federico de Castro y Bravo», por RAMÓN MARTÍNEZ TAPIA, pág. 725.

SUMARIO I. INTRODUCCION.—II. EL PENSAMIENTO IUSFILOSOFICO DE FEDERICO DE CASTRO: 1. APROXIMACIÓN A SU PERSONALIDAD CIENTÍFICA. 2. RASGOS MÁS SIGNIFICATIVOS DE SU FILOSOFÍA JURÍDICA. 3. EL CONCEPTO DE DERECHO: 3.1. *Necesidad de su determinación*. 3.2. *Esencial dimensión ética del Derecho*. *Derecho y Moral*. 3.3. *Derecho natural y Derecho positivo*. *Sus relaciones*. 4. REPERCUSIONES JURÍDICAS DE ESTA CONCEPCIÓN: 4.1. *La norma jurídica*. 4.2. *La finalidad del Derecho*. *Derecho y política*. 4.3. *Las fuentes del Derecho: la concepción principal del Derecho*. 4.4. *La ciencia del Derecho y el método jurídico*. 4.5. *Los juristas y su actividad*. *La interpretación y la aplicación* —III. CONCLUSION.

Número 33 (1997)

«Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro», por RAFAEL SARAZA JIMENA, pág. 773

SUMARIO: A) INTRODUCCION. CONSTITUCIONALIDAD DEL REGIMEN ESPECIAL DE MORA RESPECTO DE LAS PRESTACIONES DE LAS ASEGURADORAS.—B) CONCEPTUACION DEL PAGO DE INTERESES DE DEMORA COMO INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—C) PERSONAS QUE RESULTAN BENEFICIADAS POR LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN QUE CONSISTE EL PAGO DEL INTERES DE DEMORA.—D) PRESTACIONES CUYA DEMORA EN SER CUMPLIDAS POR EL ASEGURADOR PROVOCAN LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—E) CONCEPTO DE MORA A EFECTOS DEL DEVENGO DEL INTERES INDEMNIZATORIO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—F) IMPOSICION DE OFICIO DE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR MORA DEL ASEGURADOR Y TIPO DE INTERES APLICABLE —G) BASE SOBRE LA QUE APLICAR EL TIPO DE INTERES.—H) FECHA INICIAL DEL DEVENGO DEL INTERES DE DEMORA.—I) FECHA FINAL DEL DEVENGO DEL INTERES DE DEMORA.—J) EXCLUSION DE LA MORA CUANDO EL IMPAGO NO ES IMPUTABLE AL ASEGURADOR.—K) CONEXION DEL NUEVO ARTICULO 20 CON EL ARTICULO 38 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO.—L) ESPECIALIDADES DE LA MORA DEL CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS.—LL) CONCURRENCIA DEL NUEVO ARTICULO 20 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO CON LOS ARTICULOS 1.108 DEL CODIGO CIVIL Y 921 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—M) ESPECIALIDADES APLICABLES AL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA COBERTURA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS CON MOTIVO DE LA CIRCULACION.—N) DERECHO TRANSITORIO: EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD EN LA APLICACION DEL REGIMEN DE INDEMNIZACION POR MORA.

Número 34 (1997)

«Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS, pág. 805.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. AMBITO DE APLICACION.—III. PRINCIPIOS GENERALES Y RECTORES, Y SU INTERPRETACION —IV. DERECHOS DEL MENOR.—V. MEDIDAS Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACCION ADMINISTRATIVA.—VI. LAS ACTUACIONES EN SITUACIONES DE DESPROTECCION SOCIAL DEL MENOR.—VII. LA ADOPCION —VIII. LA TUTELA.—IX. PATRIA POTESTAD.—X. MODIFICACIONES MAS IMPORTANTES RELACIONADAS CON EL DERECHO DE SUCESIONES.—XI. ALGUNAS OTRAS MODIFICACIONES EN EL CODIGO CIVIL —XII. CUESTIONES PROCESALES.—XIII. CARACTER DEL ARTICULADO —XIV. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 155 (Julio-Agosto 1997)

«La cuarta Ley del Suelo, ¿para qué?», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 11 (sin sumario).

«Novedades en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico», por PAULINO MARTÍN HERNÁNDEZ, pág. 21.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS PROCEDIMIENTOS DE APROBACION DE LOS PLANES DE ORDENACION URBANA EN EL TEXTO RE-FUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 1992: 2.1. DE LOS PLANES GENERALES. 2.2. DE LOS PLANES PARCIALES Y ESPECIALES QUE DESARROLLEN PLANEAMIENTO GENERAL. 2.3. ESTUDIOS DE DETALLE Y PROYECTOS DE URBANIZACION. 2.4. LA SUBROGACION EN LA APROBACION DE LOS PLANES.—3. MODIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO DE APROBACION DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO: 3.1. PLANTEAMIENTO 3.2. REFORZAMIENTO DEL PRINCIPIO DE AUTONOMIA MUNICIPAL: 3.2.1. *Alcance y contenido de la aprobación definitiva no municipal.* 3.2.2. *Ampliación del ámbito competencial municipal.* 3.3. AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO 3.4. LAS DISPOSICIONES RETARDATARIAS. 3.5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 5/1996, DE 7 DE JUNIO

«La obtención de equipamientos comunitarios por concertación urbanística. La liberación de expropiaciones», por ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA, pág. 39 (sin sumario).

«La protección de nuestras ciudades históricas. Un análisis de su evolución», por JOSÉ FARÍÑA TOJO, pág. 79 (sin sumario)

«Análisis de la Ley del Suelo de Galicia», por JUAN JOSÉ BERTOLO CADENAS, pág. 103 (sin sumario)

«Precio del suelo y ordenación urbana», por JOSÉ MARTÍNEZ SARANDESES, pág. 141 (sin sumario).

«La propiedad privada como fundamento jurídico de la liberalización del suelo», por ALBERTO RUIZ OJEDA, pág. 153.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: ALGO SOBRE LA IMPORTANCIA DE LAS CONVICCIONES.—2. EL URBANISMO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA: IMPERATIVOS, DERECHOS, OBLIGACIONES Y RESTRICCIONES — 3. LOS INSTRUMENTOS DE REGULACION Y GESTION DE LA PRE-TENSION DE UN ORDEN GLOBAL A LA ADMINISTRACION DEL CAOS COTIDIANO.—4. LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA ESPECULACION DEL SUELO. DE LA PLURALIDAD DE PROPIETARIOS A LA SINGULARIDAD DEL ESPECULADOR UNICO —5. UN INTENTO DE CONCLUSION: ESTA YA TODO INVENTADO, VOLVAMOS A LA PROPIEDAD.

«Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico», por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ y PEDRO T. NEVADO MORENO, pág. 167.

