

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925 .

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIX • Enero-Febrero 1993 • Núm. 614

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
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 B N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs

ESTUDIOS

«La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (estudio del art. 1.852 del Código Civil), por José MANUEL FINEZ RATÓN	9
«En torno a una estructuración constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles», por JOAN VERGER GARAU	55
«Entre la purga y la fe pública. Génesis del sistema hipotecario español», por CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ	111
«La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», por FERNANDO GÓMEZ POMAR	165

DICTAMENES Y NOTAS

«La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», por José M. ^º CHICO Y ORTIZ	219
---	-----

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	237
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	243
II. Resoluciones de la Dirección General, por LAURA M. ^º CANO ZAMORANO y MIGUEL VAQUER SALORT	255

III Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA.	273
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	284
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	290

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La protección civil del enfermo mental no incapacitado», de M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	313
«Compendio de Derecho Civil navarro», de F. SALINAS QUIJADA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	315
«La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la S.A.», de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, por MANUEL CASERO MEJÍAS	319
«Il contratto di Investimento in Fondi Comuni e la tutela del partecipante», de GIULIO GENTILE, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	323
«Principios de Derecho Civil (tomo I: Parte general y derechos de la persona)», de CARLOS LASARTE ALVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	325
«Las mejores salidas de la carrera de Derecho», de IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	328
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	331

ESTUDIOS

La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor

(Estudio del artículo 1.852 del Código Civil)

SUMARIO: I. EL INTERES DEL ACREEDOR EN LA SUBSISTENCIA DE LAS GARANTIAS DEL CREDITO Y EL DERECHO DE SUBROGACION DEL FIADOR.—II. EL ALCANCE DEL «HECHO DEL ACREEDOR» COMO DETERMINANTE DE LA SANCION DEL ARTICULO 1.852: 2.1. LOS PROBLEMAS DEL CONCEPTO «HECHO DEL ACREEDOR» EN EL ARTICULO 1.852. a) *¿Mera relación de causalidad o criterio de imputación subjetiva?*; b) *Grado de culpa del acreedor y deber de diligencia.*—2.2. CAUSAS DE EXONERACIÓN DEL ACREEDOR; 2.3. EL ARTICULO 1.852 Y LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR.—III. DERECHOS, GARANTIAS Y PRIVILEGIOS A LOS QUE HACE REFERENCIA: 3.1. CUESTIÓN PREVIA: LA GENÉRICA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL DEUDOR; 3.2. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS Y TIEMPO DE SU CONSTITUCIÓN; 3.3. SUPUESTOS ESPECIALES: a) *Renuncia a una fianza anterior, liberación de un costador y perjuicio de las garantías prestadas por un tercero*; b) *Problemas en la solidaridad pasiva*; c) *Perjuicio de las acciones cambiarias*; d) *Cambio de garantía y permuta y posposición del rango hipotecario.*—IV VALORACIÓN DEL PERJUICIO Y CARGA DE LA PRUEBA.—V. EL ARTICULO 1 852 Y LAS SITUACIONES ANALOGAS A LA DEL FIADOR.—VI. LA RENUNCIA DEL FIADOR Y SU EFICACIA FRENTE AL SUBFIADOR Y RETROFIADOR.

I. EL INTERES DEL ACREEDOR EN LA SUBSISTENCIA DE LAS GARANTIAS Y EL DERECHO DE SUBROGACION DEL FIADOR

El artículo 1.852 establece un supuesto de extinción de la fianza. El fiador queda liberado de la fianza cuando el comportamiento del acreedor determina la pérdida o disminución del derecho de subrogación que al primero correspondería en caso de un eventual pago del crédito. La sanción contenida es de sentido común y responde a la estructura y función propia

de la fianza. La norma, consecuentemente con lo dicho, está ya en los precedentes doctrinales y legislativos del actual artículo 1.852 (1) y se contempla de manera prácticamente uniforme, aunque con matices específicos, en el Derecho comparado (2).

El fiador se obliga por otro y en interés del propio acreedor. Si efectivamente paga la deuda, el ordenamiento le atribuye la posibilidad de colocarse en la misma posición del acreedor, ya que, en definitiva, el fiador más que *real* obligado es un *obligado en garantía* y, por tanto, se ha de evitar que las consecuencias del pago recaigan en su propio patrimonio. Si por «hecho del acreedor» se lesiona dicha facultad, es lógico que el fiador quede liberado en la medida del perjuicio resultante sufrido (3). El artículo 1.852 es una sanción al comportamiento del acreedor.

Los presupuestos para que opere la sanción son fáciles de entender. Se exige, en primer lugar, que el acreedor haya impedido la subrogación del fiador en los derechos, garantías y privilegios específicos del crédito. Se trata de salvaguardar para el fiador la mayor ventaja, protección o situación de privilegio que tenga el acreedor contra el deudor. No se protege la general capacidad económica del deudor, sino el específico derecho de subrogación. Cuando el acreedor contribuya a disminuir la solvencia del deudor también será responsable, pero no por la vía del artículo 1.852.

(1) Proyecto de Código Civil de 1851, artículo 1.766: «Los fiadores, aunque sean mancomunados, quedan libres de su obligación, siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.» El artículo 32 del Anteproyecto era de idéntica redacción al artículo 1.852 actual.

(2) Artículo 2.037 francés: «El fiador queda liberado cuando no puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor por hecho de éste. Toda cláusula contraria se estima no escrita.»

Artículo 1.955 italiano: «La fianza se extingue cuando por hecho del acreedor no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor.»

Parágrafo 776 BGB: «Si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el parágrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza.»

De semejante contenido son el artículo 653 del Código portugués y el 503 del Código federal de las Obligaciones suizo.

(3) Confirma la práctica totalidad de la doctrina que la sanción del artículo 1.852 es una consecuencia inherente al derecho de subrogación atribuido legalmente al fiador (art. 1.839). Ver, por todos, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP Y WOLFF *Tratado de Derecho civil*, II-2.º, v. 2.º; *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1966, pág. 839; Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, págs. 618-619; PÉREZ ALVAREZ. *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, pág. 250. DELGADO ECHEVARRÍA: *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1986, págs. 528-529. GUILARTE: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirig. por M. ALBALADEJO, t. XXIII, Madrid, 1990, pág. 407.

Igualmente, si el acreedor disminuye o pierde el propio crédito, la fianza se extinguirá correlativamente. Pero, en estos casos, la liberación del fiador tiene su origen en la extinción total o parcial (v. gr. prescripción de la acción contra el deudor, condonación total o parcial) de la obligación principal (cfr. art. 1.847) y no caen bajo la órbita del artículo 1.852. El ámbito de protección de esta norma se ciñe a los derechos, garantías y privilegios específicos del crédito.

En segundo lugar, es necesario que la imposibilidad en la subrogación implique un perjuicio efectivo para el fiador. No sucederá cuando el privilegio renunciado o la hipoteca total o parcialmente cancelada fueran inútiles o ineficaces, es decir, cuando no propiciaran una real y mayor protección del crédito. Ahora bien, siendo útiles para el cobro del crédito el privilegio, derecho o garantía lesionados da lo mismo para que opere la sanción del artículo 1.852 que fueran los únicos de los que gozara el crédito o que además tuviera éste otros suficientemente amplios y bastantes para garantizar la totalidad de la obligación.

Dados los dos presupuestos anteriores, la fianza se extingue en la medida del perjuicio resultante. Esta conclusión no se desprende de la simple literalidad del precepto, pero así es unánimemente destacada por la doctrina y jurisprudencia y responde a la lógica sancionatoria contenida en la norma. La extinción, sin embargo, no opera automáticamente. Es más, aun cuando se hable en general de extinción, el artículo 1.852 lo que establece en realidad es un supuesto de pérdida de acción del acreedor contra el fiador. Sólo juega como excepción que corresponde oponer al fiador frente a la reclamación del acreedor (excepción de subrogación o *exceptio cedendarum actionum*). Como tal excepción, en principio, es renunciable por el propio fiador beneficiario (4).

El problema central del artículo 1.852 es determinar su alcance y extensión o, de otra forma, delimitar con cierta precisión los supuestos que van a dar lugar a la liberación del fiador. ¿Cualquier pérdida o lesión del derecho de subrogación del fiador imputable al acreedor conduce a la extinción de la fianza? Quedará centrado, pues, en la interpretación que haya de darse al «hecho del acreedor» como elemento determinante de la extinción. Esta cuestión está íntimamente relacionada con el fundamento de la norma. Si la liberación del fiador se funda en la culpa del acreedor, el «hecho del acreedor» exigirá un comportamiento negligente o doloso para que la extinción tenga lugar. Por contra, si se ve en la norma una especie

(4) No obstante la modificación sufrida por el artículo 2.037 francés, según la Ley de 1 de marzo de 1984, por la cual se añade al precepto que «Toda cláusula contraria se estima no escrita», la doctrina admite la renuncia parcial y limitada a derechos concretos o si es *a posteriori*, una vez que el fiador pudo oponer el 2.037 al acreedor. Cfr. SIMLER, voz «Cautonnement»: *Juris-Classeur civil*, actualización 1990, págs 9-12.

de promesa tácita por parte del acreedor en la conservación de las garantías del crédito, el «hecho del acreedor» se convierte en una circunstancia prácticamente objetiva, que producirá la extinción de la fianza ante el mero incumplimiento de la promesa.

En general, las teorías que doctrinalmente se han elaborado para explicar el fundamento de la norma son insatisfactorias y siempre dejan aspectos criticables y poco coherentes (5). Como idea aproximada me parece correcto partir de la concepción de FRAGALI, seguida por un importante sector doctrinal, quien encuentra el fundamento del precepto en un genérico deber o carga impuesta legalmente al acreedor (6). Carga que supone un cierto deber de diligencia en la conservación de las garantías. La carga sería la respuesta a la integridad del derecho de subrogación del fiador, que correspondería a éste si efectivamente paga.

Pero, aun entendido con esta amplitud, el problema no queda resuelto. Habrá de precisarse, y este es uno de los objetivos del presente estudio, si efectivamente el artículo 1.852 establece un estricto y específico deber de diligencia para el acreedor garantizado o más bien este deber de diligencia no puede ir mucho más allá de la carga genérica de diligencia que le es exigible a todo acreedor en la conservación y gestión del propio crédito (7).

(5) Las explicaciones más destacables sobre el fundamento de la norma pueden resumirse en. 1.º supuesto de *responsabilidad por culpa* del acreedor (BO, antigua jurisprudencia francesa); 2.º *promesa tácita* del acreedor de conservación de las garantías (AUBRY Y RAU, DELSOL, PLANIOL, BEUDANT), 3.º ineficacia sobrevenida de la *causa de la obligación* del fiador (COLIN Y CAPITANT), participando bien de la naturaleza de la resolución (JOSSE-RAND, parece ser también la opinión de MANRESA), bien de la excepción de incumplimiento (BAUDRY-LACANTINERIE), 4.º *condición resolutoria implícita* (SAVATIER); 5.º supuesto de *decadencia de la acción* (MOULY); 6.º *ejecución del contrato conforme a la buena fe* (BETANT-ROBET). En general, la crítica a estas construcciones doctrinales puede verse en FRAGALI: «Delle obbligazioni Fideiussione-mandato di credito», en *Commentario del Codice civile*, Scialoja-Branca, artículos 1936-1959, Bologna-Roma, 1957, pág. 468, y SIMLER. *ob. cit.*, págs. 4-6.

(6) *Ob. cit.*, págs. 466-468. Comparten esta posición RAVAZZONI. *La fideiussione*, Milano, 1957, pág. 53; SIMONETTO. *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, pág. 95; BOZZI: «La fideiussiones, le figure affini e l'anticresi», en *Trattato di Diritto privato*, t. 13, dirigi por P. RESCIGNO, Torino, 1986, pág. 268. Entre nosotros puede verse Díez-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 618-619, GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 408; DELGADO ECHERRÍA. *ob. cit.*, pág. 529.

(7) Aceptar sin matices la idea de que el artículo 1.852 impone un deber o carga de diligencia al acreedor creo que lleva a un callejón sin salida. En primer lugar, parece configurarse al acreedor como un auténtico obligado frente al fiador. Lógicamente, entonces, la obligación del fiador persistirá mientras subsista la relación crédito-deuda originariamente contemplada, y la sanción del artículo 1.852 sólo afectará a aquellos privilegios y garantías del crédito constituidos anterior o simultáneamente a la perfección de la fianza. Y en segundo lugar, si el artículo 1.852 establece una auténtica obligación de conservación de las garantías para el acreedor, esto supone que el acreedor no debe velar sólo por sus propios intereses, sino también por los del fiador, resultando la fianza más una carga que un alivio del crédito.

Se comprenderá el problema si atendemos a una doble reflexión, que estimo ha de presidir el análisis de la norma. De un lado, la fianza se constituye en interés del acreedor y en principio ha de subsistir mientras se mantenga vivo este interés. La fianza no sólo otorga al acreedor una protección reforzada de su crédito, sino que lo garantiza frente a cierta negligencia o descuido, ya que precisamente para esto tiene un *segundo* obligado. De otro, es necesario limitar las actuaciones del acreedor que cercenen las posibilidades de reintegro del fiador, o sea, proteger eficazmente su derecho de subrogación. Entre estos dos parámetros creo que ha de encontrar respuesta la pregunta sobre el alcance y extensión del artículo 1.852.

Además de este problema específico, en el análisis del precepto se han de abordar, entre otras, las cuestiones referentes al concepto de «derechos, privilegios y garantías» a las que se refiere el artículo, su posible extensión a figuras análogas a la fianza y la eficacia de la renuncia del fiador a valerse de la excepción frente a otros obligados (subfiador, retrofiador).

II. EL ALCANCE DEL «HECHO DEL ACREEDOR» COMO DETERMINANTE DE LA SANCION DEL ARTICULO 1.852

2.1. LOS PROBLEMAS DEL CONCEPTO «HECHO DEL ACREEDOR» EN EL ARTICULO 1.852

La liberación del fiador es producto, como se ha dicho, de la inobservancia por el acreedor del deber legal impuesto por el 1.852. Y este deber se ciñe a impedir toda conducta del acreedor que implique la pérdida de los derechos, garantía y privilegios del crédito. Si por acción, por ejemplo alzamiento de embargos (S. TS de 30 de diciembre de 1988), u omisión, por ejemplo falta de notificación por escrito al deudor de la cesión del crédito garantizado con prenda sin desplazamiento (S. TS de 10 de junio de 1966), se perjudica el derecho de subrogación del fiador, éste podrá prevalerse de la excepción consagrada en el 1.852. Ahora bien, los términos del precepto para que se produzca la liberación han de ser interpretados en sentido riguroso. Conviene hacer al respecto algunas precisiones y acotar sucesivamente su ámbito de actuación.

El deber legal no implica que el acreedor deba observar un comportamiento tal que mejore notoriamente la utilidad y efectividad del derecho de subrogación del fiador. Como se ha señalado, la carga supone la omisión de aquella conducta del acreedor que impida el derecho de subrogación del fiador. No ha de extenderse, sin embargo, a aquellas situaciones en que teniendo el acreedor la posibilidad de mejorar su posición o constituir una nueva garantía no lo haga, salvo cuando la conducta debida fuera impuesta

por la ley o resultado del previo contrato. Desde otro punto de vista, la carga no conlleva un deber de diligencia del acreedor al efecto de actuar en el sentido que sea más favorable al fiador (8). Sin embargo, en todo caso debe responder cuando bien por hecho propio, bien por hecho de su mandatario (9), no conserve el derecho de subrogación del fiador.

Estos límites sitúan el problema interpretativo del artículo 1.852 en el sentido y alcance que haya de darse a la expresión «hecho del acreedor». Hay un importante, y parece que en la actualidad mayoritario, sector doctrinal en España que, siguiendo a FRAGALI, señala que lo determinante para que se produzca la sanción prevista en el precepto es que pueda establecerse una relación de causalidad entre el hecho y la imposibilidad de la subrogación, al margen de toda idea de culpa del acreedor o hecho ilícito (10). El «hecho del acreedor» sería, por tanto, un criterio de imputación objetiva. El interés protegido es el derecho de subrogación del fiador y éste puede resultar perjudicado tanto por un comportamiento culposo o no del acreedor. Si el acreedor conviene con un tercero la permuta del rango hipotecario, de forma que resulta perjudicada la utilidad de la garantía, la liberación del fiador, total o parcial según el perjuicio efectivo resultante, se impondrá, independientemente de la calificación que merezca la conducta del acreedor. En este sentido, se puede afirmar que el 1.852 opera objetivamente: perjuicio causado por imposibilidad de la subrogación, al margen de toda búsqueda de imputabilidad culpable (11).

Pero una interpretación como la que se propugna no deja de conducir a resultados de cierta complejidad. Propongo que se piense en estos dos casos: a) ¿el no ejercicio de la acción de devastación frente al perjuicio causado por el propio deudor en el bien hipotecado debe conducir a la liberación del fiador?; b) ¿se extingue la fianza cuando el acreedor no interpone la tercería correspondiente ante el embargo de uno de los bienes del deudor sujetos a reserva de dominio? La contestación afirmativa a estas dos preguntas parece que exige la previa imposición de una carga o deber de diligencia al acreedor. Esto significa, para ser más claros, que el acree-

(8) Cfr. FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 469.

(9) Cfr. PLANIOL Y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. XI (trad. por M. Díaz Cruz), La Habana, 1946, pág. 917; BEUDANT: *Cours de Droit civil français* (publ. por Beudant y Lerebours), t. XII. París, 1948, págs. 110-111; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 20; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 422.

(10) Cfr. FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 472; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 421; DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, págs. 528-529.

(11) Parece compartir esta posición DIEZ-PICAZO, aunque con matices. Si bien señala que basta la mera imputabilidad, exige al menos la culpa o negligencia del acreedor para que se produzca la extinción: «Por hecho propio del acreedor debe entenderse cualquier conducta de éste, que le sea imputable y que no obedezca a un caso fortuito. Puede ser un comportamiento positivo o una simple omisión. Puede ser una actividad voluntaria, dolosa o simplemente negligente», *ob. cit.*, pág. 619.

dor no debe sólo velar por sus propios intereses, sino también por los del fiador. ¿De dónde surge esta obligación? ¿Por qué necesita ejercitar el acreedor la acción de devastación si tiene un fiador solvente? Paradójicamente, según se desprende de la interpretación de la doctrina mayoritaria, para el acreedor tener fiadores es más una carga que un alivio del crédito afianzado.

En realidad, en una interpretación como en la expuesta se mezclan dos tipos de cuestiones, que son el centro de la problemática del artículo 1.852. De un lado, habrá de averiguarse si lo determinante de la sanción (liberación del fiador) es la imputación objetiva de la pérdida de la subrogación del fiador al acreedor o, en todo caso, el «hecho del acreedor» requiere que el perjuicio le sea imputable subjetivamente, es decir, que al menos haya existido un comportamiento culposo para que la fianza se extinga. De otro, y concluido que no basta la mera relación de causalidad, habrá que analizar cuál debe ser el grado de culpa (¿basta la simple negligencia?) del acreedor para que el fiador quede liberado de la fianza. Este último problema está íntimamente ligado con la cuestión de si el artículo 1.852 impone al acreedor un auténtico y específico deber de diligencia.

a) *¿Mera relación de causalidad o criterio de imputabilidad subjetiva?*

Como regla general, para hacer responsable de las consecuencias dañosas de un determinado comportamiento a un sujeto no basta la mera relación de causalidad (imputación objetiva). Habrá de estarse a la valoración que el comportamiento merezca, como culposo o doloso, para afirmar su responsabilidad, que las consecuencias jurídicas deducidas deben caer en su patrimonio. Este es un principio que recorre todo el derecho patrimonial. En consecuencia, la doctrina que mantiene la mera relación de causalidad entre la conducta del acreedor y el perjuicio de la subrogación para que se produzca la extinción de la fianza prevista en el artículo 1.852, habrá de demostrar que precisamente en este caso se ampara una regla anómala o excepcional al resto del derecho patrimonial. O bien, se ha de mantener que la expresión «hecho del acreedor» encierra una suerte de imputación objetiva, al margen de toda valoración del comportamiento. En el caso antes señalado de deterioro de la finca hipotecada por parte del deudor/hipotecante, para afirmar que el no ejercicio de la acción de devastación por el acreedor es causa extintiva de la fianza sería preciso entender que el acreedor tiene una obligación *strictu sensu* de conservación de las garantías del crédito a favor del fiador. Incumplida esta obligación (abstención del ejercicio de la acción) opera la liberación del fiador, al margen de toda idea de ilicitud o culpabilidad en la abstención del acreedor. Sin embargo, no

creo que del «hecho del acreedor» se pueda deducir un simple presupuesto de imputación objetiva o mera relación de causalidad. El estudio lógico y sistemático de la expresión y los precedentes del precepto conducen a un resultado contrario.

El «hecho del acreedor» del artículo 1.852 es equivalente a la expresión «actos propios» del artículo 1.129.3.^º Hasta tal punto es la equivalencia que en los Códigos francés e italiano se utilizan idénticas expresiones en los artículos correlativos para definir la causa que da lugar a la extinción de la fianza o el vencimiento anticipado del crédito (art. 1.129.3.^º) (12). Pues bien, el artículo 1.129.3.^º contiene dos supuestos distintos que facultan al acreedor para exigir anticipadamente el pago: 1) cuando por «actos propios» del deudor se *disminuyen* las garantías; y 2) cuando éstas *desaparecieren* por caso fortuito. Ambas causas obedecen a fundamentos y presupuestos distintos. La primera es una sanción al deudor que culposa o dolosamente disminuye las garantías. La disminución por actos propios quebranta la confianza depositada por el acreedor en la concesión del plazo y aumenta el riesgo del crédito (13). Cuando la disminución (no desaparición) no sea imputable subjetivamente al deudor, el acreedor no podrá ampararse en el vencimiento anticipado, v. gr. depreciación del bien en el mercado, el menor valor es consecuencia de la negligencia de un profesional de reconocido prestigio contratado por el deudor para hacer reparaciones necesarias en el bien dado en garantía. La segunda causa, caso fortuito, tiene un fundamento distinto. Aquí el vencimiento anticipado obedece a la desaparición sobrevenida de la causa que motivó la concesión del plazo (otorgamiento de las garantías). Es un supuesto de ineficacia sobrevenida de la causa y exige no la mera disminución, sino el pericimio o la desaparición de las garantías.

En buena lógica, a pesar de lo que afirma la doctrina mayoritaria, el vencimiento anticipado por «actos propios» no puede ser evitado a través de la sustitución por el deudor de las garantías por otras nuevas e igualmente seguras. Esto sólo debe encontrar aplicación para el caso fortuito (14).

(12) Código francés, artículos 1 183 y 2.037, respectivamente «par le fait»; Código italiano, artículos 1 186 y 1.955: «per fatto».

(13) Así Díez-PICAZO «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, núm. 73, pág. 67, MORENO QUESADA: «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, II, págs. 439, 447 y 451, MONTES PEÑADES: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirg. por M ALBALADEJO, t. XV-2.^º, Madrid, 1983, pág. 136; CLEMENTE MEORO: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, 1991, págs. 115-116; BADOSA COLL: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 966-967

(14) Entienden aplicable la sustitución de las garantías a la disminución por actos propios Díez-PICAZO: «El pago anticipado», pág. 79. y *Fundamentos*, I, pág. 532, Mo-

En primer lugar, no se ve razón para que de un hecho del que no es culpable el deudor puedan sucederse consecuencias perjudiciales para él (vencimiento anticipado; por eso, la única razón que puede explicar el supuesto es la ineficacia sobrevinida de la causa). Obsérvese que los Códigos francés e italiano e incluso los precedentes del artículo 1.129 no recogían el caso fortuito como supuesto de vencimiento anticipado (15). Ahora bien, si lo que quiere primar el legislador es la seguridad del crédito, y por tanto incluye también el caso fortuito, es normal que dé medios al deudor para evitar las consecuencias perjudiciales (sustitución de las garantías) cuando la desaparición de las garantías no obedece a dolo o culpa. Pero resulta contradictorio dejar en manos del deudor la propia sanción (evitar el vencimiento a través de la sustitución) cuando la disminución obedece a «actos propios». Otra cosa es que, aun en este caso, el acreedor tenga mayor interés en la sustitución que en el vencimiento anticipado. El acreedor, en el supuesto de disminución por «actos propios», podrá exigir alternatively la sustitución o el pago anticipado. Mientras que en la desaparición por caso fortuito es al deudor a quien se le faculta para evitar el vencimiento anticipado mediante la sustitución de las garantías (16).

RENO QUESADA: *ob. cit.*, págs. 477-478, MONTES PENADES. *ob. cit.*, pág. 143, RIVERO, en LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, II-1.ª, Barcelona, 1985, pág. 210. Sobre argumentos a favor y en contra puede verse ampliamente CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, págs. 125-131. Este último autor llega a la conclusión de que «el deudor no puede pretender la ampliación o complemento de la garantía por sus propios actos disminuida si el acreedor da por vencida la obligación», pág. 131.

(15) Los artículos 1.183 y 1.186 de los Códigos francés e italiano, respectivamente, sólo afectan el vencimiento anticipado a los casos de insolvencia y disminución de las garantías por hecho del deudor (en el caso francés el supuesto de insolvencia ha desaparecido del art. 1.183 después de la nueva Ley de Quiebras de 1985). Tampoco apareció el caso fortuito en el artículo 1.048 del Proyecto de Código Civil español de 1851, pero sí para el supuesto concreto de pérdida o deterioro de la cosa hipotecada (art. 1.796 2 del Proyecto de 1851, precedente remoto del art. 117 de la Ley Hipotecaria). Se introduce el caso fortuito en el Anteproyecto 1885-1888 (art. 1.146, prácticamente con la misma redacción que el actual 1.129).

(16) Una interpretación como la que aquí se mantiene encuentra pleno apoyo normativo en el artículo 1.796 del Proyecto de 1851, que distinguía según la pérdida o deterioro de la cosa hipotecada fuera imputable o no al deudor. En el primer caso, el acreedor podía optar entre el vencimiento anticipado o la ampliación de las garantías, en el segundo, se da la opción al deudor de renovar o ampliar la hipoteca y sólo si no lo hace puede el acreedor exigir el crédito anticipadamente.

La doctrina italiana también admite que el acreedor, en caso de disminución de las garantías por hecho del deudor, pueda elegir entre el vencimiento anticipado y la disminución de las garantías. Fijémonos que el artículo 1.186 italiano (correspondiente a nuestro 1.129) sólo atribuye expresamente la facultad de vencimiento anticipado en caso de insolvencia y actos propios (no caso fortuito). Se encuentra la razón en una interpretación conjunta de los artículos 1.186 y 2.743 (pérdida o deterioro por caso fortuito de la cosa dada en prenda o hipoteca). Cfr. RUBINO. *L'ipoteca immobiliare e mobiliare, Trattato CICU-MESSINEO*, XIX, Milano, 1956, pág. 360, nota 51.

Esta fundamentación del vencimiento anticipado por «actos propios» como sanción al deudor y la precisión que se hace sobre el juego de la sustitución de las garantías para evitar el vencimiento (facultad del acreedor, no del deudor) creo que definen suficientemente el supuesto. No puede jugar el vencimiento sino cuando la disminución es imputable subjetivamente al deudor, no basta la imputación objetiva o la mera relación de causalidad. Desde esta premisa ha de matizarse la formulación amplia y general que hace la doctrina que ha estudiado el artículo 1.129.3.^º, primer inciso, entendiéndose que en este caso la «culpa del deudor en la disminución de las garantías se reconduce a un criterio general de imputabilidad» (17). Sin embargo, aun admitiéndola con esta amplitud, no se puede prescindir del hecho de que en el concepto de «actos propios» subyace una valoración del comportamiento del deudor que justifica la sanción (disminución culposa, dolosa o voluntaria de las garantías). Esto se observa con claridad si examinamos los precedentes del precepto. La norma procede del artículo 1.048 del Proyecto de Código Civil de 1851 (18). GARCÍA GOYENA, en su comentario, precisa que «actos propios» son los imputables al deudor, y para definir estos términos remite al artículo 1.796. Este último se ocupa de la pérdida o deterioro del bien hipotecado, para diferenciar el régimen de efectos según la pérdida o deterioro sea «culpa del deudor» o «no fuese imputable al deudor»; en el primer caso se deja a elección del acreedor reclamar anticipadamente el pago o pedir la ampliación de hipoteca; en el segundo, el deudor puede renovar o ampliar la hipoteca y sólo en caso de no hacerlo tiene el acreedor derecho a exigir el pago con anterioridad al vencimiento del plazo (19). La razón del distinto régimen, señala GARCÍA GOYENA, es adecuar la responsabilidad del deudor según cual haya sido la

(17) Cfr. MORENO QUESADA, *ob cit.*, págs. 451-452; MONTES PEÑADES, *ob. cit.*, pág. 139; CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, pág. 115; BADOSA COLL, *ob. cit.*, pág. 967. Por eso me parece más precisa la caracterización que del supuesto hacen RIVERO (LACRUZ: *Elementos*, pág. 210), y DIEZ-PICAZO («El pago anticipado», pág. 77, y *Fundamentos*, págs. 531-532), que exigen que la disminución de las garantías sea por voluntad del deudor o, al menos, comportamiento culposo.

(18) Artículo 1.048: «El deudor constituido en quiebra o que hubiere disminuido, por medio de actos propios, las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, no puede reclamar el beneficio del término.» En el Anteproyecto 1885-1888 se recoge en el artículo 1.146.3.^º, de idéntica redacción que el actual 1.129.3.^º

(19) Artículo 1.796 «Cuando los bienes hipotecados se pierdan o deterioren por culpa del deudor, podrá el acreedor reclamar el pago, aunque no hubiere vencido el plazo estipulado, a no ser que el mismo acreedor prefiera que se amplíe la hipoteca.

Si la pérdida o deterioro no fuese imputable al deudor, podrá éste renovar o ampliar suficientemente la hipoteca, y sólo en el caso de no hacerlo tendrá el acreedor derecho a exigir el pago antes del vencimiento del plazo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo determinado en el artículo 1.562.»

causa de la pérdida o el deterioro (20). Queda claro que cuando se habla de imputabilidad se está haciendo referencia, al menos, a una conducta negligente del deudor que se toma como base para hacerle responsable de la disminución de la garantía. Este significado es el que hay, que atribuir a los «actos propios» del artículo 1.048 del Proyecto (art. 1.129.3.^o actual), por la misma remisión que GARCÍA GOYENA hace al artículo 1.796. Se ha de tener en cuenta, de otro lado, que este último precepto es el antecedente del actual 117 de la Ley Hipotecaria (acción de devastación). Pues bien, el artículo 117 concede acción al acreedor cuando el deterioro de la finca hipotecada provenga de «dolo, culpa o voluntad del dueño». La responsabilidad del deudor se ciñe a los tres supuestos citados. Por tanto, por «actos propios» que determinan el vencimiento anticipado del crédito se ha de entender, para una mayor precisión, los supuestos en que el deudor, voluntaria, dolosa o negligentemente, disminuye las garantías (21).

Aceptada la equivalencia entre «actos propios» del artículo 1.129.3 y «hecho del acreedor» del artículo 1.852, equivalencia a la cual difícilmente se pueden oponer objeciones, la sanción que impone esta última norma no puede deducirse de la simple apreciación de una relación de causalidad. En el precepto late la idea de que el acreedor debe ser responsable de su propia culpa y esto exige que la pérdida de los derechos, garantías o privilegios obedezca, al menos, a un comportamiento negligente. La idea de la mera imputación objetiva es insuficiente para fundar la extinción de la fianza o la liberación del fiador por lesión del derecho de subrogación.

Esta concepción queda avalada por los precedentes doctrinales y legislativos del propio artículo. POTHIER, quien entendía que la subrogación no operaba automáticamente, sino sólo por reclamación unilateral del fiador, únicamente admitía como supuestos en los cuales podía excepcionar el fiador el pago cuando por hecho positivo del acreedor se impidiera la subrogación y cuando la mera omisión del acreedor hubiera de entenderse como un caso de colusión. Por hecho positivo, en el lenguaje de POTHIER, ha de entenderse una renuncia voluntaria a las garantías o privilegios del crédito. Quedan excluidas, pues, la simple negligencia o la mera abstención del acreedor como causas de liberación del fiador (22). La doctrina posterior equipara los casos de hecho positivo y omisión procedentes del acree-

(20) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. IV. Madrid, 1852, pág. 202.

(21) Este recurso al artículo 117 de la LH, para entender con mayor claridad el significado de «actos propios», no prejuzga la compatibilidad de la acción de devastación con el vencimiento anticipado, cuando el deudor deteriore la finca hipotecada. Entiendo, siguiendo la opinión mayoritaria, que ambos remedios jurídicos no se excluyen (cfr. DIEZ-PICAZO: «El pago anticipado», pág. 78, MONTES PENADES, *ob. cit.*, pág. 141; CLEMENTE MEORO, *ob. cit.*, págs. 118-120).

(22) *Traité des obligations*, II, París, 1825, págs. 36-42.

dor, porque de ambos puede desprenderse una renuncia voluntaria a la garantía o una negligencia grave que perjudique el derecho del fiador, por ejemplo alzamiento de embargo o no renovación de la inscripción hipotecaria. Pero siempre se deduce la extinción como consecuencia de una «faute» del acreedor (23). Los casos en que simplemente se abstenga ante la actuación de un tercero que conlleva la pérdida de la garantía, v. gr. no interposición de la tercería correspondiente, no darán lugar a la extinción de la fianza, sino cuando de los mismos se pueda deducir una renuncia voluntaria por parte del acreedor a la garantía o una negligencia grave (v. gr. no reivindicar el privilegio, el derecho de preferencia o el derecho de retención al momento de la venta del bien, objeto de la garantía) (24). En estos supuestos, se puede hablar en términos amplios, de que el perjuicio es imputable al acreedor, ya que se abstiene de entablar las acciones oportunas para evitar la actuación del tercero. Sin embargo, no basta la mera relación de causalidad para deducir la extinción.

Este pensamiento culpabilístico es el que entiende gran parte de la doctrina y la práctica unanimitad de la jurisprudencia subyace al artículo 1.955 del *Codice* (25). Aparece también notoriamente acentuado en el parágrafo 776 BGB, que limita la liberación del fiador al abandono por parte del acreedor de la preferencia, hipoteca o derecho contra un cofiador que le correspondiese, perjudicando la subrogación del primero. La idea de la imputabilidad subjetiva está presente en el artículo 1.766 del Proyecto de

(23) Véase *Motifs et discours du Code Civil*, t. I, París, 1841, págs. 702, 707 y 718. Puede verse, a este respecto, ROGRON: *Code civil expliqué*, v. 2.º, París, 1877, pág. 2638, BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit civil*, t. II, París, 1905, pág. 785; AUBRY Y RAU: *Cours de Droit civil français, d'après le methode de Zachariae*, t. IV, París, 1871, págs. 694 y ss.; DELSOL, *Explication elementaire du Code civil*, t. III, París, 1855, págs. 438-439; BEUDANT, *ob. cit.*, págs. 106 y sigs.; PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, págs. 915 y sigs.; COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, t. V (trad. por D. De Buen), Madrid, 1955, págs. 34-35, SAVATIER: *Cours de Droit civil*, t. II, París, 1949, págs. 464-465; BETANT-ROBET: «La décharge de la caution por application de l'article 2.037», *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1974, págs. 333 y sigs.; MAZEAUD, RANOUIL Y CHABAS: *Leçons de Droit civil*, III, París, 1988, pág. 39, MALAURIE y AYNES: *Droit civil. Les suretés. La publicté fonciere*, París, 1990, págs. 100 y sigs.; MARTY, RAYNAUG y JESTAZ: *Droit civil Les suretés. La publicté fonciere*, París, 1987, pág. 419, SIMLER, *ob. cit.*, pág. 20

(24) Cfr SIMLER *Ob. cit.*, págs. 20-23.

(25) En este sentido, BO, voz «Fideiussione», *Nuovo Digesto*, t. V, Torino, 1938, pág. 1127; CICCAGLIONE, voz «Fideiussione», *Enciclopedia giuridica italiana*, v. VI, parte II, Milano, 1903, pág. 619; MIRABELLI. *Dei contratti speciali, en Il Diritto civile italiano*, dirig. por Fiore y Brugi, t. XX, v. 2.º, Napoli-Torino, 1915, pág. 599; DUSI *Istituzioni di Diritto civile*, v. 2.º, Torino, 1940, pág. 142; RAVAZZONI *La fideiussione*, págs. 47 y sigs., y voz «Fideiussione», *Novissimo Digesto italiano*, v. VIII, Torino, 1961, págs. 288 y sigs.; BISCANTINI. *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 4.2, dirig. por P. Perlingeri, Napoli-Roma, 1991, pág. 1590, y jurisprudencia citada, BOZZI, *ob. cit.*, pág. 267, y jurisprudencia citada; SESTA, en CENDON: *Commentario al Codice civile*, IV-2.º, arts. 1936-1957, Torino, 1991, págs. 1762-1765.

Código Civil de 1851 (correspondiente al art. 1.852 actual). GARCÍA GOYENA, en su comentario, equipara el hecho del acreedor a su comportamiento culpable. «La regla general de derecho es que a cada cual daña su culpa, y que por el hecho ajeno no puede empeorarse mi condición» (26). Igual concepción puede verse en otros autores (27), y la jurisprudencia, como más adelante precisaremos, es inequívoca a la hora de exigir, al menos, negligencia del acreedor para que opere la extinción. Aún más, con afán de redondear la argumentación. Normalmente en las figuras contractuales que llevan aparejada una función de garantía o pago, v. gr. cesión de créditos, no hay ningún problema en la doctrina para mantener que el crédito originario se extingue en la medida del perjuicio sufrido por el crédito cedido (dado en garantía o pago) por culpa del acreedor/cesionario. Se entiende aplicable analógicamente para tales casos el artículo 1.852 o se argumenta la solución apoyándola en la *ratio* de esta norma (28). En todo caso, se exige la imputabilidad subjetiva del perjuicio (renuncia voluntaria, dolo o culpa) al acreedor (cesionario, afianzado).

Todo el análisis precedente conduce a afirmar que la extinción de la fianza vía artículo 1.852 descansa en una sanción impuesta al acreedor por su comportamiento culposo o doloso. Incluso, como ya expusimos al inicio, los que entienden que basta la mera relación de causalidad (imputación objetiva), siempre lo hacen en consideración a que la norma impone un «deber jurídico de desenvolver una determinada diligencia» (29). Pues bien, el perjuicio en la subrogación imputable al acreedor se traduciría siempre en un incumplimiento del deber de diligencia establecido, es decir, en el comportamiento culposo o negligente (obsérvese que en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor se rompe el nexo causal). Al fin y al cabo, se dirá desde esta postura, que el acreedor que no interpone la tercería correspondiente para evitar la pérdida de la reserva de dominio que garantiza el crédito afianzado, no está desplegando la diligencia exigible por el artículo 1.852.

b) *Grado de culpa del acreedor y deber de diligencia*

Esta última reflexión introduce el segundo de los problemas que planteábamos en la interpretación de la norma. Salvado el primer escollo (habrá

(26) *Ob cit*, pág. 167

(27) Exigen una actuación culposa, entre otros, SÁNCHEZ ROMAN: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, pág. 924; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, Madrid, 1973, págs. 484 y 486, MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XXVIII, Madrid, 1953, pág. 692.

(28) Así, para la cesión de créditos, PANTALEÓN «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 1059 y 1115-1116.

(29) GUILARTE: *Ob cit*, pág. 408.

de hablarse siempre de un comportamiento culposo, doloso o voluntario del acreedor), es necesario precisar qué grado de culpa (¿basta la simple negligencia?) se ha de dar para que el fiador quede liberado. O dicho de otra forma, la diligencia del acreedor debe valorarse según el comportamiento común y razonable de todo acreedor en interés de su propio crédito o el artículo 1.852 impone una carga o deber específico y de mayor grado.

Las dos últimas cuestiones citadas están íntimamente relacionadas. Sólo admitiendo que sobre el acreedor pesa un auténtico deber de prestar diligencia se puede afirmar que cualquier comportamiento culposo por parte de éste o cualquier falta de diligencia da lugar a la extinción. Al contrario, si no existe tal deber, el fiador quedará liberado cuando la lesión o pérdida del derecho de subrogación sea debida a un comportamiento contrario a la buena fe del acreedor, según los parámetros normales y razonables de la conducta de todo acreedor en el ejercicio de sus derechos, es decir, cuando se pueda hablar de renuncia voluntaria, dolo o culpa grave. Y creo que ni de la *ratio* del artículo 1.852 ni de la estructura y función de la fianza se puede deducir un deber general de diligencia para el acreedor.

En primer lugar, es necesario acotar el ámbito de actuación propio del artículo 1.852. La norma establece una medida de protección del interés del fiador en la conservación del derecho de subrogación consagrado *ex lege* en el artículo 1.839. Pero esto no significa que el acreedor deba mejorar la posición del fiador ni le obliga a actuar en interés de éste. Considerando el artículo 1.852 un auténtico deber de diligencia, el acreedor debería velar no sólo por sus propios intereses, sino también por los del fiador. Sin embargo, el Código dota al mismo fiador de instrumentos de tutela de su singular posición, v. gr. acción de cobertura, excepciones frente al acreedor, y deben considerarse también las sanciones concretas de los artículos 1.851 y 1.852. Lo específico del contrato de fianza es que el fiador se obliga en interés del acreedor y la garantía debe subsistir, en principio, mientras perdure este interés. Lejos, por tanto, de un supuesto deber de diligencia, la fianza garantiza al acreedor frente a cierta incuria o negligencia. El límite estará en aquella conducta del acreedor que suponga un anormal o una falta de cuidado absoluto en la protección de su propio crédito y de la cual se deduzca un perjuicio al derecho de subrogación del fiador. Cuando el acreedor renuncia voluntariamente a una garantía o dolosamente la perjudica o el menor valor o deterioro es producto de la culpa grave o una negligencia inexcusable él debe ser quien responda en los límites del perjuicio causado. Son todas conductas que manifiestan un notorio «desinterés» en la protección del propio crédito. De la negligencia simple o culpa leve no cabe deducir tal consecuencia. El artículo 1.852 impide que el acreedor perjudique voluntariamente la posición del fiador (eventualmente el derecho de subrogación) y sanciona todos los actos u omisiones que sean contrarios a

unos principios mínimos de actuación conforme a la buena fe comúnmente admitidos. Esto exige, al menos, una culpa grave o una falta de diligencia inexcusable.

Estas ideas básicas están absolutamente claras en la doctrina alemana. Ciertamente, el parágrafo 776 BGB señala expresamente los casos que dan lugar a la liberación del fiador. La mayor generosidad en los supuestos que se puede deducir del tenor literal de los artículos 1.852 español, 2.037 francés o 1.955 italiano, en relación con el 776 BGB (30), no impide que se plantee igualmente el problema del grado de culpa o diligencia del acreedor:

«Si el fiador abandona otras garantías, ello arriesga más la posición del fiador. Por lo cual este último queda en este supuesto 'liberado' por ministerio de la ley. De aquí se deduce que el acreedor está obligado a no agravar la posición del fiador. ¿Se puede atribuir en virtud de esto al acreedor un *deber general de diligencia* y, por consiguiente, declarar, por ejemplo, liberado al fiador cuando el acreedor 'está viendo' cómo se torna cada vez más insegura la solvencia del deudor principal o las garantías? La afirmativa conduciría demasiado lejos. La fianza debe garantizar precisamente al acreedor frente a cierta incuria. Si se pretende, quizá según la 'buena fe', inclinar al acreedor a un deber de diligencia en favor del fiador, llegaría a ser un obligado a cumplir una *prestación*, lo cual contradice su posición como acreedor y la naturaleza de la fianza» (31).

En segundo lugar, dar cabida a la simple negligencia o entender que el acreedor tiene un deber específico de conservación de los derechos, garantías y privilegios del crédito sólo podría tener sentido si se defendiera que el fiador se obliga en vistas al derecho de subrogación en el crédito del acreedor. Ahora bien, esta concepción desnaturaliza la fianza, transforma el contrato unilateral en un negocio atípico bilateral, donde la función de garantía pasa de ser elemento principal a subsidiario. En gran parte aquel sector doctrinal que considera que el artículo 1.852 sólo actúa en relación a las garantías constituidas o previstas al momento de la perfección de la fianza reproduce este esquema (32). Desde esta perspectiva no sería incoherente mantener la liberación del fiador siempre que el perjuicio en la subrogación sea imputable al acreedor, ya que el primero se obliga en

(30) Parágrafo 776 BGB: «Si el acreedor abandona un derecho de preferencia unido al crédito, una hipoteca que existe en garantía del mismo o el derecho contra un cofiador, el fiador queda libre aunque hubiese podido obtener indemnización a costa del derecho abandonado según el parágrafo 774. Esto vale también incluso si el derecho abandonado sólo ha nacido después de la asunción de la fianza.»

(31) HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil*, III (trad. por J Santos Briz), Madrid, 1958, pág. 474, en similares términos ENNECERUS, KIPP y WOLFF. *ob. cit.*, pág. 836.

(32) Véase nota 68.

consideración a las garantías del crédito: la simple negligencia del acreedor implica incumplimiento de la obligación. Pero lo cierto es que el fiador se obliga en interés del acreedor y a esto la ley atribuye el beneficio de la subrogación (33).

Aún hay que hacer otra apreciación. En el paralelismo y equivalencia antes establecido entre los «actos propios» del artículo 1.129.3.^º y el «hecho del acreedor» del artículo 1.852 hay una importante diferencia que debe tenerse en cuenta a la hora de la sanción. El acto del deudor que disminuye las garantías, de no establecerse la facultad de vencimiento anticipado, supondría un doble perjuicio para el acreedor, quien debería seguir soportando el plazo y la depreciación del valor de la garantía. En el caso del artículo 1.852 la imposibilidad de la subrogación por «hecho del acreedor», aunque lesiona el eventual derecho del fiador, también repercute en una depreciación de las garantías que el acreedor tiene para el cobro de su crédito (34). Si cualquier negligencia del acreedor llevara aparejada la extinción de la fianza, el acreedor resultaría doblemente sancionado (menor valor de la garantía y liberación del fiador en la medida del perjuicio sufrido). Pero precisamente cuando se exige un avalista que garantice el crédito es, de un lado, para asegurar el cobro del mismo, y de otro, para permitir un mayor ámbito de actuación del acreedor o, si se quiere, para que éste pueda «despreocuparse» relativamente de las circunstancias económicas o patrimoniales del deudor. De admitirse la negligencia simple como suficiente para la sanción del artículo 1.852, la fianza como garantía perdería gran parte de su eficacia y sentido.

La aplicación que ha hecho el Tribunal Supremo del artículo 1.852 ha sido más realista en la práctica y más acorde con la interpretación del precepto que aquí se mantiene. Así se llega a declarar en la Sentencia de 1 de marzo de 1983 que para que la extinción se produzca por esta causa no basta cualquier falta de diligencia. Los hechos son los siguientes: «'Mebunik' vende a 'Excele' un conjunto de estanterías a plazos, garantizándose con reserva de dominio y fianzando solidariamente el pago del precio 'C'.

(33) Se podría pensar, de mantener la concepción de que los derechos y garantías afectados son los previamente constituidos o previstos al momento de la perfección de la fianza, ya que fueron los únicos que pudieron ser tenidos en cuenta por el fiador, que la disminución o pérdida de los mismos por caso fortuito debería dar lugar también a la liberación del fiador por ineficacia sobrevenida de la causa que motivó la constitución de la fianza. Se observa que una consecuencia como ésta es absolutamente inadmisibles mientras nos movamos en la función típica de garantía de la fianza.

(34) Se ha de tener presente, además, que los términos «actos propios» del 1.129.3.^º han de interpretarse en un sentido más amplio que el «hecho del acreedor» del 1.852, ya que se trata de proteger esencialmente la seguridad del crédito, lo que lleva a extender el vencimiento anticipado a los supuestos de caso fortuito. Aun así, se afirma que del 1.129.3.^º no se deriva un deber de diligencia para el deudor en la conservación de las garantías (cfr BADOSA COLL, *ob. cit.*, pág. 967).

Se conviene que si resultan dos plazos impagados vence anticipadamente la deuda y se hace exigible. Así ocurre. Pero un tercero embarga las estanterías por impago de una letra de cambio, de la que 'C' era avalista. 'Mebunik' no interpone la tercería correspondiente y el avalista opone a la reclamación de pago de ésta la extinción de la fianza por aplicación del artículo 1.852, dado que la entidad acreedora no hizo uso de la reserva de dominio al entablarse los procedimientos judiciales contra el deudor.» El TS es concluyente: «... el mencionado fiador ... pudo frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que al menos quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba, razón por la que no puede estimarse que la conducta del acreedor constituya el 'hecho' determinante de que el fiador solidario no pudiera quedar subrogado ... la Ley exige actividad, acción, hechos, no cualquier falta de diligencia...»

Si hubiera bastado la mera relación de causalidad (imputación objetiva) entre la omisión del acreedor y la pérdida de la garantía, el fallo debería haber sido estimatorio de las pretensiones del avalista. Tampoco puede entenderse la exoneración del acreedor como una pretendida concurrencia de culpas entre acreedor y fiador, ya que es evidente, en este caso, que el avalista no podría haber hecho nada para evitar la pérdida de la reserva de dominio. El centro está en que la simple negligencia del acreedor no es base suficiente para el 1.852. El reproche que se hace al avalista es no apremiar al acreedor para que tomara las medidas oportunas. Si así hubiera sido, la pasividad o inacción del acreedor podría haberse interpretado como un abandono o renuncia de la garantía, causa suficiente para que se produzca la extinción.

Igual conclusión puede extraerse de la Sentencia de 20 de junio de 1989. El no requerir el acreedor la intervención del Corredor de Comercio no puede entenderse como negligencia imputable que justifique la aplicación del artículo 1.852. Más aún, como señala el TS, cuando la intervención podría haber sido solicitada por el propio fiador.

En realidad, la polémica que se ha suscitado en la doctrina a propósito de ciertas decisiones jurisprudenciales sobre si es necesario el hecho positivo del acreedor o basta la mera omisión para dar lugar a la extinción, encubre el problema general de que el comportamiento del acreedor debe ser lo «suficientemente relevante» para producir la liberación de los fiadores (35). Si se examinan con cierta atención las decisiones citadas, la polémica no pasa de

(35) Entendía que sólo tenían relevancia los hechos positivos POTHIER, *ob. cit.*, pág. 41 (dudosa puede estimarse entre nosotros la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *ob. cit.*, pág. 839, y ROVIRA, voz «Fianza», *Nueva enciclopedia jurídica*, t. IX. Barcelona, 1982, pág. 703). Indistintamente la actividad como la omisión, DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, t. XXV-2, París, 1880, pág. 618; Ro-

ser una ficción y el interés del TS es descartar que cualquier actuación u omisión del acreedor que conduzca a la pérdida de la garantía pueda ser relevante a los efectos del artículo 1.852. Una lectura apresurada de las Sentencias de 14 de marzo de 1908, 20 de diciembre de 1910, 31 de marzo de 1927, 7 de octubre de 1933, 9 de octubre de 1962 y la citada de 1 de marzo de 1983 podría conducir a considerar sólo relevantes los hechos positivos. En efecto, en tales sentencias se habla de la necesidad, para que encuentre aplicación el 1.852, de que el acreedor realice «actos o hechos propios» (14 de marzo de 1908 y 20 de diciembre de 1910) o de «hecho propio que tenga un carácter personal y directo» (31 de marzo de 1927) o, en fin, de «actividad, acción, hechos, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad» (7 de octubre de 1933, 9 de octubre de 1962 y 1 de marzo de 1983). Por tanto, sólo sería determinante para la liberación la imposibilidad de subrogación deducida de una actuación positiva del acreedor. Sin embargo, las dudas se desvanecen si se considera que algunas de las sentencias citadas, no obstante exigir «actividad o hechos» para la aplicación del 1.852, fundan la no liberación del fiador con base en que la *mera abstención* de éste no ha perjudicado el derecho de subrogación (31 de marzo de 1927, 7 de octubre de 1933, 1 de marzo de 1983). Es decir, lo que se juzga no es la presencia de hecho positivo o no, como la relevancia del comportamiento del acreedor (aunque sea puramente omisivo) para determinar la imposibilidad de la subrogación. Por contra, hay decisiones jurisprudenciales que con base en hechos omisivos del acreedor dan lugar a la aplicación del artículo 1.852, ya que de tal conducta se desprende una renuncia voluntaria a la garantía o una negligencia grave de la cual ha de hacerse responsable al propio acreedor (9 de julio de 1908, 10 de junio de 1966). De forma que me parece correcto concluir que cuando el TS habla de «actividad, acción, hechos, no bastando cualquier falta de diligencia o pasividad» no se refiere principalmente a la superación de la polémica sobre la relevancia de los hechos negativos (36), sino a excluir que cualquier perjuicio de las garantías o privilegios imputable al acreedor pueda ser suficiente para desencadenar la liberación de los fiadores. El argumento en la doctrina jurisprudencial recae en la valoración y

GRON, *ob. cit.*, págs. 2642 y sigs., AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 694 (con cita expresa en apoyo de DELVINCOURT, TROP LONG, DURANTON, PONSOT, GAUTHIER); PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, págs. 915-916; JOSSE RAND *Derecho civil*, t. II, v. 2.^a (trad. por S. Churchillos), Buenos Aires, 1951, pág. 421; DELSOL, *ob. cit.*, pág. 458; COLIN Y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 34; MAZEAUD, RANOUIL Y CHABAS, *ob. cit.*, pág. 39; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 20; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, págs. 232 y sigs., MALAURIE Y AYNES, *ob. cit.*, pág. 104; MARTY, RAYNAUD Y JESTAZ, *ob. cit.*, pág. 419; BO: *Nuovo Digesto*, pág. 1128; CAMPOGRANDE: *Trattato della fideiussione nel diritto oderno*, Torino, 1902, pág. 628; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 475; RAVAZZONI: *Novissimo Digesto*, págs. 288 y sigs.; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 409, DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, pág. 529; PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 250.

(36) En este sentido, es considerado por GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 411

alcance del pretendido deber de diligencia que corresponde al fiador, para sancionar que «no pudiendo admitirse en buena lógica que para guardar los intereses del fiador haya de prestar más diligencia que éste el acreedor, quien confía en la solvencia del fiador tanto como en la del deudor» (7 de octubre de 1933).

Ahora bien, respecto de los «hechos negativos» del acreedor hay que hacer ciertas precisiones en algunos casos particulares. Se deben excluir que sean determinantes para la aplicación del 1.852 tanto la no persecución del patrimonio del deudor al vencimiento de la obligación como el no informar de las especiales circunstancias por las que atraviesa ese patrimonio. En el primer caso, se ponen de manifiesto los distintos medios de protección del interés del fiador. Si la inactividad al vencimiento es un comportamiento debido, estaremos ante una prórroga concedida por el acreedor al deudor con las implicaciones que esto tiene, según lo previsto en el artículo 1.851 (37). Cuando obedezca a mera tolerancia o negligencia del acreedor, el medio de protección del fiador es la acción de cobertura del 1.843 (núm. 4, art. 1.843: «Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse»). Se ha de excepcionar, en todo caso, el supuesto en que la pasividad del acreedor determine la pérdida de una garantía, v. gr. no renovación de la inscripción hipotecaria. Pero aquí el hecho deriva de un comportamiento omisivo, no del no ejercicio de la acción al vencimiento. Nunca puede ser base de aplicación del artículo 1.852 la insolvencia del deudor sobrevinida al vencimiento de la obligación, en razón al no ejercicio en el momento oportuno de la acción por parte del acreedor (38). Para estos supuestos, como se ha explicado, el fiador dispone de medios de tutela específicos. Además, se ha de considerar que

(37) Estimamos, con la doctrina mayoritaria, que el efecto extintivo del artículo 1.851 se produce con independencia del alcance de la prórroga concedida (tanto prórroga *obligationis* como *terminus solutionis*). Así, GUILARTE, *ob. cit.*, págs 396-397, DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, págs 527-528, PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 247 y sigs.; CASANOVAS: *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pág. 38, ALVENTOSA DEL RÍO: *La fianza. ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, pág. 188; ROVIRA, *ob. cit.*, pág. 707). La tesis de DIEZ-PICAZO (el art. 1.851 sólo es aplicable a las prórrogas que tengan efectos novativos, *ob. cit.*, págs 616-617) debería ser acogida si efectivamente la concesión de prórroga no impidiera al fiador el ejercicio de la acción de cobertura, al amparo del número 4 del artículo 1.843, como supone el autor. Ahora bien, el aplazamiento de la exigibilidad de la obligación impide al fiador, al menos hasta llegado el nuevo plazo, la acción de cobertura.

(38) Este problema de coordinación entre los artículos 1.851 y 1.852 también se ha planteado en Francia e Italia. La respuesta casi uniforme de la doctrina y jurisprudencia ha sido rechazar que la mera pasividad del acreedor al vencimiento de la obligación principal pueda equipararse a la pérdida de un derecho preferencial (para Francia: BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, pág. 786; AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 698; SAVATIER, *ob. cit.*, pág. 464; MAZEAUD, RANOUIL Y CHABAS, *ob. cit.*, pág. 40, MALAURIE Y AYNES, *ob. cit.*, pág. 105, DELEBEZQUE, voz «Cautionnement». *Encyclopedique juridique*, puesta al día en

el artículo 1.852 no ampara la capacidad económica genérica del deudor en interés del fiador.

Respecto a la segunda de las hipótesis planteadas (no información de las circunstancias patrimoniales), algún autor ha pretendido distinguir, para atribuir distinta solución, los supuestos en que la falta de información compromete la garantía o no. Así se entiende aplicable el 1.852 al caso de que, constituida la hipoteca que caiga bajo el período sospechoso de la quiebra del deudor, el fiador pague directamente al acreedor y éste no le informe de tal circunstancia (39). O bien que, asegurando el fiador los préstamos que durante un período de tiempo pueda conceder un banco a un tercero, el primero no le informe al garante del empeoramiento patrimonial del deudor.

Sin embargo, en el primero de los casos es suficiente con atender a que la imposibilidad de la subrogación no deriva de la falta de información, sino, en su caso, de quedar afectada la hipoteca por la retroacción. En la segunda hipótesis ni siquiera se plantea problema de subrogación. Ahora bien, con relación a este supuesto, creo que debía limitarse la responsabilidad del fiador cuando el banco siga concediendo créditos a sabiendas de la situación del deudor afianzado. A falta de precepto expreso que contemple tal situación, me parece que habría que recurrir a la figura del abuso del derecho o ejercicio contrario a la buena fe. Para estas situaciones, el Código italiano establece la liberación del fiador, según lo previsto en el artículo 1.956: «El fiador por una obligación futura queda liberado si el acreedor, sin especial autorización del fiador, ha concedido crédito al tercero, aun conociendo que las condiciones patrimoniales de éste habían llegado a ser tales que hacían notablemente más difícil la satisfacción del crédito.»

Por último, es necesario precisar que los actos del acreedor relevantes para la aplicación del 1.852 sólo pueden ser los anteriores al momento en que se produce el pago por el fiador. Una vez que éste paga se subroga en la posición del acreedor y, en consecuencia, los actos *a posteriori* realizados por este último le serían inoponibles o ineficaces (40).

2.2. CAUSAS DE EXONERACIÓN DEL ACREEDOR

Como idea general, el fiador no quedará liberado cuando la imposibilidad en la subrogación no venga determinada por voluntad del acreedor o una

enero de 1991, págs. 14-15; jurisprudencia del Tribunal de Casación francés en Sentencias de 16 de febrero de 1970 y 3 de diciembre de 1974, para Italia, en el mismo sentido. anteriores al Código de 1942, CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pág. 649; CAMPOGRANDE, *ob. cit.*, pág. 611, posteriores, FRAGALI, *ob. cit.*, págs. 469-470, BISCONTINI, *ob. cit.*, pág. 1590).

(39) Así lo entendía BEUDANT, *ob. cit.*, pág. 111

(40) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 412.

conducta negligente de éste. Nos ocuparemos a continuación de los casos de exoneración del acreedor, a pesar de haberse producido la pérdida de las garantías o privilegios del crédito. Se limita así, negativamente, el comportamiento del acreedor relevante a efectos de la extinción de la fianza.

En primer lugar, estarían los casos en que los hechos son atribuibles a una disposición legal, una resolución judicial o un contrato previo (41). Como ejemplo de los dos primeros supuestos puede darse la nulidad de la garantía que ha quedado afectada por la retroacción de la quiebra. Un supuesto del último de los casos citados parece ser el contemplado en la Sentencia del TS de 28 de febrero de 1985: la pérdida en el rango de la hipoteca es debida a la posterior inscripción en el Registro, motivada por un acuerdo previo entre las partes. En todo caso, sin embargo, habría que excluir la exoneración del acreedor cuando la ineficacia del derecho o la garantía haya sido producto de una negligencia grave y probada del mismo, v. gr. cuando la irregular constitución de la garantía, después declarada sin efectos, haya sido debida a la no aportación por el acreedor de los datos necesarios para la identificación de los bienes.

A los casos anteriores (exoneración del acreedor) ha de asimilarse la ineficacia de la subrogación determinada por el laudo arbitral. Tanto en el caso de que el convenio arbitral hubiera estado previsto al momento de prestar la fianza (conocimiento del fiador) como cuando se otorgue posteriormente, por la función cuasi-judicial que desempeña (en parte, un problema de efectos del laudo arbitral se plantea en la Sentencia de 31 de marzo de 1927). No así cuando la transacción efectuada por el acreedor y el deudor implique la renuncia del primero o un derecho, garantía o privilegio. Tal es el caso de la Sentencia de 14 de marzo de 1908: el banco «F» concede un crédito a «SE» y la operación es afianzada solidariamente por «A» y «B»; ante el impago del deudor, el acreedor se dirige contra él y consigue el embargo de algunos bienes. Dada la imposibilidad de realizar partida alguna del ejecutado, se dirige contra uno de los fiadores solidarios y contra éste se despacha ejecución y el embargo de bienes; sin embargo, en un convenio previo entre acreedor y deudor para renegociar la deuda, el primero se había comprometido a alzar el embargo y dar aplazamiento para el pago. El TS estima la liberación del fiador. Para la solución creo que basta con observar los efectos que otorga el 1.835 a la transacción celebrada entre acreedor y deudor: no surte efectos contra la voluntad del fiador.

Igualmente ha de quedar exonerado el acreedor cuando la pérdida de la garantía o el privilegio se haya debido a hecho de un tercero, del deudor

(41) Cfr BETANT-ROBET, *ob cit*, pág 343; SIMLER, *ob cit*, pág 23; FRAGALI, *ob cit*, págs. 472 y sigs.

o del propio fiador (S. TS de 2 de junio de 1909) (42). No obstante, cuando se deba a la actuación del tercero o del deudor, es necesario que de las circunstancias del caso la pasividad del acreedor no pueda presumirse como una renuncia implícita a la garantía (por ejemplo, los hechos de la Sentencia de 9 de julio de 1908: un tercero, con conocimiento y aquiescencia del acreedor, se incauta de los géneros dados en prenda por el deudor y los vende, aplicando el precio a su propio crédito). Sin embargo, el acreedor será responsable cuando los actos, aun procediendo formalmente del propio deudor, los ha consentido o incluso provocado. Piénsese en los supuestos de especial vinculación del acreedor como gerente de la sociedad afianzada o en los casos de autocontratación (pueden verse los hechos de la Sentencia de 2 de octubre de 1942, antes relatados).

Por lo demás, en relación a las causas de exoneración del acreedor, se han planteado dos problemas: 1.º si debe ser exonerado el acreedor cuando el fiador hubiera tenido otros medios, fundamentalmente se alude al 1.843, para evitar el perjuicio causado, y 2.º cuál debe ser la eficacia en el caso de que exista cooperación entre acreedor y fiador que determine la imposibilidad o ineficacia de la subrogación.

El primero de los problemas ha sido resuelto por algunos autores decidiendo la exoneración del acreedor, ya que la culpa de éste se compensa con la falta de diligencia del fiador para evitar el perjuicio (43). Lo mismo podría intuirse de la lectura de cierta doctrina jurisprudencial, en especial, la de las Sentencias de 2 de junio de 1909, 22 de noviembre de 1916 y 7 de octubre de 1933. En todas ellas se alude a que el fiador pudo, en su caso, recurrir al derecho concedido en el 1.843 para evitar a tiempo el perjuicio causado por la imposibilidad de la subrogación: «Considerando que pudo el fiador, según precepto del artículo 1.843 del Código Civil, proceder contra el deudor principal, aun antes de haber pagado, cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse, no puede prosperar a los efectos de casación la infracción del artículo 1.852 del citado Código ..., para considerar que ha quedado libre de su obligación el recurrente, por no poderse subrogar en los derechos y privilegios del deudor..., ya que, en virtud de aquel derecho, pudo por sí mismo practicar esas diligencias notariales y porque esa omisión podría afectar solamente a la forma procesal en que había de reclamarse el pago, pero no a la acción y derecho para verificarlo...» (22 de noviembre de 1916).

Me parece que la solución correcta es la contraria a la inicialmente

(42) Cfr. AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, págs. 694-695; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 473, PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 917; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 421; SIMLER, *ob. cit.*, págs. 23 y sigs.

(43) Así, BO, *Nuovo Digesto*, pág. 1128, CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pág. 649; PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, págs. 916 y sigs.; parece ser de la misma opinión PÉREZ ALVAREZ, *ob. cit.*, pág. 250

propuesta: la liberación del fiador. Si bien se mira, además, en ninguna de las sentencias citadas la razón fundamental de la decisión, no aplicación del 1.852, reposa, en última instancia, en la posibilidad de evitar el perjuicio por el fiador, sino en el consentimiento prestado por éste (2 de junio de 1909), en que no se impide la subrogación (22 de noviembre de 1916) o que la actuación del acreedor obedece a una obligación (7 de octubre de 1933). Los artículos 1.843 y 1.852 se sitúan en órbitas distintas. El primero obedece a una medida de aseguramiento del fiador ante el riesgo de tener que pagar o la inminencia del pago, bien por las circunstancias patrimoniales del deudor, bien por la fase de desarrollo o ejecución en la que se encuentra la obligación garantizada. Por contra, el artículo 1.852 es una sanción al perjuicio del derecho de subrogación resultante del comportamiento del acreedor, al margen de las posibilidades que tenga o no el fiador para cubrir el eventual derecho de reintegro. Basta tener en cuenta que el 1.852 se aplica tanto siendo el objeto dado en garantía el único bien patrimonial del deudor como cuando tenga suficientes para satisfacer el derecho de reintegro. El 1.852 es una medida de protección del derecho a favor del fiador del 1.839 (subrogación) y en los límites del mismo. El 1.843 mira, de otro lado, bien a evitar la misma subrogación (relevación del fiador), bien a redoblar la protección del fiador por encima de la subrogación y con independencia de ésta («una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor» —art. 1.843—) (44). El ejercicio de la acción de cobertura no puede impedir la pérdida de la garantía provocada por el acreedor. Esto es lo que sanciona el artículo 1.852.

El segundo de los problemas planteado debe conducir a la exoneración del acreedor (no aplicación del 1.852). Cuando en el hecho determinante de la ineficacia de la subrogación concurren las conductas del acreedor y el fiador no puede pretenderse liberado éste, ni siquiera parcialmente. Ciertos sectores de la doctrina han entendido que para este supuesto era aplicable una liberación parcial del fiador en la medida de la responsabilidad contraída por él en el «hecho» (45). Sin embargo, bien en atención a que ha habido un consentimiento expreso o implícito del fiador, bien porque el 1.852 exige la exclusividad del hecho del acreedor en la producción del resultado perjudicial (46), debe exonerarse al acreedor. Lo que se valora en el 1.852 es el interés del propio fiador, que difícilmente puede subsistir, aun

(44) En el mismo sentido, FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 474, y GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 412

(45) Así, SIMLER, *ob. cit.*, pág. 2; MOULY: *Les causes d'extinction du cautionnement*, París, 1979, núm. 406; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, págs. 342-343.

(46) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 421; AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 695; ROGRON, *ob. cit.*, págs. 2640-2641; PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 917; PACIFICI-MAZZONI. *Istituzioni di diritto civile italiano*, t. V, *parte speciale*, Firenze, 1913, pág. 670.

parcialmente, cuando participa o coopera en la lesión del derecho de subrogación. Esta es la dirección apuntada por las Sentencias ya comentadas de 1 de marzo de 1983 y 20 de junio de 1989. En la primera el TS establece la exoneración del acreedor, porque «pudo (el fiador) frente al acreedor desarrollar actividad orientada a la finalidad de que al menos quedara patente la pasividad que le imputa como determinante de la pérdida de la garantía que la reserva de dominio significaba». Lo cierto es que en el caso, en primer lugar, se duda de la misma efectividad de la reserva de dominio por la inidentificabilidad de los bienes sometidos a la misma. Pero, de todas formas, se aprecia un consentimiento implícito del fiador a la pérdida de la garantía cuando éste no advierte al acreedor de las acciones ejecutivas ejercitadas por un tercero sobre los bienes. De ahí que la negligencia del acreedor en la interposición de la correspondiente acción no pueda considerarse suficiente para provocar la extinción de la fianza. En la segunda sentencia, la no aplicación del 1.852 reside en que «la pérdida del carácter ejecutivo de la acción, como los demandados (fiadores) pudieron exigir en su momento la presencia del Corredor en el acto de la firma; al no hacerlo, tal omisión no puede imputarse exclusivamente al acreedor» (47). Si bien, este segundo caso, más que imposibilidad de subrogación, se trata de una preferencia del crédito que no llegó a constituirse (intervención del Corredor en la firma de la póliza del crédito), sin que tal circunstancia pueda imputarse, sin más, al comportamiento del acreedor.

No obstante, de este último supuesto habría que excluir aquellas situaciones en que la no constitución de la garantía o el privilegio por el acreedor suponga incumplimiento de una obligación legal o contractual. Para estos casos, la carga de la futura constitución corresponde al acreedor, siendo irrelevante la mera pasividad del fiador (en su caso, compeler al acreedor para que realice los actos oportunos) para determinar su liberación.

En los restantes casos, cuando concorra el comportamiento del acreedor con el del deudor o con el de un tercero, aunque aquél pueda consistir en una omisión (permitir la venta por un tercero de los géneros dados en prenda) en la ineficacia de la subrogación, el fiador ha de quedar librado. La *ratio* del 1.852 es que el acreedor de cualquier modo se abstenga de perjudicar la subrogación del fiador (48).

(47) Hechos: el banco «C» era acreedor de «JV» y «DN», afianzada solidariamente la deuda por «MN», «JS» y «JVN». «JV» y «DN» son declarados en suspensión de pagos. En ésta se llega a un convenio por el que se prorroga la obligación principal. Los fiadores entienden que la fianza ha quedado extinguida por la «pérdida» del carácter ejecutivo de la acción (art. 1.852), al no requerir el acreedor la intervención de Corredor de Comercio en la firma de la póliza y por la prórroga concedida en el convenio (art. 1.851).

(48) Supuestos de hecho de los referidos son los de las Sentencias de 14 de febrero de 1908, 9 de julio de 1908, 2 de junio de 1909 y 2 de octubre de 1942.

En general, la conducta del acreedor que impide la subrogación ha de estimarse según las circunstancias de hecho que se den en el supuesto concreto. Ha de valorarse la obligación legal o contractual que puede pesar sobre el acreedor, el consentimiento de éste cuando no interpone las acciones de conservación del derecho o la garantía, la concurrencia del deudor, un tercero o el propio fiador y la renuncia, consentimiento o mera abstención o pasividad de este último.

2.3. EL ARTÍCULO 1.852 Y LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR

Tampoco puede aplicarse el 1.852, como ya se ha referido, a la mera pasividad observada por el acreedor para dirigirse contra el deudor al vencimiento de la obligación principal. O la no actuación implica el abandono de un derecho o garantía (no renovación de la inscripción hipotecaria, supuesto del Acuerdo del TS de 13 de octubre de 1959) (49) y, por tanto, procederá el 1.852, o es fruto de un convenio de prórroga y entonces cae bajo la órbita del 1.851. En los restantes casos no tiene relevancia. Cuando se plantea este supuesto se está pensando, en general, en la insolvencia sobrevenida del deudor. De ahí que se suscite el problema de la hipotética pérdida de un derecho por el acreedor al no haber actuado a tiempo y que, por lo mismo, ha de sufrir el rigor de la insuficiencia patrimonial. ¿Debe ser relevante este caso a los efectos del 1.852?

En general, la relación entre el artículo 1.852 y la insolvencia del deudor se inscribe en un problema más amplio, cual es el de los efectos que hayan de otorgarse a los convenios de quiebra o suspensión de pagos para los terceros garantes o coobligados del deudor suspenso o quebrado (50).

(49) Se trataba en el caso de un supuesto de prescripción de la acción contra el deudor principal

(50) Se ha intentado responder al problema examinando la naturaleza jurídica del convenio. Sin embargo, desde aquí difícilmente se pueden dar respuestas ciertas y todo queda en una cuestión de principios abstractos y confusos. De un lado, la misma división de opiniones en la doctrina lo impide (véase GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 208-210, PÉREZ DE LA CRUZ «Cuestiones en torno a la quiebra», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 529-534, BENEDITO FRANCÉS y CAMARA MINGO. «El convenio en la suspensión de pagos y el artículo 1 851 del Código Civil». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, págs. 1024-1028), de otro, no todos los convenios para salir de la crisis patrimonial son iguales ni contienen los mismos efectos. Me parece que no se puede distinguir, y tampoco tiene relevancia práctica, por los efectos del convenio, entre los que ponen fin a una quiebra o a una suspensión de pagos. Ambos pueden tener eficacia remisoria, dilatoria o mixta. Los dos parten de una situación de insolvencia y se definen por ser una solución a la misma. A efectos prácticos, además, no podemos olvidar que muchas suspensiones de pagos son quiebras encubiertas y dar distintos efectos para los coobligados o fiadores sería crear una apariencia jurídica sin base real.

Para estos casos se está de acuerdo en afirmar que los convenios sólo despliegan eficacia entre los acreedores y el deudor, sin prejuzgar ni limitar las acciones que por la totalidad del crédito tengan los primeros frente a los fiadores y coobligados (51). La reducción que el crédito pueda sufrir por efecto del convenio de la quiebra o la suspensión de pagos del deudor no puede atribuirse a un «hecho propio» del acreedor, en los términos del artículo 1.852. Si bien miramos, esta reducción del crédito por efecto del convenio no cae en la órbita propia del artículo 1.852. Lo que protege la norma son las garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito, no la posible condonación que de la deuda haga el acreedor. Esta tendrá eficacia frente al fiador, cuando no tenga origen en el convenio, pero no por aplicación del artículo 1.852, sino vía artículo 1.847 («La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones»). Y ya digo que esta reducción producto del convenio es ineficaz frente al fiador (52). Ni tampoco compete al acreedor, en virtud del artículo 1.852, preservar la capacidad económica genérica del patrimonio del deudor. En sentido estricto, ni el convenio ni la participación que en el mismo tenga el acreedor perjudica el privilegio o la garantía del crédito inscrito en la masa pasiva. Otra cosa es que por la necesaria reintegración de la masa (retroacción, acciones impugnatorias) se declaren ineficaces algunas garantías del crédito. Pero esto, normalmente, no obedece a un hecho imputable al acreedor.

Por tanto, el convenio afectará a todos los acreedores incluidos en la lista definitiva, independientemente de su actuación en la Junta (no asisten-

(51) Cfr. GUILARTE. *ob. cit.*, pág. 208, GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1983, págs. 501-503 y 535-536; SAGRERA TIZÓN: «Alcance de la fianza prestada al acreedor incluido en la definitiva de la suspensión de pagos», *Revista General de Derecho*, 1987, octubre-noviembre, págs. 5675 y sigs., y «Comentarios a una sentencia de la Audiencia de Valencia respecto de las obligaciones del avalista del suspenso», *Revista General de Derecho*, 1988, marzo, págs. 1283 y sigs.; RAMÍREZ *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, págs. 220 y sigs., TORRES DE CRUELLS: *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1957, págs. 265 y sigs. En contra MANRESA, que entiende que el convenio del concurso o la quiebra constituye novación, por tanto la fianza queda extinguida según los términos del artículo 1.207, *ob. cit.*, págs. 482-483. En el Derecho comparado la respuesta es uniforme: el convenio no limita las acciones del acreedor contra los fiadores o coobligados del suspenso o quebrado (así, arts. 135.2 y 184.1 de la *Legge fallimentare* italiana, 64.2 de la ley francesa de 24 de enero de 1985, 193 de la ley de quiebras alemana; el Anteproyecto español de 1983 mantenía idéntica solución en su art. 234).

(52) Creo que el convenio no puede considerarse como una transacción. Las mutuas y recíprocas concesiones que el artículo 1.890 exige difícilmente pueden entenderse en la relación deudor-acreedor (cfr. GUILARTE. *ob. cit.*, págs. 207-209, PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 534, GARRIGUES, *ob. cit.*, págs. 497-499 y 502. Entiende el convenio como transacción RAMÍREZ, *ob. cit.*, pág. 162, también la Sentencia del TS de 30 de diciembre de 1932).

cia, voto favorable, voto negativo), sin prejuzgar las acciones que por la totalidad del crédito les correspondieren frente a terceros. La eficacia del convenio se limita a la relación acreedores-deudor (doctrina general de las Sentencias de 18 de febrero de 1952, 15 de junio de 1962, 8 de junio de 1966 y 15 de noviembre de 1967) (53). Esta solución a la relación convenio-1.852 viene confirmada por la jurisprudencia del TS. Así las Sentencias de 28 de enero de 1972 y 20 de junio de 1989: «la liberación de los fiadores que se establece en el invocado precepto está condicionada a la realización de algún hecho por el que no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios de éste, lo que no cabe entender que se produjese por pedir su inclusión como acreedor en el expediente de suspensión de pagos, cuando, por el contrario, aparte de los propios efectos de dicho expediente, más parecía perjudicar a los fiadores su falta de inclusión» (20 de junio de 1989). Y al contrario, la no intervención del acreedor en la Junta de aprobación del convenio no debe implicar la aplicación del artículo 1.852, cuando prefiera dirigirse inmediatamente contra el fiador (Sentencia de 28 de enero de 1972).

Pero, aun admitiendo esta solución con carácter general, han de tenerse en cuenta dos observaciones. En primer lugar, si bien es cierto que el fiador debe responder ante la insolvencia del deudor, no se ve razón para que aquél haya de quedar sometido a la solución que proponga el acreedor para salir de esta situación. No se pone en cuestión que el fiador deba responder, sino que no es coherente que haciéndose éste responsable del pago y normalmente acabe como acreedor del suspenso o del quebrado por efecto de

(53) La doctrina jurisprudencial puede resumirse en los siguientes puntos:

1.^º Que la declaración de insolvencia del deudor es precisamente lo que hace entrar en funcionamiento y con total eficacia a la garantía; de entenderlo de otra forma, extinción de la garantía por el convenio aprobado, se privaría de su función propia a la garantía. Para que se extinga total o parcialmente el crédito en relación con los garantes es necesario que los acreedores en el convenio se hayan conformado con no cobrar más que lo que les correspondiese en la liquidación y repartimientos del activo

2.^º Que los efectos del convenio se limitan a los intervinientes en el mismo, «bien por haber comparecido en el mismo a actuar como parte o, aun sin ello, por tratarse de acreedores que al estar comprendidos en la lista definitiva de los que tenga el suspenso, ha de afectarles lo decidido en el convenio». Lo acordado en el convenio no puede beneficiar ni perjudicar a deudor distinto del suspenso ni coartar o interferir la acción que contra un tercero tenga el acreedor por un crédito que figure en la masa pasiva.

3.^º Que la doctrina sobre la subsistencia de la responsabilidad de los terceros con posterioridad al convenio «no admite más lógica excepción que la del pago efectivo y completo del crédito garantizado, ya que los pactos sobre tiempo y forma de hacerlo sólo afectan a los intervinientes en el convenio y modelan, exclusivamente, la responsabilidad del suspenso»

También pueden verse las Sentencias del TS de 23 de marzo de 1973, 24 de noviembre de 1978, 7 de junio de 1983, 6 de octubre de 1986, 14 de septiembre de 1987, 24 de enero de 1989 y 20 de junio de 1989

la subrogación quede al margen del convenio (situación que es la habitual, ya que el acreedor preferirá dirigirse contra el fiador después de declarada la suspensión de pagos o la quiebra y éste deberá repetir contra el deudor) (54). Y en segundo lugar, que el Tribunal Supremo, a pesar de partir del principio de que el convenio no limita las acciones del acreedor contra el fiador, siempre valora en sus decisiones el contenido concreto del convenio y la actuación que al respecto ha tenido el acreedor (55). Hasta el punto de que en algún caso, ciertamente discutible, ha concluido con la extinción de la fianza, con base en los puntos concretos del convenio y la actuación del acreedor (56).

Tomando como referencia estas consideraciones, ha de valorarse en especial la situación del acreedor con derecho de abstención. Creo que éste es el único supuesto en el que ha de estimarse el «hecho del acreedor» a efectos del artículo 1.852 (fuera de aquellos casos en que el acreedor renuncie o perjudique la garantía o el privilegio del crédito, al margen del propio convenio). Cuando se pueden evitar los perjuicios del convenio, en virtud del ejercicio del derecho de abstención, el acreedor que concurre a la Junta y, por tanto, se somete al convenio, observa un comportamiento que cae dentro de lo establecido en el 1.852. En todo caso, es necesario que del ejercicio del derecho de abstención el crédito quede más protegido, lo que se dará en la mayoría de las situaciones (no cabe duda en el caso de que el crédito afianzado goce de una garantía sólida que lo cubra totalmente, v. gr. hipoteca suficiente para la satisfacción del crédito). El perjuicio que sufra el fiador habrá de valorarse en atención a los datos del específico supuesto (por ejemplo, en los casos en que la hipoteca no cubra todo el crédito y por lo restante el acreedor haya de someterse a los efectos del convenio).

(54) Ante esta situación PÉREZ DE LA CRUZ ha propuesto que «la solución más lógica sería que los titulares de créditos contra el quebrado, afianzados por tercero, hagan saber al fiador con antelación suficiente su propósito de concurrir a la Junta para la deliberación del convenio, advirtiéndole que, de no ser pagados en el ínterin, se considera en libertad de votar en el convenio de la forma que estime oportuna, sin que la rebaja o prórroga que la Junta conceda al quebrado vaya a aprovechar al fiador que se ha desentendido del requerimiento de que ha sido objeto», *ob. cit.*, pág. 545.

(55) Se tienen en cuenta los puntos concretos del convenio en las Sentencias de 18 de febrero de 1952, 15 de junio de 1966 y 15 de noviembre de 1967 y se valora, a mayor abundamiento, la participación que en el mismo ha tenido el acreedor en la de 8 de junio de 1966.

(56) Así, en la Sentencia de 26 de mayo de 1988 se declara extinguida la fianza en virtud del artículo 1.849, ya que el acreedor da su aceptación a un convenio de suspensión de pagos en el que en sus puntos 10, 11, 12 y 13 se acordaba una «*datio in solutum*» de los bienes del suspenso, con renuncia del resto no cubierto por los bienes adjudicados «*in valore*» o «*in genere*». Puede verse también el comentario a la Sentencia de 24 de enero de 1989 de ALONSO SÁNCHEZ, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1989, núm. 19 págs. 107 y sigs.

Esta excepción ya ha sido confirmada por el TS en la Sentencia de 1 de julio de 1988: «Y también es de asumir el motivo quinto, en el cual la extinción de la fianza por aplicación del artículo 1.852 se razona a partir del carácter del crédito privilegiado que conviene en el caso litigioso por estar consignado en póliza intervenida; carácter del que se sigue el derecho de su titular a la abstención, del cual hizo dejación la caja al concurrir a la suspensión de pagos como acreedor común, originando la pérdida del privilegio y atrayendo así la aplicación del citado artículo.» Para determinar la aplicación del 1.852 habrá de estarse, pues, a la participación o no del acreedor con derecho de abstención en el convenio, los puntos concretos aprobados en éste y el perjuicio efectivo resultante para el fiador.

III. DERECHOS, GARANTIAS Y PRIVILEGIOS A LOS QUE HACE REFERENCIA

3.1. CUESTIÓN PREVIA: LA GENERICA CAPACIDAD DEL DEUDOR

De los términos amplios del 1.852, que cita «derechos, hipotecas y privilegios», creo que hay que entender que se refiere a todas aquellas situaciones en que el acreedor esté especial o preferentemente favorecido para el cobro o goce de reforzada protección su crédito respecto al patrimonio del deudor. No pienso, por tanto, que puedan limitarse y ceñirse rigurosamente a casos especiales estas situaciones, como ocurre en Alemania, dado el tenor literal del 776.1 BGB y la interpretación que del mismo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia (57).

Ahora bien, que el 1.852 deba considerarse con amplitud no quiere decir que su ámbito de aplicación pueda extenderse a la estimación de una prenda general del patrimonio del deudor a favor del acreedor (58). Se exige, en todo caso, el específico derecho, garantía o privilegio que acompañe al crédito. Una idea que parece deducirse del tenor literal del precepto es clara a primera vista: el hecho del acreedor que determina la liberación del fiador debe quedar circunscrito a aquel que impida la subrogación. En consecuencia, deberían excluirse del ámbito de aplicación del 1.852 los hechos del acreedor que hayan podido influir en una disminución patrimonial del deudor. En concreto, GUILARTE parece decantarse por una postura más abierta,

(57) Así, ENNECERUS, KIPP y WOLFF: «Los casos en que el fiador se libera están determinados con tal precisión por el 776-I, que no parece justificado reemplazarlos por un principio general, mucho más amplio, según el cual el fiador se liberaría cuando el acreedor, por causa de negligencia propia, no consiguiera pago alguno del deudor principal» (se cita abundante bibliografía). *ob cit.*, pág. 836

(58) Cfr. BETANT-ROBET. *ob cit.*, pág. 326. FRAGALI. *ob. cit.*, pág. 469

al indicar que «respecto de la genérica capacidad del deudor para responder, representada por las posibilidades que su patrimonio brinda para satisfacer el reintegro del fiador, el acreedor debe limitarse a no realizar actos que contribuyan a disminuir aquélla, pero sin tener que desenvolver actividad alguna tendente a su conservación» (59). Y lógicamente concluye que «la extinción de la fianza debe producirse cuando con intervención del acreedor tiene lugar la pérdida o desaparición de bienes o elementos del patrimonio del deudor, que configuraban su activo y su capacidad para responder y, consecuentemente, ésta desaparece» (60).

Esta última posición, distinta de la que aquí mantenemos, parece encontrar respaldo en la doctrina jurisprudencial sentada en las Sentencias de 9 de julio de 1908 y 2 de octubre de 1942. En la primera se trata de un deudor que pone en garantía de la obligación afianzada unos géneros a disposición del acreedor, comprometiéndose a pagar la deuda en cuanto realizase la venta de los mismos. Sin embargo, con conocimiento y aquiescencia del acreedor, un tercero, también acreedor del deudor afianzado, toma los géneros y los vende para cobrarse el crédito pendiente. El deudor en cuestión desaparece, y parece ser, por los hechos de la sentencia, que no deja bienes suficientes realizables en el territorio español. El TS falla la liberación del fiador: «... no hizo uso (el acreedor) del derecho que le otorgaba el expresado documento, haciéndose cargo de los bienes que se ponían a su disposición y ... los actos que se realizaron y en que intervino casa Sturges (segundo acreedor) tuvieron lugar con la aquiescencia de aquél, es visto que hubiera o no verdadera prenda, no fue extraño el acreedor a la desaparición de esa garantía, obrando como obró por propia conveniencia, y quedando, por lo tanto, liberado de su responsabilidad el fiador, que para nada intervino en tales actos.»

Ahora bien, en este caso resulta dudoso poder hablar de una colaboración del acreedor a disminuir la capacidad económica del deudor. Aunque así se afirmara, no se puede obviar que la razón del fallo viene determinada no por esta circunstancia, sino porque, independientemente de considerar el supuesto como prenda o no, el comportamiento omisivo del acreedor implica la renuncia voluntaria a la protección reforzada de su crédito por los bienes puestos a su disposición y, por tanto, impide la subrogación en la misma posición al fiador y, como resultado, el efectivo perjuicio de este último. Ha de considerarse, de otro lado, que la misma decisión hubiera tenido lugar, liberación del fiador, en el caso de poseer el deudor bienes suficientes para el pago; el acento se pone en la imposibilidad de la subrogación y no en la contribución a la disminución patrimonial.

(59) *Ob. cit.*, pág. 418

(60) *Ob. cit.*, pág. 420

La segunda sentencia puede ser más ilustrativa. Efectivamente, en ésta el acreedor contribuye con actos directos y personales a disminuir la capacidad económica del deudor para responder. El caso es el siguiente: «A» era prestamista de la sociedad «Transportes C» y también era gerente de esta última; en garantía del préstamo se constituye fianza, resultando fiadores dos socios de «Transportes C»; la sociedad se liquida y, con anterioridad al pago de las deudas sociales, se traspasa todo el activo a otra sociedad, pagando a los socios de la antigua con acciones de la nueva sociedad. El fallo del TS también es la liberación de los fiadores: «... por el alaudido traspaso la sociedad se quedó sin unos bienes que debieron ser destinados preferentemente al pago de la deuda con la consiguiente liberación de los fiadores, imposibilitados ahora para ejercitar el beneficio de excusión y para subrogarse en el derecho de perseguir directamente aquellos bienes ... dado la cooperación del actor al traspaso del activo a la nueva sociedad, es de aplicación ineludible al caso de autos lo dispuesto en el artículo 1.852 del mismo texto legal, que declara para estos supuestos la liberación de los fiadores.»

Tampoco de este segundo caso creo que se puede deducir que el 1.852 se aplica sin más a los supuestos en que el acreedor coopera en la pérdida de capacidad patrimonial del deudor. Lo determinante al caso es la venta del activo patrimonial realizada, entre otros, por el acreedor-gerente, junto a la renuncia implícita de éste al derecho preferente que tiene para el cobro de su crédito (deuda social) con el activo social. Si el acreedor-gerente vende los bienes sociales destinando el producto al pago de los socios (pago en acciones) y no reservando activo para cubrir la deuda social (su propio crédito), parece deducirse por hechos concluyentes la renuncia a su derecho de crédito. El 1.852 se justifica en cuanto el propio acreedor renuncia al crédito contra la sociedad, crédito que además lleva aparejada preferencia para el cobro frente a los socios (preferencia que hoy se encuentra establecida en el artículo 277 de la Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido de 22 de diciembre de 1989). Existe hecho propio del acreedor que determina la pérdida del derecho y la imposibilidad de subrogación del fiador, exigiendo como consecuencia la liberación de este último.

Pero lo dicho hasta aquí no quiere decir que de tal comportamiento no haya de hacerse responsable al acreedor. Lo único que significa es que no creemos que encuentren amparo bajo el artículo 1.852 aquellos hechos del acreedor que sin determinar la imposibilidad en la subrogación del fiador, sí contribuyen a disminuir el patrimonio del deudor. Evidentemente, de tales actos resulta perjuicio para el fiador que paga en su derecho al reintegro. Del perjuicio sufrido debe hacerse responsable al acreedor, pero no vía 1.852. Otra cosa diferente es, y aquí entendemos aplicable el 1.852, cuando por la omisión del acreedor se perjudican el bien o bienes concre-

tos que constituyen el objeto de la garantía real, prenda o hipoteca. Por ejemplo, la cosa dada en prenda al acreedor se pierde o deteriora porque no se ha observado en su custodia «la diligencia de un buen padre de familia», exigida por el artículo 1.867. En general, la sanción del 1.852 no es sólo que por actos del acreedor se imposibilite la subrogación formal, sino también impedir la efectividad o utilidad de dicha subrogación. Pero, en todo caso, se trata de la subrogación en un derecho, garantía o privilegio que facilita el cobro del crédito o tutela una posición de mayor protección frente al patrimonio del deudor que, digamos, la del «simple acreedor».

Me parece que nuestra postura puede ser aclarada si atendemos a un concepto previo. El derecho al reintegro del fiador que paga está protegido a través de dos acciones: acción general de reembolso (cfr. art. 1.838) y subrogatoria (art. 1.839). Esto no significa que sean dos acciones separadas, sino que debe admitirse su carácter complementario y de recíproca concurrencia (61). El artículo 1.852 es una tutela específica y determinada al derecho de subrogación del fiador y no, en general, del derecho de reembolso que también corresponde al mismo. ¿Qué sentido, en otro caso, podría tener la liberación del fiador cuando el acreedor cancela la hipoteca en garantía del crédito afianzado, aun existiendo bienes suficientes en el patrimonio del deudor para satisfacer el derecho de reintegro? Y, sin embargo, la extinción de la fianza se produce. Entenderlo de otra forma sería tanto como considerar sometido todo el patrimonio del deudor a una «prenda general» *strictu sensu*. La subrogación conviene en cuanto el derecho, la garantía o el privilegio concede al acreedor/fiador una situación de ventaja o mayor facilidad para el cobro. El hecho propio del acreedor ha de impedir que se coloque el fiador en esta situación de ventaja.

Cuando, sin embargo, sin impedir la subrogación el hecho contribuye a disminuir el patrimonio del deudor, la situación es otra. La nota común de estos supuestos me parece que en general se puede encajar en la estructura del fraude de acreedores. Por tanto, la vía de protección del fiador no vendrá por el 1.852, sino por el ejercicio por aquél de la correspondiente acción pauliana o revocatoria. Creo, además, que no se pueden plantear problemas respecto a la legitimación del fiador para el ejercicio de esta acción, cuando normalmente se admite su interposición por titulares de créditos sometidos a condición suspensiva (62). La posición del fiador es análoga en cuanto a su eventual derecho al reintegro. El ejercicio de la

(61) Sobre la relación entre reembolso y subrogación puede verse GUILARTE. *ob. cit.*, págs. 265-268

(62) Así Díez-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 755. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, II-1º, Barcelona, 1985, pág. 336

acción procedería tanto en la situación descrita como cuando es un tercero quien contribuye a la pérdida de la capacidad económica del deudor (63).

3.2. DERECHOS Y GARANTÍAS ESPECÍFICOS Y TIEMPO DE SU CONSTITUCIÓN

El acreedor no puede renunciar o perjudicar los privilegios y garantías específicas del propio crédito. Quedan excluidas las garantías genéricas de la obligación. También deben entenderse afectados por la excepción de subrogación los derechos inherentes a la obligación principal, es decir, aquellos específicos en contemplación de la singular relación obligatoria. Además, se impone al acreedor el cumplimiento de aquellos actos a que por la ley o por contrato esté subordinada la persistencia de la eficacia de la obligación; pero no le será exigible el cumplimiento de aquellos que sirvan para hacer «más útil o eficaz» el derecho de reintegro del fiador. Como ya hemos afirmado, el 1.852 mira al derecho de subrogación del fiador y no al genérico regreso (64).

En el sentido último citado pueden verse, entre otros, el derecho de retención del acreedor, la preferencia para el cobro del vendedor en la compraventa sometida a la Ley de Venta a Plazos, la preferencia también a favor del vendedor que establece el artículo 340 del Código de Comercio, mientras las mercancías vendidas permanezcan en su poder. De tal forma, que para este último supuesto debe estimarse aplicable el 1.852 cuando el vendedor las cede al comprador afianzado o a un tercero, se haya producido o no el pago del fiador (caso semejante es el resuelto por la Sentencia de 9 de julio de 1908). Sin embargo, creo que no procederá la subrogación, y por tanto la aplicación del 1.852, en los casos de posibilidad de ejercicio de la facultad resolutoria o la excepción de incumplimiento contractual, pese a la opinión contraria de algunos autores (65). Respecto a la primera, ha de tenerse en cuenta que no pasa de ser una facultad, el acreedor puede pretender tanto el cumplimiento como la resolución. Si exige aquél actúa

(63) En este caso, comúnmente se entiende que la acción revocatoria del acreedor es objeto de la subrogación a favor del fiador (así, FRAGALI, *ob. cit.*, págs. 387 y sigs., y GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 269). Creo, no obstante, según lo expuesto, que debe admitirse, en este caso, legitimación directa a favor del fiador y no solo en vía subrogatoria. Me parece, por tanto, que el no ejercicio de la acción por el acreedor contra el acto celebrado entre el deudor y el tercero, en cuanto no afecte a una garantía específica, no puede dar lugar a la liberación del fiador. Aun afectando a una garantía específica, la mera pasividad del acreedor no debe conducir, en general, a la extinción del artículo 1.852. Además de las razones que a continuación exponremos, se ha de tener en cuenta que el fiador dispone de medios propios para la tutela de su eventual derecho

(64) Cfr. FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 470.

(65) Así, SIMLER, *ob. cit.*, pág. 17

correctamente, con independencia de cuál sea la situación patrimonial del deudor, y no puede imputársele la pérdida de una garantía o tutela específica para liberar al fiador. La fianza precisamente viene a jugar, se puede decir en general, ante el incumplimiento del deudor. En relación con la segunda (excepción de incumplimiento), me parece que ha de considerarse que en ella no se subroga el fiador; en consecuencia, queda fuera del ámbito del 1.852. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que sólo actúa como excepción y, en segundo lugar, que nace de la propia reciprocidad existente en la relación obligatoria afianzada entre acreedor-deudor. Difícilmente puede asemejarse a esta situación la del fiador que paga por su derecho al reintegro contra el deudor (66).

El perjuicio de la subrogación en los derechos y garantías a las que se refiere el 1.852 debe quedar limitado a aquellas que ya estén constituidas. La facultad o posibilidad que tenga el acreedor de constituir una nueva garantía no cae bajo el ámbito de la sanción; no quedará liberado el fiador cuando el acreedor desista o rechace su constitución. Otra cosa es que la constitución se deba a un deber legal o una obligación convenida contractualmente, en cuyo caso es de aplicar el 1.852. Igualmente debe extenderse la sanción (liberación del fiador) al supuesto de que la garantía estuviera prevista y el contrato resulte posteriormente afianzado (por ejemplo, el acreedor omite los trámites legales para su eficacia) (67).

Un asunto problemático respecto a los derechos y garantías es el de su momento de constitución. Es decir, si el 1.852 se ha de aplicar en todo caso o sólo cuando el acreedor perjudique la subrogación de los derechos y garantías constituidas previa o simultáneamente a la prestación de la fianza.

Se defiende la última de las soluciones, limitar la eficacia del 1.852 a las ya constituidas al tiempo de la fianza, con base en que éstas fueron las únicas que pudieron ser tomadas en consideración por el fiador en vistas a su derecho de subrogación (68). De otro lado, existen ordenamientos, como el alemán (parágrafo 776.2 BGB) y el suizo (art. 503 del Código de las Obligaciones), que sancionan la solución contraria: la liberación del fiador por el perjuicio de la subrogación aunque afecte a garantías posteriores a la constitución de la fianza (69).

(66) En el mismo sentido, FRAGALI, *ob. cit.*, págs. 356 y sigs

(67) De igual opinión GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 420

(68) Cfr AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 695 (cita en su apoyo la opinión de MOURLON, BERTAULD, PONT, ZACHARIAE); PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 914, JOSSE-RAND, *ob. cit.*, págs. 420-421, BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, pág. 786, COLIN Y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 34; BEUDANT, *ob. cit.*, págs. 111-112; MAZEAUD, RANOUIL Y CHABAS, *ob. cit.*, pág. 39, SIMLER, *ob. cit.*, pág. 18; PACIFICI-MAZZONI, *ob. cit.*, págs. 670-671, FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 470, DE BUEN, anotaciones a COLIN Y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 50.

(69) En el mismo sentido, la opinión mayoritaria de la doctrina en Bélgica, en contra de la práctica jurisprudencial (restrictiva), DE PAGE *Traité élémentaire de droit*

Esta última creo que es la solución correcta. Incluso en aquellos países donde tradicionalmente se ha defendido la primera solución por la doctrina y la jurisprudencia, se observa una línea aperturista. Así, jurisprudencialmente se ha admitido en Francia que deben tenerse en cuenta a efectos del 2.037 (correspondiente al 1.852) las garantías que, aun constituidas posteriormente, son consecuencia legal y necesaria del contrato afianzado o cuando el acreedor se hubiera comprometido previamente a constituir las o, en fin, cuando razonablemente el fiador pudiera confiar en que el acreedor establecería aquellas garantías a las cuales estaba facultado legalmente (70). La solución que nosotros estimamos correcta encuentra pleno apoyo fundamentalmente en dos criterios. En primer lugar, la doctrina y jurisprudencia que limita las garantías a los efectos del 1.852 se basa en que éstas fueron conocidas y tenidas en cuenta por el fiador. Por lo tanto el límite parece venir impuesto reconduciendo la obligación del fiador a un principio de reciprocidad o sinalagmaticidad en la fianza, que no tiene fundamento legal y que ya ha sido criticado por nosotros. En segundo lugar, la ley no permite la distinción según el tiempo de la constitución. El 1.852, digámoslo una vez más, deriva de la subrogación legal a favor del fiador establecida en el 1.839, sin que, a *sensu contrario*, dicha subrogación quede limitada a los derechos del acreedor previa o simultáneamente constituidos a la prestación de la fianza. El 1.852 sanciona este principio de la subrogación sin distinguir en razón del tiempo de constitución. La subrogación deriva de la posición del fiador de obligarse por deuda ajena y el 1.852 responsabiliza al acreedor del perjuicio en toda la extensión que aquél sufra. El 1.852, desde el lado positivo, implica un comportamiento del acreedor dirigido a permitir la subrogación del fiador en su idéntica situación, por todos los derechos y garantías que tuviera contra el deudor (71). Se entiende, claro está, que se circunscribe la conservación a los derechos, garantías y privilegios plenamente constituidos a su favor y no a las meras expectativas o facultades.

3.3. SUPUESTOS ESPECIALES

Algunos problemas se pueden presentar respecto a derechos y garantías específicos. Vamos a tratar cada uno de los supuestos por separado.

civil belge, t VI, núm 964, VAN OVERBROCH: «A propos d'un mode d'extinctionnement du cautionnement: l'article 2037 du Code civil». *Rev. Banque*. 1968, núm 12

(70) Así, SIMLER, *ob. cit.*, págs 18-20; BETANT-ROBET, *ob. cit.*, págs 328-331.

(71) Cfr CAMPOGRANDE, *ob. cit.*, núm 847, MIRABELLI, *ob. cit.*, págs 600-601 (con cita de la misma opinión de DURANTON, PONSOT, TROPLONG), BO, *Nuovo Digesto*, pág. 1129, BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág 330; GUILARTE, *ob. cit.*, págs 419-420, MANRESA, *ob. cit.*, pág. 485; PEREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *ob. cit.*, pág 839.

a) En los casos de renuncia por parte del acreedor a una fianza anterior que garantice la misma deuda, liberación de uno de los cofiadores o perjuicio de una garantía prestada por un tercero a la deuda afianzada, la solución debe ser idéntica: liberación total o parcial, según los supuestos, del fiador. En el primer caso (renuncia a la fianza previamente constituida), la fianza es una garantía más del segundo fiador y procedería, en caso de pago por éste, la subrogación en la misma posición del acreedor. por tanto, es evidente el perjuicio que se causa. Al segundo supuesto es de aplicación el 1.850, que contempla expresamente el caso y prevé la liberación parcial de los restantes cofiadores («... aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado»), independientemente del problema que se suscita en torno al *quantum* (72).

En el tercero de los casos el problema real es el de la preferencia en la subrogación entre el tercero que presta la garantía (vía art. 1.210) y el fiador (subrogación automática). Ahora bien, me parece que, en todo caso, si es el fiador el que paga, la subrogación comprenderá la hipoteca o la prenda prestada por el tercero. De ahí que la imposibilidad de la subrogación en esta garantía por hecho del acreedor debe caer bajo la *ratio* del 1.852. Creo, además, que se ha de primar la subrogación legal del fiador frente a la del tercero. De concluir la solución contraria, la eficacia del 1.852 quedaría posiblemente muy reducida (73).

b) Problemas en la solidaridad pasiva: para aclarar los problemas que surgen de esta situación hay que diferenciar dos hipótesis distintas: 1.º la imposibilidad de la subrogación por hecho propio del acreedor en los derechos y garantías de éste frente a alguno/s de los codeudores solidarios (v. gr. uno de ellos garantiza la obligación con una hipoteca); 2.º la liberación hecha por el acreedor de un codeudor solidario.

En el primer caso el fiador puede garantizar a todos los deudores solidarios o bien sólo a uno de ellos. Cuando garantiza a todos no hay duda de que el perjuicio causado en la subrogación, por ejemplo por haber devuelto

(72) Como se sabe, se ha defendido que el *quantum* del 1.850 sólo es la parte alícuota que corresponde a los fiadores en relación con el fiador liberado (MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, pág. 683). Me parece, sin embargo, que la interpretación correcta es la seguida mayoritariamente por la doctrina, que consiste en entender el *quantum* por la totalidad de la cuota que correspondía al particular fiador, GUILARTE, *ob. cit.*, págs. 390-392.

(73) Los tres supuestos planteados son tratados por GUILARTE. Para los dos primeros da idéntica solución (*ob. cit.*, pág. 412). Para el tercero parece inclinarse por la misma, aunque con dudas (*ob. cit.*, págs. 420 y 270-272). Los criterios que se aportan para resolver el problema de la preferencia en la subrogación son a) la preferencia viene determinada por el hecho del pago. b) en todo caso, es preferente el fiador. c) los deudores subsidiarios deben soportar por mitad las consecuencias del pago. y d) tomar en consideración las fechas de constitución de las garantías.

el bien dado en prenda al deudor que la prestó, implica la liberación del fiador en virtud del 1.852. Téngase en cuenta que en caso de pago por el fiador, éste se subroga en las acciones del acreedor contra todos los coobligados solidarios. La situación cambia cuando sólo se afianza a uno de los coobligados. Sólo cae bajo el ámbito del 1.852 aquel perjuicio en la subrogación de la relación entre el acreedor y el particular codeudor afianzado. En este supuesto, la subrogación del fiador se ciñe a los derechos y garantías del acreedor contra el particular coobligado. Incluso admitiendo que las subrogación del fiador en la posición del acreedor se extiende a las acciones contra los restantes coobligados, esto lo es en virtud no de la específica subrogación del fiador del 1.839, sino como efecto del 1.210, como el pago efectuado por tercero interesado. Y para estos supuestos de subrogación, como parece evidente, no se extiende la aplicación del 1.852. Este precepto tutela la subrogación específica procedente del 1.839. En consecuencia, el «perjuicio en la subrogación» causado por el acreedor en los derechos y garantías que tenga contra el coobligado no afianzado no entra en el ámbito del 1.852.

Para el segundo caso (liberación de uno de los coobligados) también procede distinguir según la fianza garantice a todos o sólo a algunos de los fiadores. Cuando el fiador garantiza a todos los obligados, la liberación por el acreedor de uno de ellos supone, en aplicación del 1.852, la extinción en los mismos términos de la fianza. Por hecho del acreedor se lesiona el derecho de subrogación del fiador, ya que impide la acción que éste tendría, en su caso, contra el codeudor liberado. Sin embargo, si el fiador garantiza sólo a uno de ellos, la liberación concedida a uno de los coobligados no afianzados no supone la liberación del fiador vía 1.852. Y la razón se encuentra en lo que antes hemos evidenciado: la subrogación contra los restantes coobligados es en virtud del 1.210. Esta liberación aprovecha al fiador en la medida que puede aprovechar al codeudor afianzado, es decir, a través del juego de las excepciones entre los coobligados entre sí —art. 1.148— y del fiador respecto al obligado principal —art. 1.853—.

c) Perjuicio de las acciones cambiarias: nos referimos expresamente a la fianza prestada de la letra de cambio y no a la posición del avalista. En segundo lugar, abordamos el problema concreto del perjuicio de las acciones cambiarias por uno de los acreedores cambiarios. Cuando la ineffectividad de la subrogación determinada por el acreedor cambiario afecta a otros derechos y garantías de su crédito, v. gr. hipoteca garantizando la letra de cambio, no se plantea ningún problema para la aplicación del 1.852.

El caso problemático creo que tiene solución según lo que se decida a propósito de la subrogación del fiador que paga en la posición del acreedor cambiario. ¿Por el pago del fiador se subroga éste en las acciones cambiarias del acreedor? La doctrina parece encontrarse dividida. La Sentencia de

11 de junio de 1984 se inclina por la respuesta negativa: «no es el titular cambiario de ella (el fiador) al no haberla adquirido por endoso, ni haberla hecho efectiva como obligado cambiario, sino en virtud de un contrato de afianzamiento anterior a su libramiento ..., por lo que no puede ejercitar las acciones cambiarias contra el aceptante de la letra». Igual criterio comparte GUILARTE (74). Sin embargo, me parece que con mejores razones se ha defendido la posición contraria (75).

No hay argumentos ni de derecho cambiario ni de derecho civil para excluir la subrogación del fiador en los derechos cambiarios. Aunque el medio específico de circulación de la letra sea el endoso, esto no quiere decir que no haya otros medios de transmisión de la titularidad cambiaria (el TS parece recoger exclusivamente el endoso y el pago por el obligado cambiario —art. 519 C. de C.—). La transmisión de la titularidad cambiaria sigue el mismo principio de libre transmisión de los derechos de crédito, señalado en el artículo 1.112 del Código de Comercio; así, por ejemplo, se opera la transmisión cambiaria por cesión del crédito, vía *mortis causa*, etc. En segundo lugar, la amplitud de la subrogación a favor del fiador, según el 1.839, no impide que éste se coloque derivativamente en la misma posición que el acreedor cambiario. Las únicas excepciones a la subrogación serían las procedentes de estar en presencia de derechos personalísimos e intransmisibles. No hay nada que autorice a limitar la subrogación del fiador de letra de cambio. En consecuencia, podrá ejercer las acciones cambiarias del acreedor subrogado siempre que esté en posesión de la letra de cambio y acredite la titularidad de su crédito (76).

Consecuentemente con lo establecido, el perjuicio de las acciones cambiarias por parte del acreedor debe implicar la liberación del fiador de letra de cambio, según lo previsto en el 1.852 (77). Creo que se comprenderá la lógica de la solución si se repara en que una cosa es que el acreedor sólo pueda dirigir las acciones cambiarias contra los firmantes de la letra y otra distinta es que el fiador que paga no pueda quedar subrogado en los derechos cambiarios del acreedor satisfecho.

(74) *Ob. cit.*, pág. 270.

(75) Cfr. GALÁN CORONA. «Comentario a la Sentencia de 11 de junio de 1984», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre 1984, núm. 6, págs. 1827 y sigs.. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «El aval cambiario», *Derecho cambiario Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dirigi. por A. Menéndez, Madrid, 1986, pág. 600. DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, pág. 523.

(76) Cfr. GALÁN CORONA, *ob. últ. cit.*, págs. 1830-1833.

(77) Creo que desde la doctrina de la Sentencia TS de 23 de marzo de 1973 se puede llegar a la misma conclusión. Un fiador avala varias letras de cambio y el acreedor levanta el embargo de algunos bienes del deudor-aceptante. Sin embargo, al caso no se aplica el 1.852, porque, dados los términos amplios en que fue prestada la fianza, parece existir una renuncia del fiador a ampararse en tal beneficio.

d) En los casos de cambio de una garantía por otra la solución no puede venir dada apriorísticamente, sino en atención al perjuicio o no que resulte para el fiador. En la misma situación se encuentran los supuestos de permuta y posposición del rango hipotecario (sobre el particular puede verse la Sentencia de 28 de febrero de 1985). Aunque en estos últimos se pueda apreciar un perjuicio en abstracto para el fiador por el empeoramiento del rango, la liberación del fiador establecida en el artículo 1.852 sólo opera como consecuencia de la concreta ineficacia de la subrogación por el hecho del acreedor. Esta última circunstancia apunta a algo que constataremos en el apartado siguiente: la extinción de la fianza vía 1.852 no opera automáticamente, sino como excepción del fiador ante el acreedor reclamante.

IV. VALORACION DEL PERJUICIO Y CARGA DE LA PRUEBA

Decíamos que el artículo 1.852 descansa en la idea de que el acreedor debe hacerse responsable en la medida que voluntaria o negligentemente perjudica el derecho de subrogación del fiador, que se establece legalmente a su favor. Consecuentemente es necesario que la imposibilidad en la subrogación produzca un perjuicio cierto al fiador. Este extremo no se comprende expresamente en la literalidad del precepto, pero es destacado unánimemente por la doctrina (78) y la jurisprudencia (ver, por ejemplo, las Sentencias de 28 de febrero de 1985 y 30 de diciembre de 1988) y resulta de una interpretación lógica de la norma, en atención a la finalidad perseguida por ésta. Cuando el derecho, la garantía o el privilegio no tienen ninguna utilidad o efectividad, de su renuncia no se puede desprender ningún perjuicio para el fiador. Por esta misma razón la liberación del fiador será correlativa al perjuicio sufrido, v. gr. cancelación de una de las hipotecas que cubre parcialmente el crédito, cesión parcial del crédito, reservándose el acreedor las seguridades por la parte no cedida supuestos de posposición o permuta del rango hipotecario, realización de los bienes dados en prenda por un precio notablemente inferior al ordinario en el mercado, etc.

La valoración del perjuicio causado ha de hacerse desde los planos jurídico y económico. En principio, la imposibilidad de la subrogación en una ventaja jurídica es por sí misma un perjuicio efectivo. De esta forma, bastará que se dé tal circunstancia, aunque el deudor tenga bienes suficientes para satisfacer el derecho de reintegro del fiador. Ahora bien, junto a

(78) Cfr AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, pág. 696; BEUDANT, *ob. cit.*, págs. 111-112, PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, págs. 918-919, BAUDRY-LACANTINERIE, *ob. cit.*, pág. 786; COLIN Y CAPITANT *ob. cit.*, pág. 35, RAVAZZONI *Novissimo Digesto*, pág. 288; BO: *Nuovo Digesto*, pág. 1128; MIRABELLI, *ob. cit.*, pág. 599; PACIFICI-MAZZONI, *ob. cit.*, pág. 670; FRAGALI, *ob. cit.*, pág. 471, MANRESA, *ob. cit.*, pág. 485, MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, pág. 693; PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, *ob. cit.*, pág. 839; GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 422.

esto debe haberse impedido una utilidad económica concreta y determinada. No será suficiente, por tanto, la renuncia a la garantía por el acreedor cuando ésta fuera ineficaz para satisfacer el derecho de crédito. Tampoco existirá perjuicio por el hecho de que el acreedor, cuyo crédito ha sido afianzado sólo parcialmente, se dirija contra el fiador y persiga por la parte restante al deudor (ver Sentencia de 14 de febrero de 1978). El perjuicio, en consecuencia, no se ha de ver en que el deudor no tenga bienes para pagar, sino en la imposibilidad del fiador de cobrarse con la mayor agilidad, protección o preferencia.

Corresponde al fiador la carga de la prueba. Esta ha de recaer tanto en la imposibilidad de la subrogación sufrida como en el perjuicio efectivo resultante de ella (79). El acreedor se exonerará demostrando que el hecho determinante de la pérdida no le es imputable o no constituye negligencia grave en los términos que hemos analizado (80), o bien que del derecho o la garantía perdida no se desprendía ninguna utilidad para la satisfacción del crédito (81). De ahí que con acierto se haya afirmado que el supuesto previsto en el artículo 1.852 no funciona como causa de extinción automática, sino sólo por vía de excepción.

V. EL ARTICULO 1.852 Y LAS SITUACIONES ANALOGAS A LA DEL FIADOR

¿Puede extenderse la sanción del 1.852 a situaciones análogas a la del fiador? Por la dicción literal del precepto no hay duda de que no se plantean problemas para su aplicación a los fiadores solidarios, tal y como surgieron en otro tiempo en la doctrina y jurisprudencia francesas (82). Aún más, para algunos autores el artículo constituye un argumento importante para atraer al régimen jurídico básico de la fianza a la fianza solidaria (83),

(79) Cfr. SIMLER, *ob. cit.* pág. 26; BETANT-ROBET, *ob. cit.* pág. 345, FRAGALI, *ob. cit.* pág. 471

(80) SIMLER, *ob. cit.* pág. 23.

(81) Cfr. GUILARTE, *ob. cit.* pág. 423.

(82) Estas han sido una polémica circunscrita exclusivamente a Francia. En Italia el artículo 1.928 del Código de 1865 (correspondiente al 1.852) señalaba, como el artículo 1.852, de forma directa a los fiadores solidarios. Por lo demás, la polémica en Francia formó parte de la polémica más general a propósito del régimen jurídico aplicable a la fianza solidaria. Excluyó su aplicación al fiador solidario la antigua jurisprudencia francesa, citada por BEUDANT, *ob. cit.*, pág. 108. Hoy la aplicación del artículo 2.037 a la fianza solidaria es un principio incontestado (cfr. BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 315, MALEURIE Y AYNES, *ob. cit.* pág. 101; SIMLER, *ob. cit.*, pág. 7).

(83) Así, DELGADO ECHEVARRIA, que gráficamente señala: «Por el portillo aparentemente mínimo del artículo 1.852 se introduce en realidad toda la disciplina de la fianza», *ob. cit.*, pág. 536.

frente a quienes defienden la aplicación de las reglas de la solidaridad de deudores. Tampoco creo que se pueda discutir la extensión del 1.852 a la subfianza y la retrofianza. Si bien, en este último caso, la norma opera en el triángulo formado por el fiador que ha pagado (crédito por el reintegro/subrogación), el deudor y el retrofiador. El problema se ha planteado básicamente en tres casos: coobligados solidarios, fiador real y avalista.

a) Coobligados solidarios: en general existe consenso en la doctrina para excluir el 1.852 (84). Las diferencias en la posición jurídica entre el coobligado y el fiador son notables. El coobligado es un deudor principal, se obliga en el propio y exclusivo interés; el fiador es deudor subsidiario, se obliga por cuenta de un tercero. La relación de accesoriedad sólo puede predicarse del fiador. Una cosa es que la solidaridad pasiva pueda cumplir una función de garantía y otra afirmar la mutua y recíproca garantía entre los deudores solidarios para asimilarlos a los fiadores, construcción que difícilmente se sostiene (85).

Ahora bien, me parece que la razón básica para excluir el 1.852 de la solidaridad pasiva es la consideración de esta norma como un medio específico de tutela de la subrogación procedente del 1.839. ¿Se subroga el coobligado que paga en la posición del acreedor? La contestación a esta pregunta suscita una relativa polémica en nuestra doctrina (86). En orden a los efectos, habría que advertir que por el pago se extingue el crédito y deja de existir la solidaridad: el deudor tiene acción contra los restantes coobligados y por la parte correspondiente. Aun de admitirse la subrogación, que pienso que es lo correcto, ésta procede en virtud del 1.210.3.^º El deudor se subroga en los derechos y garantías existentes al momento del pago. Se aprecia, por tanto, la diferencia de efectos procedentes de la subrogación vía 1.839 y 1.210. Los artículos 1.839 y 1.852 miran, sobre todo, a la posición del fiador como garante, de ahí que se sancione la conducta del acreedor que perjudica los «derechos, hipotecas y privilegios» del crédito. Tal sanción carece de sentido ante un acreedor que es satisfecho por un tercero interesado: situación del coobligado que paga respecto a la parte de la deuda que corresponde a los restantes. De tener algún efecto en la solidaridad pasiva el perjuicio de la subrogación, aquél debe discurrir por los cauces de la responsabilidad contractual (al margen de los efectos que se puedan derivar de caer el caso bajo el ámbito de los artículos 1.143,

(84) Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *ob. cit.*, pág. 671; CICCAGLIONE, *ob. cit.*, pág. 650, MIRABELLI, *ob. cit.*, pág. 598. RAVAZZONI, *ob. cit.*, págs. 46 y ss.; DE BUEN, anotaciones a COLIN Y CAPITANT, *ob. cit.*, pág. 50

(85) Una concepción de este tipo era la mantenida por BONFANTE. Ver referencia y cita en GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 33.

(86) Sobre el particular, ver la exposición de GUILARTE en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV-2.^º. Madrid, 1983. págs. 352 y sigs.

1.146 ó 1.148, pero éstos quedan fuera de la problemática específica del 1.852).

b) Fiador real: se entiende por tal al tercero que pignora o hipoteca un bien propio en garantía de una deuda ajena (cfr. art. 1.857). ¿Podrá beneficiarse de la extinción procedente del 1.852? La doctrina y jurisprudencia francesas han respondido mayoritariamente de forma afirmativa a la pregunta (87). El efecto de la extinción por actos del acreedor está previsto expresamente en el Código italiano para el tercero hipotecante y análogicamente entiende la doctrina que se aplica para el constituyente de prenda (88). ¿Debe acogerse esta solución entre nosotros?

Así lo han entendido, entre otros ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU Y CHICO Y ORTIZ, en razón, parece ser, de la análoga situación entre el fiador y el tercero constituyente de garantía real (89). Sin embargo, a mi entender, son notables las diferencias entre el fiador y el fiador real. En primer lugar, este último es ciertamente responsable, pero no deudor (90). El acreedor no tiene acción contra el tercero (fiador real), ni siquiera subsidiariamente, para reclamar el cobro del crédito insatisfecho por el deudor; el tercero no incumple ninguna obligación si al vencimiento no paga. El efecto de la constitución de la hipoteca por tercero es prolongar el patrimonio de agresión y responsabilidad del deudor, pero esto no implica que el tercero sea obligado. No creo que en este caso se pueda hablar de una asunción legal o convencional de deuda por el constituyente. En segundo lugar, la responsabilidad del fiador se extiende a todo su patrimonio (cfr. art. 1.911), la del tercero queda limitada al bien dado en garantía. Por último, y en cuanto al régimen de efectos, el fiador real no tiene beneficio de excusión, ni la acción de cobertura contra el deudor, prevista en los supuestos del 1.843.

De esta forma, delimitadas ambas posiciones jurídicas, sólo será correcta la aplicación del 1.852 al fiador real, con base en el reclamo legal o cuando se aprecie una identidad de razón entre ambas. Obsérvese, por ejemplo, que la doctrina italiana excluye las restantes causas de extinción

(87) Ver, por todos, SIMLER, *ob. cit.*, pág. 8, y BETANT-ROBER, *ob. cit.*, pág. 317

(88) Artículo 2.869 del *Codice*: «La hipoteca constituida por tercero se extingue si, por hecho del acreedor, no puede tener efecto la subrogación del tercero en los derechos, la prenda, la hipoteca y privilegios del acreedor.» Para su aplicación análogica a la prenda ver, por todos, GORLA, *Del pegno, delle ipoteche. Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Roma-Bolonia, 1968, págs. 7 y sigs. Con anterioridad al Código del 42 la doctrina estaba dividida sobre la aplicación al tercero constituyente de hipoteca o prenda a favor, PACIFICI-MAZZONI, *ob. cit.*, pág. 671; en contra, MIRABELLI, *ob. cit.*, págs. 597-598.

(89) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV-1^ª, Barcelona, 1979, pág. 330; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-3^ª, Barcelona, 1983, pág. 69; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1989, págs. 1462-1463

(90) En contra, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1990, pág. 502. A favor de esta concepción, GUILARTE, *ob. cit.*, pág. 448.

de la fianza en su aplicación al tercero hipotecante por el carácter singular y excepcional a la propia posición del fiador frente a cualquier otra forma de garantía (91). El primer caso (reclamo legal) no se da en nuestro ordenamiento; ¿existe identidad de razón que autorice la aplicación analógica? Creo que se impone la contestación negativa. Algunas de las diferencias entre un supuesto y otro (fiador/tercero constituyente) ya han sido destacadas. Tampoco se puede considerar al tercero como fiador con responsabilidad circunscrita al bien, ya que no se trata de una limitación cuantitativa de la responsabilidad, sino de la vinculación real de un bien en garantía de un crédito (92). Aún se puede considerar que la identidad descansa en la común posición de garantes del fiador y el tercero. Ahora bien, a esta común posición el ordenamiento otorga facultades y efectos jurídicos distintos. Por lo que se atiene a nuestro interés, la subrogación en caso de pago (límite protector del 1.852) proviene de vías diferentes: 1.210.3.^º y 1.839, tercero y fiador, respectivamente. El tercero que paga se coloca en la posición del acreedor al momento de efectuarse el pago, lo que limita considerablemente la extensión de protección de la subrogación que concede el 1.852 al fiador, como ya hemos visto.

La renuncia del acreedor a otras garantías del crédito distintas de la propia del tercero no conlleva la aplicación del 1.852 (93). En caso de contraerse alguna responsabilidad del acreedor frente al fiador real por estos actos, ésta debe quedar circunscrita a los límites de la responsabilidad contractual.

Las razones de la exclusión del 1.852 se añaden si en vez del fiador real estamos delante del tercero adquirente de finca hipotecada. En este caso, ni en los sistemas en que está previsto el beneficio para el fiador real, se aplica tal solución al tercer poseedor (94).

c) Avalista de letra de cambio: me parece que para resolver la cuestión es necesario hacer una previa puntualización. En el aval no hay un fenómeno propiamente de subrogación. Por el hecho del pago el avalista tiene una acción cambiaria derivada de la propia letra (cfr. art. 37 de la Ley Cambiaria) contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiarios respecto a esta última. Es un derecho autónomo que adquiere *ope legis* y que en ningún momento se identifica con las acciones de regreso o subrogatoria que corresponden al fiador (95). Ahora bien, si como reite-

(91) Cfr GORLA, *ob cit*, págs 396 y sigs.; RUBINO: *L'ipoteche immobiliare e mobiliare, Trattato CICU-MESSINEO*, XIX, Milano, 1956. págs 474 y sigs, RAVAZZONI: «L'ipoteche». *Trattato di Diritto privato*, dirg por P Rescigno, v. 20-2.^º, págs. 86 y sigs

(92) Cfr. RUBINO, *ob. cit.*, pág. 474.

(93) Parece estar por la misma solución GUILARTE, *ob cit.*, pág 448

(94) Véase la bibliografía citada tres notas más arriba.

(95) Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RIO, *ob. cit.*, pág 598

radamente hemos manifestado, el 1.852 reposa sobre la subrogación que legalmente se concede al fiador (art. 1.839), difícilmente puede entenderse aplicable al aval cambiario (96).

De otro lado, hay que observar que el régimen de efectos jurídicos entre el tenedor de la letra, obligados y avalistas y el del acreedor, deudor y fiador discurre por cauces diferentes. Así, del perjuicio de la letra resulta la pérdida de las acciones cambiarias para el tenedor contra los endosantes, el librador y las demás personas obligadas (avalistas), con excepción del aceptante y sus avalistas (art. 63 de la Ley Cambiaria). En los supuestos que son idénticos al 1.852, tampoco se admite la aplicación de éste para el aval, v. gr. casos como la renuncia del acreedor cambiario (y posible cancelación) de la hipoteca cambiaria. La solución a estos problemas se plantea según principios de inoponibilidad de los actos respecto a los anteriores o posteriores tenedores de la letra o bajo el régimen propio de las excepciones cambiarias (97).

VI. LA RENUNCIA DEL FIADOR Y SU EFICACIA FRENTE AL SUBFIADOR Y RETROFIADOR

La renuncia al 1.852: no creo que, en principio, pueda oponerse ninguna objeción a la renuncia del fiador a prevalerse del beneficio consagrado en el 1.852. Tal pacto encuentra el amparo del 1.255 y su admisibilidad ha sido reconocida doctrinalmente (98). Creo, además, que en algunas sentencias del TS se valora la amplitud de los términos acordados en la fianza para reconocer implícitamente una renuncia del fiador al artículo 1.852 y así excluir el efecto extintivo. Tal me parece el caso de la Sentencia de 23 de marzo de 1973: el fiador se obliga solidaria e irrevocablemente, con expresa renuncia al beneficio de excusión, al buen fin y completo pago de cuantas operaciones celebrara la empresa afianzada con un determinado banco, con el límite de diez millones de pesetas y hasta que el banco diera su conformidad sobre la cesación de la fianza. El banco referido levanta la prenda de algunas mercancías dadas por la empresa en garantía y el TS excluye la

(96) En el mismo sentido de excluir la aplicación del 1.852: AÑOVEROS-TRÍAS DE BES *El aval bancario*, Madrid, 1990, pág. 65; para el Derecho italiano, SALVESTRONI «Estinzione della fideiussione per fatto del creditore ed inestensibilità dell'art. 1.955 all'avallo», *Banca, borsa e titoli di credito*, 1977, II, págs. 22 y sigs. Sin embargo, se admite su aplicación por la doctrina y jurisprudencia francesas, SIMLER, *ob. cit.*, págs. 7 y sigs.

(97) Sobre esta problemática puede verse: MANZANO SOLANO «Cancelación de la hipoteca cambiaria», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 1258 y sigs.

(98) Cfr. PLANIOL Y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 917; CAMPOGRANDE, *ob. cit.*, pág. 629. RAVAZZONI, *ob. cit.*, pág. 288; PERLINGERI, *ob. cit.*, pág. 1433. BOZZI, *ob. cit.*, pág. 268. BETANT-ROBET, *ob. cit.*, pág. 321.

aplicación del 1.852 con base en los amplios términos en que estaba pactada la fianza.

Ahora bien, afirmar la validez de la renuncia no quiere decir que ésta deje de ser problemática respecto a sus límites y eficacia, y que en muchas ocasiones no resulte una cláusula abusiva. La reciente experiencia francesa confirma esto último. En este país, la Ley de 1 de marzo de 1984 modificó el artículo 2.037 del *Code* (correspondiente al 1.852) estableciendo que «Toda cláusula contraria se estima no escrita.» La modificación obedece a la práctica abusiva que se venía observando por las entidades bancarias de introducir una cláusula de estilo en el contrato de fianza, por la que el fiador renunciaba a ejercitar cualquier excepción procedente del 2.037 frente al banco-acreedor (99). No obstante la modificación, se considera válida la renuncia concreta y parcial del beneficio de subrogación, así como la renuncia *a posteriori* por exclusiva voluntad del fiador, una vez que se le reclama el pago (100).

La renuncia puede ser anticipada, es decir, estipulada en el mismo contrato de fianza; pero, como se comprenderá, sólo se hará efectiva en el momento que pudiera oponerse al acreedor el beneficio de subrogación. Tanto si es anticipada como *a posteriori*, hay que tener claro que la renuncia no implica renunciar a la subrogación. Este es un efecto previsto legalmente para el fiador que paga. El fiador se subrogará en la posición jurídica del acreedor al momento del pago. El objeto de la renuncia es no imputar al acreedor la imposibilidad de quedar subrogado por hecho de éste en «los derechos, hipotecas y privilegios del mismo».

Bien, según este concepto de renuncia, creo que, en primer lugar, se plantea un problema de límites. Téngase presente que la renuncia funciona como una cláusula de exoneración o modificación de la responsabilidad del acreedor. Por esto, aunque se haya pactado en el contrato y con carácter general, no puede tener tal eficacia como para excluir cualquier tipo de responsabilidad del acreedor. De un lado, no pueden ampararse en la renuncia las conductas o actos dolosos o fraudulentos del acreedor. De otro, salvo que pierda toda eficacia la renuncia, el fiador no podrá entenderse liberado por la imposibilidad de la subrogación procedente de simple negligencia del acreedor. ¿La culpa grave debe excluirse del 1.852 por efecto de la renuncia? Creo que para todos los casos intermedios se han de aplicar análogamente los criterios previstos sobre límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual.

El segundo grupo de problemas que suscita deriva de la eficacia que haya de darse a la renuncia del fiador frente al subfiador y retrofiador

(99) Cfr SIMLER. *ob. cit.*, págs 9 y sigs.; BETANI-ROBER. *ob. cit.*, págs 321 y sigs.

(100) Cfr SIMLER. *ob. cit.*, pág 12

(fiador del derecho de reintegro). La renuncia anticipada del fiador no debe afectar al subfiador, con base en el principio de relatividad de los contratos (art. 1.257). Este podrá oponer el 1.852 frente a la reclamación del acreedor, salvo que haya prestado su consentimiento, se haya adherido al contrato del fiador, etc. Será, por tanto, un problema de prueba. El principio debe ser que no se puede perjudicar el beneficio legal a no ser que exista voluntad terminante del subfiador. Igual régimen de efectos (no oponibilidad) tiene la renuncia *a posteriori* del fiador frente al subfiador; aunque lo normal en estos supuestos es que si el fiador no se vale del beneficio de subrogación (renuncia) es porque paga o existe una causa extintiva de la fianza, lo que repercute en igual modo en la subfianza.

El retrofiador no garantiza la obligación principal, sino el derecho de reintegro del fiador. Según esto, los sujetos referidos en el 1.852, en este caso, son el fiador (acreedor del derecho de reintegro) y el retrofiador (fiador del reintegro). El fiador se presenta frente al retrofiador ocupando la misma posición que el originario acreedor tenía al momento del pago. Se pudiera pensar, por tanto, que la renuncia del fiador no puede ser opuesta por el retrofiador, ya que éste lo que garantiza es el derecho de reintegro, tal y como ha quedado configurado al subrogarse. Sin embargo, el supuesto me parece perfectamente encajable en la exclusión voluntaria de la ley aplicable o la renuncia de derechos con perjuicio de tercero —retrofiador— (cfr. art. 6.2). Obsérvese que de prevalerse el fiador del 1.852, la fianza y, en su caso, la retrofianza, se hubieran extinguido total o parcialmente. De ahí que se tenga que concluir que el retrofiador pueda oponer el 1.852 al fiador por el perjuicio que la renuncia de éste frente al acreedor le haya causado. Además, no interviniendo renuncia del fiador, el retrofiador queda liberado de su obligación cuando por hecho del fiador (acreedor del derecho de reintegro) no pueda quedar subrogado «en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo».

JOSÉ MANUEL FÍNEZ RATÓN
Profesor titular interino de Derecho Civil
Universidad de Cantabria

En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles

SUMARIO: 1. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN.—2. LA CUESTION CONSTITUCIONAL: 2.1. NATURALEZA DEL RECURSO GUBERNATIVO: 2.1.1. *Naturaleza jurisdiccional del recurso gubernativo*; 2.1.2. *Naturaleza administrativa del recurso*, 2.1.3. *El recurso constituye un acto de jurisdicción voluntaria no judicial*; 2.1.4. *El recurso es un procedimiento especial*; 2.1.5. *Naturaleza de la intervención del Presidente en el recurso*.—2.2. LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y EL ARTICULO 127.2 DE LA CONSTITUCIÓN; 2.3. LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE Y EL ARTÍCULO 117.1, 3 Y 4 DE LA CONSTITUCIÓN; 2.4. POSIBLES RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. EL RECURSO JURISDICCIONAL CONTRA LA CALIFICACIÓN; 2.5. EL RECURSO GUBERNATIVO EN UNA SOLA INSTANCIA: 2.5.1. *El necesario control constitucional de la actuación administrativa por el Poder Judicial, según el artículo 106.1 de la Constitución*; 2.5.2. *El derecho constitucional a la jurisdicción no admite excepciones. El artículo 24.1 de la Constitución y el posible recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General*; 2.5.3. *Algunas características procesales del posible recurso*: 2.5.3.1. La jurisdicción del orden civil es la competente, en todo caso, para conocer el recurso; 2.5.3.2. Organos jurisdiccionales ante los que debería residenciarse el recurso; 2.5.3.3. La legitimación activa y pasiva en este proceso; 2.5.3.4. Los trámites del procedimiento; 2.5.3.5. Efectos de las sentencias; 2.5.3.6. Las costas del proceso.—2.6. CONCLUSIONES —3. LA CUESTION ESTATUTARIA: 3.1. ESTRUCTURA ESTATUTARIA DEL RECURSO; 3.2. *¿COMPETENCIA ESTATAL Y/O COMUNITARIA?*; 3.3. EL CITADO RECURSO ESTATUTARIO DEBERÍA COMPRENDER NO SÓLO MATERIAS DE DERECHO CIVIL PROPIO, SINO TAMBIÉN, EN SU CASO, LAS MATERIAS REFERENTES AL DERECHO ADMINISTRATIVO PROPIO; 3.4. DEBERÍAN SER TAMBIÉN COMPETENTES PARA CONOCER EL RECURSO LOS ÓRGANOS PERTINENTES CUANDO LOS DOCUMENTOS CALIFICADOS SE REFIERAN A MATERIAS MIXTAS: DE DERECHO CIVIL PROPIO Y DE DERECHO CIVIL COMÚN; 3.5. CONCLUSIONES.

1. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

El recurso gubernativo contra la calificación del título hecha por el Registrador (arts. 19, 66 y 260-3.º de la Ley Hipotecaria y 112 a 135 de su Reglamento) presenta actualmente varios problemas básicos que son objeto de este trabajo.

La disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1 de julio de 1985 no resulta, en mi opinión, jurídica ni técnicamente precisa, ni puede resolver debidamente algunas cuestiones esenciales en relación al citado recurso. Opino también que la citada LOPJ no es propiamente el lugar más adecuado para referirse al recurso gubernativo. Se han de examinar, respecto a estos recursos contra la calificación del Registrador, dos cuestiones fundamentales, unas de carácter constitucional y otras de carácter estatutario, pues, a mi entender, tanto la Constitución de 1978 como los Estatutos de Autonomía impelen a dar una nueva estructura a estos recursos.

2. LA CUESTION CONSTITUCIONAL

2.1. NATURALEZA DEL RECURSO GUBERNATIVO

Los artículos 19 y 66 de la Ley Hipotecaria no regulan los trámites del recurso gubernativo. El artículo 260-3.º de la misma Ley, en relación al recurso, sólo establece que corresponderá a la Dirección General de los Registros y del Notariado resolver los recursos gubernativos que se interpongan contra las calificaciones que de los títulos hagan los Registradores. Es el artículo 113 de su Reglamento el que dispone que el recurso se promoverá por medio de escrito dirigido al Presidente de la Audiencia Territorial respectiva, hoy Presidente del Tribunal Superior de Justicia (disposición transitoria segunda y art. 72.2 de la LOPJ), añadiendo el 118 del mismo Reglamento que la resolución del Presidente se dictará en forma de auto y el artículo 121 dice que los Registradores y los recurrentes podrán apelar ante la Dirección General de los Registros y del Notariado de los autos que en los recursos gubernativos dicten los citados Presidentes.

Ha sido, como es sabido, muy controvertida la naturaleza del recurso gubernativo. Algunos juristas entienden que tiene naturaleza judicial, otros administrativa, otros que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, por último, afirman otros que realmente constituye un procedimiento especial. Voy seguidamente a referirme a estas distintas posiciones.

2.1.1. *Naturaleza jurisdiccional del recurso gubernativo*

Resulta difícil seguir manteniendo hoy, en mi opinión, la naturaleza judicial del recurso gubernativo, al menos en toda su extensión, por esto quizá algunos, como OGAYAR, afirman que el recurso es híbrido, mezcla de judicial en su primera instancia y de gubernativo en su segunda.

La equiparación, base de esta teoría, del Registrador con la figura del Juez territorial, fue defendida por muchos autores (JERÓNIMO GONZÁLEZ, GALLARDO RUEDA, VENTURA TRAVESET, etc.). Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 4 de julio de 1919 y 29 de mayo de 1925 se refieren también a dicha similitud. Dice la primera que el Registrador, como Juez territorial, debe apreciar el alcance de los respectivos asientos, el destino hipotecario de los derechos asegurados y la fuerza cancelatoria de los pronunciamientos inscribibles. Y la segunda Resolución declara que el Registrador ocupa el plano de un verdadero Juez territorial, a los efectos de realizar, suspender o denegar la inscripción de los documentos expedidos por los funcionarios del orden administrativo, judicial o notarial.

La calificación de los documentos presentados al Registro que realiza el Registrador, y respecto a la cual el recurso gubernativo se ha de considerar una posible consecuencia, determina, con arreglo al Derecho objetivo, si se debe practicar o no el asiento solicitado. En caso de practicarse, el asiento constituye una constatación de la verdad legal oficial, la cual está bajo la salvaguardia de los Tribunales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria). El Registrador al practicar el asiento crea, en virtud de su función legitimadora, una situación legal preferente a favor de personas determinadas con trascendencia *ergu omnes*, que si bien no reviste el carácter indefectible de una sentencia firme, ni de cosa juzgada, produce desde un principio normalmente plenos efectos jurídicos.

No obstante, en caso de denegarse o suspenderse el asiento solicitado e impugnarse la calificación, no resulta posible equiparar realmente el recurso gubernativo a un proceso judicial civil. No se dan en el recurso pretensiones de una parte frente a la otra parte, determinadas por los títulos presentados o por el asiento a practicar, no hay, por tanto, contienda *inter partes*, ni tampoco en la fase de apelación se ejercitan acciones ante un órgano jurisdiccional. Resulta, sin embargo, indudable que en el recurso se produce una discusión en torno a la calificación, aduciéndose alegaciones en favor y en contra de la calificación denegatoria o suspensiva para que decida el órgano determinado por la norma si son o no inscribibles los documentos calificados.

2.1.2. *Naturaleza administrativa del recurso*

Diversos autores (GASCÓN Y MARÍN, ROYO VILANOVA, GONZÁLEZ PÉREZ, DÍEZ-PICAZO, entre otros) han afirmado que el recurso tiene carácter administrativo.

Si el procedimiento registral es sustancialmente un procedimiento administrativo, dice DÍEZ-PICAZO, el llamado recurso gubernativo es también un recurso en vía administrativa. Se trata de una pretensión de reforma de la decisión del Registrador sostenida por el particular ante los superiores del mismo de acuerdo con la jerarquía administrativa.

Como base de estas teorías administrativas se habla del Registro como servicio público administrativo y del Registrador como funcionario administrativo.

Una Resolución de 7 de abril de 1938 declaró que la nota y el acuerdo del Registrador son una sentencia administrativa, y el Decreto de 10 de octubre de 1958 dice que se consideran procedimientos administrativos especiales, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, entre otros, los procedimientos regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecarios y Notarial.

En contra de esta posición se ha argumentado, de manera convincente en mi opinión, por LACRUZ, CHICO y CAMY, entre otros.

La calificación que hace el Registrador, y por ende el recurso gubernativo en contra de la misma, se resuelve aplicando única o principalmente a los hechos y relaciones jurídicas contenidas en los títulos y normas de Derecho privado; por consiguiente, tanto los asientos registrales como el recurso gubernativo no son actos administrativos (cfr. art. 1.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y art. 9.4 de la LOPJ).