SUMARIO 1. INTRODUCCION. EL SURGIMIENTO DE LA TEMATICA AMBIENTAL EN EL AMBITO JURIDICO.—2. EL PRINCIPIO PREVENTIVO EN MATERIA AMBIENTAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA UNION EUROPEA 2.1. ASPECTOS GENERALES. 2.2. PREVISIONES A NIVEL INTERNACIONAL: LA DECLARACIÓN DE RÍO. 2.3 EL PRINCIPIO PREVENTIVO EN LA POLÍTICA AMBIENTAL COMUNITARIA: 2.3.1. *Su previsión en los Programas Ambientales, en especial el Tercer Programa Ambiental Comunitario (1982-1986)* 2.3.2. *El principio preventivo en el Acta Unica Europea.* 2.3.3. *Las previsiones del Tratado de la Unión Europea.*—3. LA AUDITORIA AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO EN LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE: EL DEFINITIVO IMPULSO COMUNITARIO A TRAVES DEL REGLAMENTO CEE 1836/93: 3.1. LA AUDITORIA AMBIENTAL COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DEL SISTEMA DE ECOGESTION. 3.2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN COMUNITARIO DE AUDITORIA AMBIENTAL: 3.2.1. *Metodología para llevar a efecto las Auditorías Ambientales.* 3.2.2. *La declaración medioambiental.*—4. LA TRASPOSICION DEL SISTEMA COMUNITARIO DE ECOAUDITORIA AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 4.1. EL REAL DECRETO 85/1996, DE 26 DE ENERO, COMO APLICACIÓN DEFINITIVA DE LAS REGLAS CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO CEE 1836/93. 4.2. LOS SUJETOS INTERVINIENTES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS ENTIDADES DE VERIFICACIÓN MEDIOAMBIENTAL Y ENTIDADES DE ACREDITACIÓN: 4.2.1. *Las entidades de verificación medioambiental.* 4.2.2. *Las entidades de acreditación* —5. MEDIO AMBIENTE Y COMPETITIVIDAD. LOS SISTEMAS DE ECOGESTION Y ECOAUDITORIA COMO FACTOR PARA LA CALIDAD Y SEGURIDAD INDUSTRIAL. 6. CONCLUSIONES.—7. ALGUNAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Número 156 (Septiembre-Octubre 1997)

«Responsabilidad de intervinientes en procesos urbanísticos», por LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 11

SUMARIO: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: I LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO: 1 EL ARTÍCULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD. 2. LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO Y DEL QUE HABITA UN INMUEBLE: a) *Consideraciones generales* b) *Los artículos 1.907 y 1.910 del Código Civil.*—II. LA CUESTIÓN RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD DEL COMITENTE: a) DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. b) LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA. c) LA JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD DEL COMITENTE POR LA ACTUACIÓN DEL CONTRATISTA O SUS EMPLEADOS.—III. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.—IV. PLURALIDAD DE RESPONSABLES.—V ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION EN TANTO INTERVINIENTE EN LOS PROCESOS URBANÍSTICOS: a) PANORAMA GENERAL b) PAUTAS A SEGUIR CUANDO, A PRIORI, NO SE SABE SI EL RESPONSABLE ES LA ADMINISTRACIÓN O UN PARTICULAR.—VI. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y SISTEMAS DE ACTUACION.

«El derecho a edificar y los actos presuntos», por RICARDO ESTEVEZ GOYTRE, pág. 45.

SUMARIO. I. INTRODUCCION.—II EL DERECHO A EDIFICAR TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 20-3-97: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO URBANÍSTICO TRAS LA STC 2. EL DERECHO A EDIFICAR EN EL DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL.—III NATURALEZA JURIDICA DE LA LICENCIA URBANISTICA: 1 LA LICENCIA COMO ACTO DECLARATIVO DEL DERECHO A EDIFICAR. 2. LA LICENCIA COMO ACTO CONSTITUTIVO DEL DERECHO A EDIFICAR.—IV. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTICULO 43.2.B) CON RESPECTO A LA LICENCIA DE EDIFICACION: 1. EL CONTENIDO ACTUAL DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA 2 SILENCIO NEGATIVO: a) *Falta de cumplimiento de los deberes urbanísticos* b) *Los artículos 23 2 y 242 6 LS, Texto Refundido de 1992. El principio de especialidad.* 3. SILENCIO POSITIVO.—V. SOBRE LA VIGENCIA DEL PROCEDIMIENTO DEL REGLAMENTO DE SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES.—VI. CONCLUSIONES.

«Conceptos de uso en la legislación del suelo (especial referencia a la calificación y zonificación) (1)», por IGOR YÁÑEZ VELASCO, pág. 65.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II USO Y CALIFICACION: II.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN. II.2 ANÁLISIS CONCEPTUAL: 1 *Clasificación y uso del suelo.* 2. *Concepto legal de calificación.* 3. *Contenido de los usos pormenorizados.* II 3. CONCLUSIONES.—III. USO Y ZONIFICACION III.1 CONCEPTO LEGAL DE ZONIFICACIÓN.—III.2. CONTENIDO DE LOS USOS GLOBALES.—IV. CONCLUSIONES: IV.1. DEFINICIÓN DE USO PORMENORIZADO. IV.2. DEFINICIÓN DE USO GLOBAL IV.3. ¿DEFINICIÓN DE USO?

«Comentarios prácticos a la Ley 7/97, de Medidas Liberalizadoras en materia de suelo tras la STC sobre la LS 92 (continuación)», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 121.

SUMARIO: 4. ARTICULO 3: 4.1. EN EL REAL DECRETO-LEY 5/96. 4.2 EN LA LEY 7/97 4.2.1 *Adiciones.* 4.2.2. *Su operatividad tras la STC* 4.2.3. *Omisiones.* 4.2.4. *Posibles perfeccionamientos.*—5 ARTICULO 4.—6. DISPOSICION TRANSITORIA. 6.1. PÁRRAFO PRIMERO: 6.1.1. *Actuaciones no comprendidas en unidades de ejecución.* 6.1.2. *Actuaciones mediante unidades de ejecución* 6.2. PÁRRAFO SEGUNDO: 6.2.1 *Su aplicación transitoria.* 6.2.2 *Carácter del precepto.* 6 3. PRECEPTOS DE LA LEY DEL SUELO QUE SE REFIEREN AL SUELO URBANIZABLE NO PROGRAMADO A LOS QUE AFECTA EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA: 6.3.1. *Por referirse directamente a la programación previa.* 6.3.2. *Por referirse a la necesidad de concurso previo.* 6.3.3 *Inaplicación del precepto en las Comunidades Autónomas que dispongan de legislación urbanística que exija la programación previa y los concursos para la formulación de los PAU.* 6.4. SUBSISTENCIA TRANSITORIA DE LA NORMATIVA SOBRE EL SUELO URBANIZABLE NO PROGRAMADO EN LOS DEMÁS ASPECTOS 6.5. AFECCIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO TRANSITORIO DEL SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO 6.5.1. *Subsistencia transitoria genérica de los preceptos de la Ley del Suelo sobre el Suelo Urbanizable Programado.* 6 5 2. *Modificaciones implícitas de carácter general introducidas por la Ley 7/97 en el régimen jurídico transitorio del Suelo Urbanizable Programado.* 6.6. LA FORMULACIÓN DIRECTA DE LOS PAU:

6.6.1. *Antecedentes en la Ley del Suelo.* 6.6.2. *Tras la Ley 7/97.* 6.6.3 *Problemas que pueden surgir en la formulación directa de los PAU por los particulares.* 6.6.4. *Area de reparto y aprovechamiento tipo.* 6.6.5. *PAU referido a urbanización de iniciativa privada.* 6.6.6. *Condiciones, modalidades y plazos.* 6.6.7. *La aprobación de los PAU.* 6.6.8. *Determinaciones de los PAU* 6.6.9. *Las cesiones de suelo para dotaciones.* 6.6.10. *Distribución de beneficios y cargas* 6.7. EL SUELO URBANIZABLE NO PROGRAMADO Y LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS —7 ALGUNOS EFECTOS PRACTICOS SOBRE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO Y GESTION. 7.1. CUESTIÓN PREVIA. LA RETROACCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA STC. 7.2. INCIDENCIA EN EL PLANEAMIENTO GENERAL VIGENTE. 7.3. PLANEAMIENTO GENERAL EN TRAMITACIÓN: 7.3.1. *Comunidades Autónomas con legislación urbanística.* 7.3.2. *Comunidades Autónomas sin legislación urbanística.* 7.4 FUTURO PLANEAMIENTO GENERAL. 7.4.1. *Comunidades Autónomas con legislación urbanística.* 7.4.2. *Comunidades Autónomas sin legislación urbanística.* 7.5. PLANES DE DESARROLLO. 7.5.1 *Vigentes.* 7.5.2. *Futuros.* 7.6. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN. 7.7. ADVERTENCIA FINAL

«El cambio climático. Análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero», por M.^a TERESA CARBALLEIRA RIVERA, pág. 161.