Una de las consecuencias directas de ello es que los asientos del Registro de la Propiedad y del Mercantil no están sujetos al régimen general de revisión de los actos administrativos y, por tanto, en ningún caso pueden ser anulados o modificados por la Administración Pública (cfr. art. 1.º, p. 3, y art. 40 de la Ley Hipotecaria) a diferencia de los actos administrativos (cfr. arts. 47 a 52 y 109 a 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Muchos otros preceptos de esta Ley resultan también de imposible aplicación a los asientos y procedimientos registrales tanto los que establecen principios generales como los que determinan efectos más concretos (cfr. arts. 7, 8, 9, 22, 44, 45, etc., de dicha Ley). La Resolución de 23 de marzo de 1961 hace referencia al expresado Decreto de 10 de octubre de 1958 y dice que los procedimientos administrativos especiales de carácter registral son, entre otros, los regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria y 563 y 618 de su Reglamento, pero no comprende los que por su

naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la competencia del citado Decreto, por lo que excluye implícitamente otros procedimientos esenciales registrales regulados por dicha Ley y su Reglamento.

No se puede dejar de señalar, en esta línea, desde una perspectiva tan importante y decisiva como la constitucional y en contra de la afirmación de que la Ley Hipotecaria es una ley administrativa, que hacen algunos autores, que el artículo 149.1.8 de la Constitución la considera una ley básicamente de carácter civil, ya que establece que es competencia de la legislación civil estatal, entre otras materias, la relativa a la «ordenación de los registros», con cuyas palabras se hace referencia, según la mayoría de la doctrina, al conjunto del sistema registral, siendo de carácter necesario (*ius cogens*) buena parte de las normas civiles que lo regulan.

Por otra parte, los actos administrativos, como se sabe, son los realizados por la Administración de conformidad con las normas del Derecho público administrativo y pueden ser objeto del recurso contencioso-administrativo (cfr. arts. 1, 3 y 5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y art. 9.4 de la LOPJ), a diferencia, como se ha dicho, de las notas de calificación registral y de las resoluciones que deciden los recursos gubernativos que no pueden ser objeto de dicho recurso contencioso-administrativo [cfr. art. 2.a) de la citada LRCA y Real Orden de 20 de enero de 1878, Sentencias del TS de 2 de octubre de 1906, 6 de noviembre de 1954 y Resoluciones de 23 de mayo de 1961 y 23 de febrero de 1968].

Por otro lado, las calificaciones del Registrador se producen con independencia subjetiva y funcional y bajo su responsabilidad (cfr. arts. 18, 99 y 100 de la Ley Hipotecaria), a diferencia del funcionario administrativo vinculado totalmente a la estructura jerárquica administrativa, el cual no puede ser, por consiguiente, independiente en su función y resulta obligado legalmente a obedecer a sus superiores sin facultad de decisión propia, recibiendo y aceptando sus órdenes e indicaciones en el desempeño de todas sus actividades administrativas (cfr. Leyes de 26 de julio de 1957 y 16 de agosto de 1983). La independencia e imparcialidad del Registrador es una exigencia de su esencial función calificadoras, ya que debe ser neutral, incluso cuando la Administración Pública solicita la inscripción de sus títulos, a lo que se ha de poder negar, siempre que haya razones legales que lo impidan, de lo contrario no podría cumplir el Registro su finalidad primordial de protección de la seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 de la Constitución) y de ser garante de la legalidad del tráfico jurídico inmobiliario y mercantil.

Cuando el recurso gubernativo revoca o modifica la calificación del Registrador, éste ha de inscribir los documentos conforme se ordena en el auto o la resolución (arts. 118, 126, p. 3, y 127 del Reglamento Hipotecario),

pero ello no afecta a su libertad e independencia funcional, ya que éstas continuarán igual a pesar del auto o resolución expresados, únicamente afectará a su responsabilidad directa y personal, pues quedará libre de ella, respecto al asiento concreto que ha tenido que practicar necesariamente.

2.1.3. *El recurso constituye un acto de jurisdicción voluntaria no judicial*

Esta es la posición sustentada por MORELL Y TERRY, CASSO, ROCA SASTRE Y SANZ, entre otros autores. El recurso tiene, dice ROCA SASTRE, la misma naturaleza que la calificación registral de la cual es una simple incidencia. No tiene naturaleza judicial contenciosa porque no hay contienda *inter partes*. Tampoco se trata de ningún supuesto en que se niegue ningún derecho de índole administrativa ni puede hablarse de apurar la vía gubernativa, ya que se puede acudir a la vía judicial sin necesidad de utilizar este recurso. La Dirección General, como órgano administrativo de jurisdicción voluntaria, resuelve, sobre materias principalmente de Derecho civil e hipotecario, un problema de derecho de juego constitutivo y de trascendencia *erga omnes* limitada al sólo efecto de inscribir, denegar o suspender el asiento solicitado.

SANZ entiende que en el recurso no hay demanda, ni contestación, ni partes en sentido propio. Los informes del Registrador, Notario o funcionario no pueden asimilarse a una contestación de demanda, son dictámenes de carácter técnico con el fin de asesorar y ayudar al que debe emitir el juicio definitivo.

La citada Resolución de 23 de marzo de 1961 declara que la moderna técnica hipotecaria estima que el recurso gubernativo constituye uno de los supuestos de la llamada jurisdicción voluntaria. Se pueden anotar en este mismo sentido otras Resoluciones, como la de 31 de marzo de 1950 y 23 de febrero de 1968.

No obstante, hay que reconocer que la llamada jurisdicción voluntaria es un concepto, como se sabe, muy difícil de precisar. No hay acuerdo sobre su verdadera naturaleza y contenido. Sin embargo, conforme a parte de la doctrina, se puede afirmar que el objeto de la jurisdicción voluntaria está constituido básicamente por relaciones de Derecho público, al contrario del objeto de la Administración que está constituido por relaciones de Derecho público. La jurisdicción voluntaria es una verdadera jurisdicción, en el sentido que implica poder para aplicar las leyes, y es realizada por diversos órganos judiciales y no judiciales para la tutela del ordenamiento jurídico y poder cooperar en la constitución y desenvolvimiento de estados, titularidades y situaciones jurídicas, y especialmente, en lo que ahora nos inte-

resa, en la defensa y garantía de la seguridad jurídica privada y del tráfico inmobiliario y mercantil, lo que se traduce en la realización de los asientos registrales o, al contrario, en la denegación o suspensión de los mismos, conforme en todo caso al Derecho objetivo mediante su interpretación ajustada y aplicada a los documentos presentados al Registro y al contenido de éste, pudiéndose, en el supuesto de denegación o suspensión de los asientos, ejercitarse los recursos pertinentes.

En el recurso gubernativo, si bien no hay propiamente contienda entre las partes, se da no obstante, como se ha indicado, necesariamente discrepancias y discusión, manteniéndose pretensiones y argumentos legales opuestos. En la jurisdicción voluntaria judicial normalmente no se produce dicha discusión o controversia (cfr. art. 1.811 de la LEC), pero también existen o pueden existir controversias en algunos supuestos muy especiales, sin que se convierta necesariamente en contencioso el expediente, en el sentido del artículo 1.817 de la citada Ley. En los expedientes de jurisdicción voluntaria hay a veces una finalidad concreta, dice RAMOS MÉNDEZ, que no se frustra por la existencia de oposición (cfr. arts. 1.861 a 1.863, 2.137, 2.163 a 2.165 de la LEC). Por tanto, es posible afirmar, según dice PRIETO-CASTRO, que existen negocios de jurisdicción voluntaria no contenciosos y contenciosos.

No obstante, hay que reconocer, a mi entender, que en los supuestos a que se refieren dichos artículos y algunos otros de la LEC, sólo se pueden dar determinadas discrepancias entre las diversas personas que intervienen en ellos, pero no se produce ciertamente, en ningún caso, ninguna oposición propiamente tal por alguna de ellas, la que haría necesariamente contencioso el expediente, conforme al citado artículo 1.817 de la misma Ley.

La afirmación de que el recurso es un acto de jurisdicción voluntaria no judicial en relación a los diversos trámites procedimentales que constituyen lógicamente la estructura esencial del recurso, en el que se producen posiciones necesariamente contrapuestas, no es suficiente para señalar, en mi opinión, lo que es más característico del mismo.

2.1.4. *El recurso es un procedimiento especial*

Esta es la postura expuesta por LACRUZ y defendida por CHICO y otros. LACRUZ BERDEJO decía que nos hallamos ante un procedimiento *sui generis* que participa de la naturaleza registral legitimadora, con notas afines al procedimiento administrativo y judicial. Como vemos, dice CHICO, se acerca a unos y se aleja de otros procedimientos. La función registral, entiende este autor, tiene algo de los aspectos señalados; de una parte, se asemeja a la actuación judicial, de otra, tiene rasgos administrativos y, por último, guar-

da semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria. Si tiene rasgos de todos ellos quiere decirse que no puede encuadrarse en ninguno de ellos, o por lo menos que resulta difícil encuadrarlo en ninguno de ellos. Es una función diferente la registral, con caracteres propios y algunos asimilados. La Resolución de 6 de junio de 1991, haciendo referencia a la de 26 de junio de 1986, declaró que la naturaleza de la función registral tiene carácter especial y no encaja en la judicial ni mucho menos en la administrativa al versar sobre cuestiones civiles.

2.1.5. *La naturaleza de la intervención del Presidente en el recurso*

Se refieren a esta intervención del Presidente de la Audiencia en el recurso gubernativo los artículos 113 a 116, 118 a 125 y 131 del Reglamento Hipotecario. La disposición adicional séptima de la LOPJ se refiere al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, a quien corresponderá la resolución del recurso en vía gubernativa, si bien, en sentido literal, únicamente hace referencia a los citados Presidentes del Tribunal Superior de las Comunidades Autónomas con Derecho civil especial privativo.

Dicha intervención se valora por los autores, ya sea partiendo concretamente de las normas que lo regulan, ya sea de una manera más global y general, y a favor o en contra de la misma.

Desde la primera perspectiva, según GONZÁLEZ PÉREZ, el Presidente actúa, en la primera instancia del recurso, no como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo. El Presidente, sin embargo, no es superior jerárquico del Registrador, sino únicamente inspector permanente de los Registros (arts. 267 y 269 de la Ley Hipotecaria) y no es necesario insistir para dejar demostrado que son funciones sustancialmente distintas las de superior jerárquico (la Dirección General de Registros, arts. 259 y 260 de la LH) e inspector. Por tanto, la primera anomalía que se produce, dice el nombrado autor, en el procedimiento administrativo de impugnación de los actos registrales consiste en que el recurso no se resuelve, en primera instancia, por el superior jerárquico del órgano administrativo que dictó el acuerdo impugnado, sino por un órgano distinto del inspector de los Registros, el Presidente de la Audiencia Territorial.

En sentido diverso, entiende OGAYAR, que el Presidente, al no ser funcionario administrativo y sí autoridad judicial, al resolver el recurso en primera instancia pone en evidencia que no es exacta la calificación de gubernativo asignado a este recurso, dado que el funcionario encargado de resolverlo no aplica ni puede aplicar ningún procedimiento administrativo y lo resuelve por medio de auto, que es una de las formas que adoptan los procedimientos judiciales. Contra su decisión se admite una única alzada

ante la Dirección General de los Registros, que sí que es órgano administrativo, por lo que en realidad este recurso, a pesar de su desafortunada denominación, es híbrido, mezcla de judicial en su primera instancia y de gubernativo en su segunda. El Presidente, opina LACRUZ, al intervenir en la tramitación y resolución del recurso no ejerce una función estrictamente jurisdiccional, si bien, en realidad, al no pertenecer al orden administrativo no puede actuar sino como Juez, pero lo hace fuera de su jurisdicción.

Desde la segunda perspectiva indicada, la opinión del autor nombrado OGAYAR es que la intervención del Presidente suele ser muy eficaz, dado que los informes presidenciales pesan mucho en las decisiones de la Dirección y con mucha frecuencia ésta se basa en aquéllos para fundamentar sus resoluciones, pero la labor de los Presidentes es desconocida para el público, dado que sólo se consigna en aquéllas que el auto presidencial confirma o revoca la nota del Registrador, sin exponer los argumentos de dicho auto ni aceptar sus considerandos. Es una pena que sea desconocida la labor presidencial y cómo esta situación es desagradable y depresiva para los Presidentes; sería una reforma plausible, pedida por todos, la supresión del trámite de primera instancia actual, debiendo interponerse el recurso directamente ante la Dirección General, con lo que se conseguiría, entre otros extremos, ahorro de trámites y de tiempo, dado que cuando se interpone este recurso lo que se trata de obtener, por los interesados o por el Notario autorizante del título, es la doctrina de la Dirección General, hasta el punto que es muy raro el caso de que el recurrente o el Registrador se aquieten con el auto y no lo apelen,

De distinta manera opina CHICO, para quien la intervención del Presidente dignifica y da prestancia y rango jurídico al recurso y le concede esa singularidad que le caracteriza: no ser judicial ni administrativo, sino un *tertius genus*. Suprimir el trámite ante el Presidente no adelantaría nada en orden a la tramitación, dejaría el recurso sin un apoyo jurídico importante donde una mente jurídica aporta su conocimiento y juzga con plena objetividad dentro de sus conocimientos.

Hoy dicha intervención se ha de contemplar necesariamente, en mi opinión, desde la perspectiva constitucional y estatutaria.

2.2. LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y EL ARTÍCULO 127.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Establece el citado artículo de la Constitución: «2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.»

La consideración que el nombrado Presidente actúa al resolver el recur-

so en el ejercicio de su jurisdicción normal o de sus atribuciones ordinarias parece ser el punto de partida que ha debido inspirar la redacción de la expresada disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Esta Ley fue promulgada precisamente en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 122.1, que establece que la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales...; en consecuencia, la Ley citada regula el poder judicial, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la extensión y límites de la jurisdicción, así como la organización, régimen y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales... El artículo 389.1 de la misma dispone, en relación con el transcrito artículo 127.2 de la Constitución, «que el cargo de Juez o Magistrado es incompatible con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial». La expresada Ley Orgánica, al contener esta norma y la recogida en su disposición adicional séptima, antes citada, da por supuesto que no existe o no puede existir ninguna contradicción entre ambas. Por otra parte, se puede afirmar que esta posición está en consonancia con alguna de las teorías antes indicadas.

No obstante, en mi opinión, todo ello resulta jurídicamente discutible, según lo expuesto, al estudiar la naturaleza de este recurso. En principio, hay que admitir que la cuestión no puede ser pacífica dada la controvertida naturaleza del recurso. En éste, el auto judicial del Presidente se dicta en relación a un procedimiento ni completa ni propiamente judicial, motivado por la calificación del Registrador que ha sido impugnada y termina normalmente mediante una resolución de la Dirección General de los Registros. Se produce, por consiguiente, según entiendo, un acto judicial, el auto, que repercute, dentro del mismo procedimiento, en la esfera de otra jurisdicción no judicial de carácter decisorio, lo que permite que resulte directamente afectado el auto judicial dictado anteriormente. Es precisamente la interferencia que se produce entre el auto judicial recurrido y la resolución de la Dirección General, revocando, modificando o ratificando el auto apelado, lo que pone de relieve que éste queda, de esta forma, sometido a otra jurisdicción distinta, ajena y preferente en este caso a la judicial.

En resumen, según las diversas y contradictorias opiniones que hemos expuesto en relación a la naturaleza jurídica del recurso gubernativo, o bien el Presidente, al dictar auto judicial, actúa dentro de su jurisdicción porque sus actos son judiciales y no pueden dejar de serlo, o al contrario, actúa dentro o en relación a otra jurisdicción, ya que el procedimiento respecto al cual se dicta el auto no tiene carácter judicial, pero, de todas maneras, lo que no parece ciertamente discutible es que el auto judicial apelado se supedita a otro órgano público de carácter no judicial: la Dirección General expresada.

En dicho recurso gubernativo la citada revisión, fiscalización y control de una actuación judicial corresponde en la apelación a un órgano de la Administración Pública, y no viceversa, como resulta, según entiendo, del artículo 106.1 de la Constitución.

De hecho, sin duda se ha de afirmar, a pesar de dicha interferencia, que no se produce realmente una lesión de la independencia judicial, y ésta se manifiesta cierta y notoriamente de manera objetiva y autónoma; pero de derecho, por la estructura y finalidades generales y de fondo de la misma Constitución, entiendo que resulta difícil continuar admitiendo el control o revisión del auto judicial por las citadas resoluciones; por consiguiente, por causa de dichas exigencias constitucionales, parece conveniente superar debidamente esta situación de origen reglamentario y preconstitucional mediante la normativa correspondiente.

2.3. LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE Y EL ARTÍCULO 117.1, 3 Y 4 DE LA CONSTITUCIÓN

La indicada disposición adicional séptima de la LOPJ establece: «Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma», añadiendo que, en otro caso, o sea cuando no se funde en el Derecho civil privativo de la Comunidad, «su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

Se deduce, por consiguiente, de esta disposición adicional: *a)* se atribuye, según su tenor literal, a los Presidentes indicados de las Comunidades Autónomas con Derecho civil privativo la decisión de los recursos gubernativos definitivamente o, al contrario, con carácter apelable, según se refieran o no al Derecho civil privativo del territorio de la Comunidad; *b)* parece se da por supuesto la preexistencia de una regulación básica por ley del recurso gubernativo, y *c)* se remite, en cuanto a la citada apelación, a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

En cuanto a las facultades de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia como formando parte del poder judicial se ha de tener en cuenta, desde un principio, lo establecido en la Constitución. El artículo 117.4 de la misma dice: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente

les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.» En este sentido se pronuncia, siguiendo la Constitución, el artículo 2.2 y asimismo el artículo 160.14 de la LOPJ. La exigencia de la ley formal era ya requerida incluso por la LEC como una imposición normal (cfr. art. 53.1).

El número 3 del artículo 117 citado de la Constitución establece: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.»

La independencia judicial (art. 117.1 CE) constituye, por otra parte, como sabemos, en todo Estado de Derecho requisito *sine que non* para que los Jueces y Magistrados puedan asumir el deber personal e intransferible de aplicar la norma preestablecida, lo que supone impedir que sus superiores jerárquicos puedan inmiscuirse en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, e impide igualmente que las autoridades políticas y administrativas puedan interferir de cualquier manera aunque sea para ratificar su actuación (cfr. arts. 12, 13 y 14 de la LOPJ). El Juez está sometido únicamente al imperio de la ley, por tanto no debe obediencia a nada ni a nadie, salvo a la ley y, por tanto, no ha de estar controlado por nada ni por nadie, salvo los recursos judiciales en contra de sus decisiones, para que resuelva otro Juez o Tribunal, el mismo asunto y dentro del procedimiento judicial, de manera idéntica o en distinto sentido por no coincidir con el anterior en la interpretación de la ley.

Ahora bien, el principio de exclusividad de juzgar y mandar ejecutar lo juzgado, que corresponde a los Juzgados y Tribunales (núm. 3 del art. 117 de la CE), no es absoluto y, por esto, en las modernas Constituciones se reconoce, como hace el transcrito número 4 del mismo artículo 117, que los Juzgados y Tribunales pueden ejercitar otras funciones distintas que «expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Ante el precepto constitucional parece preciso tener en cuenta: *a)* que dicho número 4 del artículo 117 se produce por vía de excepción a su número 3 y, por tanto, no ha de interpretarse extensivamente lo que no excluye una adecuada flexibilidad; *b)* que es necesario que se trate de una atribución expresa y por ley (cfr. también art. 2.2 de la LOPJ), y *c)* que en la atribución de otras funciones a los Jueces y Tribunales, por aplicación del principio general y esencial de separación de funciones entre los distintos poderes del Estado (cfr. art. 66.2, 97 y 117 de la Constitución), se ha de evitar, en todo lo posible, la intromisión e interferencia de un poder en otro poder. Pero, por otra parte, se ha de tener presente también el principio básico de que la decisión final de toda controversia jurídica, cuando no hay acuerdo o laudo y cuando por no ser materias de libre disposición no puede ser objeto de los mismos, corresponde constitucionalmente a los Jueces y

Tribunales (cfr. arts. 24.1, 106.1, 161 y 162.1 de la Constitución y arts. 1, 2.1.b), 11 y 45.4 y 5 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988).

Son supuestos, entre otros, de atribución mediante ley de funciones no completa ni estrictamente jurisdiccionales o de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los relativos a la jurisdicción voluntaria regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil en el libro III, el proceso electoral, los referentes a las limitaciones de derechos fundamentales (intervención judicial en la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia), etc. En todos ellos hay una atribución por ley formal, y esto es precisamente lo que no ocurría antes de la transcrita disposición adicional séptima, respecto a los recursos gubernativos en contra de la calificación de los Registradores de la Propiedad. La Ley Hipotecaria, a la que se remite la repetida disposición adicional séptima, no se refiere a dicha apelación ni tampoco a ninguno de los trámites del recurso, sino sólo lo hace el Reglamento Hipotecario o en los artículos antes expresados.

Por otra parte, hay toda una serie de preceptos en la Ley Hipotecaria, y por consiguiente con rango de ley, que se refieren al Presidente de la Audiencia Territorial (hoy Presidente del Tribunal Superior de Justicia), pero en ninguno de ellos se encuentra indicación alguna con relación al recurso gubernativo y el nombrado Presidente. Aparte de los artículos 267 y 269, a los que antes he hecho referencia y conciernen a dicho Presidente como inspector permanente de los Registros de su territorio, tenemos los artículos 228, 270, 271 y 288. El primero de éstos determina que si el Registrador se negase a expedir alguna certificación podrá el solicitante acudir en queja al Presidente, y contra su decisión podrá recurrirse a la Dirección General. El segundo y el tercero se refieren a las certificaciones que ha de remitirle el Registrador sobre el estado de su Registro y el otro a la comunicación que ha de enviar al Presidente en caso de ausencias y licencias. Por último, los artículos 100 a 102 establecen que en el caso de que el Registrador dudara de la competencia del Juez o Tribunal que ordenase la cancelación decidirá el Presidente, pero si éste declara la incompetencia se podrá recurrir por los interesados a la Audiencia, o sea, a su Sala de Gobierno (cfr. art. 203 del RH), la que determinará lo que estime justo. Todos los citados preceptos legales no ofrecen ciertamente ningún criterio especial orientativo en relación a la solución de las cuestiones que plantea hoy el recurso gubernativo.

Es preciso referirse, otra vez, a la situación preconstitucional, determinada por la regulación reglamentaria del recurso gubernativo en los indicados artículos 112 a 135 del Reglamento Hipotecario de 1947, la cual ha venido consolidándose durante más de un siglo de aplicación, ya que básicamente arranca del año 1864, lo que lleva en sí una notoria inercia de continuidad.

No obstante, después de promulgada la Constitución, se ha puesto en discusión, como se indicó, por si pudiera oponerse a la estructuración y funcionamiento de su sistema de poderes básicos, la apelación de los autos dictados en dicho recurso por el expresado Presidente ante la citada Dirección General y a cuya apelación se refieren los artículos 121 y 122 del Reglamento Hipotecario; por tanto, lo que se debate es si es admisible que los autos judiciales dichos puedan ser revocados o no por un órgano administrativo, o sea, en este caso, el nombrado Centro Directivo.

Frente a la opinión que dicha apelación resulta opuesta a la Constitución, según ya se indicó en el apartado anterior (2.2), se defiende por todos que se trata, o más exactamente se trataba, de una inexistencia de ley formal que regulase dicha apelación y, por consiguiente, bastaba elevar dicha normativa reglamentaria a la categoría de superior de ley formal para que la cuestión constitucional quedase totalmente resuelta.

Precisamente en esta línea de que se trataba solamente de una cuestión de ley formal, se afirma que actualmente la repetida disposición adicional séptima de la LOPJ ya ha cumplido, aunque sea indirectamente, esta exigencia constitucional, al dar cobertura legal mínima pero suficiente a la expresada apelación. La citada disposición fue establecida al parecer con la finalidad básica de determinar el carácter no apelable de los autos dictados por los Presidentes de los Tribunales Superiores en materias de Derecho foral especial de la respectiva Comunidad, por esto confirmó el carácter apelable de los demás autos en relación al recurso en vía gubernativa cuando éste no se fundamente en Derecho civil foral o especial, y terminaba diciendo, en consecuencia, en otro caso «su decisión será apelable conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Sin embargo, si se interpreta de manera amplia, no sólo literal sino también de forma sistemática, lo establecido en dicha disposición, como hace el informe del Consejo General del Poder Judicial, al que tendré que referirme seguidamente, se llega a la conclusión que la misma abarca no sólo a los autos dictados por los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de los territorios de las Comunidades con Derecho civil propio, sino también a los autos dictados por todos los demás Presidentes de los Tribunales Superiores siempre que el recurso gubernativo se funde en Derecho civil general o común.

Como se ha dicho, si se acepta esta interpretación y además se opina que la cuestión era meramente de carácter formal, el problema se considera resuelto por los que así piensan. Al contrario, quienes entienden que el sometimiento de cualquier auto judicial, y especialmente los dictados por una autoridad superior del poder judicial, a otro órgano de orden administrativo, aunque a éste le corresponda en él una categoría superior, no resulta admisible por oponerse y no encajar en el funcionamiento del sistema de poderes estructurados por la vigente Constitución (cfr. arts. 97, 106.1, 117.1

y 127.2 de la misma) la cuestión debería, por consiguiente, resolverse también mediante una ley formal, pero que solucionase además los problemas de fondo y regulase debidamente dicho recurso de una manera completa.

El citado informe del Consejo General del Poder Judicial del día 24 de enero de 1990, en relación con la consulta formulada por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid sobre la competencia del mismo para conocer de dicho recurso gubernativo, consideró que «la interpretación literal del texto (de la disposición adicional séptima), complementada por la sistemática del mismo, conduce a superar la impresión primera de referirse sólo a Comunidades cuyo Estatuto contenga previsión al respecto». En efecto, el examen conjunto de sus tres apartados permite considerar que el régimen jurídico de esta competencia se ha generalizado en todas las Comunidades Autónomas, y que lo único que modifica el precepto en cuestión es el régimen de impugnación de la resolución que dicte el Presidente del Tribunal Superior de Justicia. Si el recurso se funda en Derecho civil foral, tal resolución se convierte en definitiva y contra ella sólo es admisible la vía jurisdiccional. En otro caso, «esto es cuando el recurso no se base en Derecho foral, sea en Comunidad Autónoma con previsión estatutaria al respecto, sea sin tal previsión, la resolución del Presidente del Tribunal Superior de Justicia tiene una segunda instancia administrativa a través del recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado». Añadiendo, al final, dicho informe, que «de existir sólo esta competencia en los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades en cuyo Estatuto está prevista existiría una diferencia de régimen en unas y otras en modo alguno justificada y, además, faltaría el órgano competente para resolver el recurso en su primera instancia administrativa».

Aunque se admite, lo que parece que no resultará siempre muy fácil, la citada interpretación literal y sistemática de la repetida disposición adicional séptima que se hace en el citado informe sobre la base de las competencias de las Comunidades, lo cierto es que la expresada disposición ni siquiera intenta abordar las principales cuestiones constitucionales ni todas las estatutarias que se han de resolver respecto a dicho recurso, entre otras razones porque la LOPJ no es el lugar más adecuado para ello, lo que, a mi entender, deberá hacerse, como he indicado, en su día, mirando al futuro y superándose al mismo tiempo esta situación de orígenes preconstitucionales mediante una ley formal promulgada a dichos efectos que dé respuesta adecuada a todas estas cuestiones.

2.4. POSIBLES RECURSOS CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. EL RECURSO JURISDICCIONAL CONTRA LA CALIFICACIÓN

Por todo lo que ya queda expuesto, me parece conveniente ahora plantear la cuestión de los posibles recursos en contra de la calificación de los Registradores en materias que no sean las correspondientes a los Derechos civiles propios de las respectivas Comunidades Autónomas en cuyos Estatutos se establece la competencia sobre el mismo, y a los que me referiré en la segunda parte de este estudio.

De manera general son posibles, en teoría como mínimo, dos soluciones alternativas, bien establecer, contra la calificación negativa del Registrador, un recurso solamente ante los Jueces y Tribunales o bien admitir el recurso únicamente en una sola instancia ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y sin perjuicio de que, contra las Resoluciones de este Centro Directivo, se haya de admitir, como después veremos, un recurso judicial por exigencias constitucionales basadas en el necesario control jurisdiccional y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos (arts. 106.1 y 24.1 de la Constitución).

Seguir como ahora, con un recurso gubernativo especial de doble instancia o de carácter mixto ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en la primera fase y apelación ante la Dirección en su segunda fase, no parece, en mi opinión, lo más positivo, ya que este sistema no resulta hoy el más adecuado legalmente, según se pretende demostrar en este trabajo.

Si se optase por la vía judicial, se debería hacer una reforma en profundidad en la que se regulara el recurso registral en una primera instancia, que podría residenciarse en la Audiencia Provincial respectiva con posible apelación ante un Tribunal superior. En ambas instancias se trataría de la revocación, modificación o ratificación de la nota del Registrador respecto a la suspensión o denegación de la inscripción de los títulos presentados en el Registro, ya sea con nuevos hechos y pruebas o, al contrario, teniendo sólo en cuenta los documentos calificados. Se produciría, en el primer supuesto, un juicio pleno con citación incluso de todos los posibles interesados y perjudicados por el futuro asiento solicitado. Al contrario, en el último supuesto sólo se juzgaría sobre la legalidad en sí de la calificación negativa con la participación del Registrador y del recurrente. La vía judicial es la seguida en diversos países, como Francia y Alemania. En Francia los interesados pueden recurrir la denegación de la inscripción ante la autoridad judicial, con recurso de apelación e incluso de casación (Decreto de 4 de enero de 1955). En Alemania también los recursos contra la calificación registral los deciden los Tribunales. En alzada decide el Tribunal provincial y en segunda instancia el Tribunal Territorial Superior, pudiendo

en algunos casos, a instancia de éste, intervenir el Tribunal Superior Federal (art. 79 de la Ordenanza Inmobiliaria).

2.5. EL RECURSO GUBERNATIVO EN UNA SOLA INSTANCIA

La solución de la vía completamente judicial parece que resultaría más complicada y ordinariamente más duradera y, por tanto, menos ágil.

Por otra parte, probablemente se perdería, si se siguiere en esta vía judicial la orientación marcada por los citados artículos 100 a 102 de la Ley Hipotecaria y especialmente por el artículo 258 de la misma, la unidad doctrinal en materias de aplicación general común, la cual tiene evidentes ventajas y ha sido merecedora de un indudable prestigio jurídico, alcanzado a través de una experiencia de casi un siglo y medio de jurisprudencia registral de carácter especializado y generalmente fecundo. Se ha de tener en cuenta también, como sabemos, que se puede acudir independientemente a la vía judicial para ventilar y contender sobre la nulidad o validez de los títulos en sí presentados al Registro (art. 66 de la LH). Por todo, y por lo que se dijo antes, tal vez resultaría lo más adecuado establecer un recurso gubernativo con una sola instancia ante el Centro Directivo, con reposición previa ante el mismo Registrador calificador. El recurso se formularía ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, como ocurre actualmente en el recurso gubernativo en contra de la decisión de los Registradores Mercantiles (arts. 56 y 60 del derogado Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 y los arts. 66 a 76 del vigente Reglamento Mercantil de 29 de diciembre de 1989; cfr. también el art. 73 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria).

A favor de establecer una sola instancia ante la Dirección General en contra de la calificación registral se pronunció gran parte de la doctrina generalmente hipotecaria, por entender que lo más interesante es principalmente conocer la resolución definitiva de la Dirección General sobre el supuesto discutido, ahorrándose de esta manera trámites y consiguiéndose más agilidad.

Lo frecuente desde 1864, en la gran mayoría de los casos, es interponer el recurso de alzada ante la Dirección contra los autos judiciales. Se puede recordar aquí que con anterioridad al Reglamento Hipotecario de 1915 había tres instancias, pues antes de llegar el recurso a la Dirección conocía de él el Juez de Primera Instancia correspondiente antes que el Presidente de la Audiencia.

Asimismo es conveniente indicar que en la Ley Hipotecaria de 1861 el recurso contra la calificación del Registrador era de carácter judicial. El artículo 19 de la misma, en caso de no subsanarse los defectos a satis-

facción del Registrador, establecía que éste les devolviese las mismas escrituras para que recurrieren si quisieren a los Tribunales, y su artículo 66 se refería a la demanda para obtener la inscripción. Sin embargo, ello tampoco no podía impedir el juicio ordinario ante los Tribunales sobre los títulos presentados (art. 36 del Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861).

Mediante Real Decreto de 17 de marzo de 1864 y debido, según se expresa en ella, a que eran muchas las consultas que por los Regentes de las Audiencias se elevaban al Ministerio acerca de la tramitación que debía seguirse cuando los Registradores denegaban las inscripciones se estableció que por los interesados, después de reclamar gubernativamente contra dichas denegaciones ante el Juez de Primera Instancia y el Regente de la Audiencia, podrían hacerlo ante la Dirección General del Registro de la Propiedad. También se disponía en dicha Orden que si a la publicación de la misma se estaba siguiendo algún juicio entre los interesados y los Registradores sobre la inscripción de documentos calificados como defectuosos, los Registradores debían renunciar a su defensa y acudir a los Regentes, llevándose a efecto la resolución que éstos, o la Dirección General en su caso, dictasen.

Posteriormente la Ley de Reforma Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 se refirió en su artículo 66 al recurso gubernativo en términos muy parecidos al artículo 66 de la Ley Hipotecaria vigente, y el Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1870, en su artículo 57, párrafo 2, se refirió a las tres instancias indicadas, pero el citado Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 suprimió el recurso gubernativo ante el Juez de Primera Instancia, según he indicado, conservándose ante el Presidente de la Audiencia con posible apelación ante la Dirección General, regulándose el mismo en sus artículos 120 a 136, los que son semejantes a la normativa de los artículos 112 a 131 del vigente Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, el que hizo algunas modificaciones de detalle, de acuerdo con las «enseñanzas experimentales» según su exposición de motivos.

2.5.1. *El necesario control constitucional de las actuaciones administrativas por el Poder Judicial, según el artículo 106.1 de la Constitución*

Lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución obliga, como ya indiqué, a examinar otra cuestión en relación a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se dicten en los recursos gubernativos.

Dispone el número 1 del citado artículo 106 de la Constitución: «Los

Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.»

Si la ley, todas las leyes, obligan a todos, incluso por tanto a la Administración, y si los Tribunales pueden y deben de aplicar todas las leyes, resulta coherente que a éstos les corresponden constitucionalmente poder juzgar los actos de la Administración para pronunciarse, en cada caso, si han actuado o no conforme a lo establecido en las leyes (cfr. arts. 9.1, 24.1 y 103.1 de la Constitución y art. 8 de la LOPJ).

La norma transcrita del artículo 106.1 es general, absoluta e inmediata, pues no se remite a la regulación concreta que podría hacer una ley posterior que viniera a determinar el alcance del precepto constitucional, el cual no establece, ni por consiguiente permite, ninguna excepción; por tanto, toda actuación administrativa, cualquiera que sea, ha de ser controlable por los Tribunales por así ordenarlo la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 de la misma). Se infiere de nuestra Constitución, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la universalidad del control judicial sobre cualquier actuación de la Administración y, por ende, de todos y cada uno de sus actos.

Hay que entender, conforme a lo constitucionalmente establecido, que están derogados por la Constitución todos aquellos preceptos que, con anterioridad a ésta, excluían determinados actos, por razón de la materia, del control de los Tribunales y concretamente de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, entre otros, se ha de considerar derogado el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que excluye de la misma los denominados «actos políticos del Gobierno», cuando precisamente, como sucede con frecuencia, son propiamente actos administrativos, y también hay que entender, ya desde la vigencia de la Constitución, derogado el artículo 40, párrafo b), de esta misma Ley, en cuanto excluía del recurso contencioso-administrativo los actos en ejercicio de la función de la policía sobre prensa, radio, cinematografía y teatro, e igualmente los párrafos c), d) y f) del mismo artículo 40, que establece dicha exclusión en cuanto a ascensos, recompensas y sanciones gubernativas a militares y los actos dictados, cualquiera que fuera su materia en relación a una ley que expresamente las excluyera de dicha vía contencioso-administrativa (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981).

Según el artículo 9.4 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias. Se

pronuncia este precepto en el sentido que ya estableció el artículo 1.º de la citada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.

Para que un acto se pueda considerar sujeto al Derecho administrativo se requiere, por tanto, que las normas de aplicación sean de Derecho público interno, el cual rige la actuación de las Administraciones Públicas en sus relaciones con los particulares, personas físicas o jurídicas. Las relaciones jurídicas que nacen de dichos actos están regidas formalmente por los trámites del procedimiento administrativo y sustancialmente en cuanto a su materia por normas públicas de carácter administrativo. No son, en consecuencia, actos administrativos los actos jurídicos que excepcionalmente realiza la Administración conforme al Derecho privado, aunque en relación a ciertos negocios jurídicos privados en que interviene la Administración, ciertos actos denominados separables son en ocasiones de carácter administrativo. Así la venta de un inmueble de propios por un Ayuntamiento es un negocio jurídico regido por el Derecho privado, si bien el acuerdo municipal de venta y la desafectación del inmueble son claramente actos administrativos.

Volviendo al recurso gubernativo, contra la calificación del Registrador, y concretamente las Resoluciones que en estos recursos dicte la Dirección General, ¿son o no, deben ser o no, controlables por los Tribunales?

Al examinar anteriormente (cfr. 2.1.2) la naturaleza del recurso gubernativo expusimos las razones y las disposiciones legales que no permiten calificar el recurso gubernativo como un recurso de naturaleza administrativa, ya que ni la calificación del Registrador, ni los asientos registrales ni el citado recurso son actos administrativos y, por consiguiente, no pueden ser objeto del recurso contencioso-administrativo.

No obstante, lo único que es realmente esencial, en relación con lo establecido en el citado artículo 106.1 de la Constitución, es que toda actividad administrativa debe ser ineluctablemente controlable por los Tribunales. Las Resoluciones de la Dirección General son evidentemente, en mi opinión, con respecto a los recursos gubernativos, actividades administrativas y, por consiguiente, su fiscalización por el Poder Judicial es ineludible constitucionalmente.

No es, por el contrario, imprescindible que sea precisamente, como es lo normal, que quien ejerza el control sea la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, sino que se puede encomendar dicha función de control a Tribunales de otro orden en los casos que existiesen razones suficientes para esta atribución. Incluso así lo prevé el artículo 2.º de la LJCA, que dice: «No corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) Las cuestiones ... que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una Ley a la Jurisdicción Social o a otras jurisdicciones.» Esto es lo que realmente sucede en algunos casos en ma-

teria de reforma agraria, por ejemplo, los que no se sustancian ante la jurisdicción económica administrativa, sino hoy ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mediante el recurso llamado de revisión (art. 114.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973 y disposición derogatoria de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral).

Según se afirmó, las Resoluciones de la Dirección General resolviendo los recursos gubernativos son claramente actuaciones administrativas aunque no sean técnica ni legalmente actos administrativos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado es un Organismo inequívocamente administrativo al que se refieren los artículos 259 y siguientes de la Ley Hipotecaria y el artículo 438 y siguientes de su Reglamento. Actualmente el Real Decreto 10/1991, de 11 de enero, modificado en parte por el Real Decreto 266/1992, de 20 de marzo, regulan la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, que es el órgano, según el apartado uno del artículo 1.º del citado Real Decreto 10/1991, de la Administración Central del Estado, encargado de la ordenación, dirección y ejecución de la política del Gobierno en cuanto afecta a las diversas materias y funciones que le competen conforme al mismo artículo. El artículo 7.º, apartado uno, del mismo Real Decreto, establece que la Dirección General de los Registros y del Notariado es el Centro Directivo encargado de estudiar, proponer y aplicar la política del Departamento en relación a las cuestiones referentes a Derecho privado, a la fe pública notarial y a la materia registral que recaiga directamente sobre el Derecho privado, en los términos establecidos en la legislación vigente, disponiendo el número 6 del apartado dos del mismo artículo que le corresponde la tramitación y, en su caso, resolución de los recursos gubernativos en materia notarial y registral. También se determina en el número 2, modificado, del apartado tres del mismo artículo 7.º que la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles tendrá a su cargo las cuestiones relativas a los sistemas notarial y de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y Especiales ... y le corresponderá, asimismo, la propuesta de resolución de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

No hay suficiente margen, en mi opinión, para dudar que dichas Resoluciones de la Dirección General son realmente, en cuanto a su origen, actuaciones de carácter administrativo por emanar de un órgano evidentemente administrativo y, por consiguiente, han de ser controladas constitucionalmente por los Tribunales civiles.

Antes de concluir este apartado voy a referirme a dos posiciones de signo opuesto, pero contrarias ambas a la última afirmación.

Cuando el Registrador, y también, en su caso, las posteriores Resolucio-

nes deniegan o suspenden el asiento solicitado, lo que hacen propiamente, según aseguran algunos autores, es denegar o suspender un derecho subjetivo público de carácter administrativo (GONZÁLEZ PÉREZ) dirigido a conseguir la inscripción en el Registro y, por consiguiente, la denegación o suspensión de este derecho público administrativo se debería finalmente ventilar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Entiendo, en contra de esta posición, que los Registros, tanto el de la Propiedad como el Mercantil, si bien no se puede desconocer su carácter público, no son de naturaleza administrativa, ya que son instrumentos de seguridad jurídica inmobiliaria o mercantil de finalidad privada para proteger situaciones jurídicas determinadas, dependiendo la extensión de los asientos en los libros registrales de la aplicación de normas básicamente de Derecho privado, el que comprende el civil, el inmobiliario registral y el mercantil y, por consiguiente, en definitiva, la extensión de los asientos depende de estas normas y no de las de carácter público administrativo. Generalmente, además, una vez ya practicados los asientos, están bajo la salvaguardia de los Tribunales civiles (cfr. art. 1.º, p. 3, art. 40 de la LH, art. 51 de la LEC y art. 9.2 de la LOPJ).

Otra posible posición contraria, aunque opuesta a la última, es la que niega que las Resoluciones de la Dirección constituyan propiamente una actuación de carácter administrativo, ya que se trata de actos de jurisdicción voluntaria no judicial y, por consiguiente, no están comprendidas dentro del campo de influencia del artículo 106.1 de la Constitución. Las citadas Resoluciones son consecuencia necesariamente de una calificación negativa del Registrador y ni éste ni el Registro forman parte de la Administración pública propiamente tal. Los Registros no administrativos, como el de la Propiedad y el Mercantil, se rigen, como dijimos, por la legislación civil básicamente, incluso en cuanto a su ordenación (cfr. art. 149.1 de la Constitución); por tanto, son instituciones de carácter esencialmente civil en garantía de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y mercantil de los particulares principalmente, de aquí se deduce que todas las actuaciones e incidencias relacionadas con los indicados Registros no pueden producir actuaciones de carácter administrativo. Por su parte, el Registrador, si bien es un funcionario público (art. 274, p. 2, de la Ley Hipotecaria), no tiene carácter administrativo, no está vinculado a la estructura administrativa y realiza su función y especialmente la calificación de manera autónoma e independiente de la jerarquía burocrática administrativa y la efectúa bajo su propia responsabilidad personal individualizada (arts. 18 y 296 de la Ley Hipotecaria). El Registrador es propiamente un jurista especializado, un profesional del Derecho a quien se le ha encomendado una función pública para que mediante la calificación de los documentos presentados al Registro haga realidad el principio constitucional de legalidad a fin de conseguir el

valor, también constitucional, de la seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 de la Constitución) en el campo inmobiliario y mercantil, bases esenciales en todo país moderno y progresivo. Consecuencia de todo ello, según entienden algunos juristas, es que no puedan derivarse actuaciones administrativas en relación a la calificación de los Registradores ni, por ende, de las Resoluciones de la expresada Dirección General, que no son más que una consecuencia de la calificación del Registrador y constituyen actos de jurisdicción voluntaria no judiciales.

Resultan básicamente admisibles, a mi juicio, los argumentos en que se apoya esta opinión, pero es inadmisibles su conclusión en cuanto pueda presuponer la negación de las evidentes conexiones administrativas y judiciales del recurso gubernativo.

Las Resoluciones indicadas de la Dirección General, por proceder inequívocamente de un órgano administrativo (arts. 259 y 260-3 de la Ley Hipotecaria y arts. 1.º y 7.º del Real Decreto de 11 de enero de 1991), son por su origen actuaciones notoriamente administrativas y, por consiguiente, están bajo el control jurisdiccional conforme impone el artículo 106.1 de la Constitución. Por otra parte, como dijimos anteriormente (apart. 2.1.4), el recurso gubernativo es un procedimiento especial con características propias y con algunos rasgos judiciales y administrativos, produciéndose, por consiguiente, ciertos puntos de conexión con dichos rasgos o elementos, entre ellos, con las citadas actuaciones administrativas configuradas principalmente por las Resoluciones de la Dirección General que ponen fin al recurso gubernativo contra la calificación negativa del Registrador.

2.5.2. El derecho constitucional a la jurisdicción no admite excepciones. El artículo 24.1 de la Constitución y el posible recurso judicial contra las Resoluciones de la Dirección General

El artículo 24.1 de la Constitución establece: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

El transcrito precepto constitucionaliza un derecho fundamental: el derecho a la defensa jurídica, ante los Jueces y Tribunales, de todos los derechos e intereses legítimos. Es el que se denomina derecho a la jurisdicción o al proceso judicial. El libre acceso a los Tribunales se constituye como un derecho inviolable (cfr. art. 10 CE) y que no puede ser negado a nadie.

El derecho a la jurisdicción es un derecho subjetivo de poder acudir a los órganos jurisdiccionales para interponer pretensiones u oponerse a ellas,

dentro de un proceso garantizado y decidido por el propio órgano jurisdiccional. El sujeto obligado por la relación jurídica procesal es el Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales, de ahí su carácter general que puede invocar cualquier persona en defensa de cualquier derecho e interés legítimo o que considere legítimo. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de junio de 1990, entre otras muchas, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la pretensión deducida y conforme a otra Sentencia del mismo Tribunal de 5 de abril de 1990 dicho derecho fundamental supone el derecho a la jurisdicción y a la obtención de una respuesta fundada en Derecho.

Precisamente el artículo 106.1 de la Constitución, objeto del comentario en el apartado anterior, es una consecuencia específica del derecho general a la jurisdicción recogido en el artículo 24.1 de la misma Constitución, al extender el citado derecho de control de la legalidad a todas las actuaciones administrativas.

Cualquier materia, conforme al artículo 24.1 de la Constitución, de carácter litigioso o simplemente controvertido, o sea, toda pretensión jurídica es susceptible de llevarse y ventilarse entre los Jueces y Tribunales. Al Poder Judicial le corresponde constitucionalmente la decisión última del asunto jurídico planteado, ya que le pertenece la exclusividad o el monopolio de la jurisdicción, salvo si las partes, en materias de su libre disposición conforme a derecho, hubiesen convenido que la cuestión litigiosa se decida mediante arbitraje (cfr. arts. 1.º, 11, 43 y 53 de la citada Ley de Arbitraje). No se puede admitir, en materias que son de libre disposición, ninguna excepción al control jurisdiccional, pues cualquiera de ellas produciría indefensión judicial. Por consiguiente, las citadas Resoluciones, dictadas por un órgano público no judicial, en cuanto suspenden o deniegan los asientos registrales solicitados están necesariamente sujetas al control o revisión judicial.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental reforzado por estar directamente protegido, junto con los demás de dicha naturaleza, según establece el artículo 53.2 de la Constitución.

Si ante la calificación negativa del Registrador y ante las Resoluciones de la Dirección denegando o suspendiendo la inscripción solicitada los interesados en el asiento pudiesen siempre acudir a los Tribunales podría afirmarse, aunque de forma inexacta, en mi opinión, que no sería necesaria la impugnación judicial que se postula de las citadas Resoluciones, ya que no se daría propiamente indefensión por falta de acceso a la jurisdicción. Resulta, sin embargo, que esto no es así, ya que dicho acceso directo por las partes no siempre es posible y, sin embargo, actualmente dicha impugnación judicial se debe reconocer en todo caso por exigencias constitucionales.

No es suficiente, como establece el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, que los interesados puedan ventilar y contender entre sí, ante los Tribunales, acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos presentados al Registro. Tampoco es suficiente que los interesados puedan, por ejemplo, contender en juicio sobre quién es el titular cierto del derecho real que se pretende inscribir o sobre quién ostenta la preferencia entre derechos que no se excluyen entre sí. En otros supuestos, el proceso no resultará posible por falta de capacidad y legitimación procesal pasiva. Si el Registrador y posteriormente la Dirección deniegan o suspenden el asiento solicitado, por exigencias de la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario y mercantil, en beneficio de personas indeterminables o de terceros futuros inidentificables, por aplicación de las normas de carácter imperativo referentes a los llamados principios hipotecarios, a los requisitos legales de los asientos o a los procedimientos registrales, todo lo que constituye una de las finalidades básicas del Registro, no se da siempre, en estos casos, la necesaria legitimación pasiva, y por tanto el proceso judicial entre las hipotéticas partes no resulta posible (cfr. arts. 497, 524 y 533, entre otros, de la LEC), sin que puedan ser sustituidas procesalmente ni por sus representantes legales que no existen, ni por el Ministerio Fiscal. A éste no le corresponde representar dichos terceros futuros y desconocidos. Legalmente no es posible (cfr. art. 435.1 y 2 de la LOPJ y arts. 1.^º4.6 y 7, 4.^º6 y 8.^º1 de su Estatuto orgánico de 30 de diciembre de 1981) y prácticamente no parece sería viable. En cambio, el Ministerio Fiscal puede ser demandado o demandante en los procesos relativos al estado civil (cfr. art. 3.^º6 del citado Estatuto y art. 92 de la Ley del Registro Civil).

Como es sabido, cuando no se ha podido determinar los datos para identificar las personas contra las que se quiera proponer la demanda (cfr. arts. 524 y 497 de la LEC) se puede dirigir la misma contra personas desconocidas pero determinables, a las que necesariamente se les ha de llamar y emplazar por medio de edictos (cfr. arts. 528 y 777 de la LEC). Por ejemplo, los ignorados herederos de N. o los derechohabientes desconocidos del anterior propietario de un inmueble. Se trata bien de personas identificadas pero de domicilio desconocido o de personas no identificadas pero identificables *per relationem*. Pero esto no puede ocurrir respecto de terceros hipotecarios cuando son abstractos, indeterminados, no personalizados o terceros futuros e inciertos a los que no resulta posible emplazar en forma (cfr. arts. 271, 525 a 528 de la LEC) y, por tanto, el proceso no resulta así posible. Únicamente si las partes son determinadas o determinables, al presentarse la demanda, puede existir litispendencia entre ellas y saberse a quién puede alcanzar la cosa juzgada (cfr. art. 1.252 del Código Civil), pues tan sólo las partes procesales están vinculadas desde un principio a la sentencia que se dicte.

Resulta, por otra parte, que en las sentencias como las referentes a la validez o nulidad de los títulos (art. 66 de la LH) no se declara, ya que no constituye esto objeto del proceso, si los títulos son o no inscribibles en el Registro. No obstante, esto, en conexión o con independencia de dichas sentencias, es lo que precisamente puede interesar legalmente al titular, especialmente cuando se le deniegue la inscripción por el Registrador y por las Resoluciones de la Dirección General, lo que además puede ocurrir por exigencias legales que no guarden relación alguna con la validez o nulidad de los títulos presentados. Es decir, la denegación de la inscripción puede ser totalmente independiente de la nulidad o validez de los títulos. No se puede presuponer la existencia de una contienda entre las partes por el solo hecho de denegarse la inscripción de los títulos o de los asientos solicitados.

Hoy, en base del repetido artículo 24.1 de la Constitución y en virtud del expresado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que corresponde a toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, éstas pueden actualmente, sin más requisitos, en mi opinión, postular de los Tribunales una respuesta concreta sobre la denegación o suspensión de los asientos. El procedimiento, si como me parece probable no se admitiera por vía directa, sería: primero [cfr. arts. 53.2 y 162.1.b) de la CE, arts. 11 a 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, arts. 41 a 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y arts. 7.2 y 11.3 de la LOPJ] pedir la declaración de poder solicitar judicialmente la revisión de la denegación del asiento acordada por el Centro Directivo, y segundo, promover el juicio declarativo ordinario, impugnando las citadas Resoluciones negativas y solicitar la inscripción de los títulos. Por todo ello, opino que se impone, sin dilaciones, admitir y regular un adecuado procedimiento judicial que sea el cauce normal para verificar de manera apropiada dicha impugnación (cfr. arts. 6 y 11 de la Ley 62/1978 y art. 44 de la Ley 2/1979, antes citadas).

El posible procedimiento judicial de impugnación de dichas Resoluciones constituiría, en mi opinión en sentido sustantivo, un verdadero recurso judicial. Esta denominación ha sido utilizada de manera impropia y así lo asevera la doctrina actualmente, con referencia al proceso ordinario, al que se refiere el artículo 66 de la LH cuando en él se ventila y promueve contienda entre las partes ante los Tribunales acerca de la nulidad o validez del título calificado, pues en dicho proceso no se discute ni sobre la calificación registral ni por consiguiente sobre la Resolución correspondiente y, por tanto, ni la Dirección ni tampoco el Registrador son ni pueden ser parte en dicho juicio declarativo ordinario, por lo que los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento en el caso, como dice el artículo 132 del Reglamento Hipotecario, de que en tales pleitos fuese demandado dicho funcionario. No obstante, hay que admitir lógicamente que la sentencia que

se dicte en dichos procesos puede influir indirectamente sobre la calificación efectuada. Si el Registrador basó ésta en la nulidad del título y la sentencia declara su validez deberá rectificar su calificación y admitir la inscripción del título (cfr. párrafo 2.º del art. 101 del RH) si no existen otros defectos de naturaleza distinta que legalmente lo impidan.

Por otra parte, si el Juez o Tribunal apremiase al Registrador para la práctica de cualquier asiento al conocer aquéllos algún negocio civil o criminal, el Registrador deberá acudir en queja al Presidente de la Audiencia respectiva (cfr. art. 136 del RH). Contra la resolución de éste podrá apelarse ante el Ministro de Justicia, que resolverá a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Parece admisible defender que contra la resolución del Ministro debería poderse interponer por las partes del proceso civil recurso judicial como el que se propugna en relación con las citadas Resoluciones del Centro Directivo.

No obstante todo lo indicado, conviene, por último, señalar que con posterioridad a la vigencia de la Constitución se ha reafirmado, a mi juicio de manera inexacta, que debido a la impenetrabilidad propia de toda jurisdicción, a la que se refiere CAMY, ningún procedimiento judicial puede determinar si procede o no practicar el asiento denegado o suspendido, sino sólo declarar si es válido o no el título en base al cual se ha de extender, en su caso, el asiento. En análoga línea, también se ha asegurado, por LACRUZ, que existe una zona de poder «en garantía de los derechos», zona que no puede implicarse propiamente ni en la Administración ni en la Jurisdicción.

Después de más de diez años de vigencia de la Constitución resulta suficientemente claro, en mi opinión, que no se puede admitir de forma radical ni una impenetrabilidad de jurisdicciones ni tampoco la existencia de zonas exentas que impidan el control judicial de las actuaciones administrativas ni el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los intereses legítimos [arts. 106.1, 24.1 y 162.1.b) de la Constitución], lo que ciertamente compele a un cambio en la estructura de dichos recursos en el sentido expresado.

En definitiva, se propugna un cambio significativo en materia de recursos registrales pero de alcance bien determinado, ya que sólo se trata en el fondo de lo siguiente: si las Resoluciones del Centro Directivo pueden determinar que se proceda por el Registrador a practicar la inscripción denegada suspendida (cfr. párrafo tercero del art. 126 del Reglamento Hipotecario), también puede establecerse legalmente y así se ha de hacer, según he entendido, por exigencias constitucionales, que las sentencias que revocuen, en caso de interponerse el posible recurso judicial, dichas Resoluciones puedan ordenar la práctica de los asientos correspondientes.

No puede presuponer todo esto una alteración de la función registral

normal por causa de dicha intervención de los Tribunales, sino simplemente la extensión de los asientos pertinentes en cumplimiento de la sentencia cuando se haya interpuesto recurso judicial contra las citadas Resoluciones y en el supuesto de que éstas no sean confirmadas, sino revocadas o modificadas.

Esto se ha de cumplir, sin perjuicio de que el Registrador no alegue otros defectos no comprendidos en su calificación recurrida, si bien en este caso, como dispone el artículo 127 del vigente Reglamento Hipotecario, deberá ser corregido disciplinariamente según las circunstancias del caso. Las cuales no concurren cuando han aparecido nuevos obstáculos registrales, muy probables, si no se prorrogó el asiento de presentación o no se solicitó pidiendo anotación preventiva o cuando, por ejemplo, sea distinto el Registrador que calificó al que ha de extender los asientos y éste aprecie la existencia de otros defectos que a su juicio impiden practicar el asiento.

Por otra parte, creo que sería aventurado y un ejercicio de profetismo jurídico tratar de adivinar las líneas que marcarán o reforzarán las sentencias resolviendo estos recursos. No me atrevo a hacerlo. Pienso que gozarán de parecido nivel general, que a través del tiempo ha conseguido la doctrina precedente de las Resoluciones del Centro Directivo y reforzarán también el Registro como institución cada vez más necesaria en la sociedad actual para la defensa de la seguridad jurídica inmobiliaria y mercantil.

2.5.3. *Algunas características procesales del posible recurso*

Me refiero a continuación al tratar del posible recurso judicial contra las Resoluciones denegatorias o suspensivas de los asientos, a la jurisdicción o jurisdicciones competentes, a los órganos jurisdiccionales ante los que se podría recurrir, a la legitimación activa y pasiva, a los trámites esenciales del procedimiento y a los efectos y costas de las sentencias que se dicten.

2.5.3.1. La jurisdicción del orden civil es la competente, en todo caso, para conocer el recurso

Tanto el Registrador al calificar como la Dirección General al dictar la Resolución deciden sobre materias de Derecho principalmente de carácter civil, hipotecario o mercantil y, por tanto, aplican el Derecho objetivo privado y determinan si hay que extender, denegar o suspender el asiento solicitado, que se referirá a situaciones mercantiles o al dominio y demás derechos reales inmobiliarios civiles de los particulares normalmente. Por tanto, es lógico que la jurisdicción competente ante la cual se debería

interponer dicho recurso en contra de las citadas Resoluciones fuese normalmente la jurisdicción civil (cfr. art. 51 de la LEC y art. 92 de la LOPJ).

En algunos supuestos, que dentro de una economía de mercado son realmente los menos numerosos sin duda y es de esperar que a pesar de la creciente intervención y planificación pública continúen siéndolo, la materia de la calificación y de las Resoluciones es, por excepción, de carácter público, principalmente de naturaleza administrativa y están regidos en parte por el Derecho administrativo y los asientos solicitados se pueden referir a entidades públicas o a derechos reales inmobiliarios administrativos.

No obstante, incluso en estos supuestos las relaciones jurídicas objeto de la calificación y de las Resoluciones tienen no sólo aspectos de naturaleza pública administrativa, sino de carácter privado civil, hipotecario o mercantil, como en el caso a que me referí de la venta de un inmueble por un Ayuntamiento. Sin embargo, hay que reconocer que otros supuestos, aún más limitados, se rigen exclusivamente por el Derecho administrativo, al menos en cuanto al aspecto controvertido. En estos casos la jurisdicción que se puede considerar la más adecuada es, en principio, la de orden contencioso-administrativa.

A pesar de ello, resultaría coherente, en mi opinión, que interviniese igualmente la jurisdicción civil. Si es únicamente el Registrador, en todo caso, el que ha de hacer la calificación y únicamente la Dirección General que ha de resolver, incluso en los supuestos que el aspecto discutido sea regido exclusivamente por el Derecho administrativo, también parece lógico que sea únicamente la jurisdicción civil la que resuelva todos los supuestos planteados. En esta línea precisamente se cuenta, en cierto sentido, con un precedente histórico constituido por la Ley derogada del Parlamento de Cataluña de 10 de marzo de 1934 relativa al Tribunal de Casación de la Generalidad catalana, que establecía que en la Sala Civil de dicho Tribunal de Casación funcionase una Sección de recursos gubernativos que conocía en última instancia los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que pudiesen motivar inscripción en el Registro de la Propiedad. Esta Sección de recursos era la única competente para resolver las apelaciones contra las resoluciones del Presidente de la Audiencia del territorio de Cataluña en dichos recursos sobre la calificación de los citados documentos (cfr. arts. 23, 25 y 37 de dicha Ley derogada). Por consiguiente, la citada Sección de recursos gubernativos de la Sala de lo Civil tenía competencia cuando se trataba de documentos referentes al Derecho privativo catalán, el cual comprendía no sólo la materia civil cuando su competencia exclusiva era atribuida a la Generalidad, sino también la materia administrativa en la parte que la competencia exclusiva para legislar era atribuida también a la Generalidad (cfr. arts. 21.2.^a y 22.1 de dicha Ley).

No obstante, frente a dicho antecedente meramente histórico se puede objetar fácilmente que las normas vigentes determinan que la competencia en estas materias corresponde solamente a los Tribunales del orden contencioso-administrativo (art. 9.4 de la LOPJ). Sin embargo, en mi opinión, y sin perjuicio, en su caso, de los efectos que las sentencias firmes de los Tribunales de este orden pueden legalmente producir en el Registro de la Propiedad en cuanto a la inscripción o cancelación de los asientos relativos a los títulos y derechos de carácter administrativo, en los posibles recursos judiciales contra dichas resoluciones, a que ahora exclusivamente me refiero, se discutiría únicamente sobre pretensiones en las cuales la Administración Pública no interviene como tal de una manera directa en defensa de los intereses generales y con los cuales se identifica, sino que aquí las pretensiones, en todo caso, van dirigidas a que se extienda el asiento solicitado por el interesado y recurrente en igualdad de trato con los particulares y desprovisto de *imperium*, y además si no se deniega por el Tribunal, una vez que sea practicado, el asiento estará bajo la salvaguardia directa y general de los Tribunales del orden civil (cfr. arts. 1, p. 3, 40, 79, 82 y 219 de la LH). Por consiguiente, parece que deberían intervenir también en este supuesto los Tribunales del orden civil.

2.5.3.2. Organos jurisdiccionales ante los que debería residenciarse el recurso

Como la Dirección General de los Registros y del Notariado comprende todo el territorio español en materia de recursos contra la calificación registral, que no corresponda exclusivamente a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma por versar sobre materias de Derecho civil propio, y considerando además que es muy conveniente conservar la citada unidad doctrinal en materias de Derecho civil general hipotecario y mercantil, parece adecuado que el órgano competente fuese el Tribunal Supremo, a pesar de ser éste un órgano básicamente de casación o, en su defecto, la Audiencia Nacional, a pesar de no ser ésta competente en materias de Derecho privado (cfr. arts. 56 y 64 de la LOPJ).

En el supuesto que se entendiese, por causas diversas, que el órgano competente no fuese ninguno de los citados con jurisdicción en toda España, entiendo que debería serlo el Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad. Si éste ya lo es, según se puede deducir de los respectivos Estatutos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, y así se establece expresamente en la indicada disposición adicional séptima de la LOPJ, cuando el Presidente del Tribunal Superior de Justicia resuelve

incluso definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funda en Derecho civil privativo de la Comunidad Autónoma, resulta lógico que a ningún otro Tribunal de la Comunidad inferior al dicho se le reconozca tal atribución, lo contrario resultaría discriminatorio y, por consiguiente, inadmisibile. Ciertamente, en ninguno de los Estatutos en que se verifica dicha atribución se reconoce expresamente la misma directamente en favor del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad, pues sólo se dispone que la competencia corresponde genéricamente a los órganos jurisdiccionales del territorio de la Comunidad. No obstante, cuando se establece una única instancia resultará lógico que corresponda la misma directamente a los Tribunales Superiores de Justicia, por ser este Tribunal el órgano jurisdiccional en el cual culmina la organización judicial de su respectivo ámbito territorial y ante el que se han de agotar las sucesivas instancias procesales [cfr. art. 20.1 del Estatuto catalán, art. 34 del País Vasco, 48 y 49.1.e) de las Islas Baleares, etc.].

2.5.3.3. La legitimación activa y pasiva en este proceso

Es ciertamente importante determinar quién puede ser parte activa y pasiva como en todo proceso concreto y particular. La legitimación y el interés directo o legítimo, conceptos ambos muy controvertidos, son los elementos instrumentales que permiten intentar una respuesta lo más adecuada posible a esta cuestión. En principio, la legitimación activa viene determinada por razón de la conexión del sujeto con la relación jurídica material o el derecho objeto del proceso o del nexo necesario que se tiene o invoca en él (cfr. arts. 503.2, 504 y 533.2 de la LEC y arts. 28, 41, 42, 43 y 83 de la LRJCA) y a cuyos derechos o relaciones se refiere directa o indirectamente la calificación negativa del Registrador. Lo que se discute, como sabemos, es la posibilidad de practicar inscripción o el derecho a inscribir los títulos en el Registro, los cuales se refieren a los derechos, relaciones o situaciones susceptibles o no de dar lugar a los asientos solicitados en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil. Por tanto, en mi opinión, están legitimados activamente los que han interpuesto el recurso gubernativo y también las otras personas que tuvieran intereses legítimos, o sea, con palabras del número 1.º del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, con referencia al recurso gubernativo, la persona, individual o jurídica (ya sea privada o pública), a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción por quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta como transferente o por otro concepto y por quien ostente la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto y por extensión (n. 2 de dicho artículo) también el Fiscal de la respectiva Audiencia, cuando

se trata de documentos judiciales, pero solamente en los asuntos criminales o civiles en los cuales deba ser parte con arreglo a las leyes. No estarían legitimados, en mi opinión, ni el Notario autorizante del título ni tampoco el Registrador que ha calificado los títulos presentados, los cuales pueden interponer el recurso gubernativo si se trata del primero o recurrir ambos actualmente al auto judicial del Presidente (cfr. arts. 112.3.º y 121 del Reglamento Hipotecario y asimismo los arts. 70 y 71 del RRM). Su interés de carácter profesional, doctrinal e incluso económico han recibido una respuesta jurídica que debe considerarse suficiente, aunque puedan entender que no es satisfactoria, a través de la Resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, por otra parte, es su superior jerárquico en sentido disciplinario y organizativo, sin perjuicio de la independencia e imparcialidad de sus funciones (cfr. arts. 259, 260.3.º y 6.º de la Ley Hipotecaria y 307 y 308 del Reglamento Notarial); por consiguiente, no resulta apropiado, a mi juicio, que litiguen estos funcionarios ante los Tribunales cuestiones referentes a la autorización e inscripción de los títulos en contra de lo ya declarado en la Resolución por el Centro Directivo [cfr. arts. 126, 127 y 130 del RH y art. 28.4.a) de la LRJCA por analogía]. Por otro lado, tampoco pueden ser parte legitimada activamente dichos funcionarios al no ser titulares del derecho o de la situación jurídica registrable como es evidente, pues no se da la relación sujeto-objeto en que consiste la legitimación activa.

Entiendo también que es dudoso si el Colegio de Registradores y los Colegios de Notarios o sus respectivas Asociaciones deban estar legitimados como parte activa para promover dicho proceso y velar por sus intereses profesionales o económicos en base del artículo 32 de la LRJCA, pues los Colegios están supeditados a la Dirección General expresada y reglamentados sus Estatutos por la misma, a diferencia de otros Colegios profesionales (cfr. arts. 295 de la LH, 560 a 563 de su Reglamento y arts. 307, 308 y 314 del R. Notarial). No obstante, su legitimación resulta posible en base del citado artículo 32 de la LRJCA. No se puede admitir una barrera insuperable cuando lo que hoy se postula es la libertad de acceso sin trabas al proceso para la tutela de los intereses legítimos (cfr. art. 24.1 de la CE).

Por último, parece admisible este procedimiento judicial a efectos exclusivamente doctrinales cuando se hubiera inscrito los documentos calificados en virtud de subsanación de los defectos declarados en la Resolución que se quiera impugnar, como lo acepta respecto al recurso gubernativo el párrafo último del artículo 112 del RH y con limitaciones el artículo 76.2 del RRM. Los Colegios o Asociaciones antes indicados deberían estar expresamente legitimados para ello.

El recurso, a efectos exclusivamente doctrinales del citado artículo 112 del RH, tiene un precedente procesal de evidente analogía en el artículo

1.783, hoy artículo 1.718 de la LEC. El artículo 101 de la LRJCA se refiere igualmente al recurso extraordinario en interés únicamente de la ley.

La legitimación pasiva recaerá en la Administración y concretamente en la Dirección General correspondiente, representada y defendida por el Letrado del Estado elegido adscrito a la misma (cfr. art. 34.1 de la LRJCA). También debería poder actuar como parte demandada, con el carácter de coadyuvante de la Administración, la persona que tuviese interés legítimo en el mantenimiento de la Resolución impugnada (cfr. art. 30.1 de la misma Ley).

2.5.3.4. Los trámites del procedimiento

Se trataría de un verdadero proceso judicial si bien más simplificado que el juicio declarativo ordinario, del que le separa su carácter de proceso impugnatorio resultante de la existencia de una actuación previa representada por las Resoluciones indicadas de la Dirección General de referencia relativas a la denegación o suspensión de unos asientos, lo que constituye el objeto del proceso.

El procedimiento se iniciará por un escrito del recurrente ante el Tribunal competente y concretamente, según lo indicado, ante su Sección de recursos gubernativos, en el que se solicitará que se tenga por interpuesto el recurso (cfr. art. 57.1 de la LRJCA) y se acompañarán los documentos que acrediten la representación del compareciente, así como los que acrediten la legitimación del actor. El plazo para interponer el recurso debería ser breve, uno o dos meses, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio (cfr. art. 58 de la Ley citada y, por analogía, art. 69 del Reglamento del Registro Mercantil). En el supuesto que se recurriera en el plazo que se determine y se hubiese recurrido contra la calificación del título hecha por el Registrador durante la vigencia del asiento de presentación, o de la anotación preventiva en su caso, la prórroga deberá mantenerse hasta la resolución judicial del recurso (cfr. art. 66, párrafo último, y art. 436, párrafo último, de la Ley Hipotecaria y su Reglamento). El Tribunal, admitido el recurso, reclamará el expediente a la Dirección General relativo a la Resolución contra la que se recurre, con lo cual se entenderá aquélla emplazada (cfr. arts. 61 y 63 de la LRJCA). La demanda, en vista del expediente, se deducirá en un plazo breve de treinta días a quince días (cfr. arts. 67 de la Ley citada y art. 121 y art. 71 del Reglamento Hipotecario y del Reglamento del Registro Mercantil). La contestación se practicará también por la parte demandada en el mismo plazo. Los otros trámites del proceso deberán regularse con detalle en base principalmente a la Ley y Reglamentos citados. Para terminar este apartado falta señalar como mí-

nimo dos cuestiones brevemente. La sentencia debería dictarse en un plazo corto, por ejemplo cuatro meses desde la contestación de la demanda (cfr., por analogía, el art. 72 del Reglamento del Registro Mercantil). La solución de los problemas debatidos no conviene se dilate mucho tiempo por múltiples motivos, como es obvio.

La otra cuestión de gran trascendencia es la relativa de si se pueden o no proponerse, por las partes, nuevas pruebas y nuevos hechos distintos de lo que ya lo han sido acreditados documentalmente en la calificación y en la Resolución.

Si se entiende que este proceso viene a ser como una instancia judicial revisora de dichas Resoluciones, en las que ya se han fijado los hechos y la cuestión de derecho controvertida, no deben admitirse nuevas pruebas sobre otros hechos y documentos (cfr. art. 117 del Reglamento Hipotecario y art. 68 del Reglamento del Registro Mercantil), sin perjuicio de que el órgano judicial pueda ordenar, para mejor proveer, que se unan al proceso los informes y documentos que puedan contribuir a un mejor esclarecimiento de las peticiones formuladas (cfr. art. 124 del RH y art. 71.2 del RRM).

En la citada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se puede pedir el recibimiento de prueba sobre hechos, pero sólo se admitirá cuando exista disconformidad sobre los mismos y además éstos fueran de indudable trascendencia, a juicio del Tribunal, para la resolución del pleito (art. 74.3 de la Ley citada). En estos procesos no hay que presentar una reconstitución completa de los hechos antejudiciales, dice CORDERO TORRES, como en el proceso civil ordinario. Hay que partir de una base insoslayable, la del expediente origen del acto impugnado, completándolo cuando sea preciso. Puede ser muy útil, para mejor proveer, pedir, como se ha dicho, los informes y documentos que se precisen.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que la utilización de pruebas no tiene en el proceso carácter ilimitado ni es un derecho absoluto incondicionado (Sentencias de 15 de marzo y 15 de febrero de 1990).

2.5.3.5. Efectos de las sentencias

El fallo de la sentencia se referirá necesariamente a si se ha de extender el asiento solicitado o si se deniega o suspende el mismo como consecuencia de que los títulos calificados de que se trata reúnen o no los requisitos exigidos por la Ley para ingresar en el Registro y obtener la protección del mismo.

Si se declara que procede extender el asiento, por no adolecer el título de defecto alguno y no existir obstáculos en los libros del Registro, el

Registrador deberá extenderlo con la presentación de los documentos correspondientes, a no ser que alegue otros defectos no comprendidos en la calificación recurrida, si bien en tal supuesto podría ser sancionado (cfr. art. 126, p. 3, y 127 del Reglamento Hipotecario).

El asiento practicado, como consecuencia directa de la sentencia, estará también bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirá, por tanto, todos sus efectos, al menos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria (cfr. arts. 1.º, p. 3, y 40 de la LH).

La citada sentencia normalmente no producirá los efectos de cosa juzgada material por no reunir, en cuanto a otro juicio, las tres identidades referentes a los sujetos, al objeto y a los hechos y su valoración jurídica (cfr. art. 1.252 del Código Civil).

2.5.3.6. Las costas del proceso

Por último voy a referirme al pago de las costas de las citadas sentencias y si hay que imponerlas o no a cargo de una de las partes. En la práctica dichas sentencias, si se acepta el sistema expresado, o sea, primero recurso gubernativo contra la calificación negativa, y segundo, posterior y posible impugnación judicial contra la Resolución, aquéllas equivaldrían de hecho a una segunda instancia, aunque en realidad se trate de un proceso judicial de instancia única. No obstante, como es de suponer que se interpondrá demanda en la generalidad de los casos contra las Resoluciones adversas al demandante, sucederá lo que ahora ocurre normalmente en cuanto a los autos que se dictan en los recursos gubernativos por los Presidentes, los que en general son apelados por los recurrentes o por el Registrador si no se admiten sus alegaciones o se revoca la calificación. Precisamente estas apelaciones ante la Dirección no han sido criticadas, sino, al contrario, vistas como normales en general y, por otra parte, han posibilitado la llamada y en general plausible jurisprudencia registral.

Resultados parecidos se podrían conseguir también en esta instancia judicial, siempre que las Secciones de recursos gubernativos de los respectivos Tribunales actuasen, como es de esperar, con la debida eficacia y especialización, lo que es deseable y previsible contando con el debido tiempo. Por otra parte, se podrían evitar las actuales discrepancias, no numerosas pero sorprendentes y no deseables, entre la doctrina registral y la jurisprudencia civil. Contradicciones que de esta forma probablemente disminuirían, si bien no serían imposibles, ya que la óptica jurídica a veces resulta diversa desde el ángulo meramente civil que desde un ángulo a la vez civil y registral. No obstante, generalmente las posibles distintas perspectivas en el fondo son sólo aparentemente contradictorias.

Si se considerase conveniente limitar estos procesos judiciales se podría establecer el sistema de costas por vencimiento, imponiéndolas al demandante cuando la sentencia fuese confirmatoria en su totalidad de la resolución impugnada, conforme al sistema general establecido por el vigente artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que alteró el antiguo régimen tradicional de compensación de costas que la jurisprudencia afirmó sobre el artículo 1.902 del Código Civil. Sin embargo, como la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sigue aún el citado sistema tradicional de no imponer una especial condena en costas, sino sólo en el supuesto que la acción o el recurso se hubiese interpuesto con temeridad o mala fe (cfr. art. 131.1 de la citada Ley), igual sistema se debería seguir en este proceso civil contra las citadas Resoluciones, pues si bien hay diferencias con los procesos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como ya se ha indicado, también existen sin duda ciertas semejanzas, especialmente en cuanto que en ambos casos se trata de la impugnación de actuaciones administrativas o procedente de la Administración y no se pueda admitir jurídicamente que resulte más costoso por sistema un proceso que otro al menos mientras no se cambie el criterio, adhiriéndose al establecido ahora por el citado artículo 523 de la LEC.

2.6. CONCLUSIONES

De esta primera parte del estudio se pueden deducir y mantener, en mi opinión, las siguientes conclusiones:

- a) La intervención en el recurso gubernativo de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, basada principalmente en el Reglamento Hipotecario, no parece hoy admisible en cuanto somete los autos que dictan, en materias de aplicación general a todo el territorio español, a la jurisdicción ajena y preferente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, distinta de la judicial.
- b) Aun admitiendo, como se entiende en el citado informe del Consejo General del Poder Judicial, que la disposición adicional séptima de la LOPJ se refiera, cuando el recurso se basa en el Derecho civil común o general, a los autos apelables que dicten los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de cualquiera de las Comunidades existentes, en realidad lo que hoy parece más necesario es que, superándose la actual situación en gran parte preconstitucional, se dicte una ley para intentar resolver adecuadamente las distintas cuestiones indicadas y que hoy afectan decisivamente a dichos recursos en contra de la calificación de los Registradores.

- c) Establecer un nuevo y único recurso contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de carácter judicial ante la Audiencia Provincial correspondiente con apelación ante otro Tribunal de ámbito estatal o, si no se considerase factible, de ámbito autonómico, que en este caso debería ser el Tribunal Superior de Justicia respectivo.
- d) El recurso gubernativo de una sola instancia ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materias de aplicación general, parece adecuado por los motivos antes expresados y, además, porque es el sistema ya seguido y experimentado con general aceptación en los recursos contra la calificación de los Registradores Mercantiles.
- e) Las Resoluciones de la Dirección General resolviendo dichos recursos están sujetas constitucionalmente al control de los Tribunales y a su posible revisión por exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en aplicación del artículo 106.1, y especialmente el artículo 24.1 de la Constitución.
- f) El órgano judicial más adecuado para resolver dicho recurso judicial parece ser el Tribunal Supremo o, en su defecto, la Audiencia Nacional, o si tampoco se admite, el Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad mediante en cada caso una Sección de recursos gubernativos de las Salas de lo Civil. Lógicamente estas tres últimas conclusiones a que se refieren las letras *d)*, *e)* y *f)* serían viables sólo si no se prefiriese lo indicado en la conclusión *e)*.

3. LA CUESTION ESTATUTARIA

3.1. ESTRUCTURACIÓN ESTATUTARIA DEL RECURSO

El otro tema básico en relación a dicho recurso, en contra de la calificación del Registrador, se presenta en las Comunidades con Derecho civil propio, ya que sus respectivos Estatutos de autonomía establecen que la competencia de los órganos judiciales de su territorio ha de abarcar también estos recursos.

Se trata de una consecuencia directa de la competencia exclusiva que tienen las mismas Autonomías sobre la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio y de que su Tribunal Superior respectivo conoce incluso los recursos de casación y a veces de revisión en esta materia [cfr. art. 73.1.a) y b) de la LOPJ].

La organización y funcionamiento de estos Tribunales Superiores permite, entre otros fines, asegurar una interpretación e integración sistemática del propio ordenamiento comunitario para lograr la debida protección y eficacia de su Derecho privativo.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña dice en su artículo 20.1.e): «La competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extiende: ... A los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.»

De manera parecida se pronuncian los demás Estatutos de las otras Comunidades con Derecho civil propio [cfr. art. 14.1.e) del País Vasco; art. 22.1.e) de Galicia; art. 29.1.e) de Aragón; art. 49.1.e) de las Islas Baleares, y art. 61.1.e) de Navarra].

Por otra parte, como es sabido, una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente pueden ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes (art. 152.2 de la Constitución).

Es conveniente volver a referirnos en este punto a la indicada disposición adicional séptima de la LOPJ de 1 de julio de 1985, que dice, prescindiendo de su inciso final, el cual ya he comentado: «Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de los títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad...»

Entiendo que esta disposición adicional, como ya dije al principio, no puede resolver adecuada y definitivamente los problemas que plantean los recursos contra la calificación registral. Por las mismas razones constitucionales y concretamente por exigencias de los artículos 106.1 y 24.1 de la Constitución, según se entendió anteriormente, parece que los autos en vía gubernativa dicten los nombrados Presidentes deberían, en principio, ser también objeto de recurso judicial. Pero, por otra parte, según también se indicó, los citados Presidentes no deberían intervenir en el futuro en estos procedimientos por tratarse de intervenciones en procedimientos no estrictamente judiciales.

En Cataluña se cuenta, en este punto precisamente, con un interesante precedente legislativo histórico que me parece de interés exponer seguidamente. Me refiero a la citada Ley derogada del Parlamento catalán de 10 de marzo de 1934, de creación del Tribunal de Casación de Cataluña. La Sala Civil del Tribunal de Casación debía conocer, según el artículo 21 de la misma Ley, de los recursos de casación por infracción de ley o doctrina

legal y de las formas esenciales del juicio en materia civil cuando la legislación exclusiva de la misma fuese atribuida a la Generalidad. Por otra parte, se establecía en el artículo 23 que en la Sala Civil del Tribunal de Casación funcionaría una Sección de recursos gubernativos para conocer, en última instancia, de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán que puedan motivar inscripción en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 11, párrafo 5.º, del EA de 1932). Disponiendo el artículo 23, párrafo 2, de la Ley que la Sección de recursos gubernativos podía actuar con tres Magistrados y el artículo 37 decía que dicha Sección era la única competente para resolver las apelaciones contra las resoluciones del Presidente de la Audiencia del territorio de Cataluña en recursos sobre calificación de dichos documentos referentes al Derecho privativo catalán.

Se desprende de ello: *a)* que el Presidente de la Audiencia Territorial debía resolver primero el recurso, en vía gubernativa, contra la calificación realizada por el Registrador, ya que dicha Audiencia no estaba integrada, como hoy, en el Tribunal Superior, el que ha sustituido en cierto sentido al antiguo Tribunal de Casación. Por tanto, era coherente que la resolución del Presidente de la Audiencia Territorial sobre la calificación de dichos documentos fuese apelable ante otro Tribunal, concretamente ante la Sección de recursos de su Sala Civil presidida por otro Presidente. Esto hoy resulta inviable, ya que ahora únicamente existe, por causa de la citada integración, el Presidente del Tribunal Superior; *b)* se daba en dicha Ley de 1934 un recurso, en contra la resolución del Presidente de la Audiencia, de carácter judicial ante la Sección de recursos de la Sala Civil del Tribunal de Casación y esto precisamente es lo que más puede llamar ahora la atención: el establecimiento de este recurso judicial contra la resolución del citado Presidente resolviendo el recurso gubernativo contra la calificación efectuada por el Registrador en materia de Derecho privativo catalán. Resultando ciertamente esto aún más relevante al constatar que la Constitución de 1931 no establecía ni un control de la actividad administrativa tan directo como el que ahora se formula en el artículo 106.1 de la Constitución de 1978 (cfr. art. 101 de la de 1931) ni tampoco se refería expresa y directamente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del citado artículo 24.1 (cfr. art. 28 de la Constitución de 1931). Me parece oportuno decir aquí que fue Magistrado del expresado Tribunal de Casación el conocido y recordado jurista ROCA-SASTRE.

Pienso que realmente es necesaria una nueva estructuración global de este recurso para que pueda cumplir debidamente con las exigencias constitucionales y estatutarias hoy requeridas, que están esperando, en este punto, una respuesta adecuada.

La estructuración indicada requiere, a mi entender, el examen, como

mínimo, de las siguientes cuestiones: *a)* si el recurso contra la calificación registral se ha de poder plantear en dos instancias o, al contrario, es suficiente una sola instancia como ahora resulta de la citada disposición adicional séptima; *b)* si el recurso ha de estructurarse con carácter totalmente judicial; *c)* si, diversamente, dicho recurso ha de ser mixto, de carácter gubernativo o administrativo en la primera fase y de carácter judicial en la segunda. En este supuesto se plantea además el problema referente a si el órgano administrativo que resuelva el recurso ha de ser estatal o comunitario.

En cuanto a la primera cuestión, entiendo que la solución que ha dado la repetida disposición adicional séptima, al disponer que la decisión del Presidente del Tribunal Superior sea, en dicho supuesto, definitiva, lo que supone reducir el recurso a una sola instancia resulta discriminatoria y, por consiguiente, inadecuada e inadmisibile jurídicamente. Si la materia del recurso es de Derecho civil general cabe, como se sabe, primeramente la impugnación ante el citado Presidente y después, si se apela el auto de éste, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Al contrario, si la materia a que se refiere el recurso es de Derecho civil foral o especial, la resolución del Presidente es, como se ha dicho, definitiva. No veo una base jurídica suficiente que justifique la diferenciación consistente en aceptar dos instancias en un caso e imponer una sola en otro, aunque instrumentalmente la solución establecida sea la más fácil y también la más sencilla, pero todo ello no puede significar que jurídicamente resulte la más acertada.

Dada la evidente importancia de la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, pues sin ésta no pueden gozar de la plenitud de efectos jurídicos, ya que la inscripción, como ha demostrado JOSÉ MANUEL GARCÍA, es confirmativa o configuradora y cuasi constitutiva de los derechos reales inmobiliarios respecto a terceros y, por otra parte, debido a que en muchos recursos se plantean problemas jurídicos muy controvertidos de no fácil solución es conveniente que, como mínimo, se puedan discutir en dos instancias oficiales, cuando los interesados no se conforman con lo que, en principio, se decide por el órgano ante el que se ha planteado primero el recurso. Por consiguiente, parece necesario superar, evitándose además dicha discriminación sin base objetiva suficiente, el sistema vigente que impuso de manera asimétrica y desequilibradora la repetida disposición adicional, regulándose para el futuro una doble instancia en dichos recursos.

El recurso contra la calificación de documentos referentes al Derecho civil propio de cada Comunidad Autónoma indicada se podría estructurar de manera completamente judicial. En este sistema el recurso se interpondría primero ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia o mejor en la Audiencia Provincial, ante su Sala de lo Civil, correspondiente al territorio de su jurisdicción en donde estuviese radicado el respectivo Registro de la

Propiedad con posible apelación de la resolución judicial ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Resulta más adecuado interponer el recurso ante la Audiencia Provincial que ante el Juzgado de Primera Instancia, porque si ha de haber como máximo dos instancias y la última ha de ser lógicamente ante el Tribunal Superior, parece que resulta procesalmente más coherente que en primer lugar intervenga la Audiencia Provincial y además con la finalidad, por otra parte, de unificar lo más posible desde el principio la doctrina sentada en cada recurso, lo que se consigue indudablemente partiendo de un territorio jurisdiccional más extenso que el partido judicial.

Por otro lado, este sistema judicial cuenta parcialmente con un interesante precedente autonómico representado por la citada Ley catalana de 1934, según la cual, conforme he indicado, debía resolver primero dicho recurso el Presidente de la Audiencia Territorial, siendo su resolución recurrible ante la Sección de recursos de la Sala Civil del Tribunal de Casación de Cataluña.

Con todo, si se entendiese que este sistema judicial no resultaría el más viable en la realidad práctica debido principalmente a la excesiva cantidad de asuntos judiciales que se han de resolver hoy por dichas Audiencias, entonces se debería recurrir a un sistema mixto, como el que anteriormente se ha expuesto, de carácter gubernativo en la primera fase y de naturaleza necesariamente judicial en la segunda fase, el cual guardaría, sin duda, un evidente paralelismo con el sistema estudiado, entre otros, en la primera parte de este trabajo referente a la impugnación de la calificación registral en materias reguladas por normas de general aplicación, ya sean de carácter necesario o, en su caso, supletorio, a todo el territorio estatal.

Este sistema cuenta, en mi opinión, con una característica no desdeñable, pues permite más fácilmente que el asunto jurídico que se plantea sea examinado globalmente, en su primera parte, por un organismo especializado, ya que habrá sido creado, entre otras posibles tareas, con la finalidad primordial de resolver dicho recurso registral. Esto puede tener notoria importancia incluso para terminar, contando con la conveniente y especializada perspectiva registral, el asunto jurídico, al ser resuelto posteriormente judicialmente de manera independiente y definitiva.

Sin embargo, este sistema, que he calificado de mixto, plantea una cuestión previa no fácil en principio de resolver: la de si el organismo gubernativo ante el que se interpondría el recurso en la primera fase ha de tener carácter estatal o carácter comunitario. Es una cuestión que depende, como es patente, del problema complicado y muchas veces ambiguo de las competencias estatales y estatutarias y por tanto muy difícil de aclarar, al menos de una manera que resulte convincente para todos.

La competencia exclusiva sobre la legislación civil, sin perjuicio de la

conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales... y en todo caso... la ordenación de los registros... públicos, ..., según el artículo 149.1.8.º de la CE corresponde al Estado.

La competencia referente a la ordenación de los Registros y especialmente los de carácter civil no parece comprender sólo, como afirman algunos, las normas relativas a las oficinas de los Registros, sino más exactamente el conjunto del sistema registral y más concretamente la legislación hipotecaria o registral con su respectivo reglamento y disposiciones complementarias de aplicación en toda España.

La competencia estatal relativa a la ordenación de los Registros públicos abarca, según el Dictamen 154, de 24 de agosto de 1989, del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, el establecimiento de reglas que disciplinan la materia y determinan la organización y el funcionamiento de esta institución jurídica, lo que evidentemente se opera básicamente mediante instrumentos normativos o reglas relativas a la ordenación de los Registros según la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto (F. J. 35). Entre estas reglas hay que incluir, en principio, las referentes a los recursos contra la calificación registral (cfr. art. 260.3.º de la LH).

No obstante, por otra parte, las Comunidades Autónomas gozan, según el artículo 137 de la CE, de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Indudablemente, uno de los intereses más propios de dichas Comunidades lo constituye evidentemente su respectivo Derecho civil propio o especial; por esto precisamente todos los Estatutos de estas Comunidades establecen como una de sus competencias exclusivas la conservación, modificación y desarrollo de su respectivo Derecho civil en los preceptos antes citados de sus correspondientes Estatutos.

Como medidas inherentes a las competencias exclusivas comunitarias los indicados Estatutos disponen, además, que corresponde a las Comunidades Autónomas, según proceda, el ejercicio de la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, así como la organización de los servicios correspondientes a fin de poder llevar a cabo las citadas competencias estatutarias (ver art. 25.2 y 3 de la EAC y cfr. arts. 25 y 29 del EAPV, art. 37.2.3 del EAG, arts. 35.2 del EAA, art. 40.1 y 2 del EAN y arts. 10, párrafo último, y 45 del EAIB).

También se determina en sus Estatutos que en su respectivo territorio el Derecho propio de cada Comunidad es aplicable, en relación a la materia de competencia exclusiva, con preferencia a cualquier otro (cfr. art. 26.1 del EAC, art. 21 del EAPV, art. 38 del EAG, art. 42 del EAA, art. 40.3 del EAN y art. 47.1 del EAIB).

Asimismo, con referencia a los Registros de la Propiedad, todos los

Estatutos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio o especial, excepto el de las islas Baleares, establecen que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de sus respectivos territorios serán nombrados por la Comunidad Autónoma de conformidad con las leyes del Estado (cfr. art. 12.3 del EAPV, art. 24.1 del EAC, art. 26.1 del EAG, art. 31.2 del EAA y art. 52.1 del EAN).

Por consiguiente, en una materia en que precisamente es competente en todo caso el Estado, al estar comprendida en el régimen general de ordenación de los Registros públicos (art. 149.1.8.º de la CE), se produce dicha intervención de las citadas Comunidades Autónomas, aunque se ha de entender limitada al acto específico del nombramiento y a la publicación del mismo, según las SS del TC 65/1984, de 23 de mayo, en relación con la 67/1983, de 22 de julio, y la 110/1983, de 29 de noviembre. Respecto a los Notarios a efectos de acreditar el conocimiento del Derecho civil, foral o especial, propio de las Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña, Galicia y Navarra (cfr. Real Decreto de 22 de mayo de 1985). Por otra parte, se puede citar aquí la Resolución de 9 de abril de 1984 y la Instrucción de 16 de julio de 1984 de la expresada Dirección General.

El recurso en contra de la calificación del Registrador, de que se trata en esta segunda parte de este trabajo, se ha de fundar necesariamente, como se ha dicho, en el Derecho civil especial o propio de la Comunidad Autónoma respectiva. Este Derecho civil aplicable, aparte de la costumbre propia reconocida como tal, será el elaborado por el respectivo Parlamento autonómico, una vez promulgado por ley y siempre que ésta no haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal garante específico de la Constitución. Por tanto, la cuestión que ha sido tan controvertida por la doctrina constitucional y civil en relación al citado artículo 149.1.8.º de la CE relativa a los límites competenciales estatutarios referentes a la modificación y desarrollo de dichos Derechos civiles y que tan opuestas posiciones ha producido, se refieren propiamente a la fase de elaboración parlamentaria y más concretamente a la de promulgación de la ley y no afectan normalmente a la fase de aplicación de la ley y por consiguiente al posible recurso que ahora se estudia, pues la cuestión de su constitucionalidad ya habrá sido resuelta generalmente con anterioridad (cfr. arts. 161 y 163 de la CE, art. 5 de la LOPJ y art. 33 de la LOTC).

La competencia del posible órgano autonómico en la resolución del recurso se basa, como se deduce de lo expresado, en constituir una competencia inherente e implícita a otra principal que tiene su fundamento en el respectivo interés (cfr. art. 137 de la CE) como es, según también se ha indicado, el Derecho civil propio.

Las disposiciones estatutarias que determinan que los órganos jurisdiccionales en su respectivo territorio, concretamente en última instancia el

Tribunal Superior de Justicia respectivo, resuelva el recurso contra la calificación de los documentos referentes al Derecho civil propio que puedan tener acceso en el Registro de la Propiedad [art. 20.1.e) del EAC, art. 14.1.e) del EAPV, art. 22.1.e) del EAG, art. 29.1.e) del EAA, art. 49.1.e) del EAIB y art. 61.1.e) del EAN] fijan un criterio de carácter territorial en vía jurisdiccional, de ahí que resulte lo más coherente que el mismo criterio territorial sea también el aplicable a un posible órgano de otro orden, el que en relación a la misma materia, dará lugar a una resolución y a una doctrina que precisamente han de estar necesariamente supeditadas al expresado órgano territorial jurisdiccional superior. Por otra parte, la repetida disposición adicional séptima de la LOPJ suprimió en dicho recurso gubernativo la instancia ante la Dirección General de los Registros cuando el recurso se funda en el Derecho civil de la Comunidad respectiva, por lo que parece lógico que si ahora se decidiese restablecer la instancia ante un organismo gubernativo éste fuese de carácter autonómico y, por tanto, no recuperase el recurso, fundado en Derecho civil propio comunitario, la Dirección General por tratarse, como se ha indicado, de una materia conexas a un Derecho civil especial de la que es competente únicamente la respectiva Comunidad Autónoma y a la que corresponde, por consiguiente, la efectividad y realización de todos los intereses públicos implicados por formar parte del contenido inherente y específico de dicha competencia exclusiva, sin perjuicio lógicamente de la posible intervención jurisdiccional definitiva del Tribunal Superior del territorio de la Comunidad.

En efecto, en dicho sistema, que he calificado de mixto, las resoluciones dictadas por el posible órgano autonómico resolviendo el recurso habrían de ser a su vez recurribles judicialmente ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad respectiva, o mejor quizá, ante la posible Sección de recursos gubernativos de dicha Sala, la cual resolvería definitivamente el recurso.

El artículo 153 de la CE [ni los arts. 38,3 del EAPV, art. 40.2 del EAC, art. 22.1.c) del EAG, art. 29.1.c) del EAA, art. 38 del EAN, art. 43.2 del EAIB] no constituyen, en mi opinión, ningún obstáculo para que dicho recurso se sustancie ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, pues aunque dicho precepto constitucional, en su letra c), y lo mismo los citados artículos estatutarios, establecen que el control de la actividad de los órganos de la Comunidad Autónoma se ejercerá por la jurisdicción contencioso-administrativa; el citado artículo 106.1 de la misma Constitución, que es básico en este punto, se refiere genéricamente y de manera más técnica jurídicamente el control de la actuación administrativa de una manera general por los Tribunales.

Si se considerase que este sistema denominado mixto es el que teórica

o prácticamente resultaría el más conveniente y se excluyese así el sistema completamente judicial, el que se ha expuesto con anterioridad a éste, entonces se debería pensar en constituir una especie de Comisión de recursos constituida para estos fines en el Departamento de Justicia o, en su defecto, si no existiese, en el de Presidente de la Comunidad Autónoma. Dicha Comisión u órgano *ad hoc* parece que debería estar constituida, si no lo impide el sistema de incompatibilidades de la Ley 53/1984, por dos Registradores de la Propiedad, un Notario, un Abogado dedicado profesionalmente a asuntos de Derecho civil propio de la Comunidad y un Catedrático o Profesor de Derecho civil de Universidad. Opino que deberían formar parte de la citada Comisión dos Registradores y sólo uno de las otras tres profesiones por las siguientes razones, entre otras: por tratarse de materias relacionadas directamente con la inscripción registral, función que constituye el objeto de la actividad personal profesional específica de los Registradores, por la conveniencia de prevenir y superar las posibles pugnas profesionales que podrían surgir y para establecer un equilibrio real entre los distintos componentes de la Comisión, ya que la única finalidad del recurso es determinar la inscripción o la denegación o suspensión de los asientos solicitados, respecto de lo cual ya se ha pronunciado personalmente el Registrador recurrido.

Las normas estatutarias indicadas [arts. 20.1.e) del Estatuto catalán, arts. 48 y 49.1.e) de las Islas Baleares, etc.] pienso que no pueden constituir realmente un obstáculo para admitir la conveniencia de un recurso gubernativo ante la Comisión de recursos u otro órgano semejante de la respectiva Comunidad Autónoma. Los artículos citados de los Estatutos sólo se refieren en general, como se ha dicho, a que la competencia de los órganos judiciales en el territorio de la Comunidad Autónoma se extiende a los recursos sobre la calificación de documentos referentes a su Derecho privativo que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad. El nuevo citado servicio u órgano autonómico, o sea la Comisión de recursos gubernativos, realizaría sin duda, como hace ahora la Dirección General, al resolver el recurso, una especie de recalificación del documento presentado a inscripción, la cual en esencia participa de la naturaleza de la calificación registral que verifica necesariamente el Registrador y de la cual es, como antes se indicó, una simple incidencia y tiene idéntica finalidad, ya que va dirigida sólo a la admisión de la inscripción o a la suspensión o denegación de la misma.

No obstante, puede constituir hoy realmente un obstáculo, difícilmente superable, en relación a los miembros, de la posible Comisión de recursos gubernativos que estén retribuidos por arancel: los Registradores y Notarios, la citada Ley de Incompatibilidades de 26 de diciembre de 1984, que se pronuncia de manera muy radical y absoluta respecto a los mismos, ya que

los expulsa, con limitadísimas excepciones, de actividades jurídicas distintas de las suyas propias al no admitir casi ninguna matización al espacio indeseable que recuerda el de los lejanos abismos. El artículo 16.1 de la misma, en su capítulo V, relativo a las disposiciones comunes, establece de manera extremada: «No podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal... retribuido por arancel.» Incluye también en este precepto, de una manera menos precisa, al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable. Es una Ley, en su conjunto, extraordinariamente recelosa y rígida como se comprueba, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 7.1, al determinar que las cantidades totales percibidas no superaran ciertos porcentajes; pero, sin embargo, en este mismo artículo, como en otros muchos, establece atenuaciones, como la del párrafo último de dicho número, que dice que la superación de estos límites requiere en cada caso acuerdo expreso del Gobierno u órgano competente de las Comunidades Autónomas.

El artículo 6.º dispone de manera general que al personal incluido en el ámbito de esta Ley podrá autorizársele, excepcionalmente, la compatibilidad para el ejercicio de actividades de investigación, de carácter no permanente o de asesoramiento en supuestos concretos que no correspondan a las funciones del personal adscrito a las respectivas Administraciones Públicas (cfr., además, los arts. 16.3 y 3.º1 de la Ley).

Es lógico que la Ley parta, como dice la exposición de motivos, del principio fundamental de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público... y también es coherente que dicho puesto de trabajo sea incompatible en cualquier caso, como dice su artículo 1.3, con el ejercicio de cualquier actividad pública o privada que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia. Lo que, al contrario, ya no resulta lógico y coherente, en mi opinión, es que admita y regule excepciones, mediante las correspondientes autorizaciones o reconocimientos de compatibilidad, respecto a la gran mayoría de funcionarios, pero excluya de las mismas de una manera casi total y absoluta a los funcionarios retribuidos por arancel, según su citado artículo 16.1.3.

Resulta discutible en relación a los Notarios y Registradores, dado el texto literal rigurosamente limitado de la Ley, que por razón de interés público pueda determinarse por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto u órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus respectivas competencias, la posibilidad de ser miembros y con carácter sólo asesor de la posible Comisión de recursos, según el texto muy restringido de los artículos 16.3, 6.º, 3.º1 y 1.º1.2 de la misma Ley. En el estrecho margen que delimitan estos preceptos es cuestionable que permita,

aunque fuese de manera indirecta, superar el texto del artículo 16.1, que ha sido calificado por muchos juristas de discriminatorio y anticonstitucional por infringir el artículo 14 de la Constitución.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 68/1990, de 5 de abril, al resolver la cuestión, promovida por la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por supuesta inconstitucionalidad del citado artículo 16.1, *in fine*, de la expresada Ley 53/1984, por si el mismo pudiera infringir el artículo 14 de la Constitución, desestima dicha inconstitucionalidad. Los términos del artículo 16.1, en su fundamento 2.º, son claros y expresos, por lo que no cabe efectuar una interpretación diferente de la que se deriva de su tenor literal..., se ha de convenir que el artículo 16.1 establece una incompatibilidad absoluta de los Registradores de la Propiedad (funcionarios retribuidos por arancel) con el ejercicio simultáneo de una actividad profesional privada como la Abogacía, que es la que en este caso concreto se ha planteado. No es posible (F. 4) solicitar la autorización, porque el legislador anticipa la decisión, denegándola en cualquier caso. La forma de retribución de los Registradores de la Propiedad es uno de los rasgos o características que describen su función y peculiar régimen jurídico (F. 5), pero evidentemente no es el único..., tanto la (F. 6) imparcialidad e independencia como el cumplimiento de los deberes pudieran verse seriamente afectados por el ejercicio simultáneo de la actividad privada (cfr. art. 1.º3 de dicha Ley 53/1984) junto a la relevancia y dificultad técnica de su función... pueden indicarse como elemento diferenciador y que justifica la prohibición examinada..., existiendo, en consecuencia, motivos suficientes y razones para justificar la diferencia de trato recibido. No puede estimarse, concluye dicho fundamento, que el precepto cuestionado vulnere el principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

El mismo Tribunal Constitucional, en Sentencia de 2 de noviembre de 1989, citado en el fundamento tercero de la Sentencia precedente, había ya rechazado el recurso de inconstitucionalidad contra otros preceptos de la citada Ley 53/1984, fundándose en el principio de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los empleados públicos, junto con el principio de eficacia y otros, aludiendo incluso a una mejor distribución del empleo público.

Resulta muy vulnerable, después de la Sentencia 68/1990 del Tribunal Constitucional interpretando de una manera literal el repetido artículo 16.1, por las causas aceptadas por la misma, si bien referidas al caso concreto de la actividad privada de la Abogacía con el ejercicio de la función del Registrador, seguir defendiendo la posibilidad que dicha Comisión de recursos gubernativos estatutaria pueda formarse, si se considerase conveniente hacerlo, con los miembros expresados, aunque sea indudablemente para una actividad pública y por razones de interés público, como dice el artículo 3.1

de dicha Ley de Incompatibilidades, ya que afirma, según he indicado, la repetida sentencia, respecto a la autorización a los funcionarios retribuidos por arancel, que «el legislador anticipa la decisión, denegándola en cualquier caso».

El recurrir a otra solución, como podría ser nombrar para esta Comisión a Notarios y Registradores jubilados, tampoco parece viable, entre otros motivos porque dicha Ley 53/1984 establece, en su artículo 3.2, que el desempeño de una actividad pública es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o de retiro por derechos pasivos. Si se entendiese que las expresadas vías no resultan posibles, por estar vetadas u obstaculizadas normativamente y jurisprudencialmente las fórmulas antedichas, podría formarse dicha Comisión o Servicio autonómico de recursos gubernativos con Letrados, siempre que se acreditase el mismo o equiparable nivel general tradicional de los de la Dirección General de Registros y del Notariado que forman la Sección de recursos gubernativos y estuviesen especializados principalmente en Derecho civil privativo de la Comunidad respectiva y también, aunque no sea objeto del recurso, en Derecho registral, ya que éste constituye la base jurídica esencial para la práctica o denegación de los asientos relativos al Derecho privativo como de cualquier otro. Por otra parte, también parece necesario, o al menos conveniente, que se pudiesen pedir informes, en cada caso, a las previstas Juntas territoriales de Registradores de la Comunidad Autónoma correspondiente y cuando se califiquen escrituras públicas, a las Juntas Directivas del respectivo Colegio Notarial (cfr. art. 124, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario): La constitución de dichas Comisiones de recursos con dichos Letrados pienso que está al alcance de todas o de la mayoría de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, siempre que exista suficiente voluntad de resolver estas cuestiones.

Por otra parte, se dan también, en relación a la estructuración de estos recursos, otra serie de problemas anexos a los que brevemente voy a dedicar las líneas que siguen.

3.2. ¿COMPETENCIA ESTATAL Y/O COMUNITARIA?

Si se estructurase el recurso contra la calificación registral según el sistema que he denominado mixto, por causa de no considerarse conveniente optar, por las razones que sean, por el sistema que antes he llamado totalmente judicial, me parece oportuno, aunque, desde otras perspectivas, volver a plantear si en dicho sistema mixto el recurso, en su primera fase, ha de resolverse ante un organismo administrativo de carácter estatal o diversamente ante un organismo de carácter comunitario.

Cualquiera sea el sentido que se dé al concepto de autonomía, éste presupone que la Comunidad tiene potestad autoorganizativa para establecer sus propios órganos operativos con la finalidad de realizar o promover sus propios intereses. En efecto, en todos los Estatutos de Autonomía se reconoce a la Comunidad competencia para organizar sus instituciones de autogobierno en el marco del correspondiente Estatuto [cfr. arts. 148.1.1.º de la CE, art. 10.2 del EAPV, art. 9.1 del EAC, art. 27.1 del EAG, art. 35.1.1.º del EAA, art. 49.1.a) del EAN y art. 10.1 del EAIB] y también para establecer normas procesales y de procedimiento administrativo que se deriven de las particularidades de su Derecho sustantivo o de las especialidades de su propia organización [cfr. art. 10.6 del EAPV, art. 9.3 del EAC, art. 27.5 del EAG, art. 35.1.4 del EAA, art. 49.1.c) del EAN].

En cuanto al Estado, el artículo 149.1.6.º de la CE establece que tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Dicha competencia exclusiva estatal comprende también (art. 149.1.18 de la CE) el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

En ocasiones el Estado o una Comunidad Autónoma ejercitan facultades no comprendidas o conferidas expresamente por las normas atributivas de competencias. Se habla entonces, como dice JOSÉ A. ALONSO, de competencias implícitas o inherentes a otras, que sí se les ha atribuido explícitamente, constituyendo aquéllas frecuentemente medios meramente instrumentales respecto a éstas para poder dar efectividad a las mismas. El TC ha declarado que «cuando la Constitución o un Estatuto hace una atribución de competencias sobre unas materias no es necesario que relacione la lista de facultades concretas que comprende ni sería posible hacerlo, y hay que deducir estas diversas facultades de su posible inclusión en la materia sobre la cual recae la competencia» (STC 74/1983, F. J. 1.º).

No obstante, podría pensarse que se trata, en el supuesto que se estudia, de competencias concurrentes, ya que inciden sobre los recursos contra la calificación registral en materias de Derecho civil. Es decir, se producirían aquí dos títulos competenciales distintos, uno estatal y otro autonómico, de igual valor jurídico sobre un mismo objeto, pero en virtud de la cláusula de prevalencia se debería dar, en principio, preferencia a las normas estatales (cfr. art. 149.3 de la CE). Sin embargo, dicha competencia concurrente no se produce realmente cuando las competencias se pueden separar o deslindar y encontrar amparo en las competencias exclusivas autonómicas.

Resulta suficientemente claro que actualmente no se puede defender una interpretación radical literal del artículo 149.1 de la CE que llevase a admitir la prevalencia del Derecho estatal en todas las materias que se

refiere este artículo, ya que el mismo TC, en la Sentencia de 5 de agosto de 1983, declaró inconstitucional el artículo 4 del Proyecto de la LOAPA, que establecía en relación a las normas que el Estado dicte en el ejercicio de las competencias que le reconoce el repetido artículo 149.1 que las mismas prevalecerán sobre las normas de las Comunidades Autónomas [cfr. F. 9 y 4.c) de esta Sentencia]. El artículo 149.1 se refiere no sólo a las competencias estatales integrales (núms. 2.º, 3.º y 14, entre otros, de dicho precepto), sino también a las competencias compartidas con las Comunidades Autónomas (cfr. art. 149.1, 7.º, 17, 18, 19, etc.) e incluso a competencias claramente exclusivas de éstas sobre ciertos sectores de la materia de que se trate, concretamente en las llamadas competencias divididas, dentro de las que se ha de incluir, como dice el mismo JOSÉ A. ALONSO, las que se refieren a la conservación, modificación y desarrollo por las respectivas Comunidades Autónomas de sus Derechos civiles forales o especiales (art. 149.1.8.º) y las competencias relativas a las especialidades que se derivan, en relación al derecho procesal y administrativo, de su Derecho sustantivo (art. 149.1.6.º y 18), en cuyos casos la legislación estatal no prevalece sobre la autonómica en tanto que ésta regule la parte de materia que la Constitución y concretamente los Estatutos le atribuyan como de su competencia exclusiva.

Esto puede exigir en algunos supuestos una delicada tarea de delimitación y ponderación difícilmente conceptualizable cuando no existan disposiciones concretas de carácter casuístico que delimiten la materia. En algunas ocasiones, el TC se ha fijado, además del criterio indicado del conjunto inherente o conexo, si la competencia afecta a los intereses comunitarios o a los generales (Sentencia 42/1983, de 20 de mayo) para determinar cuál es el interés más predominante en el supuesto planteado.

Por otra parte, se puede asimismo añadir que del texto de los preceptos estatutarios antes indicados en relación con los preceptos constitucionales expresados (arts. 149.1.6.º y 18 de la CE) se desprende claramente, como afirma CARRERAS LLANSANA, que para que los Tribunales queden vinculados por las normas procesales que promulgue el Parlamento catalán (y se puede añadir: y cualquier otro autonómico con iguales competencias) han de concurrir dos condiciones: que las normas deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de Cataluña y que tales particularidades exijan, además, una necesaria especialidad. Creemos que cualquier intérprete del precepto, añada el nombrado procesalista, entenderá que la referencia al Derecho sustantivo de Cataluña engloba, en primer término, el Derecho civil catalán, ya que la conservación, modificación o desenvolvimiento del mismo es competencia de la Generalidad (o, se puede añadir, de la Comunidad Autónoma respectiva con idénticas competencias en relación a su propio Derecho civil).

3.3. EL CITADO RECURSO ESTATUTARIO DEBERÍA COMPRENDER NO SÓLO LAS MATERIAS DE DERECHO CIVIL PROPIO, SINO TAMBIÉN, EN SU CASO, LAS MATERIAS REFERENTES AL DERECHO ADMINISTRATIVO PROPIO

Algunos Estatutos de Autonomía, concretamente el de las Islas Baleares [art. 49.1.e)], el de Aragón [art. 29.1.e)] y el de Navarra [arts. 61.1.e) y 48.1] al establecer la competencia de los órganos jurisdiccionales situados en su territorio, en cuanto al conocimiento de los recursos sobre calificación de documentos que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad, comprenden únicamente los referentes a su Derecho civil propio, a su Derecho privado o a su Derecho civil foral. En esta misma línea parece se pronuncia la repetida disposición adicional séptima de la LPOJ, que se refiere a los recursos que se funden en el Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad. En cambio, el Estatuto vasco [art. 14.1.e)], el catalán [art. 20.1.e)] y también el de Galicia [art. 22.1.e)] comprenden, en relación a este recurso, los documentos referentes a su Derecho privativo, lo que ciertamente resulta literalmente más amplio.

En la expresión «Derecho privativo» o peculiar se ha de comprender también el Derecho público interno de la propia Comunidad, o sea, las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración autonómica basados en su propio Derecho público; por consiguiente, aunque normalmente en la generalidad de los casos los títulos presentados se refieren a relaciones o negocios jurídicos de Derecho privado en el supuesto que la calificación comprenda un defecto que suspenda o impida la inscripción y sea de carácter administrativo regulado por el Derecho público interno o propio de la Comunidad el recurso estatutario, según los artículos de los Estatutos indicados, ha de comprender también estos títulos.

En este sentido se pueden citar, por cuanto reconocen la competencia excluyente de los órganos jurisdiccionales situados en el territorio de las respectivas Comunidades Autónomas, con referencia a los actos dictados por la propia Administración basados en normas de carácter autonómico administrativo, los artículos 58.4 de la LOPJ y el 58.1 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988.

3.4. DEBERÍAN SER TAMBIÉN COMPETENTES PARA CONOCER LOS RECURSOS ESTATUTARIOS LOS ÓRGANOS PERTINENTES CUANDO LOS DOCUMENTOS CALIFICADOS SE REFIERAN A MATERIAS MIXTAS: DE DERECHO CIVIL PROPIO Y DE DERECHO CIVIL COMÚN

Otra cuestión aneja a las dos anteriores es la motivada por la Ley últimamente citada de Demarcación y de Planta Judicial, ya que en su

artículo 54.1.a) amplía, en cierto modo, la competencia excluyente de los Tribunales Superiores de Justicia, modificando en parte el artículo 73.1.a) de la indicada LOPJ.

En efecto, este último precepto dice: «1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: a) del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.» Y el citado artículo 54.1.a) de la expresada Ley de Demarcación establece: «Cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.»

Resulta, por consiguiente, que el Tribunal Superior de Justicia respectivo resuelve en casación o, sin ulterior instancia, incluso cuando se trata de materias mixtas de Derecho civil propio y de Derecho civil común, excepto si también se infringe un precepto constitucional (cfr. art. 5.4 de la LOPJ).

Parece normal que para mantener un necesario paralelismo y evitar una injustificada diferenciación con los citados recursos de casación se aplique también este criterio en los recursos contra la calificación de los Registradores ante la posible Comisión de recursos, si se creara, y ante los citados Tribunales Superiores.

3.5. CONCLUSIONES

Se pueden deducir, en mi opinión, de la segunda parte de este trabajo las siguientes conclusiones:

- a) Se ha de modificar el sistema de la citada disposición adicional séptima de la LOPJ y restablecer en el recurso contra la calificación de los Registradores de la Propiedad, cuando se trata de documentos referentes al Derecho civil propio o especial de la Comunidad, una doble instancia ante los órganos correspondientes que se determinen.
- b) Si se opta por un recurso de carácter completamente jurisdiccional, parece que se debería interponer ante la respectiva Audiencia Pro-

- vincial con apelación ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad.
- c) Si se considerase más adecuado un recurso mixto, de carácter gubernativo en la primera parte con posible apelación ante el Tribunal Superior de Justicia en la respectiva Comunidad, se debería constituir un organismo de carácter autonómico para que resolviera el recurso gubernativo.
 - d) Los citados recursos deberían comprender, en su caso, también los documentos relativos al Derecho administrativo estatutario si los Estatutos de la Comunidad Autónoma, al referirse al expresado recurso, comprenden también el Derecho privativo de la misma.
 - e) Los expresados recursos han de poder ser sustanciados ante los correspondientes órganos antes indicados cuando se funden conjuntamente en el Derecho civil propio y en Derecho civil común o general, siempre que no hubiese infracción de una norma constitucional.

JOAN VERGER GARAU
Notario excedente
Registrador de la Propiedad de Barcelona

BIBLIOGRAFIA

- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1979, t. II, págs. 311 a 326.
- LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1977, pág. 360.
- J. M. GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1988, págs. 204 y 551.
- J. CHICO y J. BONILLA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1967, págs. 406 y 337.
- J. CHICO y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Madrid, 1989, t. I, págs. 659 y 704.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1978, pág. 326.
- B. CAMY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1983, vol. V, págs. 575 y 624.
- J. ALMAGRO NOSETTE: «El artículo 24 de la Constitución», en *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por ALZAGA, Madrid, 1983, t. III, págs. 19.
- J. SERRANO ALBERCA «Artículo 24 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, por GARRIDO FALLA y otros, Madrid, 1985, pág. 453.
- A. GUAITA: «El artículo 106.1 de la Constitución», en los citados *Comentarios a las leyes políticas*, t. VIII, pág. 119.
- E. RUIZ VADILLO: «El artículo 117 de la Constitución», en los citados *Comentarios a las leyes políticas*, t. IX, 1987, pág. 314.

- I. CAVERO: «El artículo 127.2 de la Constitución», en *Comentarios a las leyes políticas*, t. IX, pág. 639.
- F. GARRIDO FALLA: «El artículo 106.1 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, pág. 1455.
- J. SERRANO ALBERCA: «El artículo 117 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, pág. 1645.
- J. SERRANO ALBERCA: «El artículo 127.2 de la Constitución», en los citados *Comentarios...*, pág. 1867.
- LACRUZ: «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, 1979, págs. 75 y sigs.
- GONZÁLEZ PÉREZ: «El recurso gubernativo contra la calificación de los Registradores de la Propiedad», *RCDI*, 1976, págs. 1029...
- «La sentencia administrativa», *RCDI*, 1954, pág. 101; «Lo contencioso-administrativo en España», *RCDI*, 1956, pág. 488; «La experiencia española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *RCDI*, 1970, pág. 1348.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: «El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya», en *Comentarios sobre l'Statut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona, 1988, vol. II, pág. 767.
- PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1974, vol. I, y *Derecho de Tribunales*. Pamplona, 1986, pág. 152.
- GUASP: *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1968, pág. 162.
- FAIRÉN GUILLÉN: *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, 1986.
- M.^ª P. GARCÍA HERGUEDAS: *El Registro de la Propiedad en el sistema de seguridad jurídica de España*, 1988.
- E. BALLESTER: «Recursos gubernativos contra la calificación del Registrador, su unificación», *RCDI*, 1979, pág. 1073.
- CÁNOVAS COUTIÑO: «La jurisprudencia del Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado», *RCDI*, 1961, págs. 393-400.
- C. PAZ ARES: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 175-176, 1985.
- J. L. MEZQUITA y J. LÓPEZ MEDEL: *El Notario y los Registros*, Madrid, 1986.
- R. ENTRENA CUESTA; *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1984.
- C. PARDO NÚÑEZ: «La seguridad del tráfico inmobiliario. Análisis comparativo», revista *La Ley*, núm. 2611, de 6 de noviembre de 1990.
- E. ROCA: *El Dret civil català en la Jurisprudència*. vol. IV, anys 1934-37, Barcelona, 1977, pág. 383.
- *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 12, febrero de 1990, págs. 29 y sigs.
- *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 251, diciembre de 1988, págs. 2854 y sigs.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER. «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, págs. 161 y sigs.
- F. RAMOS MENDEZ: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, pág. 1229.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA y J. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, t. I, 1986, págs. 244 y 535; t. II, 1982, págs. 36 y 506.
- J. PERÉ RALUY: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, t. I, págs. 310 a 313.

- GONZÁLEZ PÉREZ. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984.
- CORDERO TORRES: «Los primeros diez años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1967.
- J. MORELL Y TERRY. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1928, t. 3, págs. 292 y 306.
- *Leyes hipotecarias y registrales de España*, Madrid, 1974, t. I, págs. 339 y 403; t. II, págs. 818 y 881.
- ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registral*. t. I, Barcelona, 1953, pág. 203.
- J. DE CAMPOS ARBOIX: *El Parlament de Catalunya (1932-1936)*, Barcelona, 1976, págs. 114 y 125.
- R. DE LA RICA: *Comentario al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949, segunda parte, págs. 178 y 192.
- J. L. MEZQUITA DEL CACHO: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, 1989, t. I, págs. 83, 110 y 246; t. II, págs. 154 a 197.
- LASARTE ALVAREZ. «El artículo 149.1.8», en *Comentarios a las leyes políticas*, t. XI, 1988, pág. 188.
- JOSÉ A. ALONSO: «El artículo 149.1», en dichos *Comentarios...*, t. XI, pág. 228.
- A. BAYONA ROCAMORA: «Competències exclusives», en *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonòmia de Catalunya*, vol. I, 1988, pág. 371
- E. ARGULLOL MURGADAS: «Introducció al Títol Primer», en *Comentaris sobre l'EAC*, vol. I, pág. 295.
- J. CARRERAS LLANSANA: «Normes processals i de procediment administratiu», en los citados *Comentaris sobre l'EAC*, vol. I, pág. 421.

Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español

I. PRESENTACION

1. Nuestro actual Derecho hipotecario es el resultado de una compleja tradición. La aportación más sólida que a esa tradición nuestro país ha hecho consiste, sin duda, en la doctrina que en ciento treinta y un años la Dirección General de los Registros ha venido elaborando. Poca sensibilidad jurídica es preciso tener para no apreciar la altura científica, de vértigo, que esta doctrina ha conseguido alcanzar.

Nuestra jurisprudencia cautelar hipotecaria, mejor que ninguna otra, ha probado, en la práctica cotidiana, la fiabilidad de los viejos conceptos y la permanencia de los principios del Derecho civil. Este resultado congratula y conforta al privatista que, por ese solo hecho, quizá estuviera predispuesto a justificar la intervención registral en el tráfico inmobiliario.

La política hipotecaria no emitiría, por este solo hecho, un juicio tan benevolente. Sus preocupaciones no son científicas, sino exclusivamente prácticas. La administración es actividad y el moderno Derecho hipotecario fruto de una reforma administrativa. Sólo el éxito en el desempeño de los objetivos encomendados justifica las instituciones: sólo persiste lo que resiste los retos que provoca el paso del tiempo.

Es en este peligroso terreno, que en consecuencia no rehúye, en el que se desenvuelve el discurso que tratan de hilvanar estas líneas. Son cuatro sus ideas centrales.

La seguridad del crédito exige la seguridad del tráfico inmobiliario. La Seguridad del tráfico inmobiliario se hace desde los derechos, no contra ellos. La seguridad del tráfico, si es cometido atribuido al Registro, exige dotar al asiento de valor sustantivo. En fin, si se quiere que el asiento tenga valor sustantivo es preciso disponer de instrumentos adecuados que garanticen la exactitud de sus contenidos.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

1. La preocupación por la productividad agraria define la política decimonónica y explica el proyecto hipotecario. La tierra no era ya asiento del señorío, sino de empresa agrícola. Su valor se calcula en razón del beneficio que procura y éste lo define el mercado.

Los nuevos propietarios necesitan capital para valorizar sus fincas, pero la capitalización de la agricultura pasaba inevitablemente por una reforma jurídica que posibilitase el crédito.

El nuevo Derecho fundiario debía proteger los derechos de los inversores y no únicamente los del llamado *verus dominus*. La suerte del crédito territorial estaba, por consiguiente, ligada a la promulgación de leyes especiales que formularan principio de estímulo del tráfico inmobiliario bien diferentes a los tradicionalmente reconocidos en el Derecho común.

En primer lugar, el Derecho tradicional se ocupaba únicamente en defender adecuadamente la propiedad agraria entendida al viejo estilo y en consecuencia garantizaba, por encima de todo, la estabilidad de los derechos de los propietarios: nadie da lo que no tiene.

En segundo lugar, el viejo orden de los propietarios estaba sumido en la más exasperante confusión. Hipotecas generales o tácitas, acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias o de nulidad, todas ocultas, lastraban la tierra de modo que convertían el tráfico de inmuebles en un juego de azar (1).

En tercer lugar, la tierra estaba amortizada, en poder de manos muertas o vinculada, lo que impedía su circulación.

La política liberal había dado una solución a este último problema: había liberado a la propiedad agraria de las «cadenas» feudales y, en consecuencia, la había dotado de la imprescindible movilidad. Pero este hecho, por sí solo, no bastaba para atraer los capitales que la agricultura necesitaba. Se precisaba algo más: lo que podríamos llamar una segunda desamortización, ahora de naturaleza estrictamente civil.

2. Un sector de la doctrina considera, sin embargo, la Ley Hipotecaria como una medida de apoyo directo al proceso desamortizador, concretamente de bienes eclesiásticos (2).

(1) Basta recordar que era dudoso entonces si subsistía la hipoteca general que los bienes de todo obligado por razón de contrato. *Vid.* la discusión en el Parlamento entre Luzuriaga y Gómez de la Serna, en *COLEGIO*, cit. pág. 39. Hizo falta una Circular de fecha 23 de marzo de 1863, que recoge M. MARTÍNEZ-ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, Madrid, 1919, pág. 612, sobre la hipoteca «general de bienes» no procede hoy su inscripción» «Modo de cancelar las anteriores a la Ley», *ibidem*, *id.*

(2) A. FIESTAS: «La protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados», en *AHDE*, 53, 1963, págs. 333 y sigs. Conjetura probablemente inspirada en investigaciones históricas de origen francés. *Vid.* B. DE JOUVENEL: *Los orígenes del Estado moderno*,

Se ha destacado, desde esta perspectiva, con acierto la cercanía temporal, casi simultaneidad, entre la culminación de la primera etapa de la desamortización con los inicios del proyecto hipotecario. Al tiempo que se ha insistido sobre la necesidad, sentida entonces, de articular medidas legislativas que permitiesen superar la desconfianza de los nuevos propietarios en cuanto a la firmeza de sus adquisiciones. Las advertencias de la jerarquía eclesiástica minaban el éxito de la política desamortizadora.

El conocido más tarde como juego registral de la fe pública sería un instrumento que trataría de garantizar la irreversibilidad de la adquisición de los bienes desamortizados. Lo cierto, sin embargo, es que si esa fuese la finalidad escondida de la ley, ciertamente el legislador no habría obtenido más que un rotundo fracaso.

Como veremos luego, el viejo sistema de seguridad inmobiliaria del antiguo régimen, en que el juego sucesivo de inscripciones nunca convalida los títulos, subsistió hasta bien entrada la década de los setenta. Desde entonces fue privado el juego registral de toda eficacia convalidadora respecto a los posibles vicios de los títulos inscritos: el principio de fe pública fue, durante muchos años, conscientemente desterrado. Hay, por lo tanto, razones para dudar del acierto de esta opinión, que puede ser calificada de reduccionista a la hora de valorar los motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (3).

CLAVERO, por lo demás, ha destacado un hecho de experiencia política. Las reversiones de bienes a antiguos propietarios en virtud de anulación de algunas leyes revolucionarias, concretamente las desvinculadoras, se imponen en virtud de la fuerza política y sólo remiten como mucho al Derecho privado el alcance obligacional de las indemnizaciones procedentes. La reversión es un efecto legal que se impone por encima de cualquier consideración jurídica de Derecho privado (4) y (5).

Toledo, 1977, pág. 194. *Vid.* también A. FIESTAS: «¿Protección registral de bienes eclesiásticos desamortizados?», en *RCDI*, 578, 1987, págs. 92 y sigs.: las advertencias de la jerarquía eclesiástica.

(3) Además, la doctrina y la jurisprudencia admiten que el asiento posterior pueda ser invalidado en virtud de cualquiera otro anterior y anterior válido considera, a todos los efectos, el nuevo Reglamento al extendido en las viejas contadurías. En ellas constarían asentados oabligatoriamente mayorazgos pero también las disposiciones a favor de los institutos eclesiásticos. Cfr. B. CLAVERO: *Mayorazgo Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974, pág. 372.

(4) *Vid.* el texto de la Real Cédula de 11 de marzo de 1824, que declara la nulidad de la legislación desvinculadora, en CLAVERO, cit., pág. 292.

(5) *Vid.* cómo razona, respecto a la Ley de desvinculación de 1820, PACHECO: «. no es una ley regular.. es un hecho de revolución. La legitimidad de lo que decreta el poder de hecho no puede ser contestada por los mismos argumentos con que se contestaría en tiempos comunes », en CLAVERO, cit., pág. 383; *ibídem*, pág. 380, para la distinción, bien clara entonces, entre medidas políticas y de Derecho privado.

Sigue siendo, por lo tanto, convincente la finalidad confesada por el legislador. El Registro no sirve para apuntalar la eficacia de la desamortización en sí misma, sino del efecto que ésta desata y al que declara servir: la circulación de la riqueza inmobiliaria. En realidad, la Ley Hipotecaria es una medida más de un proyecto típicamente liberal que arrastra resabios de claro corte fisiocrático: la denominada capitalización de la agricultura (6).

El legislador hipotecario tiene en mente a la propiedad agrícola descapitalizada y maniatada por la usura e intenta levantarla de su tradicional postración. La promulgación de la nueva Ley es la última de tres necesarias medidas a un proyecto consecuentemente fisiocrático.

Se ha sustituido la vieja y paralizante imposición indirecta por la nueva capitación personal (reforma de Alejandro Mon). Definitivamente se ha instaurado la libertad de comercio en virtud del nuevo Código de Comercio. Sólo faltaba, según los dictados de escuela, asentar en sólidas bases la propiedad para proporcionar la seguridad necesaria al nuevo proceso económico que se trata de promover y, en consecuencia, promocionar el uso agrícola del capital frente al uso industrial o comercial (7). La principal de las artes es la agricultura, como dicen expresamente las exposiciones de motivos de la Ley de 1861 y del proyecto de reforma de 1869.

Es significativo que el impulso decisivo para la implantación del sistema hipotecario no procederá, como veremos, del Ministerio de Justicia, sino del de Hacienda, y se relaciona con la creación de los bancos de crédito territorial, concretamente del Banco Territorial Central (8).

(6) La implantación del sistema capitalista encuentra firme oposición en el campo donde es vital que triunfe como fuente principal de la riqueza de un país según el pensamiento de la época. «El Gobierno nada tiene que hacer como fomento positivo, pero nunca hará demasiado para quitar las trabas y reparar los obstáculos puestos a los bienes raíces...», palabras de M. M. CAMBRONERO en *ibidem*, pág. 374. Todavía en 1821 D. RICARDO. *Principios de economía política y tributación*, México, 1959, pág. 28, estimaba que la evolución del tipo general de beneficio, prevaleciente en el sistema económico, depende del tipo de beneficio que se forme en la agricultura. Contra esta idea tiene que luchar, y de qué abstrusa manera, K. MARX: *El capital*, III, México, 1972, págs. 725 y sigs.

(7) Son las máximas 5, 13, 4 y 9 para un gobierno económico de un reino agrícola de F. QUESNAY. *Textes annotés*, 2 (edición a cargo de L. Salleron), París, 1958. Concretamente en la cuarta afirma literalmente que «la seguridad de la propiedad es el fundamento esencial del orden económico de la sociedad». La principal de las artes es la agricultura, como dicen expresamente las exposiciones de motivos de la Ley de 1861 y del Proyecto de reforma de 1869, cfr. COLEGIO DE REGISTRADORES: *Leyes hipotecarias y registrales de España*, I-1, Madrid, 1975. Pero la agricultura sólo disputará los capitales a las otras ramas de la economía si se encuentra el instrumento que consiga ofrecer a los financieros las necesarias garantías a fin de poner en movimiento sus capitales. Para entender la desamortización en el proyecto fisiocrático. Vid. también el ya clásico F. TOMÁS. «Plantamiento político de la legislación desamortizadora», en *RCDI*, 473, 1969, pág. 897, n. 46.

(8) El impulso decisivo para la implantación del sistema hipotecario no procederá,

3. Frente al propietario meramente rentista, el nuevo Derecho civil decimonónico protegerá al inversionista que con su capital pone en marcha la producción. La plasmación legislativa de estas medidas se produce en la nueva regulación de la hipoteca si el capital que se trata de invertir es ajeno. En cuanto al inversionista de capital propio es protegido mediante la modificación del régimen civil del poseedor de buena fe y el hipotecario de los arrendamientos (9).

Es simplificador, por consiguiente, entender que las leyes hipotecarias persiguen simplemente una «abstracta» seguridad del tráfico inmobiliario.

PAZ ARES, con razones de peso, ha impugnado la tradicional «hipótesis de la repelencia» entre seguridad de derechos y de tráfico. Desde un punto de vista económico, de una racional asignación de recursos, no ve la razón de por qué va a ser mejor el nuevo que el viejo propietario.

«Tradicionalmente, dice, se viene diciendo que la tutela del tercero de buena fé se justifica en función del incremento de volumen y del ritmo de circulación que la misma induce. Con esta suerte de argumentaciones no se llega a justificar nada... El tráfico o la circulación no constituyen un fin en sí mismos, son medios para... el disfrute de los recursos... no se entiende por qué se va a preferir al adquirente frente al titular... Es más, las distribuciones de recursos óptimas desde el punto de vista de la eficiencia son precisamente aquellas cuya alteración no es posible voluntariamente. Por consiguiente, en principio y mientras no se demuestre lo con-

como veremos, del Ministerio de Justicia, sino del de Hacienda, y se relaciona con la creación de los bancos de crédito territorial, concretamente el Banco territorial central. Vid. B. OLIVER: *Derecho inmobiliario español*, Madrid 1892, pág. 696. Esta ligazón no se pierde. Para el proyecto de crédito agrícola (introduce garantía sobre frutos) y Montero Ríos, vid. las observaciones del ponente señor Lavín en la discusión parlamentaria de la Ley de reforma de 1909, en COLEGIO, II-1, cit., pág. 382. Es curioso que, como pasa en otros países, estos bancos no harán negocio en el campo, sino en la ciudad. Vid. G. PALMADE: *La época de la burguesía*, Madrid, 1978, pág. 100. El éxito de nuestro sistema hipotecario residió en que logró ofrecer garantía firme al capital industrial, también el urbano. Las razones por las que el campo fue derrotado frente a la industria en su lucha por el capital no interesan ahora. La vinculación entre la Ley Hipotecaria y las sociedades de crédito está presente ya en la discusión parlamentaria de la primera Ley Hipotecaria, vid. COLEGIO, I-2, cit., pág. 184, y la exposición de motivos en COLEGIO, I-1, cit., pág. 289: «... entre capitalistas y propietarios... haya instituciones intermedias que emitiendo obligaciones de valor único...».

(9) Para el régimen del poseedor de buena fe es indispensable el estudio de F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, págs. 361 y 391, con su análisis de las innovaciones de los artículos 404, en cuanto a limitación del derecho del propietario a la sola renta, y 432, en cuanto a las mejoras. Por lo que se refiere el arrendamiento inscrito se trata de conferirle estabilidad como un «verdadero derecho real». Vid. la exposición de motivos de la Ley de 1861 en COLEGIO, cit., pág. 244.

trario, lo sensato es dejar el Derecho en manos de quien realmente lo ostenta (10).

Las reglas de seguridad de tráfico, añade, son reglas que se establecen para proteger los titulares de derechos... para hacerles más fácil valorizar o hacer efectivo el disfrute de sus derechos subjetivos, que justamente consiste en que se consume la transacción relevante.» (11).

Esto es, dicho llanamente, la seguridad de tráfico es una medida coherente en el mundo mercantil, donde el valor de uso de las cosas se confunde con su valor de cambio. pero el destino de la tierra no es el cambio, sino el uso; por lo tanto, la llamada seguridad de tráfico inmobiliaria, desde esta perspectiva, debería ser vista con recelo.

La historia del sistema hipotecario en este país demuestra, sin embargo, que la seguridad de tráfico inmobiliario se confunde simplemente con la seguridad del crédito. Sólo para servir al crédito, al comercio del dinero y, en tanto lo sirve, la tierra se transforma en una auténtica mercancía (12).

Hasta tal punto es esto así que la protección al tercero prestamista es

(10) Cfr. PAZ ARES. «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *RDM*, 175-176, 1985, págs 7 y sigs.

(11) No parece dudoso que los fisiócratas estuviesen interesados en promocionar un cambio de «manos» en la propiedad de la tierra. Entienden que no hay peor asignación de la tierra, vista la eficiencia, que la entonces existente, legado del régimen señorial: por ello se trata de fomentar un cambio de propietarios. Cfr. las agudas observaciones de R. L. MEEK: *La fisiocracia*, Barcelona, 1975, págs. 260 y sigs. Esta redistribución de bienes no la realiza el mercado autónomamente por sí mismo precisamente porque el mercado no existe. Las familias nobiliarias no se deshacen de la propiedad sino cuando no les queda otro remedio, no razonan económicamente. Sobre la racionalidad económica del régimen señorial *vid.* W. KULA: *Teoría económica del sistema feudal*, Buenos Aires, 1974, págs 43 y sigs. La política aquí impuso sus límites, como se dice en el texto.

(12) La subordinación de la tierra al capital que la ley persigue está clara en la discusión parlamentaria, cfr. las palabras del señor Alvarez en COLEGIO. I-2, cit., pág. 117: «la gran necesidad de nuestra propiedad inmueble es convertirla en un capital tan seguro como el que existe en el Banco de España millares de ciudadanos que por su posición no pueden dedicarse a las aventuras del comercio, emplearán los ahorros de sus familias. Hoy nadie presta...». Lo cierto es que el capital financiero ha conseguido el derecho real de garantía sea el derecho real mejor protegido expresión de su hegemonía política. Cfr. la insistencia de N. LUHMANN *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983, págs. 119-142, en que «no se puede interpretar el dinero y los demás bienes partiendo de la propiedad, sino que sólo se puede interpretar la propiedad partiendo del dinero» En fin, la diversidad de derechos civiles adquiribles sobre cada finca que el Derecho posibilita es un estorbo al negocio del crédito, por ello éste exige claridad. De este modo, o se articulan mecanismos de equilibrio entre la seguridad del crédito y la de los derechos adquiridos civiles o se presiona para purgarlos, sea en vía legislativa sea judicial. Hay un incontenible proceso de «desrealización», privación de eficacia real a derechos que antes la tenían. Acciones resolutorias, rescisorias, revocatorias, censos, foros, legítimas (catalanas) han caído ya.

incluso distinta de la concedida al simple adquirente. De esta manera surge incluso un régimen privilegiado dentro del mismo Derecho hipotecario (13).

La razón de este trato discriminatorio parece clara: el dinero sí que es mercancía y su valor de uso es sólo el de cambio. Entre el momento de entrega y el de devolución del capital prestado ha de mediar necesariamente un tiempo mínimo, necesario para que culmine el proceso de producción o consumo que posibilita.

Ahora bien, la entrega que el prestamista hace, durante ese plazo, no se apoya en un simple acto de fe. Como nos recuerda GARRIGUES, los bancos no conocen el crédito sin la correspondiente garantía (14). La seguridad de tráfico inmobiliario así es necesaria porque la tierra es un medio de garantía típico del préstamo.

La seguridad de tráfico en el mundo inmobiliario no es más que un eufemismo para referir a la seguridad del crédito. El tercero de buena fe típico es el prestamista hipotecario.

Sólo queda insistir en que de lo que la política hipotecaria trata de conseguir no es de asignar eficientemente la tierra, sino el capital, y no hay asignación más eficiente de capital, para el pensamiento económico dominante entonces, que cuando aquél se invierte en la tierra, única fuente de renta.

4. Este planteamiento, por lo demás, poco tiene que decir en el mundo inmobiliario por otras razones. La política liberal ha exigido que todo sistema de seguridad de tráfico se montase desde los derechos, no contra ellos; la seguridad, como la libertad, no eran divisibles.

Si la construcción del mercado inmobiliario pasaba inevitablemente por la necesidad de proceder a una vigorosa intervención estatal en el orden civil que facilitase la circulación de los inmuebles, lo cierto es que la política decimonónica española procedió selectivamente. Con radicalidad liberó la propiedad predial de las trabas feudales mediante la desamortización política, pero no pudo, ni probablemente quiso, hacer lo mismo con las cargas de naturaleza civil.

El planteamiento del nuevo mercado inmobiliario sólo pudo hacerse

(13) Las diferencias de trato entre el simple adquirente y el prestamista hipotecario que la ley establece son fácilmente apreciables. La comparación entre las causas de oposición del artículo 41 de nuestra Ley Hipotecaria a la petición de posesión del titular inscrito y las del artículo 131 a la ejecución hipotecaria es muy significativa. Justificación teórica de este resultado en J. VALLET: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *RDP*, 31, 1957, págs. 391 y sigs. Es más segura la inversión hipotecaria que la compra directa.

(14) Cfr J GARRIGUES: *Los contratos bancarios*, Madrid, 1975, pág. 293. La seguridad de tráfico inmobiliario es necesaria porque la tierra es un medio de garantía típico del préstamo.

dentro de límites estrictos. Debía fundarse en el respeto escrupuloso de los derechos ya adquiridos.

En primer lugar, el legislador debía encontrar una fórmula que permitiese armonizar la sólida garantía que la tierra ofrece como asiento del capital con el necesario respeto de los derechos adquiridos sobre ella.

En segundo lugar, el respeto no puede transformarse en un obstáculo: la seguridad en el disfrute de lo adquirido no podría conseguirse a costa de entorpecer su futura disposición.

La dificultad de la política hipotecaria consiste en conseguir la armonía entre estos opuestos. El aprovechamiento óptimo del capital es función también de su velocidad de circulación. Rapidez y seguridad son, a partir de un cierto punto, pretensiones contradictorias. Se trataba de buscar y encontrar una posición de equilibrio.

III. ORGANIZACION REGISTRAL: TRACTO Y CIERRE

1. Seguridad de los derechos y fluidez de tráfico inmobiliario son así necesarias pero como principios ocupan posiciones opuestas a partir de cierto punto. Hasta llegar a él son, sin embargo, posibles distintas soluciones de compromiso a partir de un hecho indiscutible: mayor intervención, como diría SHANNON, proporciona más seguridad a la circulación pero a costa de reducir inevitablemente su velocidad y encarecer los costes (15). Esta cuestión puramente técnica, la de encontrar un equilibrio justo entre ambos valores, ha merecido distintas respuestas, también meramente técnicas, que han cristalizado en estructuras orgánicas diferentes. No son iguales todos los Registros de la Propiedad, las instituciones a quienes el Derecho ha encomendado la custodia de la circulación inmobiliaria.