SUMARIO. I. INTRODUCCION —II PERSPECTIVA CIENTIFICA 1. CONCEPTO. 2 GASES DE EFECTO INVERNADERO Y FUENTES GENERADORAS. 3. CONSECUENCIAS MEDIOAMBIENTALES DEL CALENTAMIENTO GLOBAL. 4. LA DIMENSIÓN ECONÓMICA DEL PROBLEMA. 5. HIPÓTESIS E INCERTIDUMBRE CIENTÍFICAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO —III. PERSPECTIVA JURIDICA. 1. EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. 2. LA CONVENCIÓN MARCO SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO (CMCC): 2.1. *Antecedentes: las Conferencias Intergubernamentales de expertos sobre cambio climático* 2.2. *Los trabajos preparatorios. el Comité Intergubernamental de negociación* 3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA CMCC: 3.1. *Aspectos formales.* 3.2. *Aspectos sustantivos.*—4. DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE LA CMCC: 4.1. *La Conferencia de las Partes de Berlín.* 4.2. *Su aplicación en la Unión Europea Especial referencia a España.*

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 224 (Abril-Junio 1997)

«El sistema de las excepciones frente a la acción cambiaria», por JOSÉ MARÍA DE EIZAGUIRRE, pág. 517

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA OPTICA BASICA DE CUALQUIER SISTEMA. EXCEPCIONES EXCLUIBLES Y EXCEPCIONES NO EXCLUIBLES.—III. LA FORMULA DE LA DOCTRINA TRADICIONAL: EXCEPCIONES REALES Y EXCEPCIONES PERSONALES.—IV LA CLASIFICACION DE LA LEGISLACION ALEMANA.—V. EL COMPROMISO DE GINEBRA DE 1930 (ART. 17 DE LA LEY UNIFORME).—VI. LA REVISION DEL SISTEMA DE EXCEPCIONES CONFORME A LA TEORIA DE

LA APARIENCIA JURIDICA EN LA DOCTRINA ALEMANA — VII. REFERENCIA A LA NATURALEZA JURIDICA DE LA LETRA DE CAMBIO TRAS LA REFORMA DE 1985.—VIII. LA PERSPECTIVA DE LA ELABORACION DE UNA NORMA ESPECIFICA.—IX. LA AMPLITUD DE LA REGULACION OFRECIDA POR EL ARTICULO 67 LCCh —X. EL CRITERIO DE CLASIFICACION DE LAS EXCEPCIONES ESTABLECIDO POR EL ARTICULO 67 LCCh.—XI. LA CLASIFICACION DE LAS EXCEPCIONES EN NUESTRO ORDENAMIENTO.—XII. LAS EXCEPCIONES NO EXCLUIBLES.—XIII. LAS EXCEPCIONES EXCLUIBLES.—XIV. EXCEPCIONES NO NECESITADAS DE EXCLUSION.—XV. CONCLUSION

«La reintegración de la masa de la quiebra y la publicidad registral inmobiliaria», por ANA MIRALLES GÓMEZ, pág. 589.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ALGUNOS APUNTES HISTORICOS — III EL SISTEMA DE REINTEGRACION DE LA MASA DE LA QUIEBRA: 1. LA TESIS TRADICIONAL. 2. LAS OBJECIONES A ESTA TESIS. 3 LAS INTERPRETACIONES CORRECTORAS. 4. LA INTERPRETACIÓN QUE SE DEFIENDE —IV. LA REINTEGRACION Y EL SISTEMA REGISTRAL: 1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA QUIEBRA 2 LA REINTEGRACIÓN Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL: a) *La relación con la acción de nulidad* b) *La relación con las acciones de tipo rescisorio* 3 LA CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES RELATIVOS A LOS ACTOS IMPUGNADOS. 4. LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD 5 LA REINTEGRACIÓN Y EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.—V. CONCLUSIONES.

«Desregulación y neoregulación en el mercado de valores», por CARLOS SALINAS ADELANTADO, pág. 709.

SUMARIO: I INTRODUCCION. DELIMITACION DEL TEMA.—II. LA REGULACION: 1. PAÍSES ANGLOSAJONES: A) *Gran Bretaña*. B) *USA*. 2. PAÍSES CONTINENTALES: A) *Francia* B) *España*.—III. EL PROCESO DESREGULADOR: 1. PAÍSES ANGLOSAJONES: A) *Origen. El «May Day» en USA*. B) *El «Big Bang» en Gran Bretaña*. 2. PAÍSES CONTINENTALES: A) *Desregulación en Francia* B) *El caso español. La LMV de 1988*.—IV. LA NEOREGULACION. EL PROBLEMA DE LA BUROCRATIZACION: 1 INTRODUCCIÓN 2. ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: A) *La neoregulación. El desarrollo normativo de la LMV*. B) *Problemas de técnica legislativa. El riesgo de burocratización*: a) La finalidad de la regulación en los mercados de valores b) Norma legal versus «self-regulation». c) SEC versus «autocontrol». d) Conclusión Posibles vías de solución. La actividad «informal» de la CNMV. El ejemplo de la SEC.—V. LA SEGUNDA DESREGULACION: LA DSI DE 1993 Y LA REFORMA DE LA LMV: 1. REPERCUSIONES DESREGULADORAS 2 REPERCUSIONES DESBUROCRATIZADORAS. LA SITUACIÓN DE LOS MERCADOS BURSÁTILES.—VI. CONCLUSIONES.

**REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
Número 50 (Mayo-Agosto 1997)**

«Principio de igualdad y representación política de las mujeres Cuotas, paridad y Constitución», por LOUIS FAVOREU, pág. 13.

SUMARIO: I. LA IGUALDAD PERSEGUIDA: DE LAS CUOTAS A LA PARIDAD: A) LAS PROPUESTAS FRANCESAS: DE LAS CUOTAS A LA PARIDAD: a) *Las cuotas*. b) *La paridad*. c) *La distancia entre las proposiciones actuales y las anteriores*. B) LAS EXPERIENCIAS EXTRANJERAS: MAXIMIZACIÓN DE LAS CUOTAS.—II. LA IGUALDAD DIVIDIDA: IGUALES PERO NO SEPARADOS: A) ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS. B) LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE Oponerse a las diversas soluciones C) LAS VÍAS NORMATIVAS SUSCEPTIBLES DE APORTAR SOLUCIONES.

«La cláusula de supletoriedad. una cuestión de perspectiva», por PALOMA BIGLIANO CAMPOS, pág. 29.

SUMARIO. I. NOTA INTRODUCTORIA.—II. LA GENESIS DE LA SUPLETORIEDAD.—III. LA EVOLUCION EN LA INTERPRETACION DE LA SUPLETORIEDAD.—IV. LAS STC 188/1996, SOBRE TRANSPORTES TERRESTRES, Y 61/1997, SOBRE EL REGIMEN DEL SUELO: UNA NUEVA CONCEPCION DE LA SUPLETORIEDAD.—V. LA NATURALEZA DE LA SUPLETORIEDAD.

«Publicidad televisiva y derechos fundamentales», por LUIS MARÍA DIEZ-PICAZO.