Todos ellos se apoyan en un suelo común: el legislador les ha concedido el monopolio de la llamada publicidad legal de los hechos y derechos relevantes para el tráfico inmobiliario. Los derechos publicados en los libros son conocidos de todos, sin que quepa alegar ignorancia (16).

Pero la publicidad, aunque es un elemento necesario a la seguridad, no se confunde lisa y llanamente con ella. De la una a la otra hay un trecho que no todos los países han recorrido, ni de la misma manera si lo han llegado a hacer (17).

(15) PEIRCE *Simbolos, señales y ruidos*, Madrid, 1962, págs 176 y sigs

(16) Para la distinción que la doctrina italiana ha popularizado entre la publicidad noticia, la publicidad notificativa y la publicidad declarativa, excelente el resumen de A. PAVONE: *Il registro della impresa*, Milano, 1954, págs 118 y sigs.

(17) Una vez aceptado que la seguridad de tráfico inmobiliario es indispensable al crédito, se trata de organizar un sistema hipotecario que no la consiga simplemente a costa del sacrificio de los derechos de los viejos propietarios. Por esta razón son total-

2. La publicidad, si es confusa o contradictoria, no produce obviamente seguridad. No cabe avanzar hacia la seguridad sin organizar en alguna manera la publicidad que se oferta de modo que se garantice su exactitud (18).

Para comprender el camino recorrido por cada Estado en esta dirección nada mejor que ocuparse de estudiar los concretos principios organizativos que en cada caso estructuran la institución registral. Pueden distinguirse dos modelos (19). En el primero, la inscripción de un título ni extingue la inscripción de los contradictorios ya inscritos ni impide la de los no inscri-

mente desechables los sistemas de inspiración «mercantil» de seguridad apoyados en la mera posesión o apariencia, porque sacrifica automáticamente todos los derechos que no la aparejan (la posesión). Este sistema garantizaría los intereses de los adquirentes pero no de los que han ya adquirido, tampoco de los que han prestado. Por eso el Derecho inmobiliario es un baluarte civil (garantía de derechos) frente al deseo de mercantilizar la tierra (mera garantía de tráfico). Entre los sistemas inmobiliarios que consiguen ofrecer garantías a los derechos no posesorios, sin duda son más efectivos en el respeto de los derechos adquiridos aquellos que consulta a los ya inscritos el acceso al Registro de todo nuevo derecho que les puede perjudicar que los que no lo hacen. Los sistemas de especialidad con cierre y tracto vigilan rigurosamente ya en el mismo proceso de inscripción el respeto al principio del consentimiento (nadie da lo que no tiene), escudo del derecho de propiedad, y no remiten o aplazan este control al juicio posterior: no ingresa derecho contradictorio en los libros sin consentimiento del antiguo propietario o sentencia judicial.

(18) Uno de los objetivos de este trabajo es precisamente llamar la atención sobre la importancia del llamado Derecho hipotecario formal. La organización del Registro es el fundamento de todos los efectos de Derecho material de los que se le quiera dotar. Simplificando, podría decirse que los Registros de tracto y cierre perfeccionan el mecanismo contable que todo Registro supone. El paralelo contable no es de cosecha propia, está explícito ya en Antón Luzuriaga en el artículo 82 de su Anteproyecto de reforma hipotecaria de 1848, cfr COLEGIO, I, cit., pag. 86.

(19) El primero es propio de los sistemas de tipo latino. El segundo define el sistema germánico. El acceso al registro no es un mero derecho formal precisamente porque de la inscripción siempre se deducen consecuencias de Derecho material. v. gr. en nuestro sistema, presunciones de todo orden en favor del titular inscrito contra los que discutan la atribución que el asiento publica. Lo que merece ser destacado es que hay sistemas que no pueden cumplir el cometido que tienen atribuido si no es operando sobre ese derecho de acceso para restringirlo: inscrito un derecho son expulsados los contradictorios inscritos y vetados los no inscritos. Esta restricción es requisito previo imprescindible cuando el sistema pretende que la publicidad por él dispensada sea exacta: al menos ya nunca será contradictoria. Por lo tanto, donde la ley no liga ningún efecto de derecho material al asiento poco importa que se garantice el derecho de acceso al Registro a todos los derechos reales. A la inversa, un Registro que veda el acceso a determinados derechos tiene poco valor como instrumento fiscal libra de la exacción a aquellos a quienes rechaza. Por ello los sistemas de especialidad con cierre suelen ser los únicos apropiados para organizar registros jurídicos y que, en cambio, sólo los que no aceptan el efecto cierre puedan cumplir perfectamente finalidades de orden fiscal. Cfr las observaciones de PAVONE, cit., pág. 122, sobre la que llama publicidad sanante: «... En el caso que a la inscripción deba reconocerse eficacia (sanante), no se puede decir que exista una obligación de inscripción, puesto que la ley prohíbe que sean inscritas situaciones a las que faltan los requisitos requeridos...»

tos. Los libros se limitan a hacer públicos los documentos a medida que se van presentando pero sin relacionar unos con otros, de modo que no se impide la publicidad simultánea de derechos incompatibles.

En el segundo, la situación es exactamente la contraria: no cabe hacer simultáneamente publicidades contradictorias. El Registro publica un mapa coherente de titularidades sobre cada finca, por ello cada asiento extingue la publicidad de titularidades inscritas que le sean contradictorias e impide el acceso o subordina a las no inscritas.

De este modo la resolución, por la que se decide sobre la oportunidad de la inscripción solicitada, cobra un valor superior en los sistemas presididos por un principio de coherencia organizativa: la suerte registral del título a inscribir vincula la de los contradictorios, ya inscritos o todavía no inscritos.

En este último caso existe un juego registral autónomo, con sentido en el mismo, que perjudica a terceros. Cuando el asiento de un título condiciona la suerte registral de otros diferentes, es evidente que el interés en inscribir del presentante no es el único digno de protección.

Este es el punto esencial donde el sistema se juega su operatividad. El proceso de inscripción debe también cuidar los intereses de los titulares de asientos a quienes la práctica del solicitado puede perjudicar, sin comprometer por ello la agilidad del tráfico que se trata de proteger (20).

El grado de complicación organizativa que tienen las oficinas en estos casos, por consiguiente, es mucho mayor. Pero este esfuerzo suplementario es absolutamente necesario si se quiere avanzar en la seguridad del tráfico inmobiliario exclusivamente con ortopedias registrales.

La publicidad que estos Registros ofrecen, al menos, ya nunca será contradictoria: condición necesaria cuando lo que se quiere es atribuir a las declaraciones registrales valor sustantivo frente el tercero que adquiere.

3. Cabe, en conclusión, formular una especie de teorema: existe una correspondencia directa sobre los efectos registrales y los materiales que cada sistema concede a sus inscripciones. Se elige un determinado sistema registral precisamente porque se quiere dotar a la inscripción de determinada eficacia de derecho material. Dicho de otra manera: el efecto civil de la

(20) Debe destacarse que la proposición inversa, también cierta, permite nuevos desarrollos dialécticos. Es evidente que si el procedimiento registral cuenta con los intereses de titulares de los derechos ya adquiridos, también puede producir, ya en el ámbito registral, actos que pueden perjudicarlos. La salvaguarda de los intereses de esos terceros no ha de producirse, sin embargo, siempre de la misma manera. Depende mucho del alcance de los posibles perjuicios, su irreversibilidad y su irreparabilidad. No hay que olvidar que la mayor o menor eficacia del acto jurídico es función de la mayor o menor intervención que se conceda en el procedimiento que lo produce a los particulares cuyos intereses pueda perjudicar.

inscripción está en función de la estructura organizativa del Registro que la produce.

El estudio de la organización hipotecaria tiene, por ello, evidente relevancia científica: la eficacia formal de la inscripción es así presupuesto de su eficacia material.

IV. REGISTROS DE DOCUMENTOS: LA PURGA

1. El Registro de la Propiedad no es un ente benéfico, sino un poderoso instrumento de control del tráfico inmobiliario puesto al servicio no de una abstracta seguridad de tráfico, sino de la más concreta del inversor.

Su juego no es posible sino mediante la subordinación de derechos que el orden civil entiende justamente adquiridos. El grado de subordinación es cuestión que ha decidido la política. La fórmula que concreta en la práctica esta subordinación es ya, en cambio, una construcción puramente técnica.

Así cada sistema hipotecario da forma jurídica, expresa un delicado compromiso político, un equilibrio siempre discutible, entre el necesario respeto a los derechos adquiridos y protección de interés del tercero que adquiere.

2. El legislador puede estar simplemente interesado en dar publicidad a los títulos o documentos de posible eficacia real. Los Registros que llamaremos de mera publicidad están pensados para cumplir este cometido.

Los derechos o acciones reales adquiridos según el Derecho civil se respetan *íntegramente* cuando sus titulares se preocupan de inscribirlos en el Registro: sólo de este modo perjudican a terceros.

Toda la intervención hipotecaria en el orden civil termina aquí. Los asientos registrales nada añaden a la bondad intrínseca de los contenidos que publican: los títulos aún inscritos siguen siendo nulos, revocables o resolubles a instancia de cualquiera que alegue otro contradictorio. La inscripción no refuerza o *legítima* la validez de los derechos que resulten del título inscrito frente a otros títulos estén o no inscritos.

La debilidad de la eficacia material que la inscripción produce congruentemente permite una notable sencillez del procedimiento registral que la produce: nunca por el hecho de extender un asiento pueden resultar cancelados otros asientos pasados ni vetados los que se intenten en el porvenir, por contradictorios que sean. El asiento recién extendido no perjudica a los ya practicados o que se intenten en el porvenir (21).

(21) Es llamativo el desliz de nuestro codificador. Es mejor la venta que primero se inscribe (art. 1.473 del Código Civil). En nuestro Derecho hipotecario sólo se inscribe una: la que primero llega si se califica como válida. Pero inscrita una, incluso inválida, no cabe inscribir la otra. Al contrario del Derecho francés, de donde se toma el citado

El último asiento extendido en los libros carece de toda pretensión de hegemonía sobre los contradictorios, inscritos o no. De este modo, si se niega o permite el acceso por la razón que sea a un documento, es el peticionario el único perjudicado, y el sistema puede limitarse a contar únicamente con él, pues de este modo da tutela cumplida al único interés que se ventila: el suyo. En consecuencia, el procedimiento de registración puede prescindir de los terceros (22).

Estos sistemas son apropiados para la obtención de finalidades de naturaleza pública, principalmente fiscales, más bien que privadas. De hecho el interesado en adquirir una finca o derecho sólo puede satisfacer su comprensible aspiración a asegurarse, antes de comprar, sobre la identidad de su verdadero titular acudiendo a medios extrarregistrales (23).

3. De hecho, la unión indisoluble entre seguridad de tráfico y registro, que nosotros estamos tan habituados a dar por supuesta, sólo madurará muy tardíamente. Durante muchos años la adquisición irrevocable de la propiedad es efecto que se produce fuera del Registro que, como mucho, se limita a constatarla. El estudio de esta larga travesía es, de todos modos, aleccionador también para el estudioso del Derecho hipotecario.

En el Antiguo Régimen la tierra, en su mayor parte, no estaba en venta, sino amortizada, vinculada. A la inversa, y por la misma razón, tampoco apremiaba, como de forma obsesiva pasará en el siglo XIX, la necesidad de organizar un sistema que permitiese garantizar la estabilidad, la seguridad, de las adquisiciones inmobiliarias (24).

Sin embargo, el tráfico de bienes inmuebles, aunque escaso, no había desaparecido. Las transferencias de la escasa propiedad libre tenían que someterse a los principios que gobernaban el viejo orden civil, que no

precepto en que si se inscriben las dos: no hay cierre. No deja de ser enigmático que nuestra primera Ley Hipotecaria atribuya también la propiedad al que primero inscribe. En todo caso, el precepto se reforma en 1909. El artículo 38 de la Ley Hipotecaria de ese año dice: «por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita», COLEGIO, II-1, pág. 717. Sobre cierre, R. ROCA SASTRE y L. ROCA SASTRE *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1979, pág. 210.

(22) El derecho de acceso que necesita ser tutelado es en estos sistemas únicamente el del solicitante. Este es, por hipótesis, siempre parte en el procedimiento de inscripción; por lo tanto, las resoluciones que recaigan en el oportuno recurso judicial que llegase a promover pueden tener eficacia de cosa juzgada. Para el sistema francés, artículo 26 y siguientes del DL de 4 de enero de 1985, en DALLOZ: *Code civil*. París. 1984-1985, págs. 1246 y 1247.

(23) Sobre fórmulas extrarregistrales (económicas) de seguridad es de enorme provecho A MORO: *Los sistemas registrales inmobiliarios en los Estados Unidos*, Madrid, 1986, en donde se ponen de relieve, descendiendo a los oportunos detalles prácticos, los principios de toda política de seguridad: coste y responsabilidad.

(24) Sobre la extensión que, v. gr., en Castilla alcanzó la propiedad vinculada, vid CLAVERO, cit., pág. 128.

admitía la adquisición de derechos que no procediese de su verdadero titular (25).

Sólo es seguro propietario el que todos los interesados en la finca aceptan como tal; de hecho deben renunciar a sus derechos en cuanto se opongan al recién adquirido. El nacimiento de nuevo derecho pasa por la muerte de los viejos. Cada transmisión pone en crisis el orden de los propietarios. Esto es lo importante: no hay propiedad absolutamente segura sino con los terceros y contra los terceros. El viejo régimen lo sabía perfectamente.

4. La bondad de la adquisición es garantizada porque todo posible tercero perjudicado la ha consentido explícita o implícitamente. Todos los interesados, conocidos o no, son genéricamente intimados a un proceso (26) y por lo tanto obligados a respetar su efecto. Hay adquisición segura porque, a través de un proceso fingido, se extingue todo derecho contradictorio con el nuevo que nace: una especie de adquisición originaria. Siempre que se transmite un inmueble se desencadena, por esta razón, un proceso que define el verdadero propietario. El derecho renace con cada transmisión.

Es significativo que este recurso fuese común a muchos países europeos: Bremen, Bretaña o los reinos de Sicilia o de Mallorca (27). Era un remedio

(25) Cfr cómo H. HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Barcelona, 1987, pág. 85, justifica la *traditio* abstracta en el contexto político decimonónico: «aceptar la doctrina del *titulus* hubiera originado problemas de prueba insolubles. En la nueva situación la teoría de la *traditio* encajaba como negocio jurídico abstracto, ya no era su historia (la de cada derecho de propiedad en cada cosa) la que justificaba la propiedad, convertida en un derecho ahistórico. Para su reconocimiento judicial bastaba que alguien estuviese en posesión de una cosa y pudiese probar la voluntaria entrega de la posesión por parte de su predecesor. . El rechazo de la doctrina del *titulus iustus* desvalorizaba los antecedentes de la propiedad y revalorizaba en la misma medida la tenencia factual. La nueva doctrina agradó por igual a conservadores y empresarios liberales. No era pertinente la cuestión acerca del origen de un patrimonio...». Solución que evidentemente facilitaba la implantación del sistema hipotecario y contraria a la española (irretroactividad de la Ley Hipotecaria), *vid.* capítulo tercero de la segunda parte

(26) Sólo la sentencia es instrumento apto para fijar la situación jurídica entre las partes, de modo que éstas no pueden, una vez dictada, tratar de rearguir el estado anterior. Sobre esta cuestión, C. FURNO: *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, Madrid, 1967, págs. 81 y sigs. Efecto novatorio de la sentencia es origen de una acción distinta *actio iudicati*. Este efecto, más que constitutivo, sustantivo de la sentencia había tratado de extenderlo a la escritura pública R. NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950. En contra, CASTRO, *cit.*, págs. 307 y sigs. Un resumen claro en J. L. MEZQUITA. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, 1989, pág. 105, n. 411.

(27) *Vid.* un resumen muy completo en el todavía imprescindible B. OLIVER: *Derecho inmobiliario español*, Madrid, 1892. Era significativo el caso de la ciudad libre de Bremen. La transmisión de fincas exigía una subasta judicial, anuncios en periódico oficial, lo que fundamentaba que la declaración judicial tuviese efecto extintivo de los

exorbitante pero necesario en una sociedad condicionada por la existencia de un grave obstáculo al comercio inmobiliario que necesariamente había que salvar: la falta de un sistema fiable para conocer las cargas que cada finca soportaba y la identidad de sus titulares.

Había que dispensar al que pretendía adquirir de hacer llamamientos individuales a juicio de todos los titulares de derechos sobre el inmueble por la simple razón de que la mayor parte eran desconocidos. La monarquía francesa acabó concediendo este derecho al interesado en comprar previo pago de las tasas oportunas, cuyo cobro se reservaba evidentemente el fisco (28).

De este modo la seguridad de los derechos ocultos se convertía de hecho en una regalía. Conclusión que está en la base de todos los modernos Registros de la Propiedad (29).

derechos no reclamados en plazo (*lassung*), *ibidem*, págs. 90-91. Para el reino de Mallorca, *vid* OLIVER, cit., pág. 277; recoge el texto íntegro de la disposición redactada por los Jurados de aquel reino y aprobada por el Gobernador del mismo en 1413, «encaminado a dar seguridad a los compradores de bienes inmuebles, haciendo irrevocable la adquisición de dominio de los mismos, mediante un procedimiento especial análogo al conocido en la legislación alemana con el nombre de *Praklustion* y en el Código de Napoleón con el de *purgue* o liberación» La purga francesa la introduce todavía un edicto de 2 de febrero de 1771 (!). Esta confrontación de datos permite conjeturar la existencia de un pensamiento común a la seguridad inmobiliaria en toda Europa. Este efecto automático constitutivo y extintivo de la investidura formal parece fundarse en que todos los interesados convocados formalmente (edictos) están vinculados por los acuerdos del Tribunal aunque no comparezcan. Así era en sus orígenes (sentencia en un proceso real, luego fingido, ante el Tribunal del rey franco). Cuando, con posterioridad, el Juez se limita a confirmar la jurisdicción de la transmisión, sólo transcurrido año y día desde la sentencia, hay *rechte gewere*. H. PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, Barcelona, 1957, págs. 168-169. *Vid.* dos notas finales.

(28) Cfr. A. E. GIFFARD y R. VILLERS. *Droit romain et ancien droit français*, París, 1976, págs. 416 y sigs., las referencias al Edicto de 2 de febrero de 1771 *Ibidem*, *id.* «Primitivamente el decreto voluntario (de purga), habitual en el siglo XVI, copiaba la *sasis* real con toda su lentitud. Este modo ... fue reemplazado en junio de 1771 por el sistema de *lettres de ratification*: el adquirente no tenía más que tomar sus cartas en la cancellería; estas cartas eran libradas desde que transcurrido un cierto plazo ningún acreedor había hecho oposición.

(29) J. A. ALVAREZ: *La propiedad en la formación del moderno Derecho administrativo*, Pamplona, 1983, pág. 43, entiende la política hipotecaria como típicamente liberal en el sentido que da a esa expresión: eliminación de todo límite al ejercicio del poder político. El «estado es titular originario de la propiedad... El Estado es el ser trascendente e inescrutable anterior a la propiedad y a la persona...». *Ibidem*, pág. 34. Sin embargo, tener en cuenta, además de lo que resulta del texto, el estado de la cuestión que con carácter general para el Estado absoluto y los derechos adquiridos explica J. L. CARRO. «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», en *Estudios jurídicos homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Santiago, 1981, págs. 382-383. En cuanto al nacimiento real y conceptual de la soberanía hay que atenerse a C. SCHMITT *El nomos de la tierra en el Derecho de gentes del *Ius Publicum Europaeum**, Madrid, 1979, págs. 157 y sigs.

5. El legado del viejo régimen al Derecho contemporáneo tenía un contenido muy preciso. La publicidad es una función de titularidad estatal y la inscripción, en consecuencia, una carga del ciudadano.

De este modo la distancia que media entre el respeto liberal por los derechos civiles y el sacrificio a que les sometía la monarquía absoluta ya no será insalvable. Prueba plena ofrece el Derecho francés, que conoce el sistema con el nombre de purga.

En primer lugar, la purga necesita la ayuda de un eficaz sistema de publicidad que permita conocer los titulares de los posibles derechos a purgar. No hay más derechos que los contados en los libros. Sólo ellos han de ser llamados a la purga. Los que no están inscritos, en cambio, no serán llamados precisamente porque no están contados y por ello no merecen ser conservados (30). La intimación personal a los interesados, que la publicidad posibilita, permite dar tutela adecuada a los titulares de las cargas o derechos que el Tribunal ha sido llamado a liberar.

En segundo lugar, los papeles deben estar claramente repartidos. La publicidad de los derechos reales la hace el Registro. La seguridad en la posesión del derecho recién adquirido, porque se obtiene a costa de la extinción de los antiguos, sólo puede ser obra de los Tribunales.

En tercer lugar, estructuras registrales sencillas, livianas, que ordenen los asientos siguiendo un mero orden cronológico, bastan, son eficientes para dar cobertura al juego de la purga. No se precisa ningún esfuerzo suplementario que siempre sería un sobreesfuerzo baldío, una costosa complicación.

Ciertamente, pocas dudas cabe albergar sobre la seguridad de las adquisiciones efectuadas con arreglo al sistema de purga; sí, en cambio, era preciso reconsiderar los costes de muy diverso orden que genera.

La purga provoca el juicio: la amenaza de un proceso que el mismo sistema estimula vierte sobre todo adquirente que pide la purga. Sólo si comparece y se opone, el posible perjudicado conseguirá defender sus derechos e impedir su extinción.

Sobre su agilidad o la inmoderación de sus costes poco hay que decir: viene de suyo. Lo difícilmente tolerable para el buen espíritu liberal es el desproporcionado, excesivo, efecto de la purga. La finca, si nadie se opone, surge ciertamente inmaculada de cada transmisión pero a costa de dejar en el camino todos los derechos adquiridos que no se han hecho valer oportunamente.

Fueran éstas u otras las razones, lo cierto es que el Derecho francés ha

(30) Esta idea se expresa en la denominación de las oficinas francesas. se conservan los derechos que se inscriben porque se tienen en cuenta en la purga. Cfr. GIFFARD, cit., pág. 417.

limitado considerablemente su fortaleza. El efecto exorbitante de la purga debe subsistir sólo en la medida que devenga estrictamente necesario.

Primero: la purga es sólo un instrumento para facilitar el crédito liberando la tierra de privilegios e hipotecas, pero no es adecuada para depurar la finca de reservas de resolución u otras cargas inscritas, para definir, en definitiva, quién es verdadero propietario (31).

Segundo: los derechos extinguidos necesitan ser eficazmente protegidos, por lo que la purga sólo procederá cuando un tercero intente comprar y precisamente antes de que lo haga. No hay purga sin subasta, cuyo precio garantiza el hecho de que hayan de ser llamados a la puja todos los directamente interesados en la finca que los asientos del Registro descubre. Además, los derechos purgados tienen el derecho excluyente de verter con preferencia sobre el precio de la finca adjudicada.

De este modo, sin embargo, aparece un nuevo inconveniente. La purga garantiza la adquisición pero no necesariamente el interés del que pretende adquirir: por el juego de la puja en la subasta (32) que el sistema exige, el que había decidido adquirir determinada finca puede verse privado de ella por un mejor postor.

6. Bajo la hipnosis de este modelo vive nuestro Derecho hipotecario decimonónico. La inseguridad del tráfico inmobiliario venía acentuada, en nuestro país, dado el pie forzado de que el legislador hubo de partir: el respeto del viejo orden inmobiliario del Derecho común, recopilado en las *Partidas*. Los derechos, con arreglo al orden tradicional, tienen el contenido, la eficacia real que resulta del título, el envase que lo contiene.

(31) El *Code* ha limitado el juego de la purga: sólo hipotecas y privilegios que vertirán sobre el precio de compra. Este efecto puede encontrar apoyo textual en el mismo Derecho romano, C. 8.25,6: *Si no tempore, quo praedium distrahebatur, programmata admitti creditores, cum presentes essent, ius suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisissae*. La purga no decidía cuestiones de propiedad, no liberaba derechos de resolución ni tampoco de uso o disfrute sobre la cosa. Esta limitación perdura en *Code* pero con otro resultado. Entre tanto se han producido modificaciones sustanciales en el Derecho civil francés. El *Code* ha transformado en personales la mayor parte de las viejas acciones reales de efecto resolutorio. Por lo demás, las cuestiones de propiedad están excluidas y se reservan a los Tribunales. El ejercicio judicial de la acción de resolución debe asentarse en los libros si quiere afectar a tercero y, evidentemente, no puede ser purgada. un juicio simulado (voluntario) podría dejar sin sentido la sentencia dictada en otro plenario, artículos 2 181 y sigs.

(32) Este efecto es coherente con el Derecho común. subasta es garantía de precio justo y nadie puede pretender adquirir las cosas por menos de su valor. Puede conjeturarse que todo el moderno derecho de garantías es el desarrollo de una idea probablemente de origen eclesiástico (el precio justo) que obtiene especial predicamento porque sirve más a los intereses de los acreedores como estamento que al deudor. La subasta o la tasación de valor de la cosa hipotecada tutela el sobrante que es el derecho actual

Las restricciones impuestas por los propietarios al libre uso o disposición de la tierra gozan de eficacia real. Los nuevos propietarios eran causahabientes de los viejos y deudores de acatamiento a sus decisiones. La propiedad era obra exclusivamente de los propietarios. Por esta razón no existían derechos reales en estado puro. Al contrario, están contaminados por el título que los origina que, en consecuencia, condiciona su eficacia real.

Esta situación ciertamente generaba confusión y emponzoñaba el libre tráfico. Era necesario aportar claridad, que, por consiguiente, pasaba por definir con precisión el contenido de los derechos. Si el legislador decidía que la custodia del tráfico era tarea exclusiva del Registro, éste había de cumplir dos requisitos.

No bastaría que el Registro publicase todos los títulos con posible eficacia real, sino que era preciso también que los seleccionase: cada derecho, su titular. Además debía definir, con suficientes garantías, el contenido de los derechos publicados.

La complejidad de esta tarea desanimó en ocasiones al legislador, que, como veremos, renegó del Registro y recurrió al demoledor efecto de la purga. Es muy aleccionadora la historia del sistema de purga en nuestro país. Los distintos papeles que se le atribuyó y los curiosos altibajos por que pasó (33).

de los segundos acreedores permitiendo un aprovechamiento de la garantía. El *ius offerendi* tutela el sobrante, por eso el momento óptimo para la purga es la venta en subasta que extingue el *ius offerendi*. Sobre estas ideas, imprescindible A. D'ORS. «El 'ius offerendi' de tertius», en *Studi Biondi*, 1. Milán, 1965. págs 213 y sigs.

(33) La publicidad está por lo tanto siempre en la base de la fortaleza del efecto transmisivo. Pero para alcanzar seguridad plena se precisa algo más que garantice la legitimidad de la adquisición. Para conseguirla se precisa contar en algún modo con los posibles perjudicados, aunque a veces esta cautela se reduzca al extremo. consentimiento fingido (edictos más transcurso de plazo sin oponerse). Instalado el nuevo orden liberal en la propiedad no podía fundarse nunca en el despojo de los propietarios. Por ello la propuesta hipotecaria que parece imponerse a finales del XIX, en cuanto prescinde de la purga dada su «pesadez» o rigidez, dispone una mera homologación oficial que genera una mera apariencia a favor de su titular y que, sólo si éste vuelve a vender, se transforma en irrevocable frente al tercero. En este caso, las cautelas que la ley disponga en garantía de los otros terceros, los perjudicados, serán menos formalistas, ya que no necesita pasar por la renuncia a sus derechos (la solución de la *GBO*, consentimiento formal que simplemente autoriza el asiento. es original porque utiliza los medios propios del primer sistema para conseguir los efectos limitados del segundo: pero de este modo consigue desresponsabilizar al Estado del riesgo de organizar la seguridad de tráfico). Lo importante es que la publicidad por sí sola no produce nunca una adquisición irrefutable. El Derecho contemporáneo conoce, también, una solución intermedia que tuvo éxito en el Derecho histórico de todos los países europeos: la publicidad combinada con el transcurso del tiempo concede al adquirente una posición irrevocable. *jar and tac ane rechte widersprache*, *Tenure d'an et jour* Para la posesión de año y día en los Derechos peninsulares, P. MEREA: «A posse de ano e dia no direito dos foros», en

V. REGISTROS DE BIENES: EL SISTEMA ESPAÑOL

1. Los sistemas hipotecarios de organización más reciente, de inspiración germánica, pretenden dotar de la seguridad necesaria al tráfico inmobiliario pero no a costa de sacrificar, en interés del nuevo propietario, todos los derechos que gravasen la finca transmitida. La estabilidad de los derechos sobre la tierra no puede ser puesta en crisis cada vez que se produce un cambio en su titularidad.

Evidentemente era necesario encontrar el medio de renovar, con más acierto y sobre otros fundamentos, el viejo compromiso entre el respeto a los derechos adquiridos y la agilidad necesaria al negocio transmisivo, base del mercado de capitales.

Al tercero simplemente le basta con que se le garantice que lo efectivamente transmitido era aquello que trataba de adquirir. No quiere menos, pero tampoco más. El Registro cumple, por lo tanto, su misión si consigue encontrar una fórmula justa que permita definir el exacto alcance de cada uno de los derechos que gravan las fincas. Sólo entonces la ley podrá garantizar al tercero que el derecho inscrito existe y con el contenido que el folio publica.

Evidentemente, para conseguir este resultado en modo alguno es necesario pasar por la extinción de los derechos ya adquiridos sobre la finca que se trata de comprar. Pero esta declaración atributiva de derechos a favor del titular registral, que el asiento implica, no deja de afectar a los terceros: se produce contra todos los demás (34).

Estudos de Direito hispânico medieval, Coimbra, 1953, págs. 163 y sigs. «La *rechte gewere* del Derecho alemán presupone una adquisición mediante *Auflassung* judicial», *ibidem*, pág. 186. En la Península, «muchas fuentes, para indicar que la adquisición fue legítima, requisito necesario para la firmeza de la posesión de año y día, aluden expresamente a... *carta roborada*», *ibidem*, pág. 177, nota 32. Para la *roboratio* y otras instituciones paralelas, *vid.* los textos que para Castilla, Vizcaya, Navarra y Aragón recoge OLIVER, cit., págs. 241 y sigs. Para la analogía con *appropriance* de La Bretaña, *ibidem*, pág. 174. El efecto de la *roboratio* (año y día) deriva hacia la llamada *usucapio secundum tabulas*. Para el Código civil austríaco, *vid.* OLIVER, cit., pág. 157. Para el sistema italiano instaurado por el nuevo Código en su artículo 2652-6,7, que exige plazos que varían entre cinco y diez años para la llamada eficacia sanante del asiento ante causas de resolución, etc., *vid.* ROCA, cit., I, pág. 559.

(34) La originalidad del moderno juego de la fe registral consiste en que trata de conseguir un efecto casi como la purga sin pasar por un proceso judicial irreparablemente extintivo y constitutivo de derechos. La inscripción no produce una auténtica atribución de propiedad, sino sólo una legitimación irrevocable frente al tercero. El origen de esta solución ecléctica está bien explicado por OLIVER, cit., págs. 111 y sigs. *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* 1,10,6 y 7. Este efecto de menor alcance permite atenuar o incluso prescindir de la pesadez de la organización que la purga exige (consentimientos materiales de todos los interesados que deben ser llamados); excesivo para los fines pretendidos. La Ley prusiana de 1783 se servía todavía de la purga por edictos o la *Praklusion* para hacer propietarios. El Código civil austríaco también pres-

Nuevas sutilezas organizativas son necesarias para que los Registros sean capaces de asumir sin riesgos estos cometidos dentro de un marco de respeto generalizado a todos los intereses que cada transmisión pone en juego y sin recurrir a la ayuda constante de los Tribunales.

La sustancia de los nuevos Registros está en saber quiénes se responsabilizan de la confección de las declaraciones registrales, de definir el contenido de los derechos a publicar. Pues bien, una solución equilibrada sólo puede proceder cuando se atiende a tres factores.

2. En primer lugar, el efecto del llamado principio de publicidad legal es necesario que se convierta en el basamento del nuevo edificio registral. Indiscutiblemente los derechos inscritos deben tener más valor que los no inscritos.

La inscripción es, en consecuencia, una carga que la ley impone al propietario. La sociedad necesita el tráfico y éste genera riesgos inevitablemente. El que deja de publicar sus derechos se responsabiliza de ellos y a él sólo deben imputárseles, con independencia de cuál sea la naturaleza de esos riesgos y su alcance.

El Registro puede, por esta razón, prescindir de todos los derechos no inscritos; sin embargo, y como lógica consecuencia, está obligado a contar con los ya inscritos. Ciertamente este paso sería importante, pero, desde luego, no suficiente. Bien poco se había avanzado si la definición jurídica que el asiento hace sólo tuviese valor ofensivo frente a los derechos no inscritos: también tiene que perjudicar a los derechos inscritos si son de naturaleza incompatible.

En segundo lugar, los libros del Registro deben estar confeccionados de modo que precisen detalladamente los titulares de todos los derechos que recaen sobre cada una de las fincas del territorio nacional. La inscripción de un derecho cancela el anterior incompatible. No cabe el uso simultáneo del Registro por dos derechos contradictorios. En consecuencia, también se tienen por no inscritos los derechos incompatibles con el último que el folio publica y ello aunque no consten formalmente como extinguidos o transferidos.

De este modo, aunque el asiento carezca de eficacia constitutiva directa, hay ya un daño inmediato a todos los terceros, inscritos o no, que pretendan un asiento incompatible. Daño que puede llegar a ser irreparable si un tercero adquiere confiado en los pronunciamientos registrales.

Este efecto, al que ya hemos dedicado algunas palabras, es de importancia primordial, ya que permite superar los viejos registros de documentos o títulos y pasar a los hoy llamados registros de bienes o derechos.

cinde del efecto purga y sólo acoge la prescripción tabular en un plazo corto sobre la sola base del asiento, *ibidem*, pág. 157

En tercer lugar, dado los peligrosos efectos que ampara este juego formal, es preciso determinar en quién se descargará la responsabilidad de definir el contenido del asiento, quién es el autor de las declaraciones registrales.

Ciertamente, la eficacia legitimadora que la inscripción produce no es posible sin adecuada tutela de los intereses de los terceros a quienes pueda perjudicar. Pero no por ello resulta necesario concluir que la confección del asiento es responsabilidad que deben asumir siempre aquellos a quienes la inscripción pueda perjudicar.

Como vimos en otro capítulo, sólo hay aquí un límite irrebasable: el procedimiento por el que los títulos acceden al Registro debe proveer los medios de tutela adecuados a la salvaguardia de los intereses de esos terceros. El tráfico se organiza desde los derechos ya adquiridos, no contra ellos.

3. El sistema hipotecario alemán, es sabido, es fruto de un admirable esfuerzo doctrinal cimentado sobre ciertas especialidades de su Derecho sustantivo que le facilitaron la compleja tarea.

Primero, la inscripción constitutiva le permite prescindir de los intereses de los titulares no inscritos (35). El procedimiento registral tiene sólo en cuenta a los titulares con derecho inscrito: en efecto, en principio, carecen de toda eficacia real los no inscritos.

Segundo, el asiento pretendido ha de ser consentido por los posibles perjudicados que, en consonancia con el principio de inscripción constitutiva, son sólo los titulares de otros asientos contradictorios (36).

Tercero, el consentimiento prestado por los titulares inscritos al nuevo asiento es independiente, abstracto, de modo que no renuncian, por ese simple hecho, a su derecho. Se trata, pues, de un consentimiento meramente formal: el asiento.

El asiento es, por lo tanto, objeto de un acto autónomo de disposición perfectamente válido aunque no se haya dispuesto del derecho material.

(35) A PAU: «Panorama del sistema hipotecario alemán», en *RCDI*, 551, 1982, pág. 1007, enumera los escasísimos casos en que la inscripción no es constitutiva. Al final de este trabajo su autor ofrece una traducción de la ordenanza inmobiliaria vigente en Derecho alemán.

(36) Dos son las características fundamentales del consentimiento formal en Derecho alemán. Al contrario que el material, va dirigido no al adquirente que pretende el asiento, sino al Estado, a través de la oficina registral, permitiéndole la disposición del folio en los términos autorizados. Es un acto independiente que exige la existencia y capacidad del titular registral en el momento en que lo emite (que puede ser distinto al momento en que se celebró el consentimiento material), *vid* M. WOLFF: *Derecho de cosas*, I, Barcelona, págs. 166 y 210.

Asiento y derecho pueden seguir su propio camino (37). Un nuevo juego de consentimientos se superpone a los que hayan provocado la transferencia material del derecho. Su objetivo es únicamente autorizar la extensión del asiento.

La inscripción es así obra de los directamente perjudicados por ella. Lo importante es que la disposición del asiento hecha por el titular anterior no implica nunca la pérdida irreparable de su derecho perjudicado por la inscripción consentida, si ésta fuese indebida o inexacta. El titular del derecho puede, desde luego, reclamarlo, mientras no haya aparecido un tercero protegido y exigir la rectificación del asiento contradictorio. La razón es sencilla: sólo había consentido «formalmente» su práctica.

En fin, el asiento es debido porque es consentido y, además, sólo puede publicar uno entre los varios derechos típicos que la ley conoce. Los interesados no se responsabilizan de la exactitud del contenido real que la inscripción recoge sencillamente porque el legislador no les deja: cada derecho tiene el contenido que la ley define.

Por consiguiente, el asiento resulta legítimo simplemente porque los directamente perjudicados lo han consentido. Con independencia de que la transmisión legal, o incluso haya existido, desentendiéndose además de las posibles condiciones a las que su eficacia haya quedado subordinada.

El sistema alemán conoce un auténtico procedimiento registral cuyos protagonistas principales son los directamente interesados: nadie vigila mejor el derecho que su titular.

4. El Derecho español no podía adoptar esta fórmula, como vamos a ver, por varias razones. No por ello ha renunciado a los beneficios del sistema, sino que ha profundizado en otra solución al problema, también de tradición germánica (38).

(37) En la mayor parte de los casos se produce el asiento probando sólo el consentimiento formal, PAU, cit., pág. 1007. Por lo tanto puede extenderse el asiento y faltar el consentimiento material: de hecho ocurre así con frecuencia, WOLFF, cit., pág. 180. En consecuencia, la inscripción es en Alemania frecuente, como en España, aunque por razones inversas, rectificadora y no constitutiva. En nuestro sistema la adquisición real se produce normalmente antes que el asiento, en Alemania el cambio registral antes que el real. El asiento en uno y otro casos sólo tiene eficacia rectificadora del registro: rectificación en un sistema inexacta y en el otro exacta. Si, en el sistema alemán, se produce el consentimiento formal y el material no llega a producirse, el asiento es inexacto y procede la acción de rectificación si el titular registral «aparente» no la consiente voluntariamente. El consentimiento formal no priva al antiguo titular de la acción de rectificación. El titular registral puede siempre retractarse, revocar su consentimiento formal, ejercitando la acción de rectificación mientras no haya aparecido un tercero, *vid.* WOLFF, cit., págs. 260 y sigs.

(38) El principio de calificación bajo la responsabilidad del Tribunal recibe formulación acabada, vigente cuando se publica nuestra Ley Hipotecaria, en la prusiana *Allgemeine Landrecht*, 1, 20. 428 y 430: hace responsable al Tribunal que decretó la

Como resultado de este esfuerzo, puede hablarse de un hallazgo hasta cierto punto original. Lo significativo es que esta originalidad ha sido mantenida por el legislador a pesar de la opresiva influencia de las soluciones alemanas, por lo demás de imposible acomodo a nuestro Derecho. Algunos obstáculos lo impiden:

- Los consentimientos formales, que nuestro Derecho civil admite, no son hábiles para dotar al asiento de eficacia sustantiva. Los consentimientos formales son causales, por lo que no servirían para dotar al asiento de la fortaleza que el sistema exige. El asiento carecería de valor en lo que por exceso o defecto se apartase del título. Los terceros no estarían excusados de comprobar la validez del título al que la inscripción expresamente se remite (39).
- Estas consecuencias son rechazadas explícitamente por la Ley Hipotecaria. El asiento debe definir *erga omnes* el contenido legítimo de los títulos inscritos y, de rebote, también el de todos los contradictorios, inscritos o no. Nuestros asientos son de inscripción y no meramente transcriptivos. Los derechos se adquieren con el contenido que resulta del Registro.
- Hay otra razón para que nuestro sistema prescindiera de la intervención de los interesados. Nuestro sistema es causal. Las partes no pueden

inscripción de una hipoteca que se declaraba nula por consecuencia de los defectos de que adolecía el título. Así abandona el sistema de purga de la *Allgemeine Hypotheken Ordnung* de 1783. El Código civil austríaco declara que el que tiene inscrito a su nombre algún inmueble, servidumbre u otro derecho real sobre cosa se libra de toda reclamación transcurridos tres años (art. 1 467): la hoy llamada prescripción según el Registro. En este Código, basado en la Ley prusiana de 1783, estaría el modelo orgánico de nuestro sistema: los libros «se llevaban bajo la inmediata dependencia de los Tribunales de Distrito, los cuales quedaban sometidos a severas responsabilidades por las faltas en que incurrían». OLIVER, cit., págs. 128, 108-109 y 157.

(39) Consentimiento formal típico en nuestro país es la elevación a público del llamado documento privado. Basta la lectura del artículo 1 224 del Código Civil para comprender hasta qué punto está subordinado el valor del nuevo consentimiento a la subsistencia y respeto al contenido del consentimiento material que documenta. El consentimiento «formal» defectuoso no ampara ninguna pretensión del tercero («nada prueba») «a menos que conste expresamente la novación», a menos, por tanto, que no sea un consentimiento formal, sino material. De ahí la necesidad de reproducir el documento privado en la escritura que lo eleva a público. Sobre si el consentimiento repetido ante el Notario es en nuestro Derecho un consentimiento formal (formalización de consentimiento verbal o escrito anterior), es una cuestión de importancia capital que está relacionada con la posibilidad en nuestro Derecho del llamado negocio de fijación. Para los argumentos en contra y a favor de su posibilidad, *vid.*, respectivamente, CASTRO, cit., págs. 307 y sigs., y NUÑEZ-LAGOS, cit., págs. 287 y sigs. Es de advertir que este autor no confunde el efecto de la escritura notarial con el del negocio reconocimiento. Para la aspereza de la discusión en Derecho italiano, el bien informado y polémico FURNO, citado.

disponer de los asientos si no lo han hecho antes de los derechos. Si expresamente, y con conocimiento de las consecuencias, las partes consintiesen el contenido del asiento, novarían el derecho material en aquello que resultasen incompatibles. La ley niega que las partes puedan producir de intento una discordancia entre asiento y derecho. Sin embargo, ésta se produciría inevitablemente si el titular del asiento que lo renuncia no perdiese la acción de rectificación y, con ella, el derecho material.

Los consentimientos dirigidos a provocar un cambio registral o son materiales o no son: su eficacia es irreversible. El que consiente asiento se entiende que renuncia, salvo error, al derecho propio en aquello que la nueva inscripción perjudica. Por ello son sólo excepcionalmente permitidos por la ley: su lugar propio es el proceso.

- Pero hay todavía algo más. Nuestro Derecho admite con normalidad que haya derechos con eficacia real aunque no estén inscritos (40): la inscripción no es normalmente constitutiva.

Nuestro sistema no podría contentarse con el simple consentimiento de los titulares inscritos. La razón es sencilla: nuestro Derecho admite titulares plenos aunque no hayan inscrito sus derechos y ellos también tienen un interés protegible a que sólo ingresen en el Registro títulos legítimos. Habrían de consentir el asiento no sólo los titulares de derechos inscritos, sino también los de los no inscritos y éstos evidentemente son desconocidos (41).

(40) Los derechos reales se perfeccionan en nuestro Derecho sin necesidad de escritura e inscripción. Incluso si hay efectiva posesión perjudican no sólo al titular no inscrito, sino también al inscrito, protegido por el artículo 34 en los términos que disponen los artículos 36 y 41 de la Ley Hipotecaria. La inscripción es siempre debida al derecho real que la solicita, y el derecho existe cualquiera que sea la forma del título que lo justifica. El derecho de acceso al Registro sólo puede ser limitado por causa justificada; en otro caso se produciría una discriminación que vulneraría el principio de igualdad. Es cierto el efecto principal del sistema español consiste en dotar de legitimidad a los títulos que se inscriben y éste no cabe, por hipótesis, en el documento privado, por lo que mal puede procederse a su inscripción. Las dudas en este campo surgen de la negativa reglamentaria a la presentación de documentos privados: prohibición sin cobertura legal expresa. Durante el proceso de inscripción cabe subsanar todos los defectos que no sean insubsanables (el derecho adquirido en documento privado sólo tiene dificultades de prueba). Sobre todo si se piensa que subsanables por excelencia eran los defectos formales (art. 57 del primer Reglamento Hipotecario, COLEGIO, I, cit., pág. 407); que es presentable documento público otorgado por mandatarios verbales en que los consentimientos ratificatorios necesarios serían incluso materiales, no formales, que hay casos en que el documento privado puede originar asientos principales y que hay precedentes legislativos que lo admitían como base del mismo asiento de inscripción (Ley Hipotecaria de 1869). Un resumen claro, como siempre, en A. SANZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1953, págs. 480 y sigs.

(41) Lo que no cabría nunca en nuestro Derecho es entender que el interés de los

A pesar de estas dificultades nuestro Derecho dispone de un verdadero sistema de seguridad registral: la ley mantiene normalmente en su adquisición al tercero que adquiere derecho de persona que aparece en el Registro con facultades para transmitirlo. Este efecto sólo es posible con el apoyo de dos condiciones.

Primero: el dispositivo organizativo de nuestro sistema es semejante al alemán. El Registro español no admite la coexistencia simultánea de publicidades contradictorias, soporte imprescindible del juego de la fe pública: por cada derecho un solo titular registral. Nuestro Registro lo es de derechos, no de documentos.

Por una parte, el asiento, una vez extendido, impide el acceso a la publicidad registral del título contradictorio no inscrito. Por otra, la inscripción última es la única y por ello cancela frente a tercero todas las contradictorias.

Segundo: el contenido del asiento es legítimo e irrevocable frente al tercero (42).

A la vista de ello, lo decisivo es determinar quién será el autor de los asientos, quién, por consiguiente, confeccionará su contenido. Lo cierto es que la autonomía del asiento respecto del título nunca puede resultar, en nuestro Derecho, de los consentimientos formales de los interesados. Sencillamente porque la inscripción carecería de valor propio frente al título que extracta (43).

titulares no inscritos en que sólo se inscriban títulos legales podía ser suficientemente tutelado por el consentimiento de los titulares ya inscritos. Sería una renuncia a la acción de rectificación por quien no la tiene. De hecho, semejante postura conduce a la inscripción constitutiva: los titulares de derechos no inscritos carecerían de la acción de rectificación.

(42) F. DE CASTRO. *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 235. destaca el efecto material de la presunción de existencia y legalidad del derecho inscrito. Lo que le inclina a «utilizar el término técnico de legitimación y no de presunción, precisamente por el alcance limitado a lo procesal (*sin eficacia protectora para el tercero*) propio de la presunción». Precisamente porque el artículo 1.277 del Código Civil sienta sólo una presunción, no una legitimación, que tiene únicamente el efecto procesal de la inversión de la carga de la prueba, no otorga al titular una facultad ejecutiva o dispositiva independiente de la causa del negocio. «El artículo 1 277 no ha cambiado la naturaleza de título incompleto, dudoso y de eficacia desconocida, propia del que no manifiesta su causa. Por ello, es imprescindible que se exprese la causa del título que lo pretenda su ingreso en el Registro de la Propiedad, y esto no sólo conforme a la mejor interpretación de su articulado, sino porque la calificación del título, y su eficacia hacia terceros, exige que se conozca cuál sea ésta, y dicha eficacia será distinta según la causa del negocio...», *ibídem*, *id.*

(43) Bajo estos supuestos se ha declarado como principio de nuestro Derecho hipotecario la inseparabilidad de derecho y asiento. A SANZ, *cit.*, II, pág. 40. Lo que nos lleva al alcance del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que parece dar por bueno, sin más,

Sólo la presencia del Tribunal podría conferir valor autónomo a la fijación del derecho que la partes realicen. Esta vía conduciría, en consecuencia, a que cada inscripción exigiría un proceso y cada asiento necesitaría el apoyo de una sentencia de eficacia constitutiva. Las declaraciones del asiento ya no se superpondrían a las de los títulos, sino que las suplan-

el consentimiento de cancelación para producirla. Se ha negado que este precepto ampare el consentimiento formal abstracto y para ello se remite el artículo 82 citado a los artículos 79 y 80, que recogen «todos los supuestos posibles de causa de cancelación». Siempre es preciso amparar la escritura de cancelación en uno de esos casos. *Vid.* M. PEÑA: *Derechos reales, Derecho hipotecario*, Madrid, 1984, págs 466-467. Pero el problema no parece, por esta vía, definitivamente resuelto. A mi entender, la polémica sobre la admisibilidad del consentimiento formal sigue planteada en los términos que la dejó J. GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, Madrid, 1948, pág. 30, cuando retrotrae la cuestión a si la renuncia material es causa suficiente del consentimiento de cancelación del artículo 92. Este autor, muy respetado formalmente y menos materialmente, en su estudio sobre la renuncia en Derecho inmobiliario entiende que el nervio de la discusión consiste en la aceptación o no del carácter revocable de la renuncia. En efecto, de poco sirve negarse a la posibilidad del consentimiento formal si puede ampararse, como causa en la renuncia, al derecho material y ésta fuese revocable. La renuncia material porque es revocable no impide el ejercicio de la acción de rectificación de la cancelación practicada en base a aquélla. En realidad, la renuncia material revocable, a falta de consentimiento de los posibles beneficiarios, equivale, funciona como un consentimiento formal. De hecho la renuncia sin contraprestación no parece a primera vista que pueda librarse de la aplicación analógica de las normas que disciplinen los actos lucrativos, mientras no hay aceptación es revocable. Frente a estos argumentos de notable consistencia, si quiere seguir negando el «efecto» del consentimiento formal (cambio en el asiento sin pérdida efectiva del derecho), sólo caben dos soluciones. O se entiende que la renuncia gratuita se sustrae a los preceptos de las donaciones, es irrevocable sin necesidad de aceptación o causa justa (sobre el tema de la causa justa, no meramente «liberal», F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 222-223, y sobre todo pág. 273). O se entiende que al menos así resulta en el campo del Derecho hipotecario. En uno y otro caso la cancelación amparada en renuncia gratuita es irrevocable y no cabe desdecirse de la ya prestada, intentando la acción de rectificación. La primera solución (civil) tiene apoyo en el artículo 1.204 se ha declarado «expresamente la voluntad de novar». También la conducta del renunciante haría incompatible la subsistencia del derecho antiguo, acto propio. Esta es la doctrina mayoritaria, *vid.*, sobre ella, L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, 1, Madrid, 1985, págs 476 y sigs. La segunda postura late probablemente en el pensamiento de Luzuriaga, cuando en el artículo 1.864 del Proyecto de 1851 dice: «la cancelación puede hacerse por *allanamiento* de las partes interesadas en la inscripción, siempre que tengan capacidad *para enajenar bienes*, y conste su unánime consentimiento en escritura pública...». Cfr. GARCIA GOYENA, cit., II, pág. 226. *Allanamiento* parece hacer referencia a extinción material, con lo que concuerda la exigencia de capacidad dispositiva y la concurrencia de «todos los interesados». El carácter de orden público del procedimiento registral y la subordinación de todo principio dispositivo al principio de legalidad confiere, en nuestro ordenamiento, a la cancelación, una vez inscrita, el mismo valor que si hubiese sido prestada ante el Juez. En definitiva, la cancelación del artículo 82 de la Ley Hipotecaria es o equivale, en Derecho hipotecario español, simplemente un consentimiento material extingue el derecho subyacente. El simple consentimiento de cancelación del asiento, salvo error, implica renuncia irrevocable del derecho subyacente cancelado.

tarían directamente: incluso entre partes. Por este camino indirecto habría resucitado el viejo sistema de purga.

Esta redistribución de derechos, a falta de causa suficiente que la pueda justificar, es lo que se trata precisamente de evitar. No se ve por qué hay que forzar al que ya es titular de algún derecho sobre la finca, si quiere conservarlo, a defenderlo frente al que todavía no lo es; sólo porque este último pretende inscribir. El legislador español, después del fracaso de algunos ensayos que luego veremos, ha acabado por desechar esta opción.

6. Hay otra solución hoy vigente. Al igual que sucede en el sistema alemán, en nuestro Derecho la inscripción tiene valor independiente. Pero al contrario que en Derecho alemán, la inscripción no es fruto de un nuevo juego de consentimientos que se superpongan a los necesarios para producir el derecho que ahora se trata de publicar.

La disposición del asiento, la confección de su contenido, es una competencia estatal que nuestro ordenamiento jurídico ha concedido al Registrador: exige una decisión responsable fruto de una convicción personal.

En este proceso sólo hay un nuevo consentimiento, el suyo, que además es el único necesario en el proceso de inscripción. Su naturaleza es, por otra parte, material, no formal: le responsabiliza de la legalidad del asiento (44).

El Registrador no está vinculado por la voluntad o la interpretación de los interesados (45), salvo que otorguen un nuevo título, sino a la ley,

(44) El único consentimiento que opera en el procedimiento de inscripción es el del Registrador. Este consentimiento es, además, material porque es irreversible. Prueba: los asientos extendidos ya sólo pueden ser rectificadas, salvo determinados errores materiales, en juicio ordinario o con el consentimiento de todos los interesados y, entre ellos, el mismo Registrador que ocupa una posición autónoma frente a las partes (art. 219 de la Ley Hipotecaria). No hay recurso gubernativo contra el asiento ya extendido, aunque fuese manifiestamente improcedente (*vid.* RR de 12 de diciembre de 1923 y 30 de abril de 1935; *vid.* las RROO de 23 de agosto de 1866 y 26 de julio de 1875, en ALCUBILLA, cit., págs. 615 y 628. Por eso no se notifica su práctica. Donde no hay recurso opera la responsabilidad. La decisión de inscribir es irrecurrible, por ello responsabilizadora. *Vid.* la solución distinta de los párrafos 71-2 y 53 de la GBO en PAU, cit., págs. 1010 y 1006, que permite a través del recurso de alzada solicitar que se ordene a la oficina registral una cancelación o un asiento de contradicción.

(45) La conformidad del presentante a que se despache el documento que regula el artículo 433 del Reglamento Hipotecario vigente no es un consentimiento formal. Primero es conformidad a que se despache el documento por el Registrador con arreglo a su calificación (la del Registrador), pero no al consentimiento del presentante. Segundo, porque de no manifestar nada el interesado pasados treinta días de la presentación, en todo caso el Registrador, debe despachar el documento con arreglo a su calificación, pero con nota de defectos: la conformidad sólo dispensa de poner en el momento de despacho la nota de defectos. Tercero, la conformidad no priva a los interesados del recurso gubernativo: pueden, pese a la conformidad en el despacho, pedir la nota de defectos. Cuarto, pueden recurrir por toda clase de defectos no sólo para el caso de que el asiento no se haya extendido con arreglo a la conformidad prestada, sino también

garantía y presupuesto de su independencia. El asiento es debido, en consecuencia, sólo en la medida que se ha dispuesto legalmente del derecho y eso lo decide únicamente el Registrador. Otra conducta implicaría delegación de competencias y transferencia de responsabilidades, cosas ambas que la ley prohíbe rigurosamente (46).

La falta de los posibles resistentes a una pretensión, recuerda S. SATTÀ, provoca el riesgo de que el juzgador sustituya su voluntad o la de la parte presente por la que correspondería con arreglo a Derecho (47).

La responsabilidad rigurosa es el dispositivo que sujeta al Registrador al principio de legalidad. Nadie vela mejor por los intereses de otro que cuando resulta que son también los propios. Así la responsabilidad del Registrador es el ingenioso medio que hace presentes en el procedimiento registral a todos los terceros, necesariamente ausentes, dando cumplida tutela a sus derechos, al tiempo que garantiza la neutralidad del proceso.

7. No debemos a esta altura olvidarnos de otro punto. El asiento mal extendido no impide, al posible perjudicado, reclamar su derecho y exigir la oportuna rectificación del Registro: precisamente porque no lo había consentido.

Por lo tanto, tanto en Derecho alemán como en el español se dispone del asiento, pero esa disposición la realizan personas distintas: en Alemania, el titular registral; en nuestro país, el Registrador.

Lo importante es que, en uno y otro casos, aunque por razones distintas, esa disposición no es irreversible si estuviese equivocada: nunca impide al verdadero titular reclamar su derecho material si el cambio jurídico que el Registro publica, por la razón que fuese, no se ha producido en la realidad.

De este modo también en Derecho español se consigue que la disposición del asiento no comprometa la existencia del derecho contradictorio. De

aunque se haya extendido con arreglo a ella (la conformidad) Esto es, al contrario, que en el Derecho alemán la conformidad no elimina el uso del recurso, con lo que no hay realmente disposición alguna.

(46) Tampoco creo que quepa un equivalente al consentimiento formal a través de la renuncia de los posibles perjudicados al ejercicio de la acción de responsabilidad contra el Registrador. Aunque se admitiese en este caso la validez de la renuncia anticipada, iría claramente contra el orden público registral. El Registrador no calificaría bajo su responsabilidad, por lo que cometería una grave infracción a los deberes del cargo, el cobro de honorarios carecería de causa justificativa y si, de todos modos, sabía el Registrador era ilegal la inscripción, sería reo de prevaricación y la renuncia a hacer efectiva la responsabilidad de todo punto nula (art. 1102 del Código Civil: dolo).

(47) El hecho de ser tercero no concede, sin más, la condición de imparcial. Aunque no se esté directamente interesado en el asunto si no se decide oyendo las representaciones de todos los intereses afectados, no hay realmente independencia e imparcialidad, sino disposición libre. En el juicio cada parte controla la acción de la contraria y las dos al Juez. *Vid* S. SATTÀ «A proposito dell' accertamento preventivo», en *RTDPC*, 1960, págs. 1396 y sigs.

la vigencia de un sientto cabe por lo tanto deducir la presunción de exactitud de la titularidad que publica, fundamento necesario y suficiente al juego sanable de la fe pública.

8. En resumen, el Registro español ha dispuesto mecanismos de salvaguardia suficientes de los derechos que la inscripción compromete, sin perjuicio de la rapidez del mismo tráfico de bienes que es límite técnico infranqueable a todo sistema hipotecario.

La política hipotecaria española, por las razones que hemos tratado de exponer, se mueve para conseguirlo en torno a un dilema que este estudio trata de convertir en conclusión: purga y fe pública son los únicos instrumentos de garantía del tráfico inmobiliario que nuestro Derecho puede admitir. Su naturaleza es, sin embargo, incompatible y exige decisión.

La historia ha elegido, pero, como veremos, sólo porque la suerte de su lucha era reflejo de otra de mayor alcance que con igual resultado libraron dos sociedades y poderes distintos. En todo caso, la historia, conviene no olvidarlo, nunca concluye y la excepcionalidad de hoy con harta facilidad vuelve a ser la norma de mañana.

Es, a mi modo de ver, por lo demás, muy ilustrativo para el hipotecarista el estudio de la historia contemporánea de nuestro Derecho inmobiliario al calor de ese combate. La implantación del moderno Registro de la Propiedad no se logró de modo sencillo ni de una sola vez.

Sabemos que no hay más historia que la historia del Derecho, entendiendo por tal un ser y no un mero deber ser (48). Y este recuerdo nos sirve, una vez más, para advertir que es misión del estudioso descubrir en cada texto sus insuficiencias, que sólo las reformas posteriores confirman: en definitiva, sólo en el comprensible suceder de los hechos jurídicos reside una íntima razón de ser.

No son los proyectos, sino las realizaciones, las que cuentan. Es, por cierto, el modo de superar las dificultades ocasión para nuevos descubrimientos que perfilan el carácter y la originalidad de un sistema, como vamos a ver.

Desde luego, nuestro sistema hipotecario es tanto como otros, y en muchos casos más que otros, un producto de un proceso histórico apasionante y revelador. El sucesivo discurrir de derrotas y conquistas, de cambios de táctica y también de estrategia, gestó felices hallazgos y también discutibles transacciones que sólo el atento seguimiento de los hechos nos permite comprender y valorar.

(48) Para la lucha entre las concepciones sobre la naturaleza del Derecho como ser o un deber, C. SCHMITT. «I tre tipi de pensiero giuridico», en *Le categorie del «politico»*. Bolonia. 1973, págs. 247 y sigs

SEGUNDA PARTE

FE PUBLICA CONTRA EXPEDIENTE DE LIBERACION:
HISTORIA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL

I. CONTADURIAS

1. En las contadurías (49) los asientos se hacían en los libros por orden cronológico y no juzgaban sobre la validez de los documentos asentados, por lo que en principio todos eran inscribibles.

La eficacia del sistema se apoyaba principalmente en la subordinación de las escrituras sujetas a inscripción al juego del que hoy llamamos principio de publicidad: la inoponibilidad de los documentos no inscritos (50).

La prioridad del derecho no la determinaba la fecha del asiento, sino le seguía dando la fecha de la escritura que lo documentaba (51) y (52).

(49) La instrucción conocida por pragmática de hipotecas se publicó en 1768: ésta, en su propio preámbulo, advierte sobre el fracaso de las disposiciones anteriores otorgadas por las Cortes de Toledo de 1539 y por Felipe V en 1713. Las sanciones resultan de *N. Recopilación*, 5, 15.3, 2 y 10, que recoge lo ordenado en las Cortes de Toledo Felipe V llegó a amenazar en su auto acordado a los Tribunales que admitiesen documentos no asentados con severas penas... Todas estas disposiciones se recogen en la pragmática transcrita en ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES. *Leyes hipotecarias y registrales de España*, I, Madrid, 1974-1989, págs. 42 y sigs.

(50) Efecto nulidad puede deducirse de la RO de 31 de octubre de 1835 por cuanto transcurridos tres meses sin haberse asentado el documento no cabía ya autorización para su toma de razón *Vid.* R GALINDO y R ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, I, Madrid, 1899, pág. 45. Está expreso en el artículo 40 del RD de 23 de mayo de 1845, en función del «derecho de hipotecas nacido por D de 31 de diciembre de 1829, que castigaba también con nulidad la falta de asiento, GALINDO, cit., IV, pág. 556. *Vid.* también OLIVER, cit., págs. 294 y sigs. El impuesto de hipotecas desaparece en 1867. La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 entiende como vigente la sanción de nulidad, por falta de asiento, en el Derecho que deroga la nueva Ley *Vid.* COLEGIO, cit., pág. 236 «... por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos... que no han sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes (!), por esto se separa de lo que está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio, que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.

(51) *Cfr.* *Nov. Recopilación*, 10, 16.3.1 y *N. Recopilación*, 5, 15.5.2 También *Nov. Recopilación*, 3, 9, 21 (auto acordado) y *Part.* 5, 13, 27

(52) Eran, sin embargo, preferentes los gastos por razón de entierro, funerales y de última enfermedad sobre los demás acreedores del difunto, *Part.* 5, 13, 30 El acreedor refaccionario. *Part.* 5, 13, 28 El huérfano respecto a la cosa comprada con su dinero, *Part.* 5, 13, 30. Por lo demás, el fisco (tácita en varios casos) y la mujer son preferidos incluso a los acreedores con hipoteca tácita, aunque sea anterior, *Part.* 5, 13, 33 Las sucesivas dispensas y prórrogas de la obligación de inscripción llevaron a convencer a los propietarios que *de facto* su falta podría ser más adelante subsanada o sería perdonada

La propiedad vivió realmente en régimen de clandestinidad (53): la legislación de contadurías nunca llegó a alcanzar vigencia plena. Su entrada en vigor fue sucesivamente aplazada y los plazos de gracia para procurar la inscripción sin sanción alguna, a medida que se agotaban, fueron inmediatamente prorrogados. El último aplazamiento se topa con la mismísima Ley Hipotecaria (54).

II. LA REFORMA HIPOTECARIA

2. El proyecto de Código Civil de 1836 (55) acogía un sistema mixto de evidente paternidad francesa. El conservador ha de certificar las hipotecas sentadas y es responsable de las omisiones (56). Esta certificación tiene efecto sustantivo de fe pública. El conservador, bajo su responsabilidad,

(53) Es interesante, como siempre, el juicio del señor Fernández Negrete, a la sazón Ministro de Justicia, en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1861: « no se comprende lo que quería el legislador (Carlos III), porque dice: las escrituras que debieron registrarse antes y que no están registradas a la publicación de la Ley (la pragmática), no habrá necesidad de llevarlas al Registro, sino cuando se vaya a hacer uso de ellas en juicio, es decir, que se legisla para nada... Se puede aseverar con verdad que no tenemos sistema hipotecario...», en COLEGIO. I-2, cit., pág. 387.

(54) Es esclarecedor el simpático cuadro trazado por el conde Torrealanz en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria de 1909. Por cierto, la mejor historia de las contadurías que conozco, COLEGIO, II, cit., pág. 387. «En 1539 se fijó naturalmente la fecha de la pragmática para que empezara a aplicarse el Registro. Después, una provisión del Consejo de Castilla de 1581 determinó que esa fecha de 1539 era la que debía seguir rigiendo al obligar a registrar. La jurisprudencia del Consejo, en un auto acordado de 1617, estableció ya otra regla, diciendo que la fecha inicial la del título de escribano del Registro de Censos... Más tarde se volvió a la... retroactividad a partir de 1539. auto del Consejo de Castilla de 1713. Por último, en 1768 se estableció que el registro no obligaba más que para los títulos sucesivos, para los que se otorgasen con posterioridad a la pragmática y que respecto a los títulos antiguos, pudiesen inscribirse cuando fuese menester llevarlos a los Tribunales. Esto mismo fue reformado por el propio Consejo... en 1769 hizo obligatoria la inscripción siempre ., es decir, se vuelve otra vez a la retroactividad... Tan pronto se iba a una cosa como a otra. Esta era la legislación hasta 1861, si bien dándose prórrogas constantemente. . 10 de abril de 1782, 23 de agosto de 1784, 14 de mayo de 1787, 31 de julio de 1789, Circulares de 22 de enero de 1816 y 12 de julio de 1825, etc .» Todavía la S de 2 de abril de 1869 permite la subsanación mediante la inscripción en cualquier tiempo anterior a la presentación en juicio, *vid.* GALINDO, cit., IV, pág. 551

(55) Presentado al Gobierno el 15 de septiembre de 1836, *vid.* COLEGIO, cit., pág. 64. Hay dos registros que están unidos. El de hipotecas y el de traslación de la propiedad de bienes raíces (arts. 1.778 y 2.111) La acción hipotecaria se liga a la toma de razón (art. 1.783).

(56) Artículo 1.784: «Los conservadores . serán responsables de no expresar en las certificaciones cada una de las tomas de razón. »: artículo 1.786: «Los bienes inmuebles acerca de los cuales hubiese omitido el encargado del Registro especificar cualquiera de los gravámenes o cargas a que estuviesen sujetos, quedarán libres de éstas respecto al nuevo poseedor con tal de que éste haya pedido la certificación des-

determina así con plenos efectos frente a tercero, que inscribió su derecho, las cargas que le afectan.

3. La Comisión de codificación aceptó el principio de especialidad en la famosa base (57) de las aprobadas por un proyecto de Código Civil.

Sobre esta base Luzuriaga adoptó un sistema híbrido en que mezclaba el folio real y personal en su Anteproyecto de hipotecas de 1848 (58).

Este soporte organizativo era suficiente para imponer el tracto sucesivo y el principio de cierre y así acoger la fe pública registral: sólo los derechos inscritos perjudican a tercero y desde la fecha del asiento y con el contenido que del asiento resulte (59).

4. Será en el Proyecto de 1851 cuando Luzuriaga dará entrada al mecanismo de la purga por primera vez. Ciertamente, la fe registral sigue siendo la columna vertebral del sistema que propone (60).

La purga se usa sólo como un instrumento de seguridad complementario a la fe del tenedor que se ofrece al adquirente de bienes hipotecados que quiera liberar la finca (61).

pués de estar registrado o anotado su título, y salva la responsabilidad del encargado del Registro.»

(57) La base 51 extendía el principio de especialidad de las hipotecas a todas las cargas que «limiten o modifiquen el derecho de propiedad.», *vid.* COLEGIO, cit., pág. 77.

(58) El anteproyecto en la parte hipotecaria está recogido en *ibidem*, págs. 61 y sigs. En su artículo 82 se dispone: «El nuevo adquirente se abrirá cuenta de cada uno de los bienes que se inscriban a su nombre. En esta cuenta se inscribirán los bienes que estaban inscritos a cargo del propietario anterior y quedan subsistentes, descargándolos de la cuenta del anterior propietario...»

(59) Cfr. artículo 57. «No se hará ninguna inscripción cuando los bienes a que se refiere no se hayan inscrito con anterioridad como propiedad de la persona por quien haya sido otorgado el título que se presenta.» Artículo 58. Después de haber inscrito un acto *inter vivos* traslativo de propiedad de bienes raíces, no se hará inscripción de ningún derecho adquirido sobre los mismos bienes contra propietario anterior que lo ha transferido. » Artículo 74 para el escribano y artículo 79 (.. la designación clara del derecho que forma el objeto de la inscripción..) y 80 para el Registrador. Esencial es el artículo 72-6 y 7: También deberán inscribirse .. 6.º las cargas de restitución o reversión. 7.º Cualquier reserva o condición que lleve consigo la revocación, resolución, suspensión de la libre facultad de disponer la propiedad. Artículo 94 para el efecto inoponibilidad y artículo 130 para las certificaciones.

(60) Artículo 1.857. «Todas las inscripciones que sucesivamente se hicieren y que afecten unos mismos, se ordenarán de modo que en cada de una de ellas se encuentre la guía para instruirse de todos y venir a conocimiento, así del actual propietario .. y de todos los gravámenes existentes » Sólo hay un asiento vigente, el último. Al tiempo que se reconoce fe a los asientos se le priva a las certificaciones. En efecto, el examen del Registro ahora permite a cualquiera conocer su contenido Artículo 1.855: «. los bienes inmuebles no quedarán libres de cargas omitidas por el tenedor del registro en su certificación ..». Cfr. GARCIA GOYENA, cit., II, pág. 221.

(61) Artículo 1.809: «El que quiera comprar bienes que se hallen hipotecados por una cantidad que excede de su justa estimación podrá solicitar . que se haga la venta en subasta judicial, ofreciendo desde luego el precio de tasación la subasta y consignación se realizará en la forma prescrita en el párrafo 2 del artículo anterior. » Art.

5. Cuando el Gobierno decide tramitar separadamente la Ley de Hipotecas sobre la base de la especialidad y fe registral se plantea la necesidad de ofrecer el respeto adecuado a ciertos derechos adquiridos.

El Proyecto de ley presentado al Congreso el 11 de febrero de 1856 por el entonces Ministro de Justicia don José Fernández de la Hoz sobre las bases de la reforma hipotecaria señalaba lo siguiente: «como la nueva Ley no debe tener efecto retroactivo en cuanto pueda afectar a los derechos e intereses existente, tardaría muchos años en producir su fruto si no se adoptase algún medio que permitiese transmitir o hipotecar, desde luego con completa seguridad, todos los bienes raíces, sin menoscabo de aquellos derechos. Este doble fin...», se atiende en la base cuarta del Proyecto.

«Se prescribirá un procedimiento para la liberación... de las hipotecas tácitas y de las responsabilidades ocultas a que puedan estar afectos los bienes inmuebles, en el que se consulten convenientemente los derechos adquiridos con arreglo a las leyes» (62).