SUMARIO: I. LA PLURALIDAD DE REGULACIONES DE LA PUBLICIDAD TELEVISIVA.—II. PUBLICIDAD TELEVISIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: CORRIENTES JURISPRUDENCIALES —III. PUBLICIDAD TELEVISIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: PROBLEMAS TEÓRICOS.—IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el Ordenamiento constitucional español», por JOSÉ LUIS GARCÍA GUERRERO, pág. 77.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PROTECCION DE LA PUBLICIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO: 1. EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 2. EN ITALIA 3. EN LA CONVENCIÓN EUROPEA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.—III. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL: 1. DEFINICIÓN GRAMATICAL, ECONÓMICA Y LEGAL. 2. LAS INSUFICIENCIAS DEL CONCEPTO LEGAL. 3. UNA PROPUESTA SUPERADORA.—IV. DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA PUBLICIDAD: 1 LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN: A) *La publicidad como manifestación del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz*.

2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. 3. PROTECCIÓN Y RESTRICCIONES QUE ALGUNOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES IMPONEN AL MENSAJE PUBLICITARIO: A) *Los límites derivados del artículo 20*. B) *Las limitaciones introducidas por la conexión con el artículo 38*.—V. RECAPITULACION: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE INCLUIR A LA PUBLICIDAD EN EL AMBITO DEL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCION.

«La disciplina constitucional de la prórroga de presupuestos», por FRANCISCO ESCRIBANO, pág. 103 (sin sumario).

«El significado jurídico de la capitalidad», por MANUEL ARAGÓN REYES, pág. 127.

SUMARIO: I. INTRODUCCION —II. SOBRE EL TERMINO «CAPITALIDAD» LA CAPITAL COMO ELEMENTO PROPIO DE CUALQUIER COMUNIDAD POLITICA.—III. LA DETERMINACION DE LA CAPITAL DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y EN ESPECIAL DE LA DE CASTILLA Y LEON REMISION A LA LEY AUTONOMICA Y PROBLEMAS DERIVADOS DE LA RESERVA ESTATUTARIA.—IV. EL SIGNIFICADO JURIDICO DE LA «CAPITALIDAD».—V. LOS DOS CONTENIDOS JURIDICOS DEL TERMINO «CAPITALIDAD».—VI. CARACTER FIJO DE LAS SEDES Y ACTUACIONES ITINERANTES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 96 (Abril-Junio 1996)

«La monarquía en la teoría constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX (1)», por JOAQUÍN VARELA SUANZES, pág. 9.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: DE LOCKE A PAINE.—2. LA DEFENSA DE LA MONARQUIA PARLAMENTARIA EN LA *EDINBURGH REVIEW* A COMIENZOS DEL SIGLO XIX.—3. EL *CABINET SYSTEM* EN LA OBRA DE THOMAS ERSKYNE, LORD RUSSELL Y J. J. PARK —4. LA ALTERNATIVA ASAMBLEARIA Y REPUBLICANA: JAMES MILL Y JEREMY BENTHAM —5. AUSTIN Y LA PERSPECTIVA JURIDICA DE LA MONARQUIA INGLESA.—6. CONCLUSION: CONTINUIDAD Y CAMBIO EN LA TEORIA CONSTITUCIONAL BRITANICA DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX

«La búsqueda del grail. La teoría de la nación en Ortega», por XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO, pág. 43 (sin sumario).

«Kelsen y el socialismo reformista», por CARLOS MIGUEL HERRERA, pág. 77.

SUMARIO. I. PRIMERAS APROXIMACIONES.—II. ¿KELSEN, SOCIALISTA LIBERAL?—III. NEOKANTISMO Y SOCIALISMO.—IV. KELSEN Y LA SOCIALDEMOCRACIA: ¿SIMPATIA PARTIDARIA O INFLUENCIA TEORICA?—V. LASSALLE CONTRA MARX.—VI. KELSEN Y LOS JURISTAS SOCIALDEMOCRATAS.

«P. Sylvain Marechal: manifiesto de los iguales (pretexto para una reflexión sobre los orígenes del concepto de igualdad material)», por MONTSERRAT NEBRERA, pág. 117.

SUMARIO: I. LOS GRACOS DEL SIGLO XVIII. ALGUNOS DATOS PREVIOS SOBRE LA REVOLUCIÓN HECHA. JACOBISMO: DE LOS CLUBES AL TERROR. LOS TERMIDORIANOS O EL DESPLIEGUE DE LA NACIÓN. BABEUF Y OTROS «IGUALES».—EL POETA DE LA CONJURACIÓN. EL POETA Y EL PANFLETO: EL «MANIFIESTO DE LOS IGUALES».—II. LA TEORÍA DE LA IGUALDAD: DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD MATERIAL. SIN PRETENSÓN DE SER UNA CONCLUSIÓN: DEL AMOR, DE LA CARIDAD Y DE LA PERVERSIÓN DEL VERBO.—III. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

«La crisis parlamentaria de 1913-1917. La quiebra del sistema de relaciones parlamentarias de la Restauración», por MIGUEL ÁNGEL MARTORELL LINARES, pág. 137

SUMARIO 1. INTRODUCCIÓN.—2. SOLIDARIDAD DINÁSTICA Y CONSENSO: LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE RELACIONES PARLAMENTARIAS, EN LOS PRIMEROS AÑOS DE LA RESTAURACIÓN.—3. EL DETERIORO DEL SISTEMA DE RELACIONES PARLAMENTARIAS EN LA PRIMERA DÉCADA DEL SIGLO XX. LA CRISIS DE LA SOLIDARIDAD DINÁSTICA Y LA QUIEBRA DE LOS PARTIDOS TURNANTES EN 1993 —4. 1993-1917. LA QUIEBRA DEL SISTEMA DE RELACIONES PARLAMENTARIAS SURGIDO EN LOS PRIMEROS AÑOS DE LA RESTAURACIÓN: 4.1. LA LEGISLATURA DE 1914. EL GOBIERNO DATO FRENTE AL PARLAMENTO. 4.2. LA LEGISLATURA DE 1915. LIBERALES Y REGIONALISTAS CONTRA EL GOBIERNO DATO 4.3. LAS LEGISLATURAS DE 1916 Y 1917. EL DUELO ALBA-CAMBÓ Y EL ACOSO FINAL AL TURNO DE PARTIDOS.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

«Federalismo. Entre política y ciencia», por KLAUS SCHUBERT, pág. 163.

SUMARIO: I. FEDERALISMO ENTRE POLÍTICA Y CIENCIA —II. FEDERALISMO COMO TENSION INSTITUCIONALIZADA ENTRE ESTADOS MIEMBROS Y FEDERACIÓN.—III. FEDERALISMO. INTERCONEXIÓN POLÍTICA. REDES POLÍTICAS —BIBLIOGRAFÍA.

«El derecho de reunión y manifestación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por JOSÉ LUIS LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 175.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE 1976 SOBRE DERECHO DE REUNIÓN: 2.1 LA SUPRESIÓN DEL REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA. 2.2 LA FUNCIÓN DE LA AUTORIDAD EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DEL DERECHO.—3. ASPECTOS ESENCIALES DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA LO 9/1983, REGULADORA DEL DERECHO DE REUNIÓN: 3.1. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD Y SU CARÁCTER DEFINIDOR DEL EJERCICIO DEL DERECHO. 3.2. EL DERECHO DE REUNIÓN DE LOS EXTRANJEROS. 3.3. LA DOCTRINA EN TORNO A LOS LÍMITES DEL DERECHO DE REUNIÓN —4. CONSIDERACIONES FINALES.

«La economía política del separatismo en Quebec», por SERGIO PLAZA CEREZO, pág. 195.

SUMARIO: 1. LOS RESULTADOS DEL REFERENDUM.—2. LA ECONOMIA POLITICA DE LA CONFEDERACION CANADIENSE.—3. LA POSICION DE QUEBEC DENTRO DE CANADA.—4 EL SEPARATISMO «QUEBEÇOIS»: UNA PERSPECTIVA ESTRATEGICA.—5. LA NUEVA ECONOMIA DE QUEBEC.—6. LAS CONSECUENCIAS ECONOMICAS DEL REFERENDUM.—7. LA RENOVACION DEL FEDERALISMO CANADIENSE.—8 CONCLUSIONES —9. BIBLIOGRAFIA.

«Lenguaje y construcción en el estudio de la política», por BJORN HAMMAR, pág. 225.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. SIGNOS Y CREACION DISCURSIVA.—II. RETORICA, INTERPRETACION E INTERTEXTUALIDAD.—III. DISCIPLINAS, CIENCIA Y CONTINGENCIA.—IV. ESCRIBIR LA HISTORIA COMO AUSENCIAS Y PRESENCIAS POLITICAS.—V. TOPOS DE SABER Y DE PODER.—VI. LA POLITICA ESTUDIADA COMO ACTIVIDADES ONTOLOGICAS —CONCLUSION.

«Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», por ANA M. CARMONA CONTRERAS, pág. 255.

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. LA INDETERMINACION COMO DATO IRRENUNCIABLE DE LA CULTURA JURIDICA CONTEMPORANEA.—III. EL PRECISO ENTENDIMIENTO DE TALES CONCEPTOS: LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DEL LEGISLADOR EN SU APRECIACION Y CONCRECION.—IV. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA CONTROLAR LA CONCRETIZACION LEGISLATIVA DE LOS MISMOS —V. EL CONTENIDO POSITIVO DE LA URGENTE NECESIDAD. SUS IMPLICACIONES FUNCIONALES SOBRE EL DECRETO-LEY: 1. LA NECESIDAD; LA DIFERENCIACIÓN ENTRE SUPUESTOS DE NECESIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. 2. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LA URGENTE NECESIDAD 2.1 *Sobre el concepto de urgencia.* 2.2. *Las posibles variantes objetivas de la urgencia.* 2.2.1. Urgencia de precisas y determinadas normas (urgencia del provvedimento) de eficacia inmediata. 2.2.2. Urgencia de intervenir normativamente, independientemente del contenido del Decreto-ley (urgencia di provvedere)

REVISTA JURIDICA DE LA REGION DE MURCIA Número 23 (1997)

«Unión de hecho y vivienda: soluciones en la jurisprudencia», por BELÉN ANDREU MARTÍNEZ, pág. 13

SUMARIO I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. VIVIENDA FAMILIAR Y FAMILIAS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDAS.—III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL A LA VIVIENDA DE LA UNIÓN DE HECHO: A) FUNDAMENTO DEL PRECEPTO. B) SANCIÓN PARA EL CASO DE FALTA DE CONSENTIMIENTO. C) PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE.—IV. TITULARIDAD DE LA VIVIENDA: A) ADQUISICIONES CONJUNTAS O DE UNO PARA AMBOS MIEMBROS DE LA UNIÓN DE HECHO: a) *Pactos o acuerdos de titularidad conjunta*. b) *Causa de la atribución*: a') Obligación natural. b') Donación. B) ADQUISICIONES POR UNO DE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA. a) *Supuestos de cotitularidad*. b) *Supuestos de titularidad exclusiva*. C) RECAPITULACIÓN.—V ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA: A) CASUÍSTICA: a) *Casos en los que existen hijos*. b) *Casos en los que no existen hijos*. B) EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL: a) *Naturaleza jurídica del derecho de uso atribuido en virtud del artículo 96 del Código Civil*. b) *Actos de disposición*.—VI. UNIÓN DE HECHO Y ARRENDAMIENTOS URBANOS: A) DESISTIMIENTO Y VENCIMIENTO EN CASO DE MATRIMONIO O CONVIVENCIA DE HECHO a) *Inclusión de las uniones de hecho*. b) *Efectos de la «continuidad» en el arrendamiento*: a') Titularidad del arrendamiento: 1. Titularidad privativa. 2. Ganancialidad. 3. Titularidad común. 4. Continuidad en la posesión. 5. Otras soluciones. b') La «continuidad» en el arrendamiento. B) LAS CRISIS MATRIMONIALES Y EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: a) *Ámbito de aplicación*: a') Con relación al matrimonio. b') Posible aplicación a las uniones de hecho: 1. Soluciones vigentes de la LAU de 1964. 2. La LAU de 24 de noviembre de 1994. b) *Naturaleza jurídica del derecho de uso*. C) ARTÍCULO 16. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» Y CONVIVENCIAS «MORE UXORIO» a) *La subrogación «mortis causa» en la LAU de 1964*: a') Los artículos 58 y 59 y su reflejo en la jurisprudencia. b') La doctrina del Tribunal Constitucional. b) *La LAU de 1994*.—VII ANEXO ACERCA DE LA PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE PAREJAS DE HECHO

COMENTARIO: La autora realiza un pormenorizado análisis de la vivienda familiar, de su titularidad, de la atribución del uso de la vivienda; de las familias constitucionalmente protegidas; de las uniones de hecho, y, por último, de las conexiones entre las uniones de hecho y los arrendamientos urbanos. El tema del estudio, excelentemente documentado con el análisis de la doctrina científica y de la jurisprudencia (tanto del TC como del TS como de las Audiencias Provinciales), es mucho más amplio que su título.

Comienza exponiendo la dispersión de la normativa civil de la vivienda familiar, a fin de recoger el concepto y la protección otorgada por el legislador constitucional a la familia matrimonial y a otros tipos de núcleos familiares entre los que se encuentra la convivencia *more uxorio*, y, así centrar su estudio en el régimen aplicable a la vivienda de la unión de hecho.

Dentro del examen de la vivienda de la unión de hecho analiza su aplicación a este supuesto del artículo 1.320 del Código Civil, precepto de régimen económico pensado, en principio, a situaciones en las que exista un matrimonio. Se estudian cuestiones relativas a la protección de los terceros con respecto a estas uniones, o relativas a la seguridad del tráfico jurídico. Cuestiones que están en la realidad social pero que apenas han tenido acceso aún al conocimiento del TS.

Posteriormente se inicia el examen del tema de la titularidad dominical de la vivienda tras la ruptura de la unión. Diferencia por un lado, las adquisicio-

nes conjuntas o de uno de los miembros para los dos, y, por otro, las adquisiciones realizadas exclusivamente por uno de los convivientes, distinguiendo en estos casos los supuestos de titularidad conjunta de la titularidad exclusiva. La conclusión a la que llega reside en que si existe una voluntad expresa de adquirir en comunidad, carece de trascendencia el bien efectivamente adquirido. Si la voluntad no aparece expresa, la determinación de la titularidad común o privativa se realiza tanto de la vivienda como del resto de bienes que conforman el patrimonio. El punto decisivo se halla en la voluntad de que los convivientes mantengan separados sus patrimonios. Una vez determinada la titularidad exclusiva del adquirente se reconoce al otro un derecho al reintegro de las aportaciones realizadas.

También analiza la atribución del uso de la vivienda, partiendo principalmente del estudio del artículo 96 del Código Civil. En el caso de no existencia de hijos, se atribuye el uso de la vivienda a los hijos y al conviviente en cuya compañía queden. En caso de inexistencia de hijos, la doctrina jurisprudencial se diversifica en cuanto a la solución a seguir.

Por último, estudia distintas cuestiones relativas a los arrendamientos de vivienda en relación con las uniones extramatrimoniales, en concreto con los artículos 12, 15 y 16 de la vigente LAU, esto es, el desistimiento del contrato y la voluntad de no renovar o el abandono de la vivienda; la posible aplicación del artículo 15 referente a las crisis matrimoniales; y, por último, el supuesto de subrogación del arrendamiento contenido en el artículo 16, haciendo referencia en este caso a la situación anterior de la LAU de 1964, a la doctrina judicial del TS y del TC.