Cárdenas explicaba, en su defensa del proyecto en el Congreso, el sentido de la base: «... un procedimiento semejante al que en la legislación francesa se conoce con el nombre de purga...» (63).

1.808: «El acreedor puede ejercitar la acción real contra el tercero poseedor de la cosa hipotecada .. Esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido los bienes hipotecados en subasta judicial practicada con citación personal de los acreedores, cuyo derecho se transportaba sobre el precio de remate que debe ser consignado judicialmente», *vid* GOYENA, cit , págs 206 y sigs Al tiempo regula el proyecto también la llamada purga «legal» a fin de solucionar los problemas de implantación del nuevo sistema. Disposición transitoria tercera: «Todos los títulos anteriores a la promulgación de este Código, y con arreglo a él están sujetos a inscripción, deberán ser inscritos en el término de dos años, durante los cuales continuarán surtiendo todos los efectos que debían surtir con arreglo a las leyes anteriores, pasado este término no lo surtirán contra tercero, sino desde el día de su inscripción.» Disposición transitoria cuarta: «La hipoteca legal de las personas sujetas a tutela o curadoría de la mujer casada se registrarán por la legislación vigente al tiempo que entraron en el ejercicio de sus cargos los tutores o curadores, o en que se celebró el matrimonio. Pasados los seis meses, debe ser inscrita dicha hipoteca; y sólo en este caso, y desde su inscripción, surtirán efecto contra tercero...», *ibidem*, págs 236 y sigs

(62) COLEGIO, cit., pág. 129. El dictamen del Congreso decía: «para el tránsito de la actual a la nueva legislación, ofreciáanse dos medios de naturaleza y resultados muy diversos Consistía el uno en dar efecto inmediato y retroactivo a la ley, sin consideración a los derechos adquiridos Consistía el otro en no aplicar la misma ley sino a los actos futuros, lo cual privaría de los beneficios de la reforma no sólo a la generación presente, sino también a la venidera Pero el Gobierno ha escogido un término medio entre estos dos.. Adoptando un procedimiento equitativo para la liberación, de las hipotecas tácitas y de las responsabilidades ocultas a que pudieran estar afectos en la actualidad los bienes inmuebles... se conseguirá desde luego el objeto de la reforma sin menoscabo de .. los derechos adquiridos», *ibidem*, pág 125.

(63) *Ibidem*, pág 128. «un procedimiento semejante al que en la legislación francesa se conoce con el nombre de *purge*, según el cual todo aquel que tenga sus bienes gravados con hipotecas tácitas, o tema que la *persona con quien va a tratar tenga*

III. LA LEY HIPOTECARIA

6. La Ley Hipotecaria (64) de 8 de febrero de 1861 (65), bajo un mismo texto, ocultaba dos leyes distintas. En la primera, que acaparaba casi todo su articulado, se regulaba minuciosamente el sistema hipotecario que regiría en el futuro (66). En la segunda, casi una «ley independiente», se disponía un conjunto de medidas coyunturales pensadas para salvar las dificultades que surgirían en el «tránsito del antiguo al nuevo sistema» (67).

A cada tiempo la ley (68) y (69), siguiendo los precedentes, destinará

también gravadas sus propiedades, puede invitar a los que se crean con derecho a los mismos bienes a reclamar dentro de plazo.

(64) COLEGIO, I-II, cit., pág. 390, recoge la previsión del Ministro de Justicia, señor Fernández Negrete: «. yo creo que esta Ley levanta las trabas que hasta ahora ha tenido el desarrollo de nuestra riqueza territorial, yo creo que con la seguridad que esta Ley da a la riqueza inmueble, que siendo el Registro como va a ser el espejo civil de la propiedad española, todo capitalista puede prestar con completa confianza de que recogerá su capital y sus intereses, yo creo que a proporción que crezca esta confianza, naturalmente disminuirá el interés...»

(65) COLEGIO, cit. pág. 392 La exposición de motivos entiende que los estímulos que el legislador establece son bastantes «para que todos puedan hacer oportunamente y sin grave incomodidad las inscripciones» Este optimismo se demostró luego totalmente equivocado Luzuriaga no dejó de advertirlo en la discusión parlamentaria. «... la ejecución de esta Ley encontrará numerosísimas dificultades El tránsito del estado antiguo al nuevo ha de ser difícil, han de aparecer dificultades que no pueden precaverse ahora », en COLEGIO, I-II, cit., pág. 52

(66) *Ibidem*, pág. 67, el señor Ministro de Justicia, Fernández Negrete, resumía, con su agudeza habitual, la finalidad del sistema «. este es el principio permanente de la Ley: la publicidad para que nadie pueda ser engañado; la especialidad, porque en vano es la publicidad si no especifica la finca que se va a apreciar. »

(67) Las resistencias a la nueva Ley ya se expresaron abiertamente en la discusión parlamentaria. Es significativa la oposición del señor Fuente Alcázar: «... Y esta reforma ¿es, a pesar de todo, una reforma conveniente? .. Yo creo que no satisface ninguna de nuestras necesidades, y creo que es una variación radical, absoluta, que viene a introducir grandes perturbaciones en la sociedad y en la familia... sistema (publicidad y especialidad) inadmisibles en España por lo radical y exagerado... ni el sistema ha de fomentar el crédito territorial, ni ha de matar la usura de la que tanto se habla, ni ha de servir tampoco para procurar la moralidad pública. ¿servirá para desarrollar el crédito? No porque el sistema de especialidad y publicidad se opone a una de las bases más cardinales del crédito a la buena fe. La primera base del crédito es la buena fe... Este sistema de trabas, requisitos y procedimientos se opone a la buena fe, porque la buena fe no quiere trabas ni requisitos ni procedimientos, la palabra del hombre honrado puede muchas veces más que todas las leyes de especialidad y de publicidad, y el crédito personal en anterior, precursor al crédito territorial...», en COLEGIO, cit., I-I, pág. 210.

(68) «. pero la más firme garantía del cumplimiento de la ley, tanto respecto a los derechos antiguos como a los que de nuevo se constituyan, está en la prohibición que expresamente se establece en admitir en los juzgados, tribunales ordinarios y especiales... ningún documento de que no se haya tomado razón... De seguro que cuando todos vean que esta prescripción es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza

un sistema de seguridad. El expediente de liberación o purga al derecho pasado; en el futuro sólo atiende a la llamada fe registral que la inscripción, previa calificación del Registrador, produce.

IV. DERECHO TRANSITORIO

7. El nuevo sistema no podía aplicarse de un día para otro (70). Como decía la exposición de motivos de la Ley: «el legislador, al hacer los cambios, debe respetar los derechos adquiridos, porque de otro modo su obra sería efímera y caería ante las justas reclamaciones de los perjudicados» (71). En consecuencia, el legislador dispuso las oportunas medidas coyunturales de Derecho transitorio (72).

la ineficacia (!) de los títulos no presentados, que los Tribunales aplican con todo su rigor la ley, serán más diligentes en apartar de sí las perjudiciales consecuencias que una omisión culpable puede ocasionarles.. », en COLEGIO, cit., pág. 333. No había excepciones a la prohibición, salvo el expediente posesorio. Sobra, a la vista de la evolución posterior, todo comentario. Vid J. M. GARCÍA: «El tercero del artículo 313 de la Ley Hipotecaria», en *Libro homenaje a T. Carretero*, Madrid, 1986, págs 749 y sigs

(69) La ausencia de tradición no es obstáculo a la transmisión si hay inscripción. Es interesantísima la opinión manifestada por el Ministro de Justicia, Fernández Negrete, en la discusión parlamentaria de la Ley en el Congreso: «.. El artículo 25 dice que el derecho nace desde la inscripción y es la diferencia que hay entre la legislación germánica y la latina. En la latina el derecho nacía del contrato, y como el contrato era oculto . el derecho nace desde la inscripción, desde el momento en que el tercero puede enterarse de que éste o el otro derecho tiene tal o cual circunstancia. La cuestión de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho, está decidida completamente por los artículos 23, 24 y 25. Es una base esencialísima de la ley. .», en COLEGIO, cit., pág. 398.

(70) El que primero inscribe su título por ese solo hecho gozaría de una posición inatacable. Por hipótesis, no hay título anteriormente inscrito que pueda perjudicarla, ya que él fue el primero y tampoco título no inscrito que pueda preocuparle, pues su inscripción impide el acceso de todo documento contradictorio o lo posterga. El legislador no podía cargarse todo el juego de preferencias del viejo Derecho de un plumazo. Vid. OLIVER, cit., pág 420: «... se corría este riesgo gravísimo porque el que, a título de propietario, hubiese logrado obtener la primera inscripción de dominio en los nuevos libros, podía privar de la REALIDAD a los (derechos de naturaleza real adquiridos anteriormente y a las acciones que pudiesen corresponder a otra persona para exigir la rescisión o nulidad de los títulos inscritos) mediante la inscripción en aquéllos (los libros) de cualquier acto o contrato de enajenación o gravamen.

(71) COLEGIO, cit., pág 240.

(72) En resumen, el modelo elegido podía ser aceptable para el futuro. Pero si se aplicaba sin matices desde el momento de entrada en vigor de la Ley, de hecho revolucionaba el estado de la propiedad existente. Sería como un pistoletazo para el inicio de una loca carrera que convirtiese en propietario a través del Registro al que primero lograse inscribir la finca. OLIVER, cit., pág 420. « . de no dictarse . reglas (de derecho transitorio), la persona que presentase cualquier título de transmisión de dominio, sin acreditar que el transmitente había adquirido legítimamente aquella cualidad, facilitando y casi autorizando el legislador la consumación de un verdadero y general despojo.

En primer lugar, la implantación del nuevo sistema debía de hacerse, en lo posible, sin que trastocase la eficacia y valor que a los títulos reales correspondía según el viejo Derecho. El juego del Registro estaba pensado para operar en el futuro, no para revolucionar el pasado. Por ello se concedió un plazo perentorio para que todos los derechos existentes a la entrada en vigor de la Ley se incorporasen al nuevo Registro sin que el asiento en los libros de los viejos títulos en algún modo alterase la eficacia material que tenían según el Derecho anterior (73).

En segundo lugar, transcurrido ese plazo, el nuevo sistema entraría en vigor con toda su fuerza. El proceso de implantación no se demoraría indefinidamente. Por imposición legal los derechos que no se incorporasen en plazo serían purgados, pues perderían su eficacia real por el efecto retroactivo de la ley.

En tercer lugar se introduce el juicio de liberación de los bienes inscritos por razón de hipotecas o gravámenes ocultos que pudieran subsistir en razón del respeto otorgado al Derecho antiguo por la nueva Ley. Consistía esta innovación en una purga de naturaleza judicial: recurso salvador que permite al nuevo sistema ofrecer una completa seguridad al adquirente ya desde el primer día, a pesar de las excepciones transitorias admitidas al juego de la fe registral (74).

porque, atendidos los extraordinarios efectos que la Ley Hipotecaria concede a los que aparecen como dueños en los libros, era de temer que hombres sin conciencia se apresurasen a solicitar la registración de fincas cuya propiedad o nunca les había pertenecido o la habían transmitido a otro antes de la promulgación de la Ley....»

(73) COLEGIO, cit., pág. 332: «Siempre que se han hecho cambios profundos en la legislación, se procura estimular y facilitar los medios de que la nueva Ley sea pronto ejecutada para que se consigan los beneficiosos resultados que de la innovación se esperan. Respecto a la inscripción de los derechos reales y las hipotecas en los Registros no sólo se ha procurado esto siempre que se han hecho algunas reformas importantes, sino que ha sido frecuente señalar nuevos plazos dentro de los cuales pudieran sin temor a penalidad alguna librarse los interesados de los perjuicios que, según el tenor literal de las leyes, deberían experimentar por no haber hecho oportunamente la inscripción. No debía ser más severo el proyecto respecto a las omisiones, que pueden haberse cometido con arreglo a leyes anteriores, ni desechar un medio tan eficaz para conseguir que sean registrados los actos y contratos que según la reforma deben estar inscritos en los Registros. Los estímulos que la ley establece son los de la fijación de un plazo dentro del cual deben hacerse las inscripciones para aprovecharse del beneficio de la ley. . El plazo se ha fijado en un año desde el día en que la Ley empiece a regir: término que si bien no es muy largo, basta para que todos puedan hacer oportunamente y sin grave incomodidad las inscripciones. »

(74) COLEGIO, cit., I, pág. 329, *ibidem*, pág. 239: «.. ha creído la comisión que debía establecer para libertar la propiedad de cargos que, aunque resulten de los títulos... Lejos de perjudicarse con esto ningún derecho legítimo, todos son consultados, y sin producir vacilación ni dudas en los que en realidad existen... Los medios de publicidad que para estas liberaciones se proponen alejan hasta la sombra del fraude, y darán a que muchos que tienen derechos que ignoran, y que probablemente perderían para siempre sin

Respeto a los derechos adquiridos sí, pero, como veremos, claudicante, que en el caso incluso del expediente de liberación los sacrificaba olímpicamente, si preciso fuese, a las necesidades del tráfico y el crédito.

V. LA IMPORTANCIA DEL EXPEDIENTE DE LIBERACION

8. El llamado período de planteamiento de la nueva Ley sería de un año (75) a partir de su entrada en vigor (76). Durante ese plazo conservarían toda la eficacia de Derecho material y procesal que el derogado sistema les concedía. Con la prórroga del antiguo régimen de la propiedad fue necesario también prorrogar, temporalmente, la clandestinidad que consentía y que la nueva Ley quería para siempre desterrar (77).

- a) La prioridad registral fue suspendida: la fecha de los derechos no era la del asiento, sino que seguiría siendo la del título. Los títulos que ingresasen en el plazo de un año de la entrada en vigor de la ley perjudicarán a tercero desde la fecha del título por el que se habían adquirido. Incluso si aportan el título de su transmitente o causante, con fecha fehaciente, desde ésta. Esta era la conclusión a extraer del artículo 391 de la Ley (78).

el procedimiento que se establece, puedan reclamarlos y entrar así en el disfrute de los que ni siquiera imaginaban...».

(75) Artículo 389 de la Ley: Los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha que la misma Ley empiece a regir. La exposición de motivos dice simplemente que «el que deja pasar estos términos, no podrá después hacerlo (valer los derechos) en perjuicio de tercero, medida justa que consulta (?) los derechos existentes, cuando no quiere renunciar a ellos aquel a cuyo favor se hallen constituidos», COLEGIO, cit., I, pág. 329. Cfr artículos 350, 361 y 392 de la Ley.

(76) El RD de 8 de febrero de 1861, que sanciona la Ley Hipotecaria, en su artículo 2 disponía que «esta Ley empezará a regir dentro del año siguiente a su promulgación en el día que señale el Gobierno de S. M.».

(77) A los titulares de los otros derechos reales se les sometió a la misma ordenación, pero se facilitó su ingreso a todos a través de la doctrina de la mención. Se tienen por inscritos cuando lo está el título que los menciona. Entran a caballo del propietario. Además, se les concede un procedimiento para forzar a la inscripción al propietario en cuyo derecho se funda el propio.

(78) Artículo 391. «.. las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de un año.. no surtirán efecto en cuanto a tercero, sino desde su fecha... si el derecho inscrito no constase de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición. Si constare tal derecho en los títulos se retrotraerán los efectos de la inscripción a la fecha en que se hayan adquirido por el dueño. Son las famosas inscripciones retroactivas, como luego se llamarán».

- b) Esta suspensión arrastró también la suspensión del principio de cierre registral por el mismo período. En efecto, si la prioridad de los derechos se decidía durante este plazo en atención a la fecha de los títulos era preciso admitir la inscripción posterior de títulos contradictorios con otros ya inscritos si la fecha de los primeros era anterior. El artículo 35 del Reglamento decía: «La prohibición de inscribir títulos de fecha anterior a la del último inscrito en el Registro contenía en el artículo 17 de la Ley se entiende sin perjuicio de la facultad, que según la misma Ley, tengan los dueños de inmuebles o derechos reales, para registrar en plazos determinados, los títulos que oportunamente no hubieren presentado al Registro...»
- c) Una y otra suspensión también arrastraron la del principio de inoponibilidad de lo no inscrito (79). El artículo 309 del Reglamento disponía: «Dentro del año siguiente a que empiece a regir la Ley se podrán deducir las demandas que procedan, según la anterior legislación, y tengan por objeto o resultado invalidar títulos inscritos, en virtud de otros que no lo estén...»

De hecho, pues, durante ese fatídico período regía incólume el viejo Derecho: el que inscribía estaba desprotegido y, en estas condiciones, de mala manera podía funcionar el crédito territorial. Era verdadero propietario el que tuviese título más antiguo con independencia de que hubiese o no asentado el documento en el Registro.

Las inscripciones practicadas en ese plazo, aunque extendidas con arreglo al nuevo sistema, de hecho no tendrían más valor que las extendidas en las antiguas contadurías.

El autor del Reglamento, con estas premisas, se atrevió a dar otro paso, si cabe, todavía de mayor peligro. Si durante el período de gracia los asientos practicados en los libros nuevos tienen el mismo valor que los asentados en las antiguas contadurías, es preciso concluir que los asientos de las contadurías tienen el mismo valor que los asientos nuevos (80).

(79) El mismo artículo 34 de la Ley suspendió el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, en consecuencia, por el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley. El Reglamento admitió consecuentemente que incluso durante ese período era posible hacer valer ante los Tribunales derechos no inscritos contra tercero... Se trataba de conservar durante el plazo concedido a los propietarios para ponerse «en regla», para inscribir en los nuevos libros, el juego del sistema anterior en toda su integridad. Y en éste nada contaba el que los derechos estuviesen o no inscritos. Esto es, durante este período transitorio, como en el Derecho antiguo, los títulos no inscritos perjudican a los inscritos.

(80) El legislador no se había pronunciado sobre esta cuestión, por lo que parecía que los sometía al régimen general, de modo que si no se trasladaban al nuevo registro en plazo perdían toda preferencia por razón de la fecha su título. En efecto, la fecha de

El artículo 307 del Reglamento dispuso: «Las inscripciones de los antiguos registros surtirán, en cuanto a los derechos que en ella consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de algunos de los requisitos que exigen los artículos 9 y 13 de la Ley, bajo pena de nulidad, y no se lleguen a trasladar a los nuevos asientos.

Esta decisión tuvo gravísimas consecuencias. Había muchos asientos en los viejos libros que no había forma de precisar a qué finca o derecho se referían. Aunque el Reglamento previó un procedimiento para su aclaración, lo cierto fue que estos confusos asientos jugaban como una amenaza y un motivo de permanente preocupación para el tercero al que desde luego perjudicaban si se lograba demostrar que se referían a su finca.

9. Transcurrido el año correspondiente al período transitorio, la falta de inscripción funcionaba como una verdadera purga por imperio de la ley. Su alcance era diferente según se tratase de acreedores por hipotecas generales, por condiciones resolutorias o propietarios de los bienes y titulares de otros derechos reales (81).

La seguridad de los prestamistas estaba, en consecuencia, amenazada mientras no concluyese el período transitorio, en el que el legislador reabría

los asientos en las contadurías nada importaba en el viejo Derecho. Sin embargo, el artículo 307 del Reglamento dispuso sin contemplaciones que los asientos de los antiguos registros producen los mismos efectos que las nuevas inscripciones, y ello aunque careciesen de requisitos que aparejan nulidad o no se trasladen a los nuevos libros. Esto tenía su razón de ser, pues según la vieja legislación los títulos sentados en las Contadurías eran oponibles a tercero y sin duda los propietarios no entenderían que se les volviese a obligar a inscribir sus títulos en el nuevo Registro para conseguir el mismo efecto. *Vid.* el juicio demoleador de OLIVER, cit., págs. 465-511.

(81) La «purga» de los derechos y preferencias antiguas se producía una vez concluido el período transitorio con arreglo al siguiente cuadro:

— Los acreedores por hipotecas generales debían exigir su conversión en especiales en el plazo de un año de la entrada en vigor de la Ley. Así se les mantenía la preferencia de sus derechos en la forma establecida en el Derecho antiguo; esto es, desde la fecha (!) de sus títulos. En otro caso, caducaban sin más sus preferencias sobre los bienes hipotecados.

— Se hizo una excepción, a la que haremos referencia, con las hipotecas generales que garantizaban determinados intereses familiares. Aquí se concedía a los favorecidos por ellas o sus representantes la posibilidad de exigir que se convirtiesen en especiales, pues, en otro caso, subsistían en los términos que prescribía el Derecho antiguo. Artículos 347 y sigs. de la Ley.

— Los titulares de acciones resolutorias si podían ejercitarlas, debían hacerlo en el plazo de un año. En otro caso, debían exigir en ese plazo su conversión en hipotecas especiales. En otro caso, caduca su eficacia real. Artículos 358 y sigs. de la Ley.

— Los demás derechos reales, el mismo título de dominio que dejase pasar el plazo sin inscribir no tiene ya efectos frente a tercero desde la fecha en que efectivamente se inscribe. Nunca ya desde la escritura o incluso la fecha del título de su causante. Artículos 389 y sigs. de la Ley.

la clandestinidad de los derechos y acciones reales que el nuevo sistema trataba de eliminar.

10. Para hacer frente a todas estas dificultades se introducía el juicio de liberación («importantísimo punto» según la Comisión) «... que es procedimiento admitido y probado en otros países» (82).

Al efecto establece «un orden de procedimientos meditado y minucioso, en que al interesado se impone el deber de manifestar... los inmuebles que posee, las hipotecas o gravámenes ocultos a que puedan estar afectos y de las personas a quienes correspondan». Se exige la presentación de títulos, se oye a los que tendrían derechos, se emplaza a los desconocidos por edictos, se admite audiencia y oposición y se dicta sentencia.

Esta sentencia tiene efectos inmediatos de Derecho sustantivo, de modo que se produce la pérdida real y, con efecto inmediato, de los derechos que se declaran extinguidos.

El expediente de liberación tiene la naturaleza de una auténtica purga judicial cuya resolución se impone a todos los llamados; también a las mismas partes. El artículo 379 de la Ley disponía: «Transcurrido el término señalado por el Juez sin presentarse reclamación ninguna..., se declararán... libres de toda hipoteca tácita y gravamen no inscrito, los bienes cuya liberación se ha solicitado...»

Decía B. OLIVER, por ello, con razón: «... tiene por objeto este procedimiento poner en claro el verdadero estado civil de las fincas, desde luego y sin esperar a que terminasen los plazos fijados para la duración de las antiguas hipotecas tácitas y gravámenes ocultos, obligando a las personas a cuyo favor estaban impuestos a que los reclamasen o hiciesen efectivos en brevísimo plazo, quedando, en caso contrario, anulados o extinguidos respecto de las fincas de que era dueño el solicitante...».

El señor Fernández Negrete, a la sazón Ministro de Justicia, observaba muy atinadamente, al comentar el expediente de liberación en la discusión parlamentaria de la Ley: «... hay otro medio, y este medio es una imitación del que inventó en Francia el Edicto de 1771. Es lo que los franceses llaman la purga, que es un sistema de liberación: de manera que esta Ley (la hipotecaria), al tiempo que protege todos los derechos escogita todos los medios posibles para hacer que queden lo menos gravadas...» (83).

La inscripción a través de la liberación o purga era así un expediente excepcional para superar todas las inseguridades jurídicas que producía la concesión del llamado período transitorio. La Ley, apoyada en un juego de

(82) Palabras de la exposición de motivos en COLEGIO, cit., págs. 329-330.

(83) OLIVER, cit., págs. 55-553. Para las palabras del Ministro, *vid* COLEGIO, I-2, cit., pág. 390

consentimientos presuntos, atribuía *ex novo* el derecho en las condiciones materiales que fijaba la sentencia liberatoria (84).

Ciertamente se contaba con los derechos ya adquiridos antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, pero al tiempo se disponía un mecanismo que las sometía a una especie de muerte «súbita».

VI. QUIEBRA DE LOS MUNICIPIOS

11. Toda excepción a los principios del nuevo Registro, cuya implantación se trataba de conseguir, estaría justificada si fuese transitoria, de corta duración. La Ley Hipotecaria estimó suficiente plazo, el de un año, a partir de su entrada en vigor. Pero esta previsión, lo veremos, se demostró demasiado optimista (85).

El año que tenían los propietarios para optar por el viejo derecho inscribiendo antes sus títulos fue sucesivamente prorrogado, con lo que las hondas excepciones al sistema pensadas para un breve tránsito tuvieron vigencia suficiente para debilitar las ideas rectoras del sistema en la mentalidad de sus propios ideólogos (86).

Las prórrogas sucesivas permitieron que el viejo Derecho subsistiese en toda su integridad: los títulos reales eran eficaces, estuviesen o no inscritos, también contra terceros.

12. Sucedió algo más grave todavía. Con la excusa de respetar los derechos adquiridos, el legislador no sólo transigió en consentir que durante el período transitorio se suspendiese la eficacia de Derecho material de los nuevos asientos, sino que dio un paso más: abdicó del principio organizativo esencial del nuevo Registro: el cierre y tracto registral.

(84) La alternativa entre calificación responsable del Registrador o consentimiento material de los posibles perjudicados está muy clara para el legislador hipotecario, desde la promulgación de la ley .. *vid* , por curioso, el RD de 21 de junio de 1876 sobre faltas subsanables en los asientos de los Registros de la Propiedad ocupados por los carlistas durante la última guerra civil en M. MARTÍNEZ-ALCUBILLA. *Diccionario de la Administración española*, VIII, Madrid, 1919, pág 630 Cfr también el RD de 30 de julio de 1882 para proceder a la rectificación de las inscripciones en las antiguas contadurías.

(85) Una detallada exposición de estas dificultades, en OLIVER, cit . págs. 643 y sigs

(86) La primera de las prórrogas fue adoptada por el Gobierno, bajo su responsabilidad, sin necesidad de refrendo legislativo por RD de 31 de diciembre de 1863 (según ALCUBILLA, cit , pág 613, de fecha 29). «El Gobierno se decidió con aplauso general y sin que a nadie se le haya ocurrido pedirle por ello responsabilidad alguna...», OLIVER, cit , pág 673. Amparado en la disolución del Congreso, el Gobierno de nuevo prorrogó por tiempo indefinido las normas transitorias «hasta tanto que se dicte la disposición legislativa correspondiente» por RD 19 de diciembre de 1865, *vid* ALCUBILLA, cit., pág. 614

Durante la prórroga del viejo Derecho, al igual que pasaba en las viejas contadurías, había que admitir la inscripción de título contradictorio con otro ya inscrito si era preferente porque su fecha era anterior (87).

En consecuencia, el mismo folio registral podía dar albergue a tractos incompatibles y publicar derechos contradictorios. Pero tracto y cierre son el soporte de la legitimación, base del juego de la fe pública (88).

(87) Todas las quiebras a los principios registrales están por su orden tratadas en la exposición de motivos que el señor Ministro de Gracia y Justicia, don Antonio Romero Ortiz, presentó acompañando al proyecto de reforma hipotecaria de 16 de marzo de 1869. «Se señala .. el (plazo) de sesenta días para inscribir y anotar los derechos anteriores a la Ley del 61, con los beneficios y efecto retroactivo establecidos en la misma .., lo cual no sucede mientras pueden registrarse derechos con efecto retroactivo ..», *vid. COLEGIO, cit.*, págs. 477-478. Para los asientos de las Contadurías, *ibidem*, págs. 479-480: «Otro de los peligros a que en el día se hallan expuestos los prestamistas sobre hipoteca reconoce por causa de las inscripciones defectuosas que se han encontrado en los libros de registro que llevaban las suprimidas contadurías de hipotecas. En muchas de ellas sólo se determinan los bienes que son su objeto, por el nombre con que sin duda fueron conocidas en pasados siglos y que ya han perdido, o por circunstancias o linderos que en la actualidad son completamente desconocidos. Si las expresadas inscripciones fueron válidas en su origen, porque las permitía la ley, hubiera sido ahora injusto estimarlas nulas, porque el Registrador no puede saber a qué bienes se refieran. Si sobre este hecho hay duda, su resolución corresponde a los Tribunales. En el Real Decreto de 30 de julio de 1862 se procuró su rectificación de tales inscripciones, llamándose al efecto a los interesados, pero no se fijó tiempo para solicitar la rectificación y, por consiguiente, no se declararon ineficaces las inscripciones que no se rectificaran, y lo que se dijo fue que los Tribunales de justicia decidirían en el juicio correspondiente los efectos legales que puedan producir en perjuicio de tercero.» Para «adelantar en el crédito territorial sería preciso dictar una disposición legislativa fijando un término preciso, en el que pudiese solicitarse la rectificación de aquellos asientos, y declarando ineficaces los que transcurrido dicho término no se hubiesen rectificado. Esta medida, cuya justicia podría sostenerse, ofrece la grave dificultad de que su ejecución requeriría mucho tiempo, porque sería indispensable reproducir los llamamientos a los interesados...».

(88) La posibilidad de inscribir derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1863, aunque fuesen contradictorios con otro ya inscrito, si la fecha del título del primero era anterior a la del segundo, que concedía el artículo 35 del Reglamento, era dudoso si era temporal (sólo durante el período de gracia de un año en que regia el antiguo Derecho) o de duración indefinida. La redacción del precepto era muy confusa. Se remitía, entre otros, también al artículo 392 de la Ley que regulaba el caso de ingreso de derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1863, pero que ingresaban en el Registro después del mandado plazo de gracia de un año. Por lo tanto *literalmente* el cierre no operaba a títulos anteriores a 1863, aunque ingresasen con mucha posterioridad. No cabe alegar contra esta afirmación que poco interés tendría la inscripción del título anterior después del paso del fatídico año, pues entonces ya jugaría la prioridad registral y sería mejor el primeramente inscrito de fecha posterior. En efecto, la inscripción permitiría la alegabilidad del documento anterior inscrito con posterioridad ante los Tribunales para pedir la nulidad del primeramente inscrito, mientras no estuviese protegido por el artículo 34. En todo caso, la cuestión no tenía entonces ninguna importancia práctica porque el plazo de un año fue indefinidamente prorrogado y la prioridad registral indefinidamente suspendida.

Esta confusión permitió una dialéctica peligrosísima que destruyó la idea misma de fe pública. Su efecto emblemático, el que impedía accionar frente a terceros por causas resolutorias que no constasen de forma expresa en el Registro, nunca había sido aceptado de buen grado.

En este ambiente no podía sino imponerse la opinión contraria a la admisión de la eficacia convalidante del Registro. Si los asientos de las contadurías valían como los nuevos es porque los nuevos valían como los antiguos. Pero era sabido que los asientos extendidos en las contadurías nada sanaban.

El artículo 34, precepto clave de la Ley, se resintió en este ambiente, que acabó contaminándole. La confusa redacción del precepto daba pie para sostener que bastaba que un título estuviese inscrito para que pudiese perjudicar a otro inscrito con posterioridad, incluso por causas que el Registro no publicase expresamente.

GALINDO resumía bien la opinión doctrinal dominante: «Harto era ya que traspassando la Ley Hipotecaria sus naturales límites» no fuese un registro de gravámenes, sino también de transferencias. «Harto era que fallase sobre la validez de los títulos de propiedad... Faltaba sólo (como si en el país no hubiese atendibles más intereses que los de los acreedores) que se dictara la disposición del artículo 34, por la cual puede ser sumido en la miseria el mayor propietario, sin culpa suya, sin hecho suyo, sin noticia suya.» Después de exponer el caso del rico hacendado ausente en viaje de placer cuya personalidad es usurpada por un estafador y con ellas sus bienes vía artículo 34, dice: «¿hay legislación que lo sancione, país que lo sufra, Gobierno que lo tolere, hombre de ciencia que lo aplauda?» (89).

El asiento nada puede sanar. El sistema ciertamente impide alegar título no inscrito, pero si la nulidad procede de título inscrito, aunque el asiento no lo advierta, el tercero pierde su derecho.

La reforma de 1869 refrendará, como veremos, esta interpretación. Es muy ilustrativa la exposición de motivos al Proyecto de reforma. Después de señalar que la inscripción no convalida los contratos inscritos, dice: «... los perjudicados por tales actos o contratos pueden pedir la declaración de su falsedad o nulidad y recobrar los bienes, ESTUVIERAN O NO EN PODER DE TERCEROS POSEEDORES, siempre que la acción no estuviese prescrita...», y concluía: «... si el Registro no da a conocer las causas... NINGUNA razón podrá justificar que a los terceros que, sujetándose a la ley, hayan dado publicidad a su títulos..., se les impida RECLAMAR SUS BIENES donde quiera que se encontrasen...» (90).

(89) GALINDO, II. cit., págs. 373 y sigs.

(90) Cfr. la citada exposición de motivos del señor Romero Ortiz, en COLEGIO, cit., págs. 481-482.

13. El tercero protegido era, transcurridos ya ocho años desde la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, un auténtico fantasma. El régimen de clandestinidad de la propiedad había sido prorrogado.

En pocos años, dadas las sucesivas prórrogas del derecho transitorio, el sentido de la eficacia del asiento fue absolutamente tergiversado. Ni siquiera el principio de inoponibilidad operaba: de nuevo las cargas ocultas atezaron el tráfico.

Todo podía inscribirse recuperando a través de una cadena de títulos de fecha fehaciente prioridad frente al tercero que inscribió. Este también estaba perjudicado por los asientos de los libros de contadurías, aunque ni el mismo Registrador pudiese decidir con seguridad a qué finca afectaban.

En fin, la gota que colmaba el vaso y deshizo el castillo levantado por el legislador, que ciertamente se descubrió de naipes, fue la admisión mayoritaria de que las causa de resolución o nulidad o falsedad que no constasen en el Registro perjudicaban también al tercero.

La situación del adquirente que inscribía era de una inseguridad extrema. Nuestro Registro funcionó, durante todos estos años, como una contaduría: un sistema de inscripción voluntaria, sin cierre.

Adivinamos el sentido de la reacción que se prepara: la purga necesariamente emerge cuando la fe pública se sumerge en cumplimiento ahora de signos radicalmente opuestos. No obstante, la historia no pasa en vano y tampoco la vieja purga será ya la misma.

VII. INTENTOS DE REFORMA

14. La reacción contra la Ley Hipotecaria de 1861 debió ser ciertamente de enorme dureza (91). A la vista de las reclamaciones (92), se

(91) Detallada crónica de los acontecimientos, en OLIVER, cit., págs. 653 y sigs. *Vid.* también en *ibidem*, pág. 649. «Alarmados... los propietarios... donde se halla tan dividido el suelo en pequeñas sucres fincas... fueron generales las quejas contra la ley, y de ellas se hicieron eco autorizado la Diputación Permanente de la Grandeza de España (1), varias Diputaciones Provinciales y a la cabeza de todas la de La Coruña, la importante asociación catalana del Instituto Agrícola de San Isidro... elevando respetuosas, pero enérgicas, exposiciones a los poderes públicos, en que se demostraba la antipatía con que había recibido la nueva Ley, que llegó a convertirse en verdadero odio contra la misma, por la opinión muy divulgada, de que todos los inconvenientes... que llevaba consigo.. no tenían por objeto dar mayor certidumbre o seguridad a la propiedad, sino beneficiar los intereses de los prestamistas, y especialmente de las sociedades o bancos de crédito territorial o hipotecario.. » En definitiva, los propietarios en general no estaban dispuestos a costear una reforma que no necesitaban. Los pequeños propietarios porque no se servían del crédito, los grandes porque no pensaban hacerlo.

(92) Es de nuevo imprescindible la lectura de OLIVER, cit., págs. 671 y sigs. Es detestable que al final todo se redujo a una cuestión económica. Son muy significativas

instruyó un expediente sobre su reforma. La Comisión codificadora que había formado el primer proyecto propuso en 1864 otro adicional. Por su parte, el mismo Gobierno, desde otros criterios, hizo lo propio en 1866 (93) y (94).

Esta última iniciativa forzó al Ministerio de Justicia a hacer uso de sus competencias en materia hipotecaria. La reforma se proyectó en base a criterios aprobados por la Comisión de Códigos de la Comisión General de Codificación, que se plasmaron en el Anteproyecto de bases de reforma de la Ley Hipotecaria de 23 de julio de 1868.

De su lectura de conjunto resulta la confirmación del juego dialéctico entre purga y fe pública cuya demostración es el intento principal de este estudio.

La fe pública desaparece prácticamente como principio operativo del sistema hipotecario de seguridad (95). Ni la inscripción ni la cancela-

las medidas propuestas por la Comisión senatorial, que agrupaba los intereses de todos los opositores a la nueva Ley. Se reducían a tratar de paliar la carestía de la documentación. Cito tres. Declarar inscribibles los documentos otorgados antes de la Ley. Admitir la inscripción de los documentos privados. Declarar gratuitas las inscripciones y expedientes de posesión. La inscripción de documentos privados fue admitida en la reforma de 1869; artículos 405 y sigs. Cfr. COLEGIO, cit., pág. 549

(93) Ante este ambiente, se demuestra poco acertada la crítica de OLIVER, cit., a la forma de implantación del sistema y sobre todo las medidas alternativas por él propuestas. La oposición a la ley es de raíz política y tiene apoyo en dos razones de orden económico: la falta de titulación de muchos propietarios y la carestía de la titulación. De nuevo aquí se demostró profeta Luzuriaga, que en la discusión parlamentaria advertía: «... hay una disposición que impide la inscripción.. si antes no ha pagado el derecho (al fisco)... es destruir por completo el sistema.. ¿qué hace este artículo introduciendo el espíritu fiscal que todo lo corrompe cuando se mezcla en esta clase de leyes? Retraer al propietario, retraer al contratante de la publicidad de esta clase de actos, es decir, neutralizar el interés que todo propietario tiene en hacer constar su propiedad porque le pone enfrente una contribución.. me acuerdo hace muchos años, en 1835. .. siendo Ministro de Hacienda mi querido amigo (!) el malogrado Mendizábal, tuve con él una reyerta terrible, pues no podía convencerle de que la hipoteca se había creado para otra cosa que para sacar una contribución ..», COLEGIO, cit., II-2, pág. 16.

(94) Forzar una perfecta depuración jurídica y física de cada inmueble que pretenda el ingreso registral sería suicida. Buscarlo en un catastro fiscal que se atiene, también en cuanto a la descripción de las fincas, a las declaraciones de los interesados, pintoresco. A OLIVER, cit., pág. 670, le repugnaba, como buen historiador de Derecho que era, el método jacobino que quería implantar el sistema de una sola vez y para toda la nación. Era partidario del gradualismo: someter a un riguroso examen a cada finca que pretendiese ingresar lo que cada propietario decidiría libremente («criterio rigurosamente jurídico»). Este sistema fue luego el seguido en otros países. No se acaba de ver, con todo, por qué es más segura la purga judicial que la legal: la publicidad de los edictos de los tribunales que la publicación de las leyes en la *Gaceta de Madrid*. Lo cierto es que no había la dotación necesaria para hacer frente a la avalancha que suponía la documentación renovada de toda la propiedad en España. No es pensable lo que sucedería si en el año todos los titulares cumplieren lo que la ley les estimulaba a hacer

(95) COLEGIO, cit., pág. 470.

ción convalidan frente a tercero los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Los títulos inscritos defectuosamente perjudican a tercero en los términos de la escritura por encima de los que resulten del asiento (96).

La purga o expediente de liberación toma el necesario relevo como soporte de la seguridad de tráfico y se convierte en la piedra maestra del sistema. «La sentencia de liberación extingue... *todos los derechos y todas las acciones que antes de ella (la sentencia) hubieran podido ejercitarse por cualquier causa o motivo, ya sea en virtud de títulos NO INSCRITOS como INSCRITOS cuando las inscripciones sean defectuosas o se hayan extinguido con arreglo al artículo 77 de la Ley*» (97).

15. Mil ochocientos sesenta y nueve será el año en que el Gobierno de la nación intentará enderezar la situación interviniendo directamente. El fracaso de la reforma hipotecaria, liderada por el Ministerio de Justicia, permitió al Ministerio de Hacienda a abrir su propio frente. La necesidad de poner en marcha el crédito territorial no admitía más demora.

Un Decreto de 5 de febrero de aquel año había reconocido la libertad de establecer bancos de crédito territorial y había reformado determinados artículos de la Ley Hipotecaria (98).

Entre las causas que, hasta entonces, se oponían al establecimiento de las instituciones de crédito territorial enumera el preámbulo de este Decreto-ley, en primer lugar, la defectuosa constitución de la propiedad.

Dos eran sus objetivos: por un lado, acabar con el inacabable período transitorio (99), y por otro, reforzar la seguridad de tráfico, potenciando la fe pública registral. Sorprendentemente, como veremos, en la Administración de Hacienda se confía más en la bondad del sistema hipotecario de 1861 que en el mismo Ministerio de Justicia.

La afirmación del principio de fe pública se acoge en el artículo 11: «Las fincas hipotecadas a las instituciones de crédito territorial legalmente constituidas no responderán de ninguna obligación o carga no inscrita anteriormente en el Registro de la Propiedad sobre las mismas fincas mientras que dichas instituciones no estén satisfechas de su crédito (100).

(96) *Ibidem*, *id.*, base IV: La inscripción ni su cancelación no convalidan los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, aunque se perjudiquen en ello derechos de un tercero.

(97) Base XII, en *ibidem*, pág. 471

(98) ALCUBILLA, cit., págs. 619 y sigs. Este decreto está pensado en vistas a la implantación de las sociedades de crédito territorial. El régimen especial del tercero acreedor hipotecario se inicia aquí, basta examinar las reformas procesales que impone. A mi modo de ver, éste es el origen de la dualidad de terceros hipotecarios que nuestro sistema admite. *Vid.* nota.

(99) *Ibidem*, pág. 620, art. 13.

(100) *Ibidem*, *id.*, art. 11

Como veremos, el Ministerio de Justicia, cuando reforme unos meses después la Ley Hipotecaria, no seguirá este camino. Por el contrario, siguiendo los criterios del Anteproyecto de ley de bases del año anterior, reabre el período transitorio en que la clandestinidad sigue campando libremente, reclama la ayuda de una purga «renovada» y reduce la fe pública del Registrador a su mínima expresión: la mera publicidad.

VIII. LA CONTRARREFORMA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1869

16. El 21 de diciembre de 1869 (101) se promulga la esperada Ley de reforma hipotecaria. Nada mejor que remitirse a la exposición de motivos del proyecto presentado a las Cortes constituyentes por el señor Ministro de Justicia don Antonio Romero Ortiz para comprender el pensamiento de los reformadores y valorar las opciones de política hipotecaria que toman.

«... La ejecución de la Ley de 8 de febrero de 1861, dice la exposición, habría encontrado pocas dificultades si sólo hubiera debido aplicarse a los derechos nacidos después de su publicación: mas entonces el crédito territorial se habría aplazado hasta la completa desaparición de los derechos anteriores, que sin el requisito de la publicidad podrían haber perjudicado a tercero. Para que la presente generación no se viese privada de los beneficios de dicho crédito fue necesario acomodar al nuevo sistema hipotecario derechos que se habían constituido y que existían con sujeción a otro sistema distinto.

Esto fue un obstáculo para que la referida Ley rigiese inmediatamente en SU PARTE MAS ESENCIAL, porque exigía la justicia que antes se concediera tiempo bastante a fin de que TODOS LOS DERECHOS YA EXISTENTES adquiriesen las condiciones de publicidad y especialidad que habían de darles eficacia legal respecto de los terceros. Se estimó suficiente el término de un año; pero la experiencia demostró muy pronto lo contrario y fue preciso prolongarle en los Reales Decretos de 29 de diciembre de 1863 y 19 de diciembre de 1865, en el primero por dos años y en el segundo por tiempo indeterminado...»

17. «Es indispensable (sigue la exposición de motivos) que el prestamista sobre hipoteca tenga completa seguridad de que su derecho hipotecario no ha de ser perjudicado por otro derecho que no le haya sido posible conocer o porque se declare que el hipotecante no es dueño de los bienes, no obstante de que como tal aparezca en el Registro público...»

(101) La exposición de motivos al proyecto, documento de enorme importancia histórica, en COLEGIO, cit., págs 475 y sigs. Todas las citas que se entrecorren en el texto están recogidas de esta edición.

«Lo más interesante, continúa, para el crédito territorial es poner término al período de transición de que antes se ha hablado... Se señala por ello el de sesenta días (luego fueron muchos más) para inscribir y anotar los derechos anteriores a la Ley del 61, con los beneficios y efecto retroactivo establecidos en la misma...» Transcurridos «... estará definitiva y completamente planteado el sistema hipotecario...».

Pero el peligro ya no provenía del Derecho transitorio, también «... los terceros, sigue diciendo la exposición, quedan expuestos a perder su derecho si es falso o nulo el título del hipotecante (!) y reclaman los bienes otros que con anterioridad al mismo hayan inscrito su título; peligro que no puede evitarse ni aun con el examen de todos los títulos inscritos referentes a los mismos, si su contenido no revela la falsedad o nulidad...».

No se trata sólo de defender a terceros del Derecho derogado. Importa, también, liberar los inmuebles de posibles cargas o condiciones procedentes de títulos inscritos aunque el asiento nada advierta sobre ellas.

18. De esta fecha procede la hipertrofia del expediente de liberación. «... Por (el expediente de) liberación, continúa la exposición, puede conseguirse que los que tratan de adquirir bienes inmuebles o de prestar sobre ellos, tengan completa seguridad de no ser perjudicados por derechos no inscritos o *que lo hayan sido defectuosamente...*». El único medio para hacer útil al Registro frente al prestamista hipotecario «es hacer extensiva la liberación de aquellos derechos no perjudicados por los asientos registrales... Esto no sucede según la Ley de 1861, a no ser que los referidos derechos deban su origen a hipotecas legales o gravámenes ocultos o constituidos a favor de personas desconocidas; pero en la nueva Ley se establece que por la liberación desaparezcan *todos* sin limitación alguna» (102).

(102) En cuanto a la eficacia de la liberación los artículos que lo desarrollaron en la Ley de reforma no eran demasiado claros Artículo 372, quinto: la de quedar libres dichos bienes de toda carga no inscrita e hipoteca legal, en cuanto a tercero que después adquiera dominio o derecho real en los mismos bienes. Con independencia de lo que tajantemente afirma la exposición de motivos, parece que la extinción se produce sólo en beneficio de tercero. Así GALINDO, cit., IV, pág. 478, sostiene que si la finca está todavía en poder del que obtuvo la sentencia de liberación, aun declarada exenta de todo derecho oculto, el juicio en nada perjudica al titular del derecho liberado. Añadiendo «porque produciendo sólo efectos a favor de terceros, y no habiéndose transmitido a nadie, no ha tenido aplicación la sentencia; y contra el deudor principal la acción de Derecho común... se conservan íntegramente». Evidentemente esta interpretación sólo puede favorecer al que no se hubiese opuesto a la liberación, ya que de haberse producido no había sentencia de liberación, sino recaída en plenario que por la cuantía correspondiese (art. 370 final) Pero, contra Galindo, tampoco parece que mientras no aparezca tercero conserve acciones reales. El titular del derecho liberado podía reclamarle al instante del expediente el inmueble por acción personal, no real. La prueba es que no podía pedir, si lo hacía, anotación de demanda, porque de ser así se burlaría el artículo 373 de la Ley: «no podrá interponerse contra ésta (la sentencia firme de liberación) recurso alguno en perjuicio de tercero ni aun por beneficio de restitución. El

19. Además se prepara otra interesantísima innovación: un expediente de liberación «abreviado» ante el Registrador que busca libertar al derecho inscrito de posibles derechos de titulares inscritos que le hayan precedido en el Registro.

El registro carece de eficacia sanatoria: la nulidad, la falsedad, el contenido del título inscrito perjudica a tercero por encima de lo que el asiento disponga.

«... En la nueva Ley, dice la exposición, ... se procura remediar este inconveniente, estableciéndose en el mismo artículo 34 que los interesados en una inscripción pueden solicitar que ésta se notifique a los que en los veinte años anteriores hubieren poseído los bienes a que la misma se refiera, a fin de que en el término de treinta días ejerciten las acciones que tuvieren para invalidar dicha inscripción, no pudiendo verificarlo después de aquel término. Ciertamente que unas acciones que por Derecho común duran muchos años, se limita su duración a solo treinta días, mediando la notificación que se ha indicado; pero justifica esto la necesidad de establecer el crédito territorial.»

Este juego de notificaciones produce, respecto a los títulos inscritos, el mismo efecto que el expediente de liberación del que resulta un sucedáneo.

El mecanismo de la purga no es ya un instrumento de seguridad complementario a la fe del Registrador, sino que simplemente la suplantaba (103).

20. «En conclusión, debe manifestarse que si la reforma merece la aprobación de las Cortes constituyentes —continuaba el Ministro— el crédito territorial quedará convenientemente establecido en España, porque podrá prestarse sobre hipoteca de bienes que hayan sido LIBERADOS con seguridad completa de que se hará efectivo el derecho hipotecario...»

El expediente de liberación se transforma en el demiurgo de la seguridad inmobiliaria: no sólo purga las acciones perjudiciales al tercero por razón de los títulos no inscritos, transitoriamente respetados, sino también de los inscritos tanto en las contadurías como en los nuevos Registros. La seguridad en la propiedad no la produce la calificación del Registrador bajo

mantenimiento de la acción personal es necesario para evitar el enriquecimiento injusto y por lo tanto el despojo. Lo que no hay nunca es responsabilidad del Registrador: evidentemente se trata de sustituir la fe pública y la calificación del funcionario que la sustenta.

(103) La implantación del principio de cierre para todos los títulos que ingresen con posterioridad a las prórrogas del antiguo Derecho, aun anteriores a 1863, dada la confusa redacción del artículo 35 del Reglamento, la dispuso expresamente RO de 28 de agosto de 1883. *Vid GALINDO, cit., I, pág. 649.* En 1875 que terminaron todas las prórrogas del plazo señalado en los artículos 389 y 393 para inscribir o anotar con ciertos beneficios, títulos anteriores a 1 de enero de 1863, no tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 35 del Reglamento.

su responsabilidad, sino la resolución judicial previo llamamiento y audiencia a los interesados.

La eficacia legitimadora de la inscripción no existe, pero porque no es necesaria. El expediente de liberación es mucho más poderoso. No hay otra realidad fuera de la de la sentencia pública: realidad y registro coinciden. El expediente es un proceso cuya fortaleza se apoya en el concurso de todos los posibles perjudicados, inscritos y no inscritos.

21. De esta nueva filosofía hipotecaria se deduce sólo una consecuencia principal. Asistimos al ensayo de una vía alternativa a la fe pública del Registrador. La simple inscripción sólo tiene eficacia declarativa, pero si se ampara en un juego de las notificaciones del expediente de liberación, declara una propiedad irrevocable, bien porque se apoye en una sentencia o bien porque la ley directamente equipare sus efectos, con valor de cosa juzgada frente a todos los notificados (104).

La eficacia sustantiva del contenido de la inscripción sólo es posible a través de los consentimientos materiales reales o presuntos de todos los posibles perjudicados que, en consecuencia, en este caso, son sus verdaderos autores.

IX. EL NUEVO RUMBO

22. El expediente de liberación había sido introducido en 1861 con el objetivo de permitir a los propietarios inscritos extinguir las cargas ocultas que gravaban sus fincas por razón del viejo Derecho que el legislador había decidido respetar. La clandestinidad era un efecto del pasado. La liberación de ese pasado era el objetivo del expediente de cargas.

En 1869 se admitió la existencia también de acciones y derechos ocultos nacidos de derechos inscritos: el título inscrito aun en lo que el asiento no publicaba y por tanto ocultaba también perjudicaba (105).

El expediente de liberación, por consiguiente, no sólo purgaría el Derecho pasado, sino también el futuro: libertaría también al Registro de sí

(104) Para la eficacia del expediente de liberación, *vid.* la nota 3 de este capítulo. La pretensión en razón de los derechos «purgados» se transforma en personal. La misma transformación de real en personal se produce en la que llamamos purga legal por transcurso del período transitorio sin ejercicio de los derechos y acciones causados antes de la publicación de la Ley Hipotecaria. La sentencia de liberación es inimpugnable transcurridos diez días. Cabe incluso recurso de casación, lo que nos advierte sobre la eficacia de la resolución recaída. Artículo 373 de la Ley de 1869. en COLEGIO. cit., pág. 543.

(105) El tópico de que los asientos son copia de copia tuvo aquí su origen. *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo en A. SANZ *Instituciones de Derecho hipotecario*, I. Madrid, 1947. pág. 398.

mismo. De la inscripción no cabía deducir presunción alguna de legitimidad y existencia del derecho en los términos que el asiento recogía.

23. En 1875, definitivamente al fin, el llamado período transitorio ha concluido (106). Los derechos adquiridos anteriores a 1 de enero de 1863 habían desaparecido: no cabe inscribirlos con efecto retroactivo frente al que ha inscrito su derecho (107). La reforma hipotecaria de 1909 dio otro paso disponiendo la caducidad de los asientos de contadurías en cinco años (108).

De este modo gran parte de las cargas ocultas que podrían perjudicar al tercero hipotecario fueron declaradas extinguidas por ministerio de la ley. En consecuencia, perdieron sentido gran parte de las finalidades que justi-

(106) El artículo 389 de la Ley Hipotecaria de 1869 señaló el plazo de ciento ochenta días a contar desde el 1 de enero de 1871 como fecha tope de respeto de las preferencias que correspondían a los derechos nacidos antes de 1863 con arreglo al Derecho derogado de las viejas contadurías. «Todavía este nuevo plazo se prorrogó por las leyes de 3 de julio de 1871 y 29 de agosto de 1873 hasta el 31 de diciembre de 1874, habiéndose desestimado por RD de 31 de marzo de 1875 la instancia que en solicitud de nueva prórroga hizo el Instituto Catalán de San Isidro», GALINDO, cit., IV, págs. 547-548. *Vid* las referencias en ALCUBILLA, cit., págs. 614-626.

(107) En la primera Ley Hipotecaria el tracto registral debía iniciarse en título otorgado antes de 1863. Esta exigencia impedía considerar que la inscripción era en nuestro Derecho totalmente voluntaria y se había convertido en un serio obstáculo al acceso de la propiedad todavía no inscrita al Registro. *Vid.* el erudito discurso parlamentario del Conde de Tarreanaz, en COLEGIO, II., cit., pág. 379. El propietario actual que quería inscribir su derecho debía presentar los títulos de sus causantes hasta remontarse a uno anterior a 1863. En 1869 se reguló el expediente de dominio que dispensó de esa necesidad. Artículo 404 de la Ley reformada en COLEGIO, I, cit., pág. 549. Probablemente se exige que el expediente fuese judicial porque la inscripción practicada en base a él perjudicaba a los famosos derechos adquiridos antes de 1863. Esta innovación fue confirmada por un RD de 10 de febrero de 1875, que extendió el mismo beneficio a los expedientes posesorios, permitiendo la inscripción de posesiones iniciadas con posterioridad a 1863, *vid.* ALCUBILLA, cit., pág. 626. La necesidad de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad todavía no inscrita llevó a extender esta dispensa de tracto al caso de que la primera inscripción se intentase en virtud de título público: sólo se exigió que fuese anterior a 1909. Pero al contrario que en 1861, no se hizo un llamamiento general para que todos los derechos no inscritos ingresasen en el Registro en un corto período de tiempo, de modo que una vez transcurrido el que inscribiese sería preferido a todo derecho no inscrito. El legislador de 1909 fue menos jacobino y respetó en mayor medida que en 1861 a los derechos no inscritos. No los amenazó con un plazo de caducidad. Seguirían conservando su eficacia civil plena hasta transcurridos dos años no de la entrada en vigor de la Ley, sino de la fecha de la primera inscripción de propiedad sobre la finca que recaía su derecho. La primera inscripción fue privada de toda su inmediata eficacia expropiadora. cada «inmatriculación» tenía su propio período transitorio de dos años. Es el artículo 17-3 y 4 de la Ley de reforma de 21 de abril de 1909, en COLEGIO, II, cit., pág. 691. Transcurrido el cual sin reclamaciones judiciales, el derecho inscrito resultaba automáticamente liberado de toda pretensión contradictoria. El expediente de liberación no era necesario: había perdido también esta oportunidad.

(108) *Ibidem*, pág. 697; artículos 31-32 de la Ley de 21 de abril de 1909.

ficaban el expediente de liberación. La purga legal acaba con la necesidad de la judicial.

El expediente de liberación iniciaba su reflujó. Debido a los cambios que introdujo el legislador, no había asientos vigentes en los libros de contadurías ni posibilidad de inscribir derechos con efecto retroactivo. El tercero nada podía ya temer del Derecho anterior a 1863.

Planteado definitivamente el sistema hipotecario, el expediente de liberación, en consecuencia, perdió la primera y originaria función que le había sido encomendada que había justificado su introducción. Desaparecidos los viejos derechos ocultos, el juego de la liberación persiste sin embozo alguno, ahora, sólo como un puro sustituto de la fe registral cuyo papel había usurpado en 1869: sirve para liberar el registro de sí mismo.

La política hipotecaria, en consecuencia, se encontraba ante una clara alternativa que obligaba a tomar una decisión. Ya no cabían justificaciones de ninguna clase. O el registro se sanaba a sí mismo por la fe en la bondad de la calificación registral o la seguridad, que el asiento pueda proporcionar al tercero, sólo es posible previa renuncia de los posibles perjudicados a sus acciones de reclamación.

24. El cierre registral admitido desde 1869 hizo, entonces, valer sus derechos. El Registro estaba infrautilizado. Las cancelaciones o inscripciones de transferencia sólo producían efectos formales: extinguían asientos. Sus contenidos carecían de valor. Los asientos eran copias de copia. Los derechos existían con el alcance que con arreglo al título les correspondía. Cabía indudablemente pensar que para conseguir tan magros resultados bastaba la mera prioridad sin cierre.

El legislador de 1909 no extrajo explícitamente las naturales consecuencias de esta evidencia: todavía no se presume que los derechos inscritos existen con el contenido que el Registrador los ha inscrito. Pero la Ley favoreció al titular inscrito con la presunción de posesión e impuso al demandante de contradicción la carga de pedir la cancelación del asiento. El asiento recobraba valor sustantivo: el árbol de la fe pública había echado raíces (109).

25. Sólo el reformador de 1944 encaró decididamente la cuestión y en el sentido de devolver a la fe del Registrador su protagonismo original.

La publicidad unívoca que el Registro realiza es legitimadora y frente a tercero sin más consideraciones la pura realidad, sin necesidad de pasar por el trámite de forzar la renuncia de todos los posibles perjudicados a sus derechos o acciones de impugnación. La calificación del Registrador es el fundamento único de la legitimidad del contenido del asiento.

(109) COLEGIO, II, cit., págs. 690 y sigs., artículos 15 (presunción de posesión) y 16 (acción contradictoria y demanda de cancelación del asiento).

Por una parte, las notificaciones que permitían operar a la liberación, que hemos llamado «abreviada», como un medio sustitutivo de la fe pública, no habían alcanzado, como decía SANZ FERNÁNDEZ, reconocimiento doctrinal ni virtualidad práctica. Todos los autores testimoniaban que nunca habían sido utilizadas, hasta el punto que algunos sostuvieron que habían caído en desuso (110).

«... Propiamente hablando —continuaba— (el sistema) no cayó en desuso, sino no fue usado, no fue recibido en la vida práctica española, lo cual demuestra que no correspondía a una necesidad real, sino a una lucración teórica sin trascendencia práctica. Incluso el Tribunal Supremo (!) prescindió de la notificación en sus fallos...» Consecuentemente, el legislador también prescindió de ellas.

Por otra parte, el expediente de liberación fue sometido a una oportuna reconversión (111). Un nuevo cometido le fue asignado, lo que le permitió retirarse discretamente.

Este cambio de papeles vino posibilitado por una nueva inversión conceptual, que con tanta frecuencia como originalidad hizo nuestro legislador hipotecario. El expediente de liberación, en el futuro, no será un medio para obtener la legitimidad de los derechos inscritos, sino precisamente para extinguirla (112).

(110) SANZ: *Instituciones.*, I, cit., pág. 398.

(111) El reconocimiento hasta sus últimas consecuencias de la voluntariedad de la inscripción que se produce en 1909 y culmina en 1959 acentuó otros inconvenientes. La vida registral de los derechos ya inscritos se interrumpía con demasiada facilidad y en muchos casos era imposible o demasiado difícil presentar los títulos intermedios. Ahora bien, si al primer inscribiente le bastaba con su propio título, esto no podía aceptarse cuando otros le habían precedido. Si se aceptase la inscripción de un derecho cuando faltaba la inscripción de los titulares intermedios, una de dos: o el último asiento los cancelaba sin consentimiento de sus titulares ni sentencia o no, y a pesar de todo, se permitía inscribirlo, con lo que se transformaba nuestro sistema en una contaduría. Se había intentado utilizar para este fin el expediente de liberación de cargas, pero el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de enero de 1880, lo había impedido amparándose en «que de no entenderse así el artículo 365 de la Ley... equivaldría a una cancelación sin que sea por los medios establecidos por la Ley.» (art. 82 de la Ley Hipotecaria), *vid* GALINDO, IV, cit., pág. 446.

(112) Los antecedentes de este cambio son lejanos y se ligan a la aplicación del principio de cierre: imposibilidad de coexistencia de asientos contradictorios. Las leyes hipotecarias admitieron que, previa notificación, el asiento de posesión cancelase otro anterior «contradictorio» de dominio. Era evidente una excepción incomprensible, ya que el asiento posesorio no perjudicaba nunca a tercero. La Dirección, en R de 30 de enero de 1880, refrendó que la inscripción de posesión cancela la anterior de dominio. El expediente posesorio producía así cancelaciones de asientos de dominio que no le eran posibles si el tramitado era el mismo expediente de dominio. *Vid* la polémica con Calderón Neira de GALINDO, IV, cit., págs. 638 y sigs. En 1909 se invirtieron los términos. Devino forzoso privar al expediente posesorio de esta eficacia cancelatoria: el asiento de dominio presumía posesión (art. 15 de la Ley de reforma). No cabe inscribir

La intimación a los interesados no se usa para establecer, en base a su consentimiento expreso o presunto, la realidad de los derechos inscritos. Sino, al contrario, para poder cancelar aquellos derechos inscritos que, por el transcurso del tiempo, debe presumirse han quedado extinguidos por prescripción (113).

«El expediente de liberación, continuaba SANZ, que regula nuestra Ley Hipotecaria apenas si tiene con el de la legislación anterior más punto de contacto que el de la denominación, pues tanto por su naturaleza... como por su finalidad y tramitación se distancia totalmente de aquél.

La finalidad del expediente de liberación de la legislación anterior... era *preciso cubrirla mediante el expediente de liberación, toda vez que la cumplía por sí misma el propio juego de la fe pública registral...* (el expediente de liberación) era una consecuencia de la desviación introducida por los legisladores de 1869 en el desarrollo de la fe pública registral... La liberación era inútil en la nueva Ley que ha restablecido el verdadero alcance de la fe pública, eliminando el procedimiento de notificación...» (114).

la posesión si ya lo está el dominio. Lo sorprendente fue que la extraña redacción del nuevo artículo 400 parecía que permitía ahora, si mediaba la notificación, inscribir el dominio en el oportuno expediente cancelando asiento de dominio anterior contradictorio. Probablemente semejante osadía vino forzada por necesidades prácticas la voluntariedad del asiento causaba graves problemas de tracto. La doctrina entendió que se saltaban las garantías del artículo 82, que exigía escritura o sentencia para cancelar asientos. *Vid* la polémica de ROCA SASTRE, III, cit., págs. 196 y sigs. Por ello, en el Reglamento de 1915 se exige oír al titular del asiento contradictorio de dominio y citar el de posesión. En 1927 se da el paso realmente curioso, los derechos inscritos se presume que existen, pero si pasan veinte años sin vida registral no sólo deja de presumirse, sino que debe deducirse lo contrario de asientos de dominio se transforman en posesorios y no perjudican a tercero. Lo importante no es el tiempo, sino la actividad registral. En treinta años los asientos posesorios se transformaban en asientos de dominio (en la reforma de 1909) y en 1927 en veinte años los de dominio de posesión, porque en el primer caso hay vida registral (un nuevo asiento de transmisión) y ésta falta en el segundo.

(113) Es el razonamiento que se detalla en la nota anterior el que está en la base del nuevo cometido del moderno expediente de liberación de cargas. Los derechos inscritos sin vida registral durante el tiempo de prescripción pueden cancelarse sin oír a su titular. Sin embargo, nada regresa en la misma forma que partió. Nadie precisa ser liberado de lo que está muerto. No se trata ahora de renunciar, sino de probar. La intimación procesal no es a un consentimiento, sino a un reconocimiento de un hecho. Por ello el expediente sienta una mera presunción que no produce cosa juzgada. artículo 311 del Reglamento de 1947

(114) A. SANZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 498.

CONCLUSIONES

La historia ciertamente no concluye. Sobre el futuro, el pensamiento reflexivo muy poco puede aventurar; es sabido que siempre llega demasiado tarde. El porvenir es fruto de la decisión: la tarea más auténtica del historiador se reduce sólo a reconocer el pasado.

Hemos visto la comunidad de ideas que conforma la tradición europea sobre la llamada seguridad jurídica de la propiedad inmobiliaria.

Hemos visto que la seguridad en el Derecho se reclama siempre, y por lo tanto se obtiene, frente a los terceros.

Hemos visto que aun levantado la seguridad desde los terceros es posible hacerlo contra ellos o con ellos.

También vimos, aceptado que la seguridad debe ser igual para todos, las dificultades que los Estados han encontrado para conseguir, con los medios que su Derecho civil les permite, encontrar un compromiso justo entre todos los interesados.

Hemos visto que las soluciones, que los distintos sistemas hipotecarios ofrecen no son resultado de principios de organización privilegiados o excepcionales, sino que sus posibles contenidos vienen decididos por las peculiaridades del ordenamiento civil de cada país.

Finalmente, hemos tratado de probar estas afirmaciones en la historia del Derecho hipotecario español.

Si alguna enseñanza es posible deducir de todo lo hasta ahora dicho es que no hay soluciones organizativas autónomas ni en este campo ni en ningún otro. Parafraseando una afirmación que ha devenido clásica, cabe afirmar que la opción por una determinada forma de organización del tráfico inmobiliario supone, y al mismo tiempo implica, un determinado modo de adquisición y disposición de los derechos civiles.

La seguridad es indivisible: no hay nada más repugnante al civilista que la discriminación. El orden civil es el orden de las libertades que se asienta en el respeto de los derechos, razón por la que no cabe hacer nuevos propietarios por el expeditivo método de proceder al despojo de los antiguos.

En conclusión, todo progreso en la seguridad del tráfico precisa otro correlativo en la seguridad de los derechos. Dicho de otro modo: tanta más seguridad en la firmeza de la adquisición de los derechos sobre la tierra cuanto mejor y de más cumplida manera se consiga evitar todo perjuicio a los derechos ya adquiridos sobre ella. El grado deseable de seguridad lo decide la política, el modo de obtenerlo es ya una cuestión puramente técnica.

La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia (*)

I. INTRODUCCION

La fotocopia se ha convertido ya, desde hace algunos años, en parte integrante de la vida diaria de casi todos. Algunos producen fotocopias, bien como actividad principal —establecimientos de copistería— o secundaria —bibliotecas, oficinas públicas, centros de enseñanza, despachos profesionales—; la mayoría somos, en alguna ocasión cuando menos, consumidores de fotocopias, en cuanto que usuarios o miembros de alguno de estos centros donde se desarrolla actividad de fotocopia.

Este fenómeno de la reproducción en fotocopia afecta, de manera no despreciable, a obras protegidas por derechos de autor y, por ende, a los titulares de éstos.

En este trabajo se pretende analizar esta incidencia a la luz de la función y consecuencias sociales de esa institución llamada propiedad intelectual, así como sostener la posibilidad —y conveniencia— de comprender la entera reglamentación jurídica de la fotocopia de obras protegidas (1) en el sentido que resulta más eficiente en relación al cumplimiento de los objetivos de la propiedad intelectual en cuanto esquema de regulación. En particular, se pretende mostrar cómo la determinación del alcance e inter-

(*) Agradezco los comentarios y sugerencias de Santos Pastor, Alicia Real, Philip von Randow y Steven Shavell.

El trabajo se realizó mientras fui Visiting Scholar en la Harvard Law School, cuya hospitalidad, encarnada en Steve Shavell, quiero agradecer, así como la ayuda financiera de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación.

(1) Aunque la exposición y los resultados se restringen específicamente a la cuestión de la fotocopia, creo que en lo fundamental, cabría su extensión a los restantes ámbitos de copia de bienes intelectuales (copias realizadas por medio de aparatos de audio y videograbación)

pretación de los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 aplicables a la copia, resulta condicionada por su relación con los instrumentos de compensación a disposición de los titulares de derechos de autor y las respectivas ventajas y desventajas, en términos de eficacia, de dichos instrumentos.

Para poder alcanzar estas conclusiones acerca de la normativa española sobre la fotocopia es preciso, como ya se ha apuntado, realizar una previa indagación de carácter teórico en torno al sentido de la propiedad intelectual como institución jurídica y social, sus efectos generales sobre la sociedad y el impacto que en este panorama representa —representó, para ser más exactos— la aparición y difusión de la copia. La regulación de la copia en la Ley de Propiedad Intelectual puede concebirse como un intento de restablecer el equilibrio en el sistema de la propiedad intelectual, aunque sea un equilibrio parcialmente distinto al que se daba antes del impacto de la copia.

Por consiguiente, la parte I del trabajo se ocupa del fundamento y función de ese régimen particular que es la propiedad intelectual, formulando la hipótesis —compatible con explicaciones diversas, en otros planos— de que, como institución social, persigue la promoción de incentivos a la creación de bienes intelectuales (obras artísticas, literarias, científicas, etc.), los cuales, en principio, la sociedad estima valiosos.

A continuación trata de precisar cómo es posible conceptualizar teóricamente la posición global que el derecho de autor atribuye a su titular, a los efectos de poder analizar sus consecuencias. No se trata de un examen de las distintas facultades y situaciones jurídicas subjetivas que el sistema legal atribuye al autor, sino de calificar el conjunto de todos ellos en relación a ciertas categorías teóricas que permiten servir de base a la formulación de previsiones acerca del comportamiento de autores y público consumidor de obras intelectuales.

La parte III trata de ofrecer, esquemáticamente, el enunciado de los efectos que la fotocopia generalizada acarrea en relación a la situación de los titulares de derechos de propiedad intelectual y del público en general.

Los mecanismos de regulación son el objeto de la parte IV. En ella se examinan el canon compensatorio del artículo 25 LPI y el sistema de autorizaciones o licencias de fotocopia otorgadas por los autores y, en particular, sus respectivas ventajas y desventajas.

La parte V, por último, trata de aclarar el alcance normativo de los artículos 31.2 y 37 LPI, que son aquellos a los que, fundamentalmente, la Ley reserva la delimitación de la realización de copias en relación al consentimiento de los titulares de los derechos de reproducción.

Antes de comenzar con la parte I es necesaria una referencia terminológica. A lo largo del trabajo voy a utilizar los términos «autor», «productor de bienes intelectuales» y «creador» como sinónimos; además, con éstos se

pretende englobar tanto al autor en sentido estricto como al editor, y ello porque, aun siendo evidentemente una simplificación, resulta útil por dos razones de orden diverso: contar con un polo del problema —la parte activa, de producción frente al exterior de originales de obras del espíritu— configurando unitariamente, por más que ello sea en parte ficticio, permite obviar lo que sucede en su seno, para concentrarse en sus relaciones y conflictos con los otros actores del drama (productores de copias, consumidores de originales y de copias).

En segundo lugar, por razones de orden expositivo, ya que permite evitar repeticiones, digresiones e incisos aclaratorios, por desgracia ya bastante frecuentes, sin necesidad de esta simplificación.

No obstante todo ello, es obvio que los intereses de autores y editores no siempre —probablemente, incluso no a menudo— son coincidentes, y esta discrepancia, sin duda, podrá aflorar, debilitando tal vez el peso de alguno de los argumentos ofrecidos, sin por ello —al menos así lo creo— eliminar la validez de éstos (2).

II. LA FUNCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

II.a) ASPECTO PATRIMONIAL Y ASPECTO MORAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El derecho de autor confiere a su titular una posición jurídica ciertamente peculiar. Basta un somero examen del capítulo III, título II (arts. 14-25) LPI para reconocer la heterogeneidad del contenido del derecho de autor.

Esta diversidad suele agruparse conceptualmente en torno a una *summa divisio*: aspecto moral y aspecto patrimonial, o derecho moral de autor y derecho patrimonial. Como señala el artículo 2 LPI, «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial».

En la indagación acerca de la significación y consecuencias sociales de la propiedad intelectual voy a centrarme exclusivamente en el segundo de los planos citados.

Con ello, sin embargo, no se pretende ni entrar, ni tomar partido, en el debate acerca del carácter unitario o dual del derecho de autor (3). Todo

(2) Para un interesante análisis de los conflictos de interés entre ambos y sus consecuencias, *Vid.* PLANT: «The Economic Aspects of Copyright in Books», en *Economica*, 1934, pág. 185, BESEN: «New Technologies and Intellectual Property An Economic Analysis», *Mimeo*, Rand Corporation (1987), pág. 36

(3) *Vid.*, para un repaso de las principales posiciones en la polémica, LACRUZ: *Comentario al artículo 2*, en BERCOVITZ (coordinador). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989, pág. 34, BAYLOS: *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978, págs. 385 y sigs; VOGEL, en SCHRICKER (dir). *Urheberrecht Kommentar*, Munich, 1987, pág. 81

lo que a lo largo del trabajo se expone será compatible, a mi juicio, con cualquiera de las posturas sobre la naturaleza de la propiedad intelectual. Mucho menos, por ende, se pretende sostener la independencia de ambos aspectos (4); sí, en cambio, asumir la posibilidad de una justificación propia para el aspecto patrimonial tal y como se presenta real y actualmente y, por tanto, la posibilidad de que el aspecto moral viniese acompañado de un derecho patrimonial configurado de modo sustancialmente diverso al presente. Cabe, pues, preguntarse sobre el fundamento y el papel del derecho patrimonial de autor tal y como lo conocemos en sus rasgos esenciales —básicamente, con un modelo común en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos. Y es este plano, además, el que creo que incide más directa e íntegramente en el bienestar de la colectividad en general —aparte del sector de población que puedan representar los creadores (5)— y, en todo caso, es el más relevante en cuanto al fenómeno particular que aquí interesa, que es el de la fotocopia, dentro del cual la consideración del derecho moral de autor parece no desempeñar un papel de trascendencia.

Por tanto, el uso que haré del término «derecho de autor» debe entenderse con las restricciones que se deducen de lo apenas señalado, en el sentido de no referirse al aspecto moral o personal; esto es, como equivalente —sólo a estos efectos, claro es— a derecho de explotación, e incluso dado el ámbito de interés específico, a derecho de reproducción (6).

II.b) PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO DE DOMINIO

¿Y en qué consiste este derecho de explotación? En palabras de LACRUZ, consiste en «el aprovechamiento económico del derecho de autor, en régi-

(4) Una muestra de ello puede hallarse, entre otras, en las cautelas, limitaciones y especialidades que imponen los distintos sistemas jurídicos a la transmisión de los derechos de explotación del autor frente al régimen de general libertad de transmisión y autonomía de la voluntad que rige de ordinario los derechos patrimoniales: artículos 14.6, 43, 45, 48, 50 LPI, S 203 y 204 Copyright Act estadounidense de 1976; S 36 (1) S 37, S 41 (1) (4), S 42 (1) (2), Urheberrechtsgesetz alemana.

(5) No se pretende ignorar la trascendencia que el tratamiento, en términos de derechos morales o personales, que reciban los creadores por parte del sistema jurídico tenga en el conjunto de éste. Sin embargo, parece que esto trasciende a la sociedad en general en menor medida que aquello en lo que ésta resulta directamente afectada por la propiedad intelectual: por ejemplo, la licitud o no de hacer fotocopias, grabar en audio o en vídeo, ciertas obras, el incremento o no del precio de los aparatos de reproducción y de las copias son factores condicionados por el alcance del derecho de explotación y que tocan de manera directa al público en su conjunto.

(6) Tampoco el uso de las expresiones derecho de explotación o «derecho» de reproducción, en vez de calificar a éstos como «facultades», como sería tal vez más correcto, desde el punto de vista de la dogmática del derecho subjetivo (*Vid* BERCOVITZ:

men de monopolio» (7); esto es, la exclusiva en la producción física de cualesquiera soportes materiales o formas de exteriorización del bien intelectual y en la difusión, reproducción y manifestación de éstos.

Si duda, la facultad de exclusión es parte integrante —y esencial— del común y ordinario derecho de dominio. Pero el derecho de autor atribuye a su titular un plus exorbitante respecto al titular dominical, ya que le permite impedir cualquier difusión de los soportes materiales o manifestaciones de la obra (8).

Por ejemplo, el propietario de un manzano de extraordinaria calidad puede ciertamente excluir del consumo de sus manzanas a quienes no las hayan adquirido previamente. Pero una vez que ha vendido una manzana, no puede oponerse a que el comprador plante las pepitas en su terreno, obtenga un manzano y consiga frutos de idéntica calidad.

En cambio, el autor, tras vender ejemplares de su obra, puede impedir que los adquirentes de éstos realicen y distribuyan copias de los mismos.

Cabe, por supuesto, recurrir a una respuesta rápida: en un caso, se trata de propiedad sobre objetos materiales; en el otro, la propiedad recae sobre un objeto inmaterial —el bien intelectual—, con independencia de la propiedad sobre los medios en que éste viene fijado.

Pero en ella sólo se da respuesta al «¿cómo?», pero no al «¿por qué?» del derecho de explotación del autor y a las restricciones que éste comporta para los adquirentes de ejemplares de la obra y, en general, para los potenciales usuarios del bien intelectual y a la sociedad en general. Se nos dice en qué consiste —en su expresión más básica— este derecho de los creadores, en términos de comparación con el derecho de dominio sobre cosas del mundo físico; pero no ofrece ninguna justificación de por qué deba ser así, ni en términos morales, ni finalísticos ni meramente prácticos. Parece latir implícitamente en esta respuesta, la idea siguiente: como básicamente —aunque no en todos sus extremos, por supuesto— la propiedad intelectual no es diferente de la propiedad ordinaria —sólo su objeto lo es—, aquélla no requiere ninguna justificación, como tampoco ésta la precisa. Aun así, todavía le quedarían por explicar las razones de la diversidad entre los regímenes específicos de una y otra especie de propiedad, sin duda más intensos que los que dan entre distintas subclases

Comentario al artículo 1, en BERCOVITZ (coord.) *Comentarios* ., cit., pág. 27), no implica, subrepticamente, adoptar una postura dualista. En primer lugar, esta es la terminología de la LPI (cfr., por ejemplo, arts. 2, 17, 42, 43, 58 LPI); y en segundo, es posible, según algunos, que ciertos derechos de tipo complejo tengan como componentes a otros derechos, JARVIS THOMSON: *The Realm of Rights*, Cambridge (MA), 1990, pág. 66, FEINBERG: *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, 1973, pág. 70.

(7) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 41.

(8) Aunque el derecho de explotación cuenta, en contrapartida, con la importante limitación de la temporalidad. artículo 26 LPI, lo que no ocurre con el dominio.

del dominio sobre cosas materiales —muebles e inmuebles, por ejemplo— (9).

Y todo ello a expensas de aceptar la asunción —no justificada— de la equivalencia sustancial entre derecho de autor y derecho de dominio.

Y este presupuesto no resulta aceptable (10). Sin ánimo de exhaustividad, basta reseñar dos razones de cierta trascendencia: en primer lugar, el dintinto papel que juega la facultad de exclusión en el contenido de uno y otro derecho. Así, en el derecho de propiedad ordinaria, esta facultad de excluir a otros de la cosa es el medio de proteger el goce propio del titular dominical; en el derecho de autor, la exclusividad es el contenido de goce, en cuanto ésta puede ser ejercitada por el mismo titular o excepcionarse a cambio de una compensación económica —traducción última del goce en este ámbito— (11).

En segundo lugar, la presencia de unos sujetos que no son simples terceros respecto al objeto del derecho: son los propietarios de los medios de fijación material de la creación intelectual.

Estos ven limitadas sus facultades respecto a un bien material de su propiedad: no pueden reproducirlo o comunicar públicamente el mensaje en él plasmado (art. 56.1 LPI) (12).

(9) El derecho de autor puede entrar en colisión, en algunos casos, con la libertad de expresión y de información (por ejemplo, un personaje público que se opone a que se reproduzca en una biografía o reportaje, fragmentos de escritos o discursos de las que es autor) El supuesto se ha presentado ya, con frecuencia, ante los Tribunales norteamericanos: *Rosemont Enters v. Random House Inc.* 366 F2d 303 (2d Cir. 1966); *Meeropol v. Nizer*, 520 F2d 1061 (2d Cir. 1977); *New Era Publications Int'l Aps' v. Henry Holt & Co.* 873 F 2d 576 (2nd Cir 1989). *Vid.*, sobre ello, DENICOLA: «Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the protection of Expression», en *Cal L. Rev.*, 1979, pág. 283.

(10) En el mismo sentido de señalar la divergencia sustancial entre ambos: LACRUZ. *op cit*, págs. 36 y 38, FRANCESCHELLI «Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur», en *Studi riuniti di diritto industriale*, 2nd ed, Milán, 1972, pág. 72; NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN: *Urheberrecht Kommentar*, 7ª ed., Stuttgart, 1988, pág. 51, VON GAMM. *Urheberrechtsgesetz*, Munich, 1968, págs. 65 y 67. más extenso, acerca de las relaciones entre «Immaterialgueterrechte» y «Sachenrechte», TROLLER: *Immaterialgueterrecht*, t 1, 3.ª ed., Basilea, 1983, pág. 55 Sin embargo, es cierto que también existen paralelismos estructurales entre los dos GORDON: «An Inquiry into the Merits of Copyright The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory», en *Stanford L. Rev.*, 1989, págs. 1354 y sigs; LITMAN: «Public Domain», en *Emory L. J.*, 1990, pág. 971.

(11) BAYLOS, *op cit*, pág. 212, FRANCESCHELLI, *op cit*, págs. 68 y sigs

(12) En el caso de obras plásticas, la situación es bien distinta Dada la mayor unidad entre bien intelectual y soporte de éste (porque sólo hay uno que es verdaderamente «la obra de arte»), el destino del derecho de explotación está ligado de manera muy sustancial a la propiedad del «original» de la obra plástica: artículo 56.2 LPI *Vid.*, sobre las relaciones a que este especial carácter de la obra plástica da lugar, SCHOEFER *Die Rechtsverhaeltnisse zwischen dem Urheber eines Werkes der bildenden Kunst und dem Eigentümer des Originalwerkes*, Munich, 1984, págs. 40 y sigs. En general, sobre

Y no puede decirse que el que adquiere un soporte material (libro, disco) adquiere sólo éste y no el bien intelectual cuya exteriorización y recepción permite y que, por ello, el autor retiene el dominio sobre aquél.

Aparte de la dificultad de separar, una vez engarzadas, creación intelectual y soporte (*joint supply*, en términos económicos) sobre todo a efectos de determinar a qué se dirige la voluntad negocial de compra, en todo caso, el orden sería el inverso: dado que previamente existe propiedad intelectual, el adquirente de un ejemplar no recibe, con éste, toda una serie de facultades; y no al contrario, que al no adquirirse éstas por los compradores de ejemplares quedan comprendidas en el derecho de explotación del autor (13).

Parece, por consiguiente, que debemos exigir una justificación funcional autónoma para la propiedad intelectual, con independencia de la predicable para el derecho de propiedad en general.

II.c) LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO RECOMPENSA DEL ESFUERZO CREADOR

En una aproximación general, es posible adscribir conceptualmente las diversas justificaciones que tradicionalmente se han ofrecido para ese régimen peculiar que es el derecho de autor a dos polos esenciales: uno de ellos vendría dado por la justificación consistente en la idea de la recompensa (en sentido amplio) al autor por su trabajo creador; el otro, por aquella otra justificación, de sabor hegeliano, que se apoya en el principio de que la obra es una emanación de la personalidad de su autor y, por ende, necesariamente —si se quiere respetar ésta— sometida a su poder y voluntad (14).

Sin embargo, ambas posiciones ofrecen algunas debilidades, así como contradicciones con el régimen positivo del derecho patrimonial de autor.

La primera de ellas, la teoría del trabajo (15), resulta ambigua respecto al «qué», en concreto, ha de ser recompensado. La remuneración puede

la disolución o no del derecho patrimonial de autor y la propiedad de los ejemplares, en términos de los costes de transacción para los usos de la obra, LANDES: «Copyright Protection of Letter, Diaries and Other Unpublished Works An Economic Approach», *Mimeo*, University of Chicago, Law School, 1991, pág. 7

(13) *Vid.*, sobre ello, ARE: *L'oggetto del diritto di autore*, Milán, 1963, págs. 232 y sigs.; ULMER: *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlín, 1960, pág. 13.

(14) Una excelente revisión y análisis de ambas justificaciones en HUGHES: «The Philosophy of Intellectual Property», en *Georgetown L. J.*, 1989, pág. 287 *Vid* también el detallado examen de BAYLOS, *op. cit.*, págs. 460 y sigs.

(15) Esta teoría deriva de la doctrina de LOCKE sobre los derechos —en especial la propiedad— naturales. LOCKE: *Two Treatises on Government*, Cambridge edition 1988, págs. 237 y sigs., *vid* la reciente defensa de la misma en WEINREB. «Toward a Fair Use Standard», en *Harvard L. Rev.*, 1990, pág. 1138. YEN. «Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession» en *Ohio State L. J.*, 1990, págs. 536 y sigs.; con

referirse, de un lado, al «esfuerzo creador» del autor (esto es, el trabajo y talento invertidos en la producción de la obra), y de otro, al valor o beneficio social derivado de la obra creada y atribuible, por tanto, a su autor

Si se resuelve por la primera (16) nos encontramos con la imposibilidad de armonizarla con la realidad del derecho de explotación del autor. En efecto este derecho se atribuye por parte de los sistemas jurídicos con independencia de medición alguna del trabajo que su creación haya supuesto; además, la recompensa viene dada por los beneficios económicos que la explotación de la obra confiera, y ello tiene poco (o nada) que ver con el trabajo que ésta haya llevado consigo: un novelista de éxito que en pocas semanas es capaz de escribir un «best-seller» obtiene una recompensa muy superior a la del oscuro autor que, en horas robadas al sueño durante años, escribe una obra que no alcanza un éxito de ventas.

La segunda opción parece, sin embargo, poder obviar las objeciones apenas señaladas en cuanto a la concordancia de la recompensa con lo compensado, ya que no es el trabajo, sino el beneficio social añadido por la obra lo que se retribuye, y éste puede determinarse —aunque no perfectamente, claro es— indiciariamente por la voluntad del público de adquirir o consumir la misma, que es la que, al tiempo, fija el montante de la recompensa (17).

Hay un lugar, pues, aparentemente, para predicar la asignación del derecho de autor como consecuencia natural (entendido el término, bien estrictamente, como verdadera atribución del Derecho natural, bien como resultado lógico y plausible; ambas posibilidades se han dado y serían compatibles con el razonamiento anterior) del valor social añadido por la producción de la obra.

Ahora bien, aun admitiendo que todo el beneficio para la colectividad que se deriva de un bien intelectual, sea atribuible a su creador inmediato

algunas matizaciones, en SPECTOR «An Outline of a Theory Justifying Intellectual and Industrial Property Rights», en *European Intellectual Property Review*, 1988, pág. 270. Vid. asimismo la discusión, más general, en FEINBERG, *op. cit.*, pág. 114, y BECKER *Property Rights*, Londres, 1977, pág. 89; WALDRON: *The Right to Private Property*, Oxford, 1988, pág. 137; MUNZER *A Theory of Property*, Cambridge, 1990, pág. 254.

(16) Para algunos, sólo ésta tendría una base ética para exigir recompensa o remuneración. Más aún, sólo el esfuerzo o desutilidad del trabajo, en sentido estricto, es lo que merece moralmente una compensación: RACHELS: «What People Deserve», en ARTHUR y SHAW (ed.) *Justice and Economic Distribution*, Englewood Cliffs, 1978, pág. 152; HETTINGER: «Justifying Intellectual Property», en *Philosophy & Public Affairs*, 1989, pág. 42, y FEINBERG, *op. cit.*, págs. 116-117.

(17) Para una mayor simplicidad del razonamiento, se está ignorando el efecto que en el valor económico del derecho de explotación y, por consecuencia, en la recompensa, tienen factores como la publicidad, precios de bienes sustitutivos del bien intelectual, o la mejor o peor situación económica de la sociedad, etc. factores todos ellos ajenos al incremento del beneficio social debido a la creación

(el autor en el sentido de la LPI) (18), dicha justificación no encuentra explicación para muchos rasgos esenciales de la propiedad intelectual.

En efecto, ¿qué sentido tiene, en la línea de razonamiento que se critica, la limitación temporal del derecho de autor? Si el valor social se incrementa por el uso de las generaciones futuras —como así parece ser—, el derecho de explotación debería sobrevivir para obtener los ingresos de este beneficio social.

Tampoco tiene sentido, bajo esta óptica, la inexistencia de propiedad intelectual sobre ideas. En efecto, las ideas, teorías, puros conocimientos, métodos intelectuales o conceptos no determinan un derecho exclusivo de explotación para los creadores de las mismas (aunque sí resulte protegida la específica expresión, por cualquier medio, de la idea) (19). ¿Es que acaso las ideas no tienen valor social? ¿Puede decirse que la aparición de ideas tan dispares como la teoría de la evolución, el cálculo infinitesimal, la exposición del Derecho civil según el esquema de Savigny, la idea de un Tribunal especial para controlar la constitucionalidad de las leyes, la idea de ofrecer cupones de descuento para atraer nuevas compras de un producto, la idea de utilizar un esquema contractual como la franquicia para ampliar la red de distribución de un fabricante, la idea de rellenar una tortilla con gambas o espárragos, o la idea de una obra de ficción sobre los amores de dos jóvenes cuyas familias están enfrentadas, no añade ningún valor positivo para la sociedad?; si esto es así, ¿por qué los creadores o descubridores de ideas tales no reciben «como consecuencia natural» una parte al menos del valor social que sus ideas han generado?

(18) HETTINGER, *op. cit.*, pág. 38, y LITMAN, *op. cit.*, pág. 1010, lo discuten, resaltando el papel que la tradición, el ambiente social y las previas aportaciones de otros juegan en el valor añadido por un bien intelectual.

(19) Este principio de la inexistencia de propiedad intelectual sobre ideas se admite en los distintos sistemas jurídicos. en España, *vid* BERCOVITZ *Comentario al artículo 10*, en BERCOVITZ (coord.), *cit.*, pág. 212; BAYLOS, *op. cit.*, pág. 529 en Alemania, SCHRICHER (dir.), *cit.*, pág. 102; VINCK, en FROMM/NORDEMANN, *cit.*, pág. 60; VOM GAMM, *cit.*, pág. 177: en Estados Unidos la Sec 102, b), Copyright Act prevé expresamente la exclusión de ideas, principios, conceptos, etc. de su ámbito de protección. Sin embargo, esta aparente tajante distinción entre idea y expresión ha planteado numerosas dudas a la hora de fijar su contenido en concreto; de ahí la amplia, compleja e insegura aplicación jurisprudencial: *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F2d 119 (2d Cir 1930); *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 45 F2d 81 F2d 49 (2d Cir. 1936); *Morrisey v. Procter & Gamble Co.* 379 F2d675 (1st Cir. 1967); *sid & Marty Krafft Television Productions Inc. v. McDonald Corp.*, 562 F2d 1157 (9th Cir 1977), *vid.* sobre ello, GOLDSTEIN. *Copyright Principles, Law and Practice*, Boston, 1989, t. I, págs. 76 y sigs

Recientemente, incluso se ha criticado dicha dicotomía, sosteniendo la imposibilidad de distinción *a priori* y genérica entre idea y expresión: GORDON: «Toward a Jurisprudence of Benefits: The Norms of Copyright and the Problem of Private Censorship», en *University of Chicago L Rev*, 1990, pág. 1023, SHEPARD WILEY Jr. «Copyright at the School of Patent», en *University of Chicago L. Rev.*, 1991, pág. 5.

Parece, por consiguiente, que tampoco la idea del valor social del bien intelectual puede dar explicación cumplida a los rasgos diferenciales del derecho de autor.

II.d) EL BIEN INTELECTUAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL AUTOR

La otra línea de razonamiento que trata de explicar la propiedad intelectual en términos apriorísticos es la que considera que un bien intelectual, en cuanto tal, ha de pertenecer a su creador en cuanto que es una manifestación de su personalidad y voluntad. Si negamos esta pertenencia, estamos violando y no respetando el desenvolvimiento y perfección de la personalidad de su autor (20).

Este argumento halla su expresión más completa y radical en la concepción hegeliana de la propiedad (21), que concibe a ésta como corporealización de la personalidad y libre voluntad del sujeto en el proceso de concreción y perfección de la personalidad hasta la Idea. Y ello lo predica Hegel de toda propiedad sobre el mundo externo (22). Pero, concretamente, en relación a las obras intelectuales distingue entre la propiedad de una copia o ejemplar de la obra, en cuanto cosa material, y la propiedad de la universalidad de medios de exteriorización del bien intelectual. Y esta última corresponde al autor, en cuanto plasmación del proceso de su personalidad, salvo que voluntariamente la haya renunciado o transferido (23).

(20) Esta es la concepción, explícita o implícitamente, dominante en la literatura germánica: SCHRICKER, en SCHRICKER (dir.), cit., págs. 56 y sigs.; NORDEMANN, en FROMM/NORDEMANN, cit., págs. 51 y sigs. (con explícita formulación en términos de Derecho natural), VON GAMM, *op. cit.*, págs. 62 y sigs. Una temprana crítica —dirigida a la formulación de esta teoría por Gierke—, en KOHLER: *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Aalen, 1980 (reimpresión de la edición de 1907), págs. 4 y sigs. Incluso esta teoría parece ser la opinión del «Bundesgerichtshof» y el «Bundesverfassungsgericht». Sobre la consideración por este último del derecho de autor bajo el prisma del artículo 14 Grundgesetz (garantía institucional de la propiedad privada), *vid* BADURA: «Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des „geistigen Eigentums“», en *Festschrift fuer Maunz zum 80. Geburtstag*, Munich, 1981, pág. 1, OTT «Reprographieabgabe und Verfassungsrecht», en *ZRP*, 1985, pág. 12

(21) La doctrina del «geistiges Eigentum» fue elaborada por una larga serie de pensadores, desde los iusnaturalistas hasta Fichte y, por tanto, no es «resultado» de la filosofía de la propiedad hegeliana ni tiene a ésta como presupuesto. *Vid* sobre esta evolución, TROLLER, *op. cit.*, págs. 20 y sigs.; KOHLER, *op. cit.*, págs. 61 y sigs.

(22) HEGEL *Philosophy of Right* (trad. inglesa), Oxford, 1942, págs. 40 y sigs.

(23) Sin embargo, el propio Hegel parece aceptar también otras justificaciones que remiten de algún modo a la teoría de la recompensa por el esfuerzo o incluso a una justificación de tipo utilitarista: *op. cit.*, pág. 55.

Frente a esta justificación, no obstante, pueden asimismo oponerse buen número de objeciones. Ahora bien, todas éstas no deslegitiman la idea de que los bienes intelectuales contienen la expresión de la personalidad de sus autores y, por ende, el sustrato del derecho moral de autor. Lo que se va a argumentar es que, aun siendo válida con carácter general, no sirve por sí sola para justificar los elementos básicos de la protección patrimonial de las creaciones intelectuales.

En primer lugar, la manifestación de la personalidad del autor en lo creado es algo que, o bien se entiende presente en toda obra intelectual, del tipo que sea, por su propia naturaleza de bien intelectual, o bien cuyo grado de presencia hay que comprobar casuísticamente en cada bien intelectual producido, con el fin de decidir si se le otorga el derecho de exclusiva a su autor o no. Bien es verdad que es posible proceder a una división de los bienes intelectuales en categorías y que, dentro de éstas, habrá algunas en las que la expresión de la personalidad es más probable o más intensa (pensemos en obras literarias o musicales, por ejemplo) que en otras; pero esto sólo de modo aproximativo, y ello no es suficiente para acordar o no protección a la posible manifestación de personalidad creadora. Parece, pues, que la línea de justificación que se examina no se acuerda demasiado bien con la categorización en la atribución de propiedad intelectual.

Pero éste, por contra, es el sistema que adoptan los ordenamientos jurídicos: artículo 10 LPI, parágrafo 2, Urheberrechtsgesetz alemana; s (102), Copyright Act americana.

Por otro lado, los sistemas jurídicos otorgan la protección de la propiedad intelectual a diversos productos intelectuales, en los que la expresión de una personalidad o individualidad es limitada, aunque variable: mapas, gráficos, planos y diseños técnicos de ingeniería y artes aplicadas, listines de teléfonos y todas aquellas que se conocen en Alemania con la gráfica expresión de «kleine Münze» (calderilla): catálogos, recetarios, *pout poutis* literarios o musicales, etc. (24).

No parece, en todo caso, que la manifestación de la personalidad sea de mayor entidad en éstas que la que se expresa en teorías científicas, estéticas, morales o filosóficas, las cuales se hallan excluidas, como se ha visto, del ámbito del poder exclusivo del creador.

(24) Aunque todos estos tipos de obras pueden presentar particularidades que determinan pequeñas modulaciones en las condiciones de otorgamiento de la propiedad intelectual, *vid*, sobre ellas mismas, BERCOVITZ: *Comentario al artículo 10*, cit., págs. 228 y sigs.; LOEWENHEIM, *op cit*, págs. 99, 139 y sigs., 148 y sigs.; GOLDSTEIN, *op. cit*, págs. 173 y 195

II.e) LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO MECANISMO DE INCENTIVACIÓN A LA CREACIÓN

La propiedad intelectual, en cuanto derecho exclusivo de explotación de un bien intelectual, no resulta justificada satisfactoriamente, en sus rasgos más destacados, por las dos posiciones anteriormente examinadas. Lo cual no quiere decir que no puedan considerarse factores que apoyan la existencia de la institución «propiedad intelectual», expliquen algunos de sus rasgos e incluso inspiren un aspecto importante de ella —el derecho moral—. Pero por sí solos creo que no son capaces de ofrecer una racionalización del sentido y la función del derecho patrimonial exclusivo ni iluminar, por tanto, la comprensión de su normativa específica.

Para ello vamos a tratar de proponer una síntesis de la función de la propiedad intelectual en una línea bien diferente de las anteriores. No pretende ser la «única» explicación, sino completar las carencias teóricas de otras líneas de justificación, permitir un análisis de las consecuencias sociales del derecho de autor —lo que no es posible con las anteriores explicaciones— y orientar, en consecuencia, el entendimiento de la regulación positiva en la materia. Se trata, pues, de una argumentación consecuencialista.

La idea central consiste en la visión de la propiedad intelectual como un recurso para promover la creación de bienes intelectuales, en la medida que la sociedad desea, a través de los incentivos económicos que se derivan de la explotación exclusiva (25).

Surge, sin embargo, de inmediato una pregunta. ¿Por qué tener que acudir al otorgamiento de un derecho de exclusiva y no contentarse con los derechos ordinarios de dominio, libertad de expresión y libre iniciativa económica?

La razón es que un mercado ordinario de bienes intelectuales, sobre la base de estos derechos apenas mencionados, se enfrenta a un problema

(25) Esta línea de justificación es prevalente en el ámbito anglosajón (incluso es implícitamente recogida en la Constitución norteamericana, artículo I, s. 8, cláusula 8) GOLDSTEIN, *op. cit.*, págs. 4 y 10; KAPLAN: *An Unhurried View of Copyright*, Nueva York, 1976, págs. 74 y sigs., BROWN: «Eligibility for Copyright Protection: A Search for Principled Standards», en *Minnesota L. Rev.*, pág. 607, FISCHER: «Reconstructing Fair Use Doctrine», en *Harvard L. Rev.*, 1988, pág. 1700; POSNER *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge (Mass.), 1988, pág. 338; LANDES & POSNER. «And Economic Analysis of Copyright Law», en *J Legal Stud.*, 1989, pág. 234. Suele ser considerada una doctrina de base utilitarista: GOLDSTEIN, *op. cit.*, pág. 8, LEVAL: «Toward a Fair Use Standard», en *Harvard L. Rev.*, 1990, pág. 1107 Sin embargo, creo que no es necesario abrazar una concepción utilitarista para sostener una justificación como la del texto *vid.* FISCHER, *op. cit.*, págs. 1744 y sigs

Una crítica a esta línea de pensamiento, en YEN: «Restoring the Natural Law », *cit.*, págs. 539 y sigs., y «When Authors Won't Sell: Parody, Fair Use and Efficiency in Copyright Law», en *University of Colorado L. Rev.*, 1991, págs. 96 y sigs

derivado de la propia naturaleza de los bienes intelectuales. Y éste consiste en que dichas producciones intelectuales poseen (al menos en parte) las características de los que, en la teoría económica, se llaman bienes públicos; bienes públicos son aquellos que, una vez producidos, presentan dos notas típicas:

- i) No rivalidad en el consumo, en el sentido de que distintos sujetos pueden consumir el bien sin que el consumo de unos disminuya las posibilidades de consumo de los otros: el que una persona lea un ejemplar de una obra literaria no impide ni afecta a que otras puedan tener acceso a la misma obra a través de otro ejemplar de ésta o de otro medio de transmisión —difusión televisiva o por radio, por ejemplo—. En definitiva, muchos pueden disfrutar simultáneamente y sin interferencias mutuas de idéntico bien intelectual. En cambio, el soporte material de la obra —el libro— no es un bien público, sino privado.
- ii) No exclusión o, por lo menos, difícil exclusión respecto al disfrute del bien de aquellas personas que no han pagado el precio de su consumo al productor de dicho bien. El ejemplo más evidente de este carácter se da en la defensa y seguridad públicas que proporcionan las fuerzas armadas y de policía. Aquí no es posible excluir de los beneficios de aquéllas a los ciudadanos que no pagan sus impuestos. En el caso de la propiedad intelectual, paralelamente, es extremadamente difícil impedir —en ausencia de un medio legal dirigido a evitarlo, como es el derecho de exclusiva del autor— que accedan a una obra personas que no han comprado un ejemplar de aquélla, porque la piden prestada a un amigo o fotocopian el que hay en una biblioteca, entre otras posibilidades. En el caso de la propiedad intelectual, sin embargo, la no exclusión no se produce de forma absoluta o pura (como ocurre con la defensa, o con la limpieza de las ciudades, o del aire), dado que el acceso a la obra comporta, de ordinario, un coste (el coste de las fotocopias, de manera clara; en otros supuestos el coste es indirecto o es simplemente el coste de oportunidad) que dificulta en alguna manera el libre consumo de los *free riders* (26).

Estos dos rasgos provocan el efecto que la teoría económica denomina «fallo del mercado» (27). la definición de simples derechos de propiedad

(26) Así se conoce en la literatura anglosajona a aquellos sujetos que escogen consumir un bien sin pagar su precio.

(27) El otro fenómeno, junto al de los «bienes públicos» que constituye «market failure», es el de la externalidad, que es toda incidencia —positiva o negativa— de la conducta de un individuo sobre el bienestar de otros, y cuyo coste o beneficio

privada y el intercambio de mercado de estos derechos no asegura que la producción de estos bienes públicos —al contrario de los privados— alcance el nivel que resulta socialmente óptimo y deseable.

Y en la medida en que ambos rasgos pueden predicarse de los bienes intelectuales este resultado insatisfactorio se presentará, toda vez que la producción paralela, que los caracteres de bien público de éstos hacen posible, disminuirá los rendimientos del productor y, por consiguiente, los incentivos económicos para la producción de nuevas obras originales.

Para paliar esta falta de incentivos los sistemas jurídicos han acudido, entre otras vías (28), a la atribución a los creadores de bienes espirituales de un derecho patrimonial de propiedad intelectual, cuyo rasgo más saliente consiste en eliminar, en favor del autor, la competencia en la reproducción y suministro a los consumidores de la obra en cuestión (29). La producción y distribución de ejemplares o copias se otorga monopolísticamente al autor, y todos aquellos procesos de circulación de la obra no autorizados por él son, en principio y con algunas limitaciones excepcionales, ilícitos. De

—precisamente por recaer en otros— no es tenido en cuenta a la hora de decidir la actuación. El ejemplo típico de externalidad negativa sería la contaminación producida por los automóviles y que afecta a todos. *Vid.*, sobre la noción de externalidad, COLEMAN: «Efficiency, Auction and Exchange», en COLEMAN, *Market, Morals and the Law*, Cambridge, 1988, pág. 76 (originalmente publicado en *California L Rev.*, 1980). Diversas soluciones se proponen frente a las externalidades negativas. aplicación de las normas de responsabilidad civil, regulación pública, sanciones penales, impuestos, etc. POLINSKY: «Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Rights, Liability Rules and Tax Subsidy Approaches», en *J Legal Stud* 1982, pág. 1.

(28) Otra posibilidad no solamente teórica, sino operativa, es la de las subvenciones o ayudas públicas a la creación de obras intelectuales. Es un mecanismo legítimo. e incluso necesario, en ámbitos en que el beneficio derivado de la propiedad intelectual es reducido o que se encuentran fuera del ámbito de ésta [*vid.* ARROW «Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention», en *Collected Papers of K. J Arrow*, vol. 5, Cambridge (MA), 1985, pág. 118].

Sin embargo, no parece deseable como única alternativa, por el riesgo que podría implicar de dirigismo y control estatal en la producción de bienes intelectuales.

(29) Lo cual no supone asumir que los únicos motivos que inducen a crear una obra intelectual son los puramente económicos. No cabe duda de que estos móviles extrapequenarios son influyentes. Pero no conviene olvidar que, cuando se habla de obras intelectuales, el término comprende asimismo obras de intención no artística, sino de carácter informativo, educativo, práctico, etc., en las cuales el incentivo económico es más poderoso. Además, en la producción de obras intelectuales no sólo interviene el creador en el sentido estricto, sino también el «editor», de cuyas motivaciones económicas no cabe dudar.

En todo caso, sea mayor o menor el peso real de estos incentivos, lo cierto es que parece claro que si se reducen los rendimientos de las obras intelectuales de algún modo la producción de éstas, en el futuro, previsiblemente se vería afectada.

Vid., sobre ello, mi trabajo «Reglas de transacción y derechos de propiedad intelectual», en *Revista del Colegio de Economistas de Madrid*, 1989, pág. 41, y POSNER. *Law and Literature*, cit., págs. 349 y 342 y sigs.

este modo, se obtienen unos beneficios que inducen a emplear esfuerzos y recursos en la producción de este tipo de bienes.

Todo ello no hace sino poner de manifiesto cómo la regulación jurídica del fenómeno de creación y difusión de bienes intelectuales es inseparable de las consecuencias del mismo, contempladas desde una perspectiva económica, esto es, como producción de un tipo de bien económico deseable para los individuos y para la sociedad en su conjunto. Estos efectos del fenómeno influyen en el bienestar de los individuos —sean productores o consumidores— afectados y, en definitiva, en el bienestar general. Por eso la consideración legal no surge en el vacío, ni obedece simplemente a la continuación de la tradición jurídica o a genéricos objetivos de protección a la cultura y a sus creadores; puede ser explicada fructíferamente atendiendo a su preocupación por obtener la situación óptima socialmente, dado el entorno social y económico, en el sentido aludido. Pero esta interdependencia es recíproca, puesto que la normativa jurídica no constituye un factor marginal, sino determinante de las consecuencias económicas para los sujetos afectados a través de los incentivos que las reglas jurídicas crean para los sujetos: incentivos a la creación intelectual, aumentando los potenciales beneficios a la creación, incentivos a copiar sin autorización del autor si no hay sanciones para dicha conducta, etc.

Y esto que se predica con carácter general del tratamiento jurídico de la propiedad intelectual puede hacerse respecto al —más restringido— problema de la fotocopia. Por eso mismo, para examinar cómo afronta el sistema jurídico español la incidencia de la fotocopia en los intereses y derechos de los autores, hay que analizar los efectos que la atribución de los derechos de propiedad intelectual en las obras escritas tiene en la producción y diseminación de éstas, así como las consecuencias de la extensión de la fotocopia.

III. EL DERECHO DE AUTOR COMO MONOPOLIO

Se ha venido caracterizando, a lo largo del apartado anterior, el derecho patrimonial del autor como una posición monopolística o exclusiva en la producción y diseminación de la obra creada (30). Lo que nos interesa es

(30) La idea de que el derecho patrimonial de autor es un derecho exclusivo de explotación de un bien espiritual es prevalente en todos los países; LACRUZ, *op cit*, págs 40-41; BAYLOS, *op cit*, pág. 211; LOBATO: «Sobre la “usucapio libertatis” de los bienes inmateriales», en *RDP*, 1990, pág. 983; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, págs. 75 y sigs.; GRECO y VERCELLONE. «I diritti sulle opere dell'ingegno», en *Tratado Vasalli*, Turín, 1974, págs. 130 y sigs., KOHLER *Kunstwerkrecht*, Stuttgart, 1908, pág. 52; SCHRICKER, *op cit*, pág. 58. V UNGERN-STERNBERG, en SCHRICKER (dir), *cit*, pág. 275. PLANT, *op cit.*, pág. 170; BREYER: «The Uneasy Case for Copyright copyright in Books, Records and Computer Programs», en *Harvard L. Rev.*, 1970, pág. 252.

poder conocer cuáles son las consecuencias sociales de la atribución de esa posición jurídica a los acreedores, y para ello resulta crucial la determinación de la procedencia de calificarla o no como «monopolio» en el preciso sentido económico del término. Y ello porque la ciencia económica posee instrumentos analíticos que permiten predecir los efectos de una situación de monopolio, y si efectivamente éste es el caso en relación al derecho de explotación de los autores, estaremos en condiciones de utilizar aquellos instrumentos para estudiar este derecho y atribuirle los efectos sociales que de acuerdo con ellos el monopolio lleva consigo.

La concepción de la propiedad intelectual como monopolio no es pacífica ni mucho menos. Para un influyente sector doctrinal y judicial norteamericano (31) los derechos de propiedad intelectual e industrial no crean verdaderos monopolios —ni por tanto beneficios monopolísticos para sus titulares—, sino que son derechos de propiedad ordinarios, aunque su objeto es un bien intangible; lo cual genera especialidades en su régimen, fundamentalmente que al ser muy especializado y permitir un uso prolongado general unas especiales retribuciones económicas.

Sin embargo, creo que es sostenible que la posición jurídica resultante del conjunto de facultades que la ley otorga —la propiedad intelectual— puede analizarse utilizando el concepto económico de monopolio, que es meramente un concepto teórico sobre el modo de operar un mercado.

En efecto, el productor de obras intelectuales tiene capacidad de influir en el precio del producto, no se limita a aceptar el precio que fija el mercado (32) (porque si se apartara de este precio, nadie compraría su producto, sino otros que son sustitutivos perfectos de éste) (33); cada obra intelectual presenta, en grado mayor o menor, peculiaridades, caracteres específicos que determinan la ausencia de alternativas perfectas o idénticas a ella. Lo que hace que un productor no sea precio-aceptante, y esto es suficiente para caracterizarlo como monopolio en este contexto.

Ello no implica, no obstante, asumir que hay una completa atomización en las demandas y ofertas de obras intelectuales, en el sentido de que cada

Sin embargo, afirmar esto, y por todo lo que más abajo se explicita, concluir que el derecho de reproducción es un monopolio en sentido económico, no implica abrazar la tesis de que el derecho de autor no tiene por objeto la obra, sino que su objeto único es la posición de monopolio del titular en cuanto *us excludendi*. Esta teoría ha contado con diversos sostenedores, sobre todo en Italia (*vid.* la exposición de las distintas posturas en BAYLOS. *op. cit.*, págs. 431 y sigs., y ARE. *op. cit.*, pág. 265).

(31) EASTERBROOK: «Intellectual Property is Still Property», en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1990, pág. 108, KITCH: «Property Rights in Inventions, Writings and Marks», *ivi*, pág. 121; KITCH: «Patents. Monopolies or Property Rights?», en *Res. in L. & Econ.*, 1986, pág. 31.

(32) En términos técnicos no tiene una demanda horizontal, sino una de pendiente negativa.

(33) Esto es lo que ocurre cuando hay competencia perfecta.

obra determina un mercado separado y ajeno por completo a los de las restantes. Las obras intelectuales tienen sustitutivos en las preferencias y en las demandas de los individuos —en realidad, todos los productos tienen sustitutivos, aunque sean enormemente imperfectos—. Y vienen dados por otras obras intelectuales u otros productos distintos (34). Probablemente, en el ámbito de los bienes intelectuales existen en realidad distintos mercados y submercados (obras de ficción, literatura infantil, manuales de Derecho civil, manuales de anatomía vegetal, etc., por ejemplo), y en el seno de cada uno de ellos conviven distintos productores, cuyas obras son percibidas por los potenciales usuarios como similares —y, por tanto, sustitutivos—, aunque no idénticos —esto es, la sustituibilidad no es perfecta—. Este tipo de estructura de mercado se conoce en la teoría económica con el nombre de competencia monopolística (35).

Dentro de esta configuración global, es lícito considerar aisladamente a cada productor, con independencia de la influencia de los otros, como un monopolio, a los efectos de analizar su comportamiento y las consecuencias que éste puede ocasionar. Es en este sentido en el que se contempla al titular de derechos de propiedad intelectual como un monopolista y no en el de entender que ostenta una posición de dominio en un mercado a los fines, por ejemplo, de la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia (36). En este plano parece claro que el titular de derechos de propiedad intelectual no ostenta, en cuanto simple titular, tal poder, y no es, en el sentido de la legislación antimonopolio, un monopolista (o, cuando menos, estaría exento de la aplicación de ésta: artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia).

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA COPIA

Sobre esta base, pues, procede tratar de explicar las previsibles consecuencias que sobre los intereses y comportamientos en general de produc-

(34) Un individuo puede sustituir la adquisición y lectura de una novela concreta por otras novelas, la televisión o un abono para el teatro, entre otras opciones para su tiempo libre

(35) *Vid.*, en general, la estructura de la competencia monopolística. HIRSHLEIFER: *Teoría de precios y sus aplicaciones*, trad. esp., Madrid, 1980, pág. 339, y un tratamiento más formal en VARIAN *Análisis microeconómico*, trad. esp., 2.^a ed., Barcelona, 1986, pág. 109. Un análisis paralelo al del texto, en relación al derecho de autor y al derecho de patente, se encuentra ya en CHAMBERLIN: *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge (Mass.), 1963 (reimp. la edición original es de 1933), págs. 58 y sigs.

(36) *Vid.* artículo 6 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Por el contrario, BAYLOS, *op. cit.*, pág. 216, sí parece concebirlo como un monopolio en el sentido de poder de mercado (aunque no habría lugar a aplicar la normativa sobre protección de la competencia porque es un monopolio otorgado por la ley).

tores y consumidores de bienes intelectuales pueden derivarse de la atribución de derechos de explotación exclusiva en favor de los primeros.

Se van a analizar dos situaciones diferentes.

IV.a) LOS EFECTOS DEL MONOPOLIO DE LOS AUTORES

En la primera de ellas se va a suponer, hipotéticamente, que no se da copia generalizada o que, aun dándose, los productores pueden reprimirla eficazmente por medio de los instrumentos de prevención y reacción que el sistema jurídico prevé para la violación de sus derechos (se puede pensar, por ejemplo, en el momento anterior al descubrimiento de las tecnologías de reproducción masiva). Es decir, el derecho de exclusiva legal que la propiedad intelectual representa se traduce en un monopolio efectivo del productor de la obra intelectual. Es en esta situación donde más claramente pueden apreciarse las consecuencias arriba aludidas. ¿Y cuáles son éstas? (37).

En primer lugar, el productor del bien intelectual obtiene los beneficios —superiores a los normales en un sector competitivo— propios de un monopolista. Esta retribución económica para los productores de esta clase de bienes sirve de incentivo a dedicar esfuerzos y recursos a la creación de estos productos. Esto es, convierte la actividad de producción intelectual en una «buena inversión». Así, la sociedad puede conseguir en un largo plazo la cantidad deseable de dichas obras (38).

Sin embargo, hay una importante contrapartida: los beneficios económicos extra los obtiene el productor a costa de los consumidores de dicha obra. En efecto, como la teoría del monopolio señala, éste determina una reducción de la cantidad ofrecida y un incremento del precio. En el ámbito que nos interesa, esto indica: i) que los adquirentes de ejemplares de la obra están pagando un precio más alto del que pagarían si la produc-

(37) La concreta determinación de qué es monopolio (entendido como posición dominante en el mercado, «market power») y su relación con la consideración analítica o teórica de aquél, es tarea ardua, dentro del ámbito del Derecho de la competencia. *Vid* ARREDA & KAPLOW *Antitrust Analysis*, Boston, 4^a ed. pág. 531.

(38) No va a tratarse aquí el aspecto de la «variedad» en las obras intelectuales que se producen. Probablemente la sociedad no sólo está interesada en un cierto volumen de creaciones espirituales, sino también en el grado de diversidad o variedad entre las mismas (que no sea ni excesivo ni insuficiente). Hipotéticamente, puede presumirse que, dados los supuestos de nuestro análisis, el nivel de variedad que se alcanza con el régimen de la propiedad intelectual sería excesivo. Sin embargo, un análisis más atento requeriría considerar una serie de factores (la posibilidad de obras derivadas, el nivel de sustituibilidad entre las distintas obras, la capacidad de los productores de nuevas obras de atraer parte de la clientela de los productores ya existentes, etc.), que excede de los objetivos y posibilidades de este trabajo.

ción fuera competitiva; ii) que potenciales adquirentes no pueden acceder a la obra porque se producen un número de ejemplares inferior al deseado (39).

En definitiva, el efecto de la explotación es doble: uno, positivo, inducir la creación de nuevas obras a través del incentivo económico; otro, negativo, restringir en alguna medida el acceso de los consumidores (40), con pérdida neta de bienestar social, al menos en el corto plazo.

Sin embargo, la situación apenas contemplada dista mucho de ser realista en la actualidad. En realidad, los últimos años han visto un ininterrumpido crecimiento del fenómeno de la fotocopia, propiciado por la extensión de los centros de producción de copias a media escala y por la aparición de aparatos de menor tamaño y costo y la difusión de éstos en amplios sectores profesionales, educativos, etc.

Todo ello da lugar a que la traducción del monopolio legal del autor en un monopolio efectivo sea cada vez más costosa y, por ende, cada vez más imperfecta.

IV.b) QUIÉN GANA Y QUIÉN PIERDE CON LA COPIA

La segunda situación se caracterizaría por la existencia de copia generalizada que los titulares de los derechos de autor no pueden reprimir.

¿Cuáles son las consecuencias de ésta sobre el cuadro que se ha descrito en la primera situación?

Existe ya una extensa literatura que trata de dar respuesta a esta pregunta utilizando los instrumentos del análisis económico.

La posición mayoritaria corresponde a aquellos que sostienen que, asumiendo que la copia compite con los originales, y los productores de éstos no pueden ni controlarla, ni recibir una compensación por ella, los resultados son previsiblemente la reducción de ingresos de productores de bienes intelectuales y, consiguientemente, una subproducción de éstos en el largo plazo (41).

(39) Vid. un análisis más preciso en mi trabajo «La producción de copias y los derechos de autor: el caso de la fotocopia», en *Información Comercial Española*, 1990, pág. 43

(40) La discusión de esta dicotomía está ya en PLANT, *op cit*, pág. 167, y en HURT & SCHUCHMANN: «The Economic Rationale for Copyright», en *Am Ec. Re.*, v., 1966, pág. 421, en ambos con un sentido marcadamente crítico frente a los efectos sociales de la propiedad intelectual

(41) Fundamentalmente, NOVOS & WALDMANN: «The Effects of Increased Copyright Protection: an Analytic Approach», en *J Pol. Ec.*, 1984, pág. 236; JOHNSON: «The Economics of Copying», en *J. Pol. Ec.*, 1985, pág. 158, PETHIG: «Copyright and Copying Costs: A New Price-Theoretic Approach», en *Journal of Institutional and Theoretical*

Otros argumentan, no obstante, que la copia no autorizada no tiene por qué influir negativamente en los ingresos de autores y editores, ya que éstos cuentan con distintos medios para garantizar aquéllas: la prioridad temporal en el mercado, lo que atribuye una ventaja muy sustancial y asegura un nivel de ingresos suficiente para incentivar la creación (42). Incluso puede resultarles beneficiosa la copia si son capaces de aprovecharse de ella, fundamentalmente a través del mecanismo de discriminación en el precio entre distintos ejemplares y compradores de la obra, esto es, cargando un precio superior por aquellos ejemplares de los que pueda esperarse que van a realizarse copias —por ejemplo, ejemplares adquiridos por una biblioteca o un departamento universitario— (43).

Un modelo simple con una serie de supuestos estrictos, como el empleado por BESEN y NATARAJ KIRBY y por mí mismo (44), permiten concluir que la copia en escala significativa determina un doble efecto: por una parte, reduce los ingresos de los productores de obras, con lo cual disminuyen, en el largo plazo, los incentivos a la producción de nuevos bienes intelectuales; por otra, mejora la situación de los consumidores de estos bienes a través de la doble vía de reducir el precio de los originales —que ahora sufren la competencia de las copias, la cual presiona a la baja del precio de aquéllos— de un lado, y de permitir el acceso —aunque imperfecto— a la obra a aquellos que ahora adquieren copias y antes no podían adquirir el original, de otro (45).

Es muy difícil precisar cuál de estos dos efectos es de mayor magnitud y, por tanto, el impacto global sobre el bienestar general resulta incierto.

Economics, 1988, pág. 86; LANDES & POSNER: «An Economic Analysis of Copyright Law», en *J. Legal Stud.*, 1989, pág. 325.

(42) Este es uno de los argumentos, entre otros varios, aportados por BREYER. «The Uneasy Case for Copyright. A Study of Copyright in Books, Photocopies and computer Programs», en *Harvard L Rev.*, 1970, pág. 281, para demostrar lo innecesario de la propiedad intelectual

(43) LIEBOWITZ: «Copying and Appropriability The Case of Photocopying», *Mimeo*, University of Rochester (1984), «Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals», en *J. Pol. Ec.*, 1985, pág. 945. «Copyright Law, Photocopying and Price Discrimination», en *Res in L. & Econ.*, 1986.

(44) BESEN y NATARAJ KIRBY: «Private copying, Appropriability and Optimal copying Royalties», *Mimeo*, Rand Corporation, 1987, y en *Journal of Law & Ec.*, 1989, y el que —una variante de éste— se contiene en mi trabajo «La producción de copias y los derechos de autor: el caso de la fotocopia», *cit.* Para una formulación más precisa de los supuestos y las conclusiones y el tratamiento técnico (algebraico y gráfico), me remito a éstos.

(45) Con otros supuestos (menos realistas, en mi criterio), las conclusiones son diferentes. Cfr. BESEN: «Private Copying, Reproduction Costs, and the Supply of Intellectual Property», en *Information Economics Policy*, 1986, pág. 5.

IV.c) ALGUNAS CONCLUSIONES DE POLÍTICA JURÍDICA

¿Qué conclusiones pueden extraerse de todo lo expuesto hasta ahora para orientar el diseño de la reglamentación jurídica de la copia en general y de la fotocopia en especial, y la interpretación de dicha regulación?

El fenómeno de la copia produce ganadores y perdedores, como se acaba de ver. Sin embargo, parece que, a la larga, si no se compensa de alguna manera la reducción de ingresos que la copia causa a los productores de bienes intelectuales los incentivos a la creación se resentirán.

Por ello, la solución deseable requeriría arbitrar mecanismos de compensación en favor de los productores de dichas obras que mantengan el nivel necesario de incentivos, pero al mismo tiempo con la restricción mínima al acceso del público a la obra que la copia posibilita. Esto es, si la retribución a los autores refleja el valor de las copias para los consumidores, entonces ambos grupos resultan beneficiados con la introducción de la copia respecto a la situación anterior a la misma.

Esto elimina de entrada dos posibles soluciones extremas: prohibir de raíz e indiscriminadamente la actividad de copia, por una parte, y no regularla en absoluto, permitiendo su existencia libre e incontrolada.

Así pues, algún tipo de regulación jurídica del fenómeno que suponga compensación para los autores resulta necesaria. Y efectivamente, esa ha sido la vía escogida por la LPI. Los dos modos de regulación previstos por ella serán el objeto del apartado siguiente.

V. LOS MODOS DE REGULACION DE LA FOTOCOPIA EN LA LPI

La LPI acude a dos esquemas diversos a la hora de enfrentarse al problema de la copia (46).

El primero de ellos consiste en excluir la realización de copias del ámbito del derecho de reproducción exclusiva de los autores al tiempo que se arbitra un sistema de compensar a éstos a cargo, aunque sea de forma mediata, de los usuarios de la copia. Esto rige en el círculo de aplicación de los artículos 31.2.⁹ y 37 LPI —aunque no de idéntico modo en ambos—.

El segundo supone, simplemente, dejar inalterado el monopolio de reproducción de autores y editores, de manera que éste comprenda en su interior la reproducción a través de la fotocopia —ya se verá que esto no equivale a la eliminación de la actividad de fotocopia—.

(46) El modelo por antonomasia de este sistema dual es el Derecho alemán.

V.a) EL IMPUESTO DEL ARTÍCULO 25 LPI

1. *Funcionamiento*

La primera de estas alternativas es la de la llamada remuneración compensatoria que el artículo 25 LPI coloca a cargo de los fabricantes e importadores de aparatos técnicos de reproducción no tipográficos (47). La norma comprende también el ámbito de las reproducciones de audio y vídeo, pero ahora prescindimos de ellas en el análisis.

En su redacción anterior a la Ley 20/1992, de 7 de julio, el apartado tres de este artículo 25 confiaba al desarrollo reglamentario la determinación de los equipos sujetos a dicho canon compensatorio, la cuantía de éste, el procedimiento de recaudación y el reparto entre los beneficiados. Y a ello procedió el Real Decreto de 21 de marzo de 1989. Sin embargo, este último, en vez de fijar directamente dichos extremos (48), lo que hacía era crear un esquema institucional para llevar a cabo esta tarea: una comisión mixta formada por representantes de los potenciales pagadores y perceptores de la remuneración, además de tres miembros neutrales designados por el Ministerio de Cultura (arts. 2 y sigs. RD 89) (49).

Las indicaciones que para la fijación ofrecía el Real Decreto de 21 de marzo de 1989 a la Comisión Mixta (art. 14) eran más bien vagas: el canon compensatorio puede consistir en una cantidad fija o en un porcentaje sobre el precio o en una combinación de ambos, y el elenco de criterios utilizables en el cálculo de la cuantía —la calidad, las características, la duración, la capacidad de reproducción— era un elenco abierto («y cualquier otro tipo que se considere necesario»).

Sin embargo, este sistema abierto, que dejaba la efectividad de la remuneración compensatoria en manos de la Comisión Mixta, no ha funcionado —como era de esperar—, dada la escasa o nula predisposición de los productores e importadores de los equipos de reproducción a cooperar en la buena marcha de un sistema que les vendría a suponer consecuencias eco-

(47) *Vid.*, en general, sobre la citada norma VALLES RODRÍGUEZ, en BERCOVITZ (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., págs 456 y sigs.; DIETZ: *Das Urheberrecht in Spanien und Portugal*, Baden-Baden, 1990, págs 135 y sigs.

(48) Salvo el último de ellos —la distribución de lo recaudado que sí fijaba específicamente el artículo 17 RD 89—.

(49) El modelo en el diseño de este sistema ha sido claramente la Ley francesa de 3 de julio de 1985, que en los artículos 34 y sigs. prevé la constitución de una Comisión Mixta —aunque dando cabida en ella a representantes de los consumidores— para determinar los tipos de soporte grabados, la tasa y las modalidades de pago —aunque sólo en el ámbito de los fonogramas y videogramas, al contrario de la ley española, que se refiere también a la reprografía. *Vid.*, sobre ello, EDELMANN: *Droit d'auteur et droit voisins Commentaire Loi 3 juillet 1985*, París, 1987

nómicas desventajosas —frente a la situación precedente— y a la vista de la inexistencia en el diseño de la LPI y del RD del 89 de cualquier mecanismo apto a presionar o incentivar en el sentido de la obtención de la colaboración de los obligados al desembolso de la remuneración (49 bis).

Por ello, la Ley 20/1992, de 7 de julio, ha venido a alterar de modo significativo los medios de concreción y eficacia de la remuneración compensatoria, aunque no la intención ni el papel de ésta.

Y ello lo ha pretendido a través de una doble vía:

De un lado, inspirándose de forma directa en el modelo alemán (apéndice al par. 54 Urheberrechtsgesetz), ha fijado la cuantía de la remuneración compensatoria según el tipo (capacidad de reproducción) de los equipos gravados con aquélla. Con ello, sin duda, se presta una base sólida, de rango legal y por ello estable, a las pretensiones de los titulares de los derechos de autor [art. 25.4.a) LPI] y eventualmente a las acciones civiles que entablaran a estos efectos (art. 25.7 LPI). De otro, ya que esta fijación por clases de aparato no basta por sí misma para el cálculo practicable y realizable de la remuneración global debida a los autores (faltaría el número de equipos y el modo de reparto en concreto entre el colectivo de los obligados genéricamente al pago), mantiene y favorece la posibilidad del acuerdo entre los deudores y los acreedores de la remuneración para la fijación anual definitiva de ésta [art. 25.5.a) LPI]. Y el Real Decreto de 27 de noviembre de 1992, que desarrolla los artículos 24, 25 y 140 de la Ley de Propiedad Intelectual en la redacción que a los mismos da la Ley 20/1992, de 7 de julio (en adelante RD.Des), reglamenta de forma detallada y prolija las partes, el proceso de negociación, la Mesa de Negociación y sus órganos, sus efectos y la formalización del Convenio sobre la remuneración compensatoria entre los interesados: artículos 20 a 30 RD.Des.

Pero con el fin de evitar el lánguido e inefectivo decurso de las negociaciones bajo el régimen del RD del 89, introduce una importante cláusula de salvaguardia del funcionamiento real y eficacia del sistema: si transcurrido un plazo razonable —dos meses— no hay Convenio entre las partes, la determinación de la cuantía global y el reparto se confía a un mediador designado por el Ministerio de Cultura [arts. 25.5.b) y 25.6 LPI; arts. 31 a 35 RD.Des], cuya decisión mediadora es obligatoria para todos los acreedores y deudores de la remuneración.

(49 bis) Ya se advertía en GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 49.

2. LA REMUNERACION COMPENSATORIA COMO IMPUESTO Y SUBSIDIO

El destino de lo recaudado por intermedio de la remuneración compensatoria no es el habitual de los impuestos —las arcas de la Administración Pública—, sino las Entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual (art. 25.1 LPI y 11 RD.Des), las cuales, a su vez, lo distribuyen entre sus miembros y lo destinan a ciertas actividades señaladas por la ley: artículo 140 LPI, artículos 36.c), 37 y 39 RD.Des.

Todo ello parece apartar esta remuneración compensatoria del esquema que nos resulta familiar en los impuestos. Al carácter jurídico-civil de la obligación de pagar la remuneración y del derecho a su percepción, derivados ambos del artículo 25 LPI aunque sea por intermedio de un Convenio o una resolución mediadora, hacen referencia la Ley, bien de forma implícita —art. 25.7 y 8 LPI— o explícita —art. 35.6 RD.Des— (49 tris).

Sin embargo, a pesar de que juzgando con criterios dogmático-jurídicos este carácter de relación de Derecho privado no parece cuestionable, esta calificación no ayuda mucho a comprender los posibles efectos del sistema de la remuneración compensatoria sobre el comportamiento de las partes interesadas (no sólo los acreedores y deudores de la misma, sino también los productores y consumidores de copias).

Desde el punto de vista de su impacto sobre los productores y consumidores de un cierto bien económico como es un aparato de reprografía, la obligación del pago de la remuneración —que se calcula en el art. 25.4 LPI como una cantidad determinada (7.500, 22.500, 30.000 ó 37.000, dependiendo de la capacidad reprográfica del equipo) por cada aparato vendido— se asemeja mucho a un impuesto indirecto sobre la cantidad —no *ad valorem* o de porcentaje sobre el precio, como el IVA—, como los de gasolineras o alcoholes.

Supongamos por un momento que el sistema del artículo 25 LPI, en vez de suponer la entrega de la remuneración por los productores e importadores de equipos de reproducción directamente a los autores, se realizara por intermedio de la Administración tributaria. Esta se encargaría de cobrar la remuneración como si fuera un impuesto y a continuación trasladaría las cantidades recaudadas —descontados sus gastos de gestión— a los titulares de los derechos de autor.

¿Qué diferencia hay, desde el estricto punto de vista de los efectos económicos sobre los sujetos directa o indirectamente involucrados entre este hipotético sistema y el realmente adoptado por el artículo 25 LPI?

(49 tris) *Vid.*, además, los argumentos en este sentido de DELGADO: «La copia privada en España», *Boletín ALADDA*, núm. 2, 1991, pág. 39.

En mi criterio, ninguna; por ello, creo que económicamente puede calificarse el mecanismo legal de la remuneración compensatoria como un esquema combinado de impuesto-subsidio: un impuesto sobre los equipos de reproducción, más un subsidio a los productores de obras intelectuales —y por ello es un medio de compensación para éstos—.

Y al tener esta componente impositiva, resulta pertinente acudir, para tratar de evaluar los efectos de este sistema de remuneración, a la teoría de la incidencia y traslación de los impuestos (50).

Caben pocas dudas acerca de la intención de la LPI de que la subvención a los autores recaiga —por intermedio de los productores de copias, que son a su vez los adquirentes de los equipos de reproducción— sobre los consumidores de copias.

Sin embargo, un impuesto indirecto sobre ciertos bienes —aparatos de reproducción en este caso— que tiene como obligados al pago a los fabricantes e importadores de los mismos, no se traslada completamente a los consumidores de dichos bienes, salvo que las elasticidades de oferta y demanda (51) alcancen valores verdaderamente excepcionales —y no hay, en absoluto, ninguna evidencia de que éste sea el caso que nos ocupa.

Por lo tanto, la remuneración para autores y editores recae en parte sobre los fabricantes e importadores de equipos reprográficos, lo cual hacía presagiar las reticencias de estos sectores a colaborar en las tareas de la Comisión Mixta en orden a establecer los extremos que a ella correspondían (52). Y esta conciencia es, sin duda, una de las causas de la nueva opción recogida en la versión modificada del artículo 25.

3. DEFICIENCIAS DEL SISTEMA

No es ésta la única distorsión que la remuneración compensatoria puede generar, ya que lo pagan —en la medida trasladada sobre ellos— todos los adquirentes de equipos reprográficos, en la forma de un mayor precio. Con seguridad, algunos de estos adquirentes no realizan fotocopias de obras protegidas o lo hacen en cuantía despreciable. Y, sin embargo, sobre ellos recaen, igual que sobre los copistas habituales de dichas obras, los efectos

(50) Una exposición simple de la teoría estándar se encuentra en CUERVO-ARANGO & TRUJILLO: *Introducción a la economía*, Madrid, 1986, pág. 299.

(51) La elasticidad es un concepto económico que hace referencia a la sensibilidad a las variaciones en el precio de un bien. Cuanto más elásticas son la oferta y la demanda, más reaccionan ante dichos cambios.

(52) Como ha corroborado la experiencia de la marcha de la Comisión desde su constitución hasta su sustitución por el nuevo sistema en 1992.

del impuesto. Esta situación no parece fácilmente remediable, ya que el mecanismo que podría idearse —eximir a estos adquirentes del impuesto—, es extremadamente complejo y costoso de poner en práctica: dificultades de probar que en efecto no se fotocopian obras protegidas; altos costes de inspeccionar este hecho; cambios en la propiedad de los equipos y necesidad de mantener constancia de los adquirentes iniciales y ulteriores de aquéllos; incentivo a las compras por persona interpuesta, para eludir el pago del canon; posibilidad de colusión entre fabricantes de equipos y adquirentes en perjuicio de autores y editores, si el pago del canon se difiere al momento de la compra de los equipos (53), etc.

Este efecto en la reprografía de obras no protegidas es, pues, una ineficiencia del sistema del canon compensatorio que no hay que despreciar.

Asimismo, otro factor que es preciso considerar es la medida en la cual la cuantía del canon va a reflejar, aun potencialmente, el valor de las copias de obras protegidas que van a realizarse con los equipos gravados.

Pocos datos firmes ofrece el artículo 25 LPI y el RD.Des para poder hacer una previsión con un razonable grado de confianza.

Sin embargo, y aun a riesgo de aventurar un pronóstico luego desechado por la realidad, parece poco probable, a pesar del carácter abierto del RD.Des., que en el citado cálculo se den entrada a factores distintos de los especificados por esta última norma (54). Y aun cuando pretendiera tenerse en consideración la cuantía de las copias protegidas, esta consideración ha de ser necesariamente estadística y global por tipo de aparato. El intento de calcular un canon diferente para cada aparato en particular, según el potencial uso que a éste pudiera dársele —atendiendo a datos como la localización o a la actividad del usuario— se enfrenta a dificultades semejantes a las apuntadas en relación a la exención de la retribución para equipos que no realizan copias de obras sometidas a propiedad intelectual.

Así pues, en el mejor de los casos —poco probable, de todos modos—, la remuneración reflejaría estadísticamente el impacto de las fotocopias realizadas; pero así se generan disfunciones e ineficiencias paralelas a las descritas en relación a usuarios que no fotocopien obras bajo derecho de autor, ahora afectando a los que hacen menos fotocopias de obras protegidas que la media estadística de las que se realizan dentro de la categoría o clase en la que haya sido encuadrado el aparato de reproducción —conforme a su capacidad de reproducción u otros factores influyentes—. Probablemente, la inclusión en una u otra de las categorías de aparatos que se definen

(53) Semejante al conocido y frecuente fraude en el IVA.

(54) Así permite conjeturarlo la experiencia de otros sistemas jurídicos que con anterioridad han introducido esquemas semejantes.

será el elemento que determine la cuantía del canon a pagar por cada aparato en particular (55).

Y en el peor, la compensación que el sistema ofrece es ajena —o sólo remotamente conectada— al valor de las copias realizadas.

Y aún hay otro dato negativo —el fundamental— que hay que tener en cuenta. El canon compensatorio del artículo 25 LPI previsiblemente se abonará de una vez y con carácter previo a la puesta en funcionamiento de los equipos reprográficos para la actividad de fotocopia (artículo 17 RD.Des). Pero ésta se ve afectada sólo por la existencia de un impuesto sobre los aparatos de reproducción y, por tanto, dichos equipos se demandarán en menor cantidad, al ser más caros por efecto del impuesto —como nos dice la teoría estándar sobre la incidencia impositiva—. La realización de copias, por contra, no se ve afectada, ya que la cuantía del canon no guarda ninguna relación con las copias que se produzcan en el futuro con ese equipo —a lo sumo, con la previsión *ex ante* de las que se podrían realizar, pero no con las efectivamente hechas—, de manera que cada copista tiene un incentivo para hacer el máximo de copias que desee, ya que ello no le supone ningún coste adicional (56). Por tanto, no sólo no se induce una limitación —a través de la imposición del «precio» que supone todo pago, aunque sea de tipo impositivo—, sino que probablemente se produce el efecto contrario.

V.b) LAS LICENCIAS DE COPIA

1. De la acción «*ex*» artículo 123 LPI a la licencia de copia

La segunda de las vías de afrontar el fenómeno consiste en incluir la realización de fotocopias en el ámbito del derecho de explotación exclusiva del productor de bienes intelectuales. Este régimen se hace efectivo, en el sistema de la LPI, a través de la acción que el artículo 123 otorga al titular de los derechos de reproducción con el fin de obtener el cese de la actividad que infringe sus derechos y una indemnización por los daños que aquélla hubiera ocasionado.

(55) *Vid* artículo 25 4 LPI. Ello induce, además, a copiar más que si se computara individualmente el número de copias que cada uno realiza, puesto que el aumento en las copias realizadas se reparte entre todos los que están en la misma clase o grupo. Esto es, si en la categoría hay n copistas, cada uno individualmente, al incrementar su producción en una copia, aumenta la media del grupo que es la que se percibe y se toma en cuenta, en $1/n$.

(56) En términos de remuneración compensatoria. Está claro que hacer una copia supone un coste (de papel, electricidad, desgaste del equipo) y, evidentemente, en estas condiciones el número de copias se incrementará hasta el punto en que el beneficio que deriva de incrementar las copias igual el costo añadido de hacerlo.

Pero este régimen parece obtener resultados no sólo magros, sino contraproducentes.

Por una parte, porque aparentemente puede conducir a eliminar al menos una parte de la actividad de fotocopia, suprimiendo así los beneficios que ésta reporta a los usuarios.

Por otra, como método de compensar las pérdidas de ingresos derivados de la competencia de la actividad de fotocopia que viniera realizándose no parece muy efectivo y, en todo caso, es muy costoso; costoso tanto para los autores como para la sociedad, por requerir la intervención de la Administración de Justicia, cuyos costes recaen parcialmente sobre los litigantes —gastos de defensa y representación— y parcialmente sobre el contribuyente.

Sin embargo, la acción judicial y sus consecuencias no pretenden ser una vía para la eliminación de la fotocopia ni un medio en sí mismo de retribuir a los productores de bienes intelectuales. Más bien se orientan a inducir a los copistas potenciales sujetos pasivos de dichas acciones a que compensen a los titulares de los derechos por la realización de las copias. Y ello se concretaría fundamentalmente a través del pago de una licencia por parte de los copistas —obviamente con exclusión de los cubiertos por los arts. 31.2.^º y 37 LPI—.

A los autores y editores no les es posible —me refiero ahora a un plano pragmático— oponerse frontalmente a la actividad de fotocopias no sólo ya a la que se realiza en el ámbito privado y en pequeña escala, sino incluso a la de media y gran escala que se lleva a cabo en empresas, centros de enseñanza, Administraciones Públicas y establecimientos comerciales de copia.

Es una práctica tan arraigada socialmente —además de servir fines individual y socialmente valiosos— que cualquier intento de erradicarla está condenado al fracaso.

En estas circunstancias, tratar de utilizar la fotocopia en su ventaja es importante para el productor de bienes intelectuales.

En efecto, éste puede pasar de ser un monopolista que vende un solo producto (originales de una obra) a un monopolista que tiene dos productos (originales y licencias para copiar los originales). Comparando los beneficios en una situación y otra, es claro que son mayores en la segunda y, por tanto, es racional para él conceder licencias de copia remuneradas (57).