Finaliza su investigación haciendo referencia a que en la *Proposición de Ley sobre reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estable únicamente se introduce al conviviente en materia de sucesión intestada y de reclamación de alimentos, pero no se dice nada acerca del tema de la vivienda o de la titularidad de los bienes.*

«El reembolso anticipado del crédito», por M.^a DEL MAR ANDREU MARTÍ, pág. 85

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. EL REEMBOLSO ANTICIPADO. NORMATIVA APLICABLE.—III. EL REEMBOLSO ANTICIPADO EN LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. RÉGIMEN JURÍDICO.—IV. EL REEMBOLSO ANTICIPADO EN LOS CREDITOS AL CONSUMO: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN 2. RÉGIMEN JURÍDICO.—V. BIBLIOGRAFIA.

«Las Ordenanzas de abogados de los Reyes Católicos», por JOSÉ MARÍA ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, pág. 95.

SUMARIO. INTRODUCCION.—I. DEL ORDENAMIENTO DE ALCALA DE 1248 A LAS ORDENANZAS DE ABOGADOS DE 1495.—II LAS ORDENANZAS DE 1495: ESTUDIO.

«El Reglamento del Registro Mercantil», por DOMINGO CAMPOS SÁNCHEZ, pág. 115.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. ESTRUCTURA.—III. MODIFICACIONES:

1. REGISTRO MERCANTIL: ORGANIZACIÓN. 2. SUJETOS INSCRIBIBLES. 3. SOCIEDADES ANÓNIMAS. 4. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. 5. SOCIEDADES COLECTIVAS Y COMANDITARIAS. 6. SOCIEDADES ESPECIALES Y OTRAS ENTIDADES. 7. TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN. 8. DISOLUCIÓN. 9. SOCIEDADES ESPECIALES Y OTRAS ENTIDADES. 10. OTRAS FUNCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL. 11. REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. 12. BOLETÍN OFICIAL DEL REGISTRO MERCANTIL. 13. DISPOSICIONES TRANSITORIAS, ADICIONALES Y FINALES.—IV. INSTITUCIONES REGULADAS POR PRIMERA VEZ: 1. SOCIEDAD UNIPERSONAL. 2. TRANSFORMACIÓN DE LIMITADAS EN COOPERATIVAS Y SOCIEDAD CIVIL Y A LA INVERSA. 3. REACTIVACIÓN. 4. CESIÓN GLOBAL DEL PATRIMONIO. 5. PATRIMONIO SOBREVENIDO. 6. CIERRE DEL REGISTRO POR NO DEPOSITAR LAS CUENTAS EN EL PLAZO ESTABLECIDO.—V. CIERRE DEL REGISTRO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUPUESTOS: 2.1. *Cierre respecto a sujetos no inscritos*. 2.2. *Por cambio de domicilio*. 2.3. *Por incumplimiento de obligaciones tributarias*. 2.4. *Por no constar los acuerdos en acta notarial*. 2.5. *Por transformación*. 2.6. *Por fusión*. 2.7. *Por disolución*. 2.8. *Por no depositar las cuentas aprobadas*: a) Presupuesto del cierre. b) Plazo para depositar las cuentas o justificar su no aprobación. c) La prescripción del cierre. d) La sanción económica. e) Efectos del cierre. 2.9. *Por cambio de denominación*. 2.10. *Por falta de adecuación a normativa vigente*. 2.11. *Para entidades que han quedado fuera del registro*. 2.12. *Para buques y aeronaves*.—VI. SOCIEDAD UNIPERSONAL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO. 3. DERECHO COMPARADO. 4. DERECHO COMUNITARIO. 5. DERECHO INTERNO. 6. CONSTITUCIÓN Y CONSTANCIA DE LA UNIPERSONALIDAD. 7. RÉGIMEN DE ACUERDOS. 8. GARANTÍAS A TERCEROS. 9. UNIPERSONALIDAD SOBREVENIDA. 10. DERECHO TRANSITORIO. 11. REGULACIÓN DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN RELACIÓN AL REGISTRO MERCANTIL.—VII. ANÁLISIS CRÍTICO Y CONCLUSIÓN: 1. Necesidad del nuevo Reglamento. 2. Deficiencias. 3. Conclusión.—VIII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 4 (1997)

«La nueva regulación procesal de la prisión preventiva», por JAUME ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, pág. 921.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO. 1.2. PRECEPTOS MODIFICADOS. 1.3. OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO.—2. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA: 2.1. CONVENIENCIA. 2.2. OPORTUNIDAD. 2.3. CORRECCIÓN TÉCNICO-JURÍDICA.—3. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE CELEBRAR LA AUDIENCIA. DISTINTAS HIPÓTESIS LEGALMENTE CONTEMPLADAS.—4. PRIMERA HIPÓTESIS LEGAL (ART. 504 BIS 2 LECrim): DETENIDO PUESTO A DISPOSICIÓN JUDICIAL: 4.1. SUPUESTO GENERAL. 4.2. SUPUESTOS PARTICULARES: 4.2.1. *Detención debida a una previa orden judicial de prisión*. 4.2.2. *Detenido en lugar diferente al del Juez que deba conocer*. 4.2.3. *Imposibilidad de celebración de la audiencia*. 4.2.4. *Supuestos de secreto sumarial*.—5. SEGUNDA HIPÓTESIS LEGAL (ART. 539 LECrim): MODIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PERSONAL DEL IMPUTA-

DO DURANTE EL CURSO DE LA CAUSA. 5.1. AGRAVAMIENTO DE LA SITUACIÓN PERSONAL DEL IMPUTADO: 5.1.1. *Agravamiento de la situación personal del imputado a petición de parte acusadora.* 5.1.2. *Agravamiento de la situación personal del imputado decretado de oficio.* 5.2. MEJORA DE LA SITUACIÓN PERSONAL DEL IMPUTADO —6. SUJETOS. 6.1. EL ORGANO JUDICIAL. 6.2. EL MINISTERIO FISCAL (Y, EN SU CASO, DEMÁS ACUSACIONES PERSONADAS). 6.3. EL IMPUTADO (Y, EN SU CASO, DEMÁS DEFENSAS PERSONADAS) —7. PROCEDIMIENTO: 7.1. CONVOCATORIA DE LA AUDIENCIA. PLAZO. 7.2. DESARROLLO DE LA COMPARECENCIA: CONTENIDO: 7.2.1. *Alegaciones.* 7.2.2. *Instrucción «probatoria» Objeto. Medios Procedimiento. Denegación de diligencias probatorias.* 7.2.3. *Conclusiones.* 7.3. DOCUMENTACIÓN DE LA AUDIENCIA —8. RESOLUCION: PLAZO. FORMA. MOTIVACIÓN.—9. RECURSOS.

«La segunda reforma laboral de los años noventa», por MANUEL R. ALARCÓN CARACUEL, pág. 957

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL ACUERDO INTERCONFEDERAL PARA LA ESTABILIDAD DEL EMPLEO Y SU TRADUCCION NORMATIVA: A) RASGOS GENERALES DEL ACUERDO. B) LAS INNOVACIONES PRINCIPALES DEL REAL DECRETO-LEY 8/1997, DE 16 DE MAYO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA MEJORA DEL MERCADO DE TRABAJO Y EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA C) EL CONTENIDO DEL DECRETO-LEY 9/1997, DE INCENTIVACIÓN ECONÓMICA A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA.—3. EL ACUERDO INTERCONFEDERAL SOBRE NEGOCIACION COLECTIVA —4. EL ACUERDO INTERCONFEDERAL SOBRE COBERTURA DE VACIOS.

«Actuación dañosa de los grupos», por RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, pág. 975.

SUMARIO: I. OBJETO DE ESTE ESTUDIO.—II EL DAÑO CAUSADO POR EL MIEMBRO INDETERMINADO DE UN GRUPO —III. CASO EN QUE LA VICTIMA DEL DAÑO CAUSADO POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO NO PUEDE ESTABLECER LA IDENTIDAD DEL FABRICANTE.

«Urbanismo, propiedad y competencias autonómicas», por JORDI ABEL FABRE, pág. 1007.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. RATIO DECIDENDI: 1.1. CUESTIÓN PREVIA: 1.1.1. *Límite material de la Ley de Presupuestos Generales del Estado y validez de la prórroga de la delegación legislativa.* 1.2. CUESTIONES COMPETENCIALES: 1.2.1. *Alcance de la competencia del artículo 149.1 I CE.* 1.2.2. *Carencia de competencia del Estado para introducir categorías competenciales no previstas constitucionalmente.* 1.2.3. *Falta de título competencial del Estado para dictar normas supletorias en materia de urbanismo* —2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONCEPCION DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTRODUCIDA POR LA LEY 8/1990, DE 25 DE JULIO: 2.1. CONTENIDO DEL URBANISMO. 2.2. FACULTAD DEL ESTADO PARA PLASMAR UNA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD URBANA, Y ANÁLISIS DE LA QUE CONFORMA LA LEY 8/1990.—3. REGIMEN COMPETENCIAL RESPECTO A LA PROPIEDAD URBANA

Y AL URBANISMO. 3.1 COMPETENCIAS ESTATALES REFERENTES A LA PROPIEDAD URBANA 3.2. COMPETENCIAS ESTATALES EN MATERIA DE PLANIFICACIÓN. 3.3. COMPETENCIAS ATRIBUIDAS EN EXCLUSIVA AL LEGISLADOR AUTONÓMICO EN URBANISMO.—4. PARTICIPACION DE LOS PARTICULARES EN LA GESTION URBANISTICA: 4.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. 4.2. PRONUNCIAMIENTO DEL TC.—5 INCIDENCIA DE LA STC 61/97 EN LA LEGISLACION URBANISTICA CATALANA.—6. EFECTOS DE LA STC 61/97 EN EL TIEMPO: 6.1. DOCTRINA EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL. 6.2 ACTOS, ACUERDOS, RESOLUCIONES Y SENTENCIAS QUE HAYAN GANADO FIRMEZA: 6.2.1. *De índole general*. 6.2.2. *De carácter sancionador*. 6.3. ACTOS, ACUERDOS O RESOLUCIONES DE APLICACIÓN 6.3.1. *Actos aplicativos de índole general*. 6.3.2 *De índole individual*. 6.4. PROCEDIMIENTOS EN CURSO A 25-4-97: 6.4.1. *Procedimientos instruidos pendientes sólo de resolución*. 6.4.2. *Procedimientos en tramitación*. 6.5. CONCLUSIÓN.

«Al voltant de l'oposició del deudor basada en la falta de citació a executiu», por JOSÉ BONET NAVARRO, pág. 1035.

SUMARIO: I. ELS ACTES DE COMUNICACIO I EL DRET DE DEFENSA. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—II. REQUISITS DE LA CITACIO A EXECUTIU I LA SEVA INFRACCIO. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREM I L'ANOMENADA JURISPRUDENCIA MENOR: 1. LA INFRACCIÓ DE LES FORMALITATS LEGALMENT PREVISTES. 2. LA PRODUCCIÓ D'INDEFENSIÓ.—III. TERMINI PER A L'AL·LEGACIO DEL MOTIU D'OPOSICIO PREVIST A L'ARTICLE 1.467,3 LEC: 1. INICI DEL PERÍODE AL QUAL POT AL·LEGAR-SE. 2. PRECLUSIÓ QUAN ES TRACTA DE LA VIA ORDINÀRIA I EN L'APRECIACIÓ D'OFICI. 3. PRECLUSIÓ QUAN ES TRACTA DELS MITJANS EXTRAORDINARIS.—IV. LA FALTA DE CITACIO A EXECUTIU I EL PROCES D'EMPARA CONSTITUCIONAL.—V. EFECTES DE L'ESTIMACIO.

«Enquadramiento de los administradores de sociedades de capital en el régimen general de la Seguridad Social», por RICARDO CABANAS TREJO y FRANCISCO TUSQUETS TRIAS DE BES, pág. 1057

SUMARIO. 1. PRESENTACION DEL TEMA Y PROPOSITO DEL TRABAJO.—2. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA.—3. BREVE PERSPECTIVA HISTORICA.—4. SUPUESTO DE HECHO Y ALCANCE DE LA STS DE 29 DE ENERO DE 1997.—5. LA NOCION DE CONSEJERO EJECUTIVO Y LA NOTA DE DEPENDENCIA.—6 LA PARTICIPACION EN EL CAPITAL SOCIAL COMO DATO DECISIVO PARA VALORAR LA AJENIDAD EN LA PRESTACION DEL TRABAJO.—7. IMPROCEDENCIA DEL ENCUADRAMIENTO EN EL RETA.—8. AUTONOMIA DEL REGIMEN DE COBERTURA DE LA SS FRENTE AL AMBITO APLICATIVO DEL DERECHO LABORAL.—9. LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y EL RGSS.—10. UNA APROXIMACION PROSPECTIVA.—11. CONCLUSIONES EN EXTRACTO.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (Julio-Diciembre 1996)

«El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional», por CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA, pág. 11.

SUMARIO: I. HECHOS Y ANTECEDENTES.—II. REGIMEN DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: A) LÍMITES JURÍDICOS A LA DISCRECIONALIDAD DE ACTUACIÓN SOBRE LA BASE DEL ARTÍCULO 39 DE LA CARTA. B) ALCANCE DE LAS MEDIDAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR (ART. 41) — III. CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. A) ALCANCE DEL CONTROL B) LÍMITES AL CONTROL.—IV. NATURALEZA DEL CONFLICTO Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO —V DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL: A) NORMAS QUE REGULAN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL. B) MECANISMOS PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL INDIVIDUAL — VI. RELEVANCIA DE LA DECISION.

«Naturaleza y evoluciones de los principios fundamentales del Derecho Internacional», por MARTÍN C. ORTEGA CARCELÉN, pág. 45.

SUMARIO: I. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL.—II. EL PROCESO DE CREACION DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.—III. LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.—IV. NECESIDAD DE UNA NUEVA FORMULACION DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.—V. LA VIA IDONEA ES UNA DECLARACION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS.—VI. OPCIONES MAXIMALISTA Y MINIMALISTA A LA HORA DE PREPARAR UNA NUEVA DECLARACION.—VII. CONCLUSION: HA LLEGADO EL MOMENTO DE UNA NUEVA DECLARACION SOBRE LOS PRINCIPIOS.

«*Punitive damages* y su notificación en el contexto del Convenio de la Haya de 15 de octubre de 1965», por MARTA REQUEJO ISIDRO, pág. 71.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. NATURALEZA DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* Y SU INCLUSION EN EL AMBITO MATERIAL DEL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE NOTIFICACION: A) DEFINICIÓN DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* Y ESTADO DE OPINIÓN ENTRE LA DOCTRINA EUROPEA: a) *Definición: a')* estado de opinión en Europa sobre el carácter de los *punitive damages: a'') La doctrina española.* B) CALIFICACIÓN DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DEL CONVENIO DE LA HAYA. b) *Interrelación de las operaciones: b')* En cuanto a la calificación: *b'') Interpretación del artículo 1 del Convenio.* C) FIN Y OBJETIVOS PROPIOS AL CONVENIO DE LA HAYA. EN ESPECIAL, EL OBJETIVO DE INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL DEMANDADO, Y *PUNITIVE DAMAGES*.— III. LA DENEGACION DE LA SOLICITUD DE NOTIFICACION POR CONTRARIEDAD CON EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO: A) INTRODUCCIÓN B) EL ALCANCE RESTRINGIDO DEL ARTÍCULO 13.1 DEL CONVENIO C) LA CONSTITU-

CIÓN COMO LÍMITE A LA POSIBILIDAD DE NOTIFICACIÓN DE UNA DEMANDA DE *PUNITIVE DAMAGES*: c) *Introducción*: c') Denegación de notificación, constitución y previsión de reconocimiento: c'') El contenido constitucional del artículo 13.1 del Convenio de La Haya.—IV. CONCLUSION.