(57) En la primera situación ha de añadir el beneficio neto —esto es, descontados los costes— que obtiene de las actuaciones judiciales de indemnización de daños y perjuicios que interponga y obtenga. Este factor, no obstante, no parece que pueda hacer variar la conclusión, dado que las posibilidades de controlar y perseguir las infracciones, aunque existen, no son plenas.

Pero aun cuando los productores de obras del espíritu pudieran de forma realista oponerse a la fotocopia, no es claro que ello fuera en su provecho: siempre que aquéllos recibieran por las fotocopias una cantidad que, sumada a la obtenida por la venta de originales —cantidad esta última que refleja ya el impacto de la competencia de la fotocopia—, fuera superior a la que obtendrían de los solos originales en ausencia de la fotocopia, los autores y editores obtienen mayores ingresos si autorizan la fotocopia a cambio de una compensación, que si la prohíben (58). Y es plausible pensar que éste es el caso (59).

2. *Licencia de copia y costes de transacción*

Evidentemente, esta solución, que parece ser la ideal (compensación de los creadores, ahorro de costes judiciales, fijación negociada de las relaciones entre autores y copistas), no está exenta de dificultades.

En primer lugar, los costes de transacción son, en todo caso, considerables y, en algunos, estrictamente prohibitivos (60).

El sistema de las licencias de copia exige la previa identificación de todos los potenciales copistas, la negociación de los términos de licencia —o, cuando menos, la fijación de los mismos con carácter general, pero atendiendo a parámetros que hay que comprobar individualizadamente, la capacidad de la máquina, por ejemplo—, la realización de los pagos conforme a ella y la verificación del cumplimiento de sus términos.

Ello convierte este sistema en prácticamente inviable en todos aquellos ámbitos en que la producción de copias se realiza en centros dispersos y no existe una organización que la aglutine como interlocutor de los autores y editores (este es el caso de las fotocopias en el sector doméstico, por ejemplo), y/o el volumen de fotocopias protegidas que se realizan es tan escaso que los ingresos obtenibles por medio de las licencias apenas superan los costes de transacción.

Pero incluso prescindiendo de estos ámbitos en que es patente la inviabilidad de las licencias, en las restantes los costes de transacción son importantes: no existe un único productor de originales, sino muchos, y el número de copistas (negocios de copistería, empresas con equipos de fotocopia, etc.) es también elevado.

Aquellos medios que tienden a organizar a los titulares de los derechos

(58) *Vtd.* la exposición algo más formalizada de este argumento en mi trabajo «La producción de copias...», cit. pág. 49.

(59) *Vtd.* BESEN y NATARAJ KIRBY: «Private copying...», cit., pág. 23

(60) Los costes de transacción son los costes de negociar un acuerdo, hacerlo efectivo y controlar su cumplimiento, en este caso, los acuerdos entre los titulares de los derechos de autor y los potenciales productores y usuarios de las copias.

de reproducción, por un lado, y a los copistas, potenciales licenciarios, de otro, tienden a reducir estos costes de transacción y, por tanto, a facilitar la implantación y extensión del sistema de licencia.

Así, la agrupación de los autores y editores en Entidades de gestión tiene este sentido. Y aunque la LPI no lo impusiera —lo que sí hace— para cobrar la remuneración sobre aparatos reprográficos del artículo 25, CEDRO (la Entidad de gestión en España en el ámbito de los derechos de reprografía) hubiera surgido igualmente, por el ahorro que representa en los costes de hacer efectivos los derechos de autores y editores y su inexcusabilidad para un sistema de licencias de fotocopia (61).

La LPI prevé asimismo otros medios tendentes al ahorro de costes de transacción: la obligación impuesta a dichas entidades de gestión de establecer tarifas generales [art. 142.1.b)] y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio [art. 142.1.c)].

Sin embargo, estos mecanismos no se hallan exentos de riesgos.

En primer lugar, las propias Entidades de gestión, en cuanto tales, presentan facetas con fuertes matices anticompetitivos. No cabe duda de que la agrupación de autores y editores en un ente que unitariamente organiza y gestiona los derechos de sus miembros —y por tanto, fijando unitariamente, condiciones y precios de las licencias— reduce la competencia entre los distintos autores y editores en el otorgamiento de licencias de fotocopia (62).

No es extraño, pues, que los mismos hayan sido objeto de atento control bajo la legislación «antitrust» (63).

(61) En otros países organizaciones semejantes han aparecido, exista o no en ellos un sistema semejante del artículo 25 LPI.

Así, en Estados Unidos, el Copyright Clearance Center: SPILHAUS: «The Copyright Clearance Center», en *Scholarly Publishing*, 1978, pág. 143, BESEN y NATARAJ KIRBY. «Compensating Creators of Intellectual Property: Collectives that Collect». *Mimeo*, Rand Corporation, 1989, pág. 46, o en Gran Bretaña, la Copyright Licensing Agency: CORNISH: *Intellectual Property: Patents Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 2^a ed., Londres, 1989, pág. 345, DWORKIN & TAYLOR. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, Londres, 1989, pág. 88, donde no se da este mecanismo

O en Alemania, V. G. Wort. MELICHAR: *Die Wahrnehmung von Urheberrechte durch Verwertungsgesellschaften Am Beispiel der V G Wort*, Munich, 1983, pág. 72, donde hay un esquema semejante al español.

(62) Y no cabe duda de que la competencia económica es, en principio, un valor para el sistema jurídico español: *vid.* preámbulo a la Ley de Defensa de la Competencia.

(63) Este fenómeno se ha presentado, fundamentalmente, en relación a las entidades de gestión en el sector de las obras musicales, sin duda por la mayor trascendencia económica que, históricamente, aquellas han tenido.

Donde ha adquirido mayor intensidad ha sido en Estados Unidos, ya desde los años treinta ASCAP fue objeto de investigación por parte del Departamento de Justicia norteamericano y obligada a modificar —en 1941 y 1950— sus estatutos y modo de operar para eludir responsabilidades civiles y criminales. Más recientemente hay que destacar

Y estos posibles efectos se amplían si las Entidades de gestión utilizan con carácter forzoso —o casi— licencias omnicomprendivas que abarquen todo su repertorio (*blanket licence*) (64).

Aunque, a pesar de todo, las ventajas derivadas de las Entidades de gestión superen los posibles efectos anticompetitivos (65), no cabe duda de que éstos han de pesar en el juicio sobre la eficiencia del sistema de licencias.

Y en segundo lugar, las tarifas y los contratos generales pueden inducir que los grupos de licenciarios, al ampliarse, sean menos homogéneos y, por tanto, el precio de la licencia se ajuste de forma más deficiente a las fotocopias realmente realizadas. Y agravan asimismo el problema de los incentivos —excesivos— a la producción de copias a los que ya se ha aludido (66).

Por último, es preciso señalar otra posible deficiencia de las licencias de copia. Estas recaen directamente sobre los productores de copias, los cuales pueden coincidir (caso de las copias de uso interno en Administraciones Públicas o empresas) o no (caso de las copias realizadas en establecimientos comerciales de copistería) con los usuarios de las mismas. En este último supuesto, la traslación del importe de la licencia sobre los consumidores es, salvo casos excepcionales —como ya se aludió más arriba—, incompleta (67).

el caso ASCAP v. CBS 441 US 1. 1979, como el último ataque —infructuoso— a las entidades de gestión

Vid., sobre ello, COMERFORD: «CBS vs ASCAP: Blanket licensing and the Unresolved Conflict between Copyright and Antitrust», en *Connecticut L. Rev.*, 1981, pág. 465, nota en 87 *Yale L. J.*, 1978, pág. 783; FUJITANI: «Controlling the Market Power of Performing Rights Societies: An Administrative Substitute for Antitrust Regulation», en *California L. Rev.*, 1989, pág. 103.

También en Gran Bretaña la actividades de licencia de las entidades de gestión quedan sometidas al control de la Monopolies and Mergers Commission (S. 144, Copyright Act de 1988).

Y en el ámbito del Derecho comunitario, los estatutos y operaciones de diversas entidades de gestión europeas (la GEMA alemana, la SABAM belga, la SACEM francesa) han sido denunciadas ante Tribunales nacionales u órganos comunitarios (Comisión y Tribunal de Justicia) por violación del artículo 86 del Tratado de Roma.

(64) En teoría, es perfectamente posible que las entidades de gestión, aun actuando unitariamente en la administración de los derechos de reproducción a ella confiados, no fijen coordinadamente las licencias —esto es, que cada miembro sea el que determine las condiciones de licencia de sus propias obras— o, aun existiendo dicha coordinación, no se plasme en el sistema de *blanket license* —así operó inicialmente el «Copyright Clearance Center» norteamericano—, pero parece inevitable la tendencia apuntada en el texto: BESEN & NATARAJ KIRBY «Compensating creator...», *cit.*, págs 9 y sigs.

(65) *Vid.*, sobre ello, mi trabajo «Copyright Collecting Societies: An Economic Analysis», *Mimeo*, Harvard Law School, 1991.

(66) *Vid.* *supra*, nota 55.

(67) *Vid.*, sobre la traslación de la sobrecarga monopolística, SCHAEFER: «Passing on Theory in Antitrust Treble Damage Actions: An Economic and Legal Analysis», en

V.c) UNA COMPARACIÓN DE AMBOS RÉGIMENES
EN TÉRMINOS DE EFICIENCIA

En las secciones anteriores se han expuesto los rasgos esenciales de los dos regímenes alternativos de la fotocopia en la LPI.

En ésta vamos a tratar de comparar su relativa eficiencia en dos aspectos.

Uno es el de la gestión y administración de dichos regímenes y sus costes respectivos.

Otro es el grado en que logran que la valoración que los consumidores de copias tienen de éstas se refleje en la compensación a los productores de bienes intelectuales. Esta es una condición necesaria para que tanto autores como usuarios incrementen su bienestar como consecuencia de la utilización de la fotocopia.

No parece requerir una detallada justificación la impresión de que el primero de los sistemas citados supone menores costes de administración: la centralización de las negociaciones en la mesa del negociación del Convenio, la simplicidad del esquema del canon compensatorio fundado en tipos impositivos que se fijan en función de las características del aparato de reprografía, el pago en origen —productor o importador— sin esperar al destino final de los equipos gravados (68).

El mecanismo de las licencias, a pesar de los medios de reducción de los costes de transacción que se han citado, inevitablemente resulta más complejo y, por ende, más costoso tanto para los directamente implicados como para la sociedad en su conjunto.

Por contra, en relación al segundo de los factores de evaluación, la calificación es bien distinta.

Es obvio que la licencia de fotocopia no puede fundarse en el comportamiento individual de cada uno de los productores de copias, ya que ello supone unos costes prohibitivos. Es obligada la construcción de categorías de copistas para el cálculo de los términos de la licencia. Y ya se ha dicho que esto genera distorsiones por sujetar a condiciones idénticas situaciones dispares y por no hacer que cada productor de copias internalice el coste de las copias que realiza, en términos de necesario incremento de la licencia que se habría de pagar a los autores —porque al hacerse más copias hay

William and Mary L. Rev., 1975, pág. 883. HARRIS & SULLIVAN «Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis», en *University of Pennsylvania L. Rev.*, 1979, pág. 269.

(68) El sistema podía haberse hecho más simple aún si se hubiera optado por no excluir del esquema legal los aparatos empleados en usos distintos a los del artículo 31.2 (como se hace, por ejemplo, en Alemania, en que el canon compensatorio graba todos los equipos reprográficos).

mayor utilidad para los usuarios de ésta y ello debe reflejarse en la compensación—, sino por categorías.

Pero no cabe duda de que la licencia puede tener en cuenta no sólo el tipo y capacidad de reproducción del equipo, sino también el destino y utilización del mismo: en un centro educativo, en un establecimiento de copistería, en una oficina de registro pública, en un establecimiento comercial no dedicado prioritariamente a la copia —por ejemplo, un negocio de papelería que posee una fotocopidora a disposición del público—, etc.

Todas estas diferencias inciden indiscutiblemente en diversas pautas y alcances en la actividad de copia.

Incluso dentro de cada tipo de uso, la licencia es susceptible de entrar a considerar ciertos factores que, si bien no expresan de manera directa la cuantía de copias realizadas, sí permiten estimar con más precisión la producción de fotocopias en cada categoría. Así, en relación a los negocios de fotocopia, el carácter del centro de población en el que radican —número de habitantes, presencia o ausencia de centros de educación superior—, la localización —proximidad a centros docentes—, el número de equipos reprográficos por habitante en la población de que se trata, etc. (69); por lo que toca a empresas u oficinas públicas, puede considerarse el número de empleados, la existencia en su seno de centros de documentación, etc.

Todo ello, evidentemente, resulta imposible en el cálculo de la remuneración compensatoria del artículo 25 LPI.

Asimismo, ya se ha comentado que esta última se recaba una sola vez y *a priori* —antes de realizarse copias con el equipo gravado— y por ello no afecta al comportamiento de los copistas.

En cambio, la licencia ha de obtenerse y abonarse por cada período de realización de copias que se haya fijado en aquélla (semestral, anual, plurianual). Y si se incrementa el número de copias producidas en un período, ello se traducirá —aunque imperfectamente— en una elevación de la licencia que habrá de pagar en los siguientes períodos la categoría en la que se halle encuadrado el copista que aumenta su número de copias.

Bien es verdad que la licencia se abona por los productores de copias, los cuales no son siempre usuarios de éstas. Y los productores no pueden trasladar completamente —al menos en corto plazo— el importe de las

(69) *Vid.*, por ejemplo, las tarifas que VG Wort aplica en Alemania, teniendo en cuenta este tipo de criterios VG WORT «Merkblatt über Höhe und Abwicklung der Betreiberabgabe gem § 54 Abs. 2 Staz 2 und 3 Urh G». Munich, 1986.

La corrección y razonabilidad de estas tarifas en el sentido de ajuste de lo dispuesto por el Art. § 54 Par 2.3.º Urh G. —la compensación a los autores y editores debe ser correspondiente al tipo y alcance de la utilización que, según las circunstancias, se estime probable— ha sido afirmada en la decisión arbitral del Deutsches Patentamt (competente, de acuerdo, los *§ 14 2 y S 18.1 Urheberrechts-Wahrnehmungsgesetz) de 14 de julio de 1988

licencias a sus consumidores. Pero así la parte trasladada recae por igual sobre usuarios de copias de obras protegidas y usuarios de otro tipo de copias, lo cual disminuye el grado de éxito del sistema de licencias, desde el segundo punto de vista.

Sin embargo, deficiencias de esta clase las presenta también el sistema de retribución del artículo 25 LPI, como se vio en la sección V.a).3.

En definitiva, es evidente que ambos sistemas son imperfectos. Esto es lo que se deduce de buena parte de las secciones V.a) y V.b), en que se han puesto de relieve las distorsiones que ambos regímenes provocan. Ello, por otra parte, no es de extrañar. Las soluciones óptimas suelen escasear en el mundo real.

Sin embargo, conocemos algo acerca de los pros y los contras de cada uno.

Sabemos que un sistema de licencias de copia es costoso y de gestión compleja —aunque en medida diversa, según los sectores—, pero asegura una compensación más elevada a los creadores y consigue en un mayor grado —aunque no perfectamente— que el peso de esta compensación recaiga sobre los consumidores de copias —que son los beneficiarios últimos de la introducción de las tecnologías de fotocopia— y refleje las fotocopias efectivamente producidas y consumidas.

Sabemos, asimismo, que la remuneración compensatoria del artículo 25 LPI es un mecanismo de más simple y barata puesta en aplicación, pero supone, en principio, una retribución inferior para los productores de bienes intelectuales, y además su peso económico se traslada de forma más deficiente a los consumidores finales de copias, ni tiene en cuenta el volumen real —y por tanto el valor para los consumidores— de fotocopias efectuadas. Bien es verdad que podría pensarse —aunque no es probable por la razón ya expuesta (70)— que la remuneración *ex* artículo 25 pueda fijarse de manera que arroje cantidades muy elevadas. En efecto, puede establecerse un tipo impositivo muy alto que grave los equipos de reproducción. Pero ello supondría un obstáculo muy notable a la tecnología de la fotocopia —que, recordémoslo, no sólo se aplica a obras protegidas por derecho de autor— una verdadera reducción del acceso a la copia, y esto es un resultado bastante indeseable. Además, las distorsiones ya apuntadas se agravarían proporcionalmente al aumento de la cuantía de la remuneración.

Por todo ello parece plausible deducir que, en términos generales, en aquellos ámbitos en que los costes de transacción y los costes de gestión del sistema de licencias superarían cualquiera de las ventajas de éste, el esquema del artículo 25 LPI resulta preferible; en cambio, en los ámbitos en que los citados costes pueden presumiblemente mantenerse dentro de límites

(70) *Vid.*, *supra*, texto correspondiente a nota 52.

razonables, las licencias de fotocopia ofrecen resultados más favorables desde el punto de vista de la eficiencia.

¿Y cuál es la relevancia de todo este examen de eficiencia para el análisis jurídico de las reglas específicas de la LPI? La importancia viene dada a través de la necesaria correspondencia, en el sistema de la LPI, entre remuneración compensatoria *ex* artículo 25 y exención del derecho de reproducción exclusiva de los autores (en el art. 31.2.º, de forma segura, y en el art. 37, con algunas dudas).

Esto es, en cuanto al problema de la copia, allí donde se excepciona el monopolio de reproducción entra en juego el artículo 25 LPI; el resto queda sujeto a la regla general del monopolio y, por tanto, a la licencia de copia.

Resulta interesante examinar, pues, en qué medida el diseño legal de los ámbitos exentos y sujetos al derecho de exclusiva influye en los comportamientos de los sujetos afectados y conduce a resultados confrontables con criterios de eficiencia —esto es lo que podría llamarse análisis positivo de las reglas jurídicas—, y emplear dicho criterio como elemento de interpretación del alcance y sentido de aquellos preceptos que definen los ámbitos de exención —esto es lo que podría denominarse análisis normativo—.

El examen de los artículos 31.2.º y 37 LPI, desde esta perspectiva, será, por consiguiente, el objeto de las dos partes siguientes del trabajo.

VI. EL ARTICULO 31.2.º LPI

El artículo 31.2.º autoriza la reproducción de las obras divulgadas, sin autorización del autor, cuando sea para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Esta norma ha de considerarse, como ya se ha dicho, en relación estrecha con la del artículo 25 LPI, que prevé el sistema de remuneración compensatoria para los productores de bienes intelectuales, precisamente por las producciones o copias hechas para uso personal, cubiertas por la excepción al derecho exclusivo de los autores contemplada en el artículo 31.2.º Esta conexión entre ambos no sólo se pone de manifiesto en el artículo 9 RD.Des, paralelamente a como se hacía en el artículo 1.1 del Decreto del 89, sino en el nuevo texto del artículo 25 de forma expresa.

Como ha puesto de manifiesto LLEDÓ, la norma en cuestión parece inspirarse en el artículo 41 de la Ley francesa de 11 de marzo de 1957 (71).

La fórmula empleada, «uso privado del copista», derivada de la regulación francesa, plantea diversos interrogantes.

(71) LLEDO YAGUE: «Comentario a los artículos 31-32», en BERCOVITZ (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit , pág 495

VI.a) ¿QUÉ ES USO PRIVADO?

Por una parte, es preciso preguntarse qué usos deben considerarse privados. ¿Debe limitarse a la realización de aquellas fotocopias que satisfacen necesidades o intereses puramente personales, es decir, con exclusión de las profesionales, académicas y económicas? En este sentido restrictivo es cómo, en el Derecho alemán, se interpreta la expresión «Zum privatem gebrauch» del párrafo 53 (1) Urheberrecht Gesetz, según la fórmula de la Ley de 1985 (72). Ello determinaría que la fotocopia que realiza un abogado para recabar información sobre un aspecto de un caso que tiene encomendado, o un profesor para preparar su clase de la semana siguiente, no estén cubiertos por el artículo 31.2.²

Aunque la utilización del término «privado» se contraponen muy a menudo en el uso ordinario —e incluso jurídico— a «profesional», no creo que esta visión restrictiva sea aceptable.

Por un lado, en otros Derechos, la excepción no se interpreta tan limitadamente. Así, en el Derecho alemán, si bien es verdad que el párrafo 53 (1) se contempla en el sentido antes apuntado, el párrafo 53 (2) admite la posibilidad de realizar copias «Zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch» (núm. 1) y «Zum sonstigen eigenen Gebrauch», lo que viene a cubrir los supuestos excluidos del párrafo 53 (1) —bien es verdad que no exactamente en las mismas condiciones, sino en otras ligeramente menos favorables— (73).

En el Derecho francés, según la interpretación común del artículo 41 de la Ley de 1957, éste contempla los usos de profesionales y estudiantes para fines de sus respectivos trabajos (74).

Por fin, en el Derecho norteamericano, la más importante excepción al monopolio de los autores, la excepción del *fair use* (75), se aplicó en principio por los Tribunales —creadores de la misma— solamente a los

(72) LOEWENHEIM, en SCHRICKER (ed.) *Kommentar...*, cit., pág. 708, NORDEMANN, en NORDEMANN/VINCK/HERTIN: *Urheberrecht*, pág. 282, DIETZ. «Ton- und Bildaufnahmen sowie fotokopie zum eigenem Gebrauch in Recht und Praxis der Bundesrepublik Deutschland», en *GRUR*, 1978, pág. 457. En contra, HUBMANN *Urheber- und Verlagsrecht*, 6.^a ed., Munich, 1987, pág. 176.

(73) LOEWENHEIM, cit., pág. 709; NORDEMANN, cit., pág. 283, HUBMANN, cit., pág. 177.

(74) COLOMBET. *Propriété littéraire et artistique*, 4.^a ed, París, 1988, pág. 222.

(75) *Vid.*, en general, sobre el concepto de «Fair Use», y los factores que determinan la apreciación o no de su subsistencia (hoy recogidas en la S. 107 de la Copyright Act norteamericana), PATRY: *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, Washington, 1985; LATMAN/GORMAN/GINSBURG: *Copyright for the nineties*, 3.^a ed, Charlottesville, 1989, págs. 578 y sigs.; GOLDSTEIN, *op. cit.*, vol. II, págs. 187 y sigs.; FISCHER, *op. cit.*, pág. 1659; LEVAL, *op. cit.*, págs. 1111 y sigs.; WEINREB, *op. cit.*, págs. 1142 y sigs.

llamados «usos productivos» (76). Y aunque esta idea no está exenta de dificultades aplicativas e incluso de contradicciones conceptuales y el mantenimiento de su exigencia es cuestión dudosa, no cabe duda de que fines profesionales o de estudio no están en absoluto excluidos *a priori* del *fair use*.

Además, un entendimiento tan restrictivo prácticamente vaciaría de contenido real el artículo 31.2.^º en el ámbito de las obras escritas (no así en las obras sonoras o visuales, donde las reproducciones para fines recreativos o de disfrute extraprofesional son mucho más frecuentes).

Asimismo, la interpretación que se rechaza supondría sujetar a la autorización de los titulares de los derechos de reproducción todas las fotocopias que, aun en pequeña escala, se realizan en el ámbito profesional, académico o de investigación (dejando aparte los que con este último fin se realizan por bibliotecas o archivos, que se rigen por el art. 37 LPI). Dado que precisamente el volumen de fotocopias es reducido, el valor que éstas representan para el potencial copista, probablemente también será escaso; y aunque un cierto número de estos usuarios estarían dispuestos a solicitar el permiso del autor o editor, los costes de transacción (localizar al titular de los derechos de autor, negociar una compensación por las fotocopias realizadas, enviar el pago, etc.) serían previsiblemente inferiores a la apreciación de las copias por el usuario (77). Con lo cual,

- i) o bien se abstendrá de realizar las copias si el desvalor de la sanción por la violación del derecho de reproducción descontado por (multiplicado por) la probabilidad de ser aprehendido (que probablemente es muy pequeña) supera al valor de las fotocopias para él; con lo cual resultan desincentivadas actividades socialmente valiosas;
- ii) o bien las efectuará, pero sin contar con dicho consentimiento y, por tanto, sin ninguna compensación para los productores de la obra, si la comparación entre ambos factores arroja un resultado opuesto al de i).

En este segundo caso, los productores de obras escritas se hallan —previsiblemente— en peor situación que si se ampara la conducta en el

(76) Esto es, que el uso de la obra es, a su vez, un uso creativo. Sin embargo, hoy ya no se limita a éstos *Rosemont Enters v. Random House, Inc* 366 F. 2d 303 (2d Cir 1966), *Pacific & S. Co. v Duncan* 744 F 2d 149 (11th Civ. 1984) y, sobre todo, la famosa sentencia (el caso *Betamax*) *Sony Corp. of America v. Universal City, Studios, Inc.* 464 U.S 417, 1984.

(77) Evidentemente, la existencia de las entidades de gestión tiende a reducir —y lo hace efectivamente— estos costes de transacción, pero probablemente no de forma tan radical como para comprometer la validez del argumento señalado en el texto

artículo 31.2, porque entonces reciben compensación —aun globalizada e indirecta— a través de la remuneración del artículo 25. En cambio, así la cuantía de la remuneración sería menor —los obligados al pago alegarían que hay una larga serie de supuestos fuera del ámbito de las copias autorizadas por el artículo 31.2.⁹ y, por ende, la compensación total que corresponde es más baja—. Bien es cierto que los autores y editores quedan en libertad de perseguir estas «violaciones de derechos», pero, dada la pequeña escala de las mismas, los costes de inspección, control, acción judicial y obtención de compensación son tan altos en relación al beneficio que pueden obtener, que es más bien exiguo en cada caso concreto (tal vez no lo sea globalmente considerado, pero así también los costes de obtenerlo se disparan) que las posibilidades reales de eficacia son remotas. Incluso en ocasiones, los intentos de inspección podrían chocar con el derecho a la intimidad de las personas.

VI.b) EL CONCEPTO DE COPISTA EN EL ARTÍCULO 31.2.⁹

La comprensión del artículo 31.2.⁹, no obstante, está todavía lejos de ser completa. El término «copista» ha planteado asimismo dudas. LLEDÓ, en su comentario del precepto en cuestión, se plantea si copista es el que hace la copia o el que la encarga, pronunciándose por la primera opción con apoyo, sobre todo, en argumentos derivados de la normativa y la doctrina francesas (78).

En el derecho francés, en efecto, el concepto de copista del artículo 41 de la Ley de 1957 ha sido polémico y discutido tanto en los Tribunales como en la literatura jurídica.

En la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París de 28 de enero de 1974 (79) se debatía una demanda de un editor frente al Centre National de la Recherche Scientifique por realizar fotocopias de revistas científicas existentes en sus archivos, sin autorización, por encargo de científicos e investigadores de todo el país. El Tribunal considera copista (y además, copista para uso privado) a la persona que escoge el contenido de la copia en función del uso que piensa darle (en este caso, cada investigador individual) y, en principio, por tanto, lícita la actividad del CNRS, pero siempre

(78) LLEDÓ YAGUE, *op cit*, págs. 497 y sigs. Hay que precisar a su argumentación que el artículo 41 de la Ley de 1957 no ha sido derogado por la Ley de 3 de julio de 1985. El artículo 29 de ésta —con tenor algo distinto— se refiere a los «droits voisins», mientras que dicho artículo 41 se refiere al «droit d'auteur». No parece razonable entender, pues, que la diferencia en la letra persiga una diversidad en el régimen jurídico.

(79) *Gazette du Palais*, 1974. (2. sem. p. 713)

que comprobara el carácter de investigador del peticionario de las copias y la justificación de que no se daría a las copias un uso colectivo (80). Como no se daban estos dos requisitos, la decisión fue favorable a los demandantes.

Unos años más tarde, sin embargo, la Casación francesa (81) consideró que copista era la persona que, explotando un establecimiento de fotocopia, asegura el funcionamiento de los aparatos y los mantiene, con independencia de que sea él (o sus empleados, más bien) quien materialmente presione el botón de la máquina o sean los clientes los que lo hagan (82).

En el Derecho alemán, por contra, el párrafo 53 UrhG prevé expresamente que la copia privada no necesita ser realizada por el «copista», sino que puede ser realizada por otro (de manera gratuita o a cambio de un precio) a indicación de aquél, sin perder por ello su carácter de copia para uso privado o propio (83).

Aparentemente, pues, las soluciones a las que llegan los sistemas alemán y francés son diametralmente opuestas. Pero si las consideramos atendiendo al conjunto de sus reglas referentes al régimen de la fotocopia, el objetivo perseguido por ambos es sustancialmente el mismo.

- i) eximir de responsabilidad al usuario final de la copia que persigue un fin caracterizable como privado a efectos de la ley. El artículo 41.2 del Derecho francés —según la más reciente interpretación de la casación y la literatura dominante—, porque no la considera copista; el párrafo 53 (1) Urh.G, porque, conceptuándolo como copista, le ampara en la excepción del uso privado o propio,
- ii) asegurar una retribución al productor de la obra copiada, según los mecanismos —distintos— existentes en cada sistema. El Derecho francés, otorgando al titular de los derechos de reproducción, una

(80) Para una crítica de las consideraciones del Tribunal. *vid.* el comentario a la sentencia de DESBOIS en *Rev Trim. de Droit Comm*, 1974, pág. 7, DESBOIS: *Le Droit d'auteur en France*, 3 ed., París, 1978, pág. 308, COLOMBET, *op cit.*, pág. 224, LUCAS, en *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXXVII: *Les Nouveaux moyens de reproduction*, París, 1986, pág. 302; LUCAS: «Copyright and New Technologies en France», en *European Intellectual Property Review*, 1987, pág. 45.

Un caso muy similar, y con el mismo principio general —aunque distinto resultado concreto— subyacente a la decisión, se planteó en Estados Unidos: *Williams & Wilkins Co v United States*, 487 F. 2d 1345 (Ci. Cl. 1973). Sobre ella, PERLMAN & RHINELANDER: «Williams & Wilkins v. U S: Photocopying, Copyright and the Judicial Process», en *Sup. Ct. Rev.*, 1975, pág. 355

(81) Cass. 1^{er} Chambre Civile, 7 marzo 1984, en *Gazette du Palais*, 1984, 3, pág. 219

(82) *Vid.* el juicio favorable a la misma en el comentario de FRANCON, en *Rev Trim de Droit Comm*, 1984, pág. 677. y LUCAS. *op. y loc. últ cit.*

(83) *Vid.* LOEWENHEIM, *op. cit.*, pág. 709.

acción frente al autor material de la copia —si es distinto del usuario final— y la posibilidad de obtener una indemnización por los daños sufridos y el consiguiente importe de licencias de fotocopia que de ésta pueden derivarse —esta es la principal vía de compensación prevista en el Derecho francés en el ámbito de las obras impresas— (84). En el caso alemán, porque el uso privado se compensa —globalmente con el «Geräteabgabe» del parágrafo 54 (2), primer apartado—, y además, en los casos de fotocopias realizadas a cambio de precio —sea con ánimo de lucro o por instituciones no lucrativas—, el titular de la actividad de fotocopia debe pagar el «Großbetreiberabgabe» del parágrafo 54 (2), segundo apartado (85).

Ambos propósitos parecen más que justificados y pueden iluminar la solución en el Derecho español. Esto es, que el usuario de la copia para un fin privado debe verse libre de toda responsabilidad, realice él la fotocopia personalmente, se la encargue a un amigo o a un empleado de una copistería (86). Y al mismo tiempo asegurar en cada una de estas alternativas una compensación para los productores de las obras copiadas.

El primero de estos propósitos se logra a través de la primera de las dos interpretaciones conflictivas: si se considera copista al que encarga la copia o al usuario de la misma, siendo el uso privado, y desprovisto de carácter colectivo o lucrativo, no hay duda de la cobertura del artículo 31.2.º LPI.

En cambio, si se entiende por copista el autor material de la fotocopia, caben dos posibilidades: si coincide éste con el usuario, se daría el mismo resultado apenas mencionado; pero si no coincide, es claro que el copista no está amparado por la excepción, dado que el uso no es propio suyo, aparte de la posible presencia del factor lucrativo. ¿Pero qué ocurre en esta segunda hipótesis con el consumidor de la fotocopia? No es copista en sentido estricto —porque lo es el autor físico—, pero aplicando los principios generales de participación plural en un acto ilícito, parece que deberá

(84) La «Loi des finances» de 31 de diciembre de 1975 introdujo un impuesto del 3 por 100 sobre el material reprográfico, la recaudación del cual se asigna al Centre Nationale des Lettres. Aunque de alguna manera persigue los mismos fines, no se puede, sin embargo, considerar equivalente a los sistemas alemán y español, que tiene un verdadero y propio sistema de compensación por copia privada.

(85) LOEWENHEIM, *op. cit.*, pág. 730. MELICHAR, *op. cit.*, pág. 43; MELICHAR: «Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle», en *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 1985, pág. 59; THOMAS: «Zur Vergütungspflicht für reprografische Vervielfältigungen und Regierungsentwurf zur Urheberrechtsnovelle», en *GRUR*, 1983, pág. 540.

(86) Omiso voluntariamente el supuesto de la fotocopia realizada por el empleado de una biblioteca —supuesto bastante frecuente— porque pospongo su examen hasta el tratamiento del artículo 37 LPI.

conceptuársele como cooperador —o incluso inductor— en la violación del derecho de autor.

En cuanto al segundo objetivo, ninguna de las dos consigue alcanzarla, aunque esta desventaja es más seria en la primera interpretación que en la segunda.

En efecto, según aquélla, la única remuneración que percibirían los autores y editores sería la del artículo 25 LPI, y ésta no refleja adecuadamente una actividad de reproducción sistemática, organizada y voluminosa como la de una empresa de fotocopia. Y hay que recordar que una empresa no sería copista, en esta interpretación, sino el usuario y, al entrar en juego el artículo 31.2, el productor de la obra no tiene a su favor más que el artículo 25.

En cambio, la segunda opción hace inaplicable el artículo 31.2.º —y, por tanto, el 25—, dejando a los titulares de los derechos de reproducción la plena posibilidad de perseguir la realización de estas copias —o de obtener una licencia, como se ha visto—. Lo cual no se consigue, sin embargo, sin ciertos costes de inspección y transacción. Esta posibilidad resulta plausible respecto a las fotocopias en forma sistemática y abierta en las empresas de fotocopia, pero lo es menos —o no lo es en absoluto— respecto a las efectuadas fuera de estos establecimientos (por amigos o compañeros de trabajo, por ejemplo). Estas últimas copias, al no estar tampoco bajo el artículo 31.2.º —el copista no hace uso privado de ellas—, tampoco se verían compensadas por el mecanismo del artículo 25. Este efecto, sin embargo, podemos considerarlo como insignificante, dado que en el cálculo del canon compensatorio de esta última norma —previsiblemente— no se podrá, de todos modos, dar entrada, por su propio carácter de remuneración global y «cuasi impositiva», a factores tan complejos como el de las fotocopias realizadas a favor de amigos; incluso el número de fotocopias para uso privado, plenamente dentro del ámbito del artículo 31.2, como ya se ha señalado, difícilmente pueden imputarse salvo de modo estadístico o forfetario. En todo caso, el monto total de fotocopias realizadas en aquellas circunstancias no parecen representar una cantidad demasiado significativa.

Así pues, cada interpretación posee ventajas e inconvenientes. Es bastante probable que el último inciso del artículo 31.2.º, «que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa», incline a pensar en la segunda opción, ya que parece más fácil representarse este tipo de utilización si se entiende que el copista es el autor material —la copistería, sobre todo—; mientras que si el copista es el usuario, con independencia de ser el autor material de la copia, es más difícil —aunque no imposible— imaginarse la realización lucrativa o colectiva.

Sin embargo, creo que es posible avanzar una solución que evita buena

parte de los inconvenientes apuntados. Y consiste en estimar que usuario de la copia y autor material de la misma —si no coinciden— son ambos copistas. Obviamente, sólo el primero, concurriendo los demás requisitos, podrá ser amparado por la excepción del artículo 31.2.º. Así, no es la copia en sí misma la que se califica de lícita o ilícita, sino es el comportamiento de cada uno de los participantes en el proceso de copia el que resulta justificado o injustificado. Con lo cual las posibilidades de acción de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, frente a los copistas en sentido material, permanecen intactos y, consiguientemente, las de obtener compensación por las copias.

Hay, cierto es, una cierta discordancia entre la calificación jurídica de las conductas, que se predica separadamente de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso de copia, y el sistema de compensación previsto en el artículo 25 LPI, que es «por copia» (aunque globalizadamente, y sin computar en concreto cada copia realizada). De manera que, en teoría, la realización de una *sola copia*, por una empresa de copistería por ejemplo, daría lugar a una doble compensación: la genérica a través del artículo 25, porque hay en el supuesto copia privada —si el usuario efectivamente está cubierto por el art. 31.2.º— y la obtenible —en forma de indemnización de daños por violación del derecho de reproducción o en forma de licencia, etc.— por el titular de los derechos del empresario de fotocopias.

Esta duplicidad, en sí misma, no es algo desconocido: es, por ejemplo, la solución, y no involuntaria, del Derecho alemán (87).

Ni siquiera es algo negativo, al contrario, si se estima que el sistema global de compensación del artículo 25 subestima abiertamente el impacto de la copia privada en los intereses económicos de autores y editores y, por tanto, en los incentivos a la producción intelectual (88).

(87) S 54 (2) UrhG., *vid.*, sobre ello, LOEWENHEIM, *op cit.*, págs. 729 y sigs., MELICHAR: «Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle», *cit.*, pág. 57.

(88) Estimar el daño que causa la copia a los productores de bienes intelectuales es tarea difícil. No sólo por la vaguedad que el término daño tiene en general, sino por su ambigüedad en este ámbito en concreto: ¿comprende el daño sólo los ingresos perdidos respecto a la situación anterior a la copia o se extiende los beneficios que se obtendrían de poder utilizar en el propio provecho la crecida difusión de la obra que la copia permite? Además, la concreta evaluación económica requiere un modelo previo del comportamiento de productores y consumidores de originales y copias.

Por ello, muchas de las evaluaciones llevadas a cabo —la mayoría en el ámbito fonográfico o videográfico— presentan amplios flancos a la crítica. *Vid.* el examen y crítica de las más señaladas en BESEN: «New Technologies and Intellectual. .», *cit.*, págs. 51 y sigs. *Vid.*, asimismo, un modelo que permite una estimación más ajustada en BESEN: «Private Copying, Reproduction Costs, and the Supply of Intellectual Property», en *Information Economics and Policy*, *cit.*, pág. 5

Lo que resulta todavía más difícil —si no imposible— es estimar los efectos de este daño en los incentivos a la creación, ya que ello supondría calcular la elasticidad de la oferta de bienes intelectuales —o de algún tipo de ellos, cuanto menos, si el cálculo es

Pero, sin entrar en el mérito de las dos anteriores justificaciones, la realidad del modo de operar de la remuneración compensatoria convierte a esta posible duplicidad en un factor despreciable en su impacto práctico (89).

VI.c) LA AUSENCIA DE UTILIZACIÓN COLECTIVA O LUCRATIVA

Queda por examinar el último —limitativo respecto al espectro cubierto por la norma— inciso del artículo 31.2.º: «siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa».

El propósito aparente del mismo consiste en eliminar de la excepción algunos de los supuestos de copia para uso privado.

Sin embargo, la formulación es un tanto equívoca, puesto que la exclusión se realiza respecto a utilizaciones colectivas o lucrativas. Con independencia de un análisis más pormenorizado del significado de ambos conceptos, lo que resulta claro ya en una somera aproximación es que, literalmente entendida, resulta una limitación que limita muy poco. En efecto, «una» fotocopia singular de una obra escrita es empleada muy raramente por distintas personas (e incluso cuando lo es, ello resulta muy difícil de detectar, pues se trata entonces de personas próximas en su ámbito de relación por ejemplo, amigos o compañeros de trabajo); lo que sí es frecuente es que la «actividad» o la «realización» de copias sea colectiva en el sentido de que se realicen varias copias de un mismo original o que sistemáticamente se realicen copias para diferentes usuarios.

Por ello, creo que esta expresión debe entenderse paralela a la del artículo 37: «reproducciones... sin finalidad lucrativa», en el caso del artículo 31, contemplando —en sentido excluyente— el carácter colectivo además del lucrativo. Esto es, se trata de evaluar la nota colectiva o lucrativa no tanto en relación a la utilización de la copia una vez realizada —creo que la cláusula «uso privado del copista» es suficiente para regular esta hipótesis— cuanto a su concurrencia o no en la actividad de reproducción de la cual las fotocopias son el producto resultante. El acento recae sobre la realización más que sobre la posible utilización —aunque, obviamente, muy a menudo aquélla vendrá determinada o condicionada por ésta—.

de ámbito más limitado—, lo cual parece tarea más que ardua BESEN «New Technologies .», *cit.*, págs. 7 y sigs

(89) *Vid, supra*, IV a)

1. *Los entes colectivos como copistas*

Esto nos lleva a plantear la cuestión de la admisibilidad, dentro de la cobertura del artículo 31.2.º, de las copias realizadas por personas jurídicas, organizaciones, públicas o privadas, entes colectivos en general, o simplemente una pluralidad de individuos, siempre y cuando, claro es, la utilización de la o las copias sea estrictamente interna al ente colectivo o pluralidad (pues si se transmiten al exterior, obviamente no hay uso privado): en este sentido, el artículo 10 RD.Des. excluye la aplicación del artículo 31.2.º —y, por tanto, del 25— las efectuadas en establecimientos dedicados a la reproducción o que tienen aparatos a disposición del público, pero también aquellos que sean objeto de reproducción a cambio de precio, que sería el caso normal, salvo en supuestos reconducibles bajo el artículo 37.

Algún comentarista parece admitirlo, siempre que el uso sea interno al grupo y no persiga un fin de competencia desleal (90).

En el Derecho alemán, la reproducción de obras «Zum sonstigen eigenen Gebrauch» (parág. 53 Abs. 2.4 UrhG) comprende las realizadas para necesidades internas por cualquier persona jurídica, pública o privada, y persiga ésta fines lucrativos o no. Sin embargo, la jurisprudencia (91) ha impuesto un límite máximo insuperable a las copias amparadas por este privilegio: 7 (92); además, la propia ley limita el objeto de la autorización legal a pequeños fragmentos de una obra o un artículo de una publicación periódica (para superar estos límites la obra original debe estar agotada en los canales ordinarios de distribución con dos años de anterioridad). Además, las fotocopias realizadas en el ámbito educativo, con fines de instrucción en clase o examen, están sometidas a un régimen especial: parágrafo 53 (3) (93).

Ninguna de estas previsiones legales existen en la ley española, y los límites jurisprudenciales tampoco parecen plausibles.

De aceptar una generalizada inclusión del uso colectivo interno en el ámbito del artículo 31.2.º LPI, resultaría que la gran cantidad de fotocopias realizadas por las Administraciones Públicas, los establecimientos de enseñanza y las empresas (94) vendrían compensadas a través del canon com-

(90) LLEDÓ YAGUE, *op. cit.*, pág. 501.

(91) BGH Z 14 de abril de 1978

(92) El límite, por supuesto, es completamente arbitrario. Igual podría ser tres (como defiende NORDEMANN, *op. cit.*, pág. 283, aunque esta cifra es idénticamente caprichosa) que diez.

(93) S 53 (3) UrhG Vid PASCHKE: «Rechtsfragen des Novellierten Fotokopierrechts -unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen im Hochschulbereich», en *GRUR*, 1985, pág. 951.

(94) Según estimaciones de CEDRO, las fotocopias de obras protegidas, realizadas en el ámbito interno de las empresas —industriales con 20 o más empleados y de

pensatorio del artículo 25, que será, muy previsiblemente, uniforme según el tipo y la capacidad de reproducción del aparato de reprografía. Es decir, se colocan en pie de igualdad con las reproducciones que lleva a cabo un profesional o un particular, a igualdad de equipo reprográfico. Lo cual no parece reflejar en absoluto el respectivo impacto de situaciones bien dispares. Ello supone, además, la opción por el régimen del artículo 25 en algunos ámbitos de costes de transacción relativa y razonablemente bajos —facilidad de identificación, escaso número de copistas—; al mismo tiempo la solución opuesta no implica, por contra, imponer el sistema de licencias en casos de elevados costes de transacción, como se verá a continuación.

Además, una interpretación tan laxa del término «utilización colectiva» vendría a vaciar de buena parte de su contenido al artículo 37 LPI, toda vez que el privilegio que éste otorga a las reproducciones realizadas en bibliotecas, museos, archivos, etc., de titularidad pública o insertos en entidades no lucrativas, vería reducida su eficacia legitimadora a las copias para circulación externa, puesto que aquellas fotocopias, cuya utilización no trascendiera el ámbito estrictamente interno, resultarían amparadas ya por la previsión del artículo 31.2.^º LPI (95).

Ahora bien, aun cuando se rechace la extensión de la cobertura del artículo 31.2.^º LPI a la copia realizada por cualquier ente colectivo o pluralidad de sujetos, la remuneración compensatoria del artículo 25 LPI gravará al menos un cierto número de los equipos reprográficos empleados por aquéllos en su actividad de copia. Y ello no porque se entienda que el gravamen del artículo 25 LPI haya de extender su ámbito de incidencia más

servicios con 10 o más—, Administraciones Públicas y Departamentos universitarios —esto es, excluyendo las realizadas en bibliotecas o servicios de copistería de las Universidades—, suman casi 250 millones anuales, superando el 20 del total de fotocopias de obras protegidas que se hacen al año en España

(95) El Grupo parlamentario Popular del Senado planteó una enmienda dirigida a limitar el artículo 37 LPI a aquella reproducción que «se realice exclusivamente al servicio de la propia entidad». *BOCG Senado*, núm. 94 (c), 7 de septiembre de 1987; esta enmienda fue rechazada, pero no por entenderse que dicha norma debería circunscribir su eficacia al ámbito puramente externo de los entes mencionados en la norma en cuestión.

Tampoco creo que la sustitución del término «uso personal» por «uso privado» en el artículo 31.2 pueda considerarse indicio del deseo de amparar la copia por las personas jurídicas, a pesar de que la justificación de la enmienda del Grupo Socialista que motivó dicha sustitución pudiera dar pie a pensarlo: «el término “uso privado” permite no restringirlo al uso de una persona como sujeto físico». Por ejemplo, en su aprobación por la Ponencia del Senado se consideró de similar contenido a una del Grupo Convergencia i Unió, del siguiente tenor «Para uso personal del copista y siempre que la copia (una) ...» Parece claro que, en la interpretación aludida, no habría lugar de ningún modo a predicar la similitud de contenido.

allá de los límites trazados por la excepción del artículo 31.2.^º LPI (96). Muy al contrario, creo que la correspondencia entre los espacios respectivos de ambas normas es un principio que preside la comprensión del entero sistema de la LPI en lo tocante a la copia.

Sin embargo, el carácter de gravamen en origen de la remuneración *ex* artículo 25 LPI probablemente determinará que vaya a pesar inicialmente sobre todos los equipos reprográficos, con independencia de que, por el uso a que vaya a aplicarse, resulten o no comprendidos en la excepción del artículo 31.2.^º LPI. El propio RD.Des. (art. 10) establece que los titulares de los establecimientos que tienen aparatos de reproducción a disposición del público están exentos de gravamen. Pero de los artículos 16 y 17 RD.Des. se desprende que no es fácil tenerlo en cuenta a la hora del cálculo inicial del canon. En mi opinión, estas previsiones lo que reflejan es la conexión entre los artículos 25 y 31.2.^º LPI en el sentido de que los que se encuentran fuera de éste, lo están también de aquél. No tendría sentido eximir del gravamen a las empresas de copistería y no hacerlo para los departamentos universitarios u otras empresas cuyo objeto no es la fotocopia, por ejemplo.

Así, los copistas obligados a contar con la autorización del titular de los derechos de reproducción se hallan exentos del gravamen compensatorio

(96) Igualmente estimo rechazables las interpretaciones del artículo 25 LPI que le atribuyen un ámbito más reducido que al artículo 31.2 LPI. Así, la opinión de DIETZ. «Das Urheberrecht in Spanien...», cit., pág. 145, que, sobre la base del tenor literal de aquella norma, entiende que la remuneración compensatoria en el campo de la reprografía se refiere sólo a las obras publicadas en forma de libro, entendido este último término por oposición a otras formas de materialización de las producciones escritas.

No es posible compartir este criterio reductor, dado que el propósito confesado del legislador —al menos en lo reflejado en el preámbulo en la LPI— y mantenido a lo largo de todo el *iter* parlamentario de ésta, el introducir en nuestro sistema jurídico el mecanismo configurado en el artículo 25 LPI, ha sido el de dar entrada a un sistema de compensación de los autores, bien conocido ya entonces en el Derecho comparado. En efecto, en aquellos ordenamientos que la conocían, como el alemán, el austríaco, el portugués, los escandinavos, no es rastreable una discriminación como la citada entre los productores de obras escritas. Su introducción en la LPI, dado su carácter absolutamente novedoso en el panorama de la legislación comparada, a la que el legislador parece querer asimilarse, exigiría una justificación, ausente por entero en los trabajos previos y parlamentarios de la LPI.

Esta interpretación, en mi criterio la más razonable bajo la anterior redacción del artículo 25, ha venido a ser simultáneamente desechada en sus términos literales y aceptada en su intención por la Ley 20/1992, de 7 de julio, y el RD.Des.

Así, la nueva redacción del artículo 25 refiere la remuneración compensatoria tanto a los libros como a las «publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente» (habilitación a la que ha dado pronto cumplimiento el art. 9.3 RD.Des., dicho sea de paso, de forma más bien restrictiva) y la disposición transitoria única número 3 específica que para el período anterior a la entrada en vigor de la Ley 20/1992 dichas publicaciones asimiladas no devengarán remuneración.

por los equipos que utilizan en su actividad de copia. Y ello se corresponde con el mecanismo que parece más razonable para ejecutar la exención: cuando el copista se integre en el sistema de licencias de fotocopias se le reintegrará —o se le descontará del precio a pagar por la licencia— el canon que habría abonado al adquirente el aparato de reprografía.

Sin embargo, en muchos de los supuestos que constituyen «utilización colectiva» la producción de copias se realiza en escala reducida y de forma dispersa, con lo cual la identificación y control de la misma resulta difícil (pequeñas empresas, departamentos universitarios, etc.). Por ello, salvo que la presencia de entidades que agrupen a diversos copistas permitan reducir los costes de transacción y control del cumplimiento (por ejemplo, la negociación de licencias de fotocopia para los departamentos universitarios puede hacerse con cada Universidad en su conjunto, o incluso con el Ministerio de Educación), no cabe duda de que a los autores y editores no les resultará económicamente rentable tratar de introducir y hacer efectivo el sistema de licencias en aquellos campos. Y como esto último iría contra los propios intereses de los copistas —con seguridad el precio de la licencia a lo largo de varios años superará el montante del gravamen *ex* artículo 25 LPI—, tampoco éstos se ven incentivados a modificar la situación.

Por el contrario, cuando la realización de copias es concentrada o fácilmente localizable —con lo que se reducen los costes de transacción— o alcanza un volumen de consideración, es previsible que la diferencia entre lo que los productores obtendrían a través de las licencias y lo que tendrían que restituir por lo recibido a título de remuneración *ex* artículo 25 supone el coste de obtener y gestionar las licencias. En estos ámbitos, pues, el sistema de licencia de copia se impondría, lo cual se corresponde, en términos generales, con el criterio de eficiencia propuesto.

2. *La «utilización lucrativa» de la fotocopia*

Queda por considerar la restricción impuesta por el «carácter lucrativo» de la utilización de la copia.

Este inciso apareció tardíamente en la tramitación parlamentaria de la LPI. En el Congreso, la enmienda de Minoría Catalana tendente a su introducción fue rechazada por entenderse superflua (97). En cambio, fue aceptada en el Senado, sin que las motivaciones de la enmienda ni la discusión en Ponencia ofrecieran una justificación del cambio de actitud (98).

Creo que no es posible —o cuanto menos, a mí no se me alcanza—

(97) *BOCG Comisiones*, núm. 128, 1987.

(98) *BOCG Senado*, núm. 94 (c), 7 de septiembre de 1987, *vid.*, núm. 94 (d), 23 de septiembre de 1987.

discernir cuál pueda ser el contenido innovador del inciso citado. No parece que sirva para introducir algún elemento nuevo en la delimitación del círculo de supuestos bajo la excepción del artículo 31.2.^º LPI.

Para ello sería necesario que una realización de copias, para uso privado, y sin carácter colectivo —en el sentido atribuido a todo ello más arriba—, al ser calificada de lucrativa, venga expulsada de la cobertura prestada por la norma en examen.

Podría pensarse que éste es el caso respecto a aquellas hipótesis en que el copista persigue un fin de enriquecimiento con la *utilización* de la copia, por oposición a la *realización* de la misma. Esto es, los casos que presentan no transmisiones u operaciones económicas que tienen por objeto la copia —porque entonces ya no hay uso privado—, sino que, ausentes éstos, el uso privado de la copia reporta una ventaja patrimonial al usuario. Así, cuando la copia se realiza en el seno de una actividad profesional o empresarial, resultaría en todo caso excluida por su «carácter lucrativo».

Pero esta posibilidad interpretativa no es de recibo, y no sólo por los motivos ya expuestos con anterioridad al examinar el concepto de uso privado, sino porque la idea de la ventaja patrimonial derivada de la utilización no es un criterio firme para asentar ninguna distinción.

En efecto, ¿es que acaso un investigador que emplea fotocopias como instrumento de trabajo no ahorra costes en su tarea al no tener que comprar originales de las obras utilizadas?, ¿y no es esto una ventaja patrimonial? (99).

¿Un individuo que fotocopia en su copiadora personal algunas páginas de un libro de ficción que ha pedido prestado, no se está beneficiando de un ahorro en sus costes de esparcimiento, por mucho que el fin exclusivo de la lectura de las páginas copiadas sea el mero recreo?.

El criterio del carácter lucrativo, estrictamente entendido, no hace más que convertir en inaplicable el artículo 31.2.^º LPI. Otra cosa es que ciertas modalidades de utilización —por ejemplo, en el ámbito de los sectores empresariales o profesionales— parezcan susceptibles de inducir una producción de copias más intensa que otras —actividades de entretenimiento, por ejemplo—. Pero ni siquiera como indicio de la intensidad de la copia (100) resulta el criterio del carácter lucrativo un punto de apoyo si

(99) Además, cuanto más y mejor investigue aumentará su prestigio como investigador y, con ello, su cotización en el mercado de trabajo, privado o público, y su retribución esperada. Hay una inversión en capital humano de la cual la utilización de la fotocopia, como medio de facilitar el trabajo, es una parte, por muy pequeña que sea.

(100) En el Derecho norteamericano, el carácter comercial o no del uso se considera un factor indiciario del impacto negativo de la copia en el valor potencial de la utilización de la obra protegida (en el sentido de que el uso comercial hace presumir *uris tantum* la existencia del perjuicio, mientras que el no comercial no determina

dicha intensidad se considerara un factor relevante a la hora de la aplicación del artículo 31.2.º, porque atender directamente a la modalidad de uso se ajusta mejor a la estimación de la realidad. Ello se confirma ahora a la vista del artículo 10.1.a) RD.Des.

VII. LA EXENCION DEL ARTICULO 37 LPI

No es el artículo 31.2.º LPI la única norma que diseña un ámbito de reproducción o copia de obras protegidas que resulta, sin embargo, exento de la autorización del titular de los derechos de reproducción.

El artículo 37 LPI determina idéntico efecto para la reproducción de las obras cuando «se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico, y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación».

A pesar de ello, el fundamento de ambas soluciones normativas es bien distinto. En la primera, es lo inviable —o por lo menos, lo costoso e imperfecto— de mantener la exigencia del consentimiento del autor para las fotocopias de ámbito privado y pequeña escala, lo que aconseja adoptar la excepción del artículo 21.2.º LPI, y el esquema impuesto-subsidio del artículo 25 LPI, a pesar de las deficiencias que este sistema puede presentar. Pero parece que no existe otra alternativa practicable, aparte de las extremas —y sin duda indeseables—, de la ausencia total de restricciones y compensación, de un lado, o la prohibición total de la fotocopia, salvo en establecimientos plenamente autorizados, de otro.

En cambio, respecto a la segunda, no parece existir una dificultad extrema que impida el funcionamiento de un sistema de licencias en relación a bibliotecas, museos, archivos, etc., o cuanto menos, no unos obstáculos superiores a los que se dan en los casos de establecimientos comerciales de copistería, empresas o centros educativos. En efecto, aquellas entidades no son más difícilmente identificables que estas últimas, y no consigo encontrar ningún factor o dato que pudiera hacer pensar en que el mercado de licencias de fotocopias fuera a toparse con más altos costes de transacción o mayores imperfecciones en unos y otros supuestos.

Parece, pues, que el fundamento de la cobertura que el artículo 37 LPI otorga a las reproducciones comprendidas dentro de su esfera aplicativa, hay que buscarlo en la intención de subvencionar las actividades de inves-

presunción alguna: *Sony Corp. v. Universal City Studios*, cit., *vid* *PATRY: Copyright Law*, cit., págs 248 y sigs. Sin embargo, esta función presuntiva del factor lucrativo ha sido contestada *FISHER: «Reconstructing the Fair Use...»*, cit., págs 1672 y sigs

tigación de los centros que elenca la norma en cuestión, a través del expediente de reducir los costes de la realización de fotocopias necesarias para dichas actividades, respecto al nivel de aquellos que habrían de afrontarse de no existir el artículo 37 LPI. En efecto, no cabe duda de que los costes económicos inmediatos para dichas entidades son inferiores en el esquema del artículo 25 LPI (101) de lo que serían bajo la presión de las licencias de fotocopias —muchos de estos centros son productores de copias en cuantías nada despreciables— y también quedan eliminados de raíz, gracias a esta norma, todas las molestias e inconvenientes de negociación y control que la licencia de fotocopias puede acarrear: llevar constancia de las fotocopias realizadas y de las obras copiadas, informar a los autores y editores de estos extremos, etc. (102).

Sin duda, la investigación es una tarea digna de ser subvencionada, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter de «bien público» de la información o resultados de la actividad investigadora (103). Esto es predicable, en particular, de la investigación realizada en centros públicos o de carácter no lucrativo, puesto que a ésta no le cabe la posibilidad, como le ocurre, en cambio, a la investigación en el seno de una empresa, de recuperar los beneficios de la misma a través de un incremento o mejora de la producción de la empresa.

Sin embargo, ello no implica que la subvención haya de provenir de los autores y editores de las obras que constituyen parte del material para la investigación.

Además, esta subvención beneficia no sólo a la investigación en el ámbito interno de las instituciones mencionadas en el artículo 37 LPI, sino también a los investigadores ajenos a las mismas, pero que utilizan sus fondos o archivos (104): el precio que pagarán por las fotocopias que realicen será inferior, al no estar incluido en él el —inexistente en este caso— importe de la licencia de copia (105).

(101) *Vid, infra*, para la aplicabilidad de la remuneración compensatoria a los supuestos contemplados en el artículo 37 LPI.

(102) Una enmienda del Grupo Mixto (IU-EC) del Congreso, tendente a introducir medidas de control de índole semejante, fue rechazada en la Comisión, por entenderse que entorpecería la actividad de los centros o bibliotecas, *BOCG Comisiones*, núm 128, 1987.

(103) La institución de la patente es el medio al que acude el sistema jurídico para paliar de algún modo este problema.

(104) *Vid, supra*, nota 95.

(105) La exigencia del artículo 37 LPI, de ausencia de finalidad lucrativa en la realización de las reproducciones por parte del centro de que se trate, no impide que éste solicite un precio a cambio de la fotocopia. Lo que no es admisible es una explotación comercial de la actividad de fotocopia, pero sí la fijación de un precio que refleje el coste de la copia —e incluso una contribución a los gastos generales del archivo o biblioteca—. De hecho, la sec 38 (2) (c) de la Copyright Act británica de 1988 impone

Ello no quiere decir que la solución legal sea, sin más, censurable (106). Tal juicio debería ir precedido de un cuidadoso balance entre la disminución de ingresos para los titulares de los derechos de reproducción y el beneficio para los investigadores, y su comparación con otras políticas alternativas que traten de subvencionar la investigación sin efectos distributivos negativos para los productores de bienes intelectuales.

El régimen por el que ha optado la LPI permite a los centros a los que se refiere el artículo 37 determinar el nivel de realización de fotocopias que estimen más conveniente, de acuerdo con sus necesidades de investigación, lo cual, no cabe duda, coloca a éstos en posición más favorable que cualquier sistema que prevea una compensación para los titulares de derechos de autor.

Sin embargo, no conviene olvidar que las obras que se fotocopian en dichas instituciones culturales o de investigación son, mayoritariamente, obras del mismo carácter, de modo que si, de un lado, el sistema del artículo 37 LPI subvenciona la investigación, de otro, contribuye a reducir los incentivos económicos a la producción de obras de investigación (a través de la disminución de la remuneración a los autores de trabajos de este tipo, y para aquellos que entiendan que esta es, en todo caso, muy reducida o inexistente, afectando negativamente los ingresos de los editores de dichos trabajos —ellos mismos, muy a menudo, centros de investigación—, con lo cual se restringe la aptitud de éstos para dar salida a resultados de investigación.

En diversos sistemas jurídicos la solución es muy semejante a la española: S. 108 Copyright Act norteamericana; S. 37 y siguientes de la nueva Ley británica de 1988 (aunque un régimen similar ya estaba en la de 1956); en Francia, la sentencia del caso CNRS llega a un resultado similar. Por contra, en Alemania, el parágrafo 54.2 UrhG adopta una regla opuesta, basada en la idea de que en bibliotecas y centros similares el volumen de producción de copias es muy significativo.

Lo que sí es llamativo en el artículo 37 LPI es la ausencia de las cautelas presentes en aquellos otros ordenamientos para evitar la copia sistemática y, por tanto, un perjuicio excesivo para autores y editores: límites al volumen o porción reproducible, límites en cuanto al número de copias, simultáneas o dentro de ciertos períodos de tiempo prefijados, que pueden hacerse de un mismo original, etc. (107).

que el usuario de la biblioteca o archivo soporte el coste de la copia para que la excepción a la necesidad de autorización pueda entrar en juego.

(106) Juicio muy positivo le merece la norma a DE ANGEL YAGUEZ: *Comentarios* ., cit, págs. 576 y sigs.

(107) Vid S. 90 y sigs. de la ley británica y los «Guidelines for the Proviso of Subsection 108 (G) (2)», de la National Commission on New Technologies Uses of

Sin embargo, éste puede verse contrarrestado en el sistema español por la compensación a través de la vía del artículo 25 LPI. En efecto, dado que esta remuneración compensatoria se paga en origen, y las entidades favorecidas por el artículo 37 LPI no se encuentran expresamente recogidas en el listado de sujetos exentos del gravamen del artículo 10 RD.Des., considero que los equipos reprográficos de que se sirven bibliotecas, archivos, etc., están sujetos al citado canon, con lo cual el volumen de la subvención a dichos centros se ve reducido de algún modo. No creo que sea obstáculo para esta interpretación el artículo 10 RD.Des., dada la genérica formulación de éste. Además, como ya se ha expuesto, el canon compensatorio del artículo 25 LPI no afecta al volumen de fotocopias que se van a producir con el aparato gravado, de modo que no incidirá en la determinación del volumen óptimo, según los criterios internos del centro de investigación: El único efecto es que tienen que pagar algo más por la adquisición del equipo reprográfico —lo cual, claro es, puede afectar en algún caso la decisión de adquirir o no dicho equipo—.

CONCLUSION

Las ideas y propuestas formuladas en este trabajo no pretenden, ni mucho menos, agotar la problemática jurídica de la fotocopia. Tampoco persiguen ofrecer una perspectiva exclusivística —«monopolística»— de las cuestiones que suscita la propiedad intelectual. Se ha tratado, más modestamente, de mostrar cómo una concepción de la propiedad intelectual como mecanismo jurídico y económico de incentivo a la creación de bienes intelectuales es consistente con la función y rasgos esenciales de la misma. Y esta posición permite analizar los efectos que la fotocopia determina para autores y consumidores, así como las consecuencias que los regímenes alternativos de reglamentación de la copia (remuneración compensatoria de carácter impositivo, de un lado, y autorización o licencia del autor para fotocopiar, de otro) pueden acarrear y —de resultas de todo ello, implicaciones positivas o normativas respecto a los respectivos ámbitos de las dos alternativas y la interpretación de sus reglas jurídicas específicas—.

FERNANDO GÓMEZ POMAR
Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense

DICTAMENES Y NOTAS

La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma

Creo que a pesar de que el título de este artículo ha salido un poco largo, debo explicar con cierta brevedad las razones que me impulsan a escribir sobre un tema tan conocido y estudiado que resulta difícil decir algo que no se haya dicho o que sea nuevo. Pero al incorporarme de lleno al Registro de la Propiedad que sirvo se me presentaron ciertas construcciones con las que no estaba de acuerdo y hasta traté de forzar un recurso gubernativo, incluso a efectos doctrinales, pues aquello me estaba sonando a «música celestial». La verdad es que las Resoluciones del Centro Directivo que estaban saliendo —alguna de ellas las comenté en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO— no me ayudaban nada en mis convicciones jurídicas. Ultimamente, sin embargo, la cosa parece que ha cambiado y una muy reciente me entrega trofeos para respaldar lo que pueda decir *in genere* en estos puntos.

Las valoraciones que he hecho siempre de la labor «constructiva» que el Notario aporta al campo jurídico son patentes. En todas o casi todas mis publicaciones resplandece el respeto, la admiración y el pulso jurídico con los que la labor notarial soluciona problemas y apunta figuras. Valga por todas las posibles citas de mi ponencia al III Congreso Internacional de Derecho Registral (escuchada con celosa atención por tres Notarios enviados expresamente como «corresponsales») y que llevaba por título «La inscripción registral y el documento notarial como fuente de construcciones jurídicas», desarrollada en octubre y noviembre de 1977 en Puerto Rico. Dejo constancia, sin razones de vanidad, que dicho trabajo me valió la primera medalla de oro de la *Revista Notarial Argentina*, que reprodujo la misma con mi consentimiento. Resumía en él la labor notarial a través de MONET Y ANTÓN, F.: «El notariado frente al mundo moderno. Adaptación a favor de las nuevas exigencias económicas y sociales», el cual decía que «los Notarios españoles, en general, han participado y participan de manera notoriamente elevada en el progreso de la ciencia jurídica, realizando apor-

taciones constantes al esclarecimiento de materias clásicas y al planteamiento de nuevas problemáticas. En este sentido, el Derecho de sucesiones, el de contratación en general, el de tráfico inmobiliario, el notarial, el de sociedades, el de regímenes económico-matrimoniales, etc. se nutre grandemente de las aportaciones doctrinales de los Notarios españoles».

La cita está avalada por mi convencimiento de todo ello (lo cual supuso un «sosiego» en los corresponsales citados), pero aun reconociendo la gran labor realizada que, en el fondo, tenía el «refrendo» de la calificación registral, sin la cual no hubiera servido de mucho, han surgido hace dos o tres años unos «brotes» de construcciones más o menos dudosas que están provocando conflictos serios de calificación. Precisamente a uno de esos temas me voy a concretar en estas notas. Lo que yo no sé es si, apoyándose en esa grandeza constructiva que nadie les niega, quieren introducir en el campo jurídico una figura «desvaída», llena de problemas, carente de causa y peligrosa, si se acepta su posible validez y eficacia. Primero quiero recordar la frase de GONZÁLEZ PALOMINO sobre la creación de nuevos derechos reales, partiendo de la teoría del *numerus apertus*, en la que concluía: falta imaginación para la creación de nuevos derechos reales. En segundo lugar, destacar cómo la Dirección General ha visto el «grave peligro» que ese mecanismo —aparentemente válido— puede degenerar en problemas semejantes a los que incitaron al legislador del Código de Comercio a establecer el principio de «retroacción de la quiebra». El dinero suele ser miedoso y ante posibles actos de «persecución y captura» saca soluciones que le amparen. Lo triste es que los mecanismos legales puedan servir —salvo que se esté con el ojo abierto— a estas maquinaciones.

Hay en el campo notarial —y no sólo el de mi zona— una especie de «obsesión» de «convertir» los bienes privativos en gananciales al amparo de la libertad de pacto o estipulación y contratación conyugal. He pensado seriamente en esta especie de «revolución ideológica» de principios, donde la reforma del Código Civil se orientaba más al sistema de «separación de bienes del Derecho catalán» que a la sociedad de gananciales o las Comunidades forales existentes. El matrimonio estaba unido por el amor, pero roto o separado por lo económico. Cada uno lo suyo y ni el marido autorizaba ni la mujer consentía. Se suprime la «potestad marital» y se reduce la posibilidad del régimen «matriarcal». Así las cosas, comenzaron a surgir «conversiones» de bienes privativos en «gananciales» y, con ello, se empezaban a romper los esquemas de la reforma. ¿Qué está pasando aquí? Que la libertad de pacto está regresando al antiguo sistema de gananciales ¿o que hay otra razón que encubre y se aprovecha de dicha libertad?

Por todo ello —y esto sirve de justificación— voy a intentar desmontar las razones alegadas para justificar la «legalidad» de esos negocios y tratar de descubrir si detrás de todo ello hay algo más que «originalidad» en la

construcción. Por supuesto que con estas notas no hay más ánimo que el de la validez jurídica de la construcción y lo otro no pasaría de ser mera sospecha sin trascendencia jurídica, pues el principio de buena fe prima en todo el ámbito contractual, constitucional, pero no fiscal.

Vamos a concretar los puntos en que me quiero pronunciar: *a)* los diferentes supuestos de alteración del carácter privativo de los bienes y su conversión en gananciales; *b)* las opiniones doctrinales que lo avalan o sustentan; *c)* mi crítica a todo ello, y *d)* las soluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Vamos a ello:

A) DIFERENTES SUPUESTOS DE ALTERACION DEL CARACTER DE LOS BIENES

Resulta sumamente difícil agotar materia en este supuesto en el que la imaginación juega al socaire de unos hechos y, por ello, sin ánimo de ser exhaustivo, vamos a señalar los que han ido pasando por mis manos o los que extraigo de Resoluciones de la Dirección General.

1. Conversión de un bien privativo en ganancial realizada en base de una construcción hecha en el solar de uno de los cónyuges, declaración de obra nueva y adjudicación posterior como ganancial al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil, aun y a pesar de lo que disponen los artículos 1.355 y 1.359 del mismo cuerpo legal. Es el caso base de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de marzo de 1989, que dio la razón al Notario autorizante del documento y se la quitó al Registrador que había denegado la inscripción.

2. Otro caso —por cierto asombroso— se estructura sobre una segregación de parte de un terreno que pertenece en *nuda propiedad* y carácter privativo (del usufructo no se dice nada) y sobre el mismo se construye un edificio a costa de la sociedad de gananciales y se adjudican unos pisos —disolviendo previamente la comunidad existente con otros— con carácter ganancial a los que antes eran propietarios en nuda propiedad con carácter privativo. Trata del tema la Resolución de 14 de abril de 1989.

3. Voy a citar dos tremendos casos que creo ya he publicado en la revista *Lunes 4,30*. El primero es aquel en el que un varón adquiere en estado de soltero una finca (un piso), la hipoteca para poder pagar el precio y al cabo de dos años se enamora y se casa, sin aportar la finca a la sociedad de gananciales. Comparece ante Notario y quiere