«El derecho de los extranjeros a la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996, de 10 de enero», por ANGELES LARA AGUADO, pág. 99.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. BENEFICIARIOS DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURIDICA GRATUITA: ARTICULO 2 DE LA LEY 1/1996: 1. ORDENES JURISDICCIONALES CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: A) *Justicia gratuita para los españoles y ciudadanos de la UE*. B) *Justicia gratuita de los nacionales de terceros Estados*. 2. ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. 3. ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL. 4. OTROS SUJETOS TITULARES DEL DERECHO.—III. DOS POSIBLES INTERPRETACIONES DEL ARTICULO 119 CE: ¿CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 2 DE LA LEY 1/1996?: 1. ARTICULO 119 CE COMO NORMA DE PROGRAMACIÓN FINAL. 2. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA NORMA O *VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG*.—IV. COMPATIBILIDAD DEL ARTICULO 2 DE LA LEY 1/1996 CON LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE ESTA MATERIA.—V. CONCLUSION.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 847 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1996)

- «El poder internacional en el Mercosur», por EDUARDO A. CLARIA, pág. 663.
- «Trabajo premiado en el X Encuentro Nacional del Notariado Novel: Actuación en las escrituras públicas de los menores entre dieciocho y veintiún años de edad: menores que trabajan, menores profesionales y menores emancipados», por MARCELA I. SIMONDI, pág. 673.
- «Régimen de actuación y trámite en materia de automotores e implicancias registrales (Segunda parte)», por JORGE H. LASCALA, pág. 697.
- «Valor supletorio del asiento registral», por TOMÁS H. GRECO Y RAÚL R. GARCÍA CONI, pág. 719.

Número 848 (Enero-Febrero-Marzo 1997)

- «Somero estudio de las actas notariales», por E. JORGE ARÉVALO, pág. 17.
- «Acerca de la capacidad de las sociedades comerciales para efectuar donaciones. Una nueva aproximación al tema», por OSCAR CESARETTI, pág. 37.
- «Legalizaciones internas e internacionales (Libre circulación documental, vs. Seguridad jurídica)», por CRISTINA NOEMI ARMELLA, pág. 45.
- «¿Puede el juez desafectar el bien de familia?», por WOLFRAM LUTHY, pág. 81.
- «Régimen de actuación y trámite en materia de automotores e implicancias registrales (tercera parte)», por JORGE HUGO LASCALA, pág. 85.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 199 (Enero-Junio 1996)

- «La pasividad del juez en el proceso civil. ¿Mito o realidad?», por JULIO SALAS VIVALDI, pág. 7.
- «El formalismo en el Derecho Laboral. En particular, el aviso de terminación de contrato individual de trabajo», por PABLO SAAVEDRA BELMAR, pág. 21.
- «La Convención del Derecho del Mar. Su contenido y principales problemas que plantea su ordenamiento jurídico», por MARIO DUVAUCHELLE R., pág. 29
- «El Estado al servicio de la persona humana», por MARIO CERDA MEDINA, pág. 49.
- «La quiebra a través de los tiempos», por DANIEL DESURVIRE, pág. 61.
- «Naturaleza del Impuesto de Primera Categoría. A partir de la reforma de la Ley 18.293», por ALEJANDRO DUMAY P., pág. 79
- «Dos elementos de nuestro presidencialismo», por HERNÁN MOLINA GUAITA, pág. 85.
- «Los trabajos pesados y el sistema privado de pensiones», por GABRIELA LANATA FUENZALIDA, pág. 91.
- «Recurso de protección y sistema político», por FRANCISCO ZÚNIGA URBINA, pág. 105.
- «Formas alternativas de solución de conflictos penales en el derecho y jurisprudencia chileno», por MARCELO VILLENA, pág. 121.
- «La regionalización en la Constitución Política de 1980», por TARCISIO OVIEDO Soro, pág. 129.
- «El delito de lavado de dinero proveniente del tráfico ilegal de drogas como un delito internacional», por HERNÁN SILVA SILVA, pág. 141.
- «Procedimiento preliminar regulado en la Ley de estupefacientes (¿Anticipo del juicio penal oral?)», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 169.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (1997)

- «UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven», por ARTHUR ROSETT, pág. 441.
- «General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 Unidroit Conventions», por FRANCO FERRARI, pág. 451.
- «The Adoption of a New Hague Convention on the Protection of Children: A View from the Netherlands», por DOROTHEA VAN ITERSSEN, pág. 474

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Número especial (IV de 1997)

- «Empresa e Lógica Empresarial», por ORLANDO DE CARVALHO, pág. 3.

- «A "Vulgarização" da Marca na Directiva 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 (Id Est, no Nosso Direito Futuro)», por M. NOGUEIRA SERENS, pág. 33.
- «Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais», por JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, pág. 241.
- «Formas de Pagamento da Indemnização na Expropriação por Utilidade Pública», por FERNANDO ALVES CORREIA, pág. 337

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 151 (Agosto 1997)

- «La adaptación del Derecho español a las Directivas Comunitarias en materia de sociedades de capital», por ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, pág. 7.
- «Constitución e invalidez de las sociedades de capital», por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, pág. 11.
- «La publicidad de los actos societarios», por ANTONIO PAU PEDRÓN, pág. 33
- «Las aportaciones», por EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, pág. 41.
- «Las operaciones de la sociedad anónima sobre las propias acciones y las realizadas sobre acciones de la sociedad dominante por sus filiales», por ANDRÉS J. RECALDE CASTELLS, pág. 57.
- «Capacidad de la sociedad y representación por los administradores», por JOSÉ M. GARRIDO GARCÍA, pág. 77.
- «El aumento del capital social», por MARÍA JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ, pág. 93

Número 152 (Septiembre 1997)

- «La reducción del capital», por JORGE LUIS TOMILLO URBINA, pág. 7
- «Las cuentas anuales», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, pág. 19.
- «Beneficio, reservas y dividendos en la sociedad anónima», por JOSÉ MAS-SAGUER FUENTES, pág. 43.
- «Las cuentas anuales consolidadas», por FERNANDO CERDA ALBERO, pág. 55.
- «La fusión de sociedades», por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 87.
- «La escisión de sociedades», por FERNANDO OLEO BANET, pág. 99.
- «La sociedad de capital unipersonal», por HELIODORO SÁNCHEZ RUS, pág. 121.

Número 153 (Octubre 1997)

- «Bases y características del derecho ambiental comunitario», por RAMÓN MARTÍN MATEO, pág. 7.
- «La protección de las aguas», por ANTONIO FANLO LORAS, pág. 17
- «El marco jurídico comunitario en materia de residuos», por SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS, pág. 37
- «La ecoetiqueta comunitaria», por SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS, pág. 57
- «La política ambiental de la Unión Europea en el proceso de revisión del Tratado de Maastricht», por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 73.
- «Evolución y regulación actual de la política ambiental comunitaria», por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 93.

«La necesidad de una nueva Ley Básica de Protección de la Atmósfera», por DEMETRIO LOPERENA ROTA, pág. 121.

«Las evaluaciones de impacto ambiental en el ámbito comunitario y su incidencia en el derecho interno», por JUAN ROSA MORENO, pág. 129

«El régimen jurídico del control integrado de la contaminación», por GERMÁN VALENCIA MARTÍN, pág. 139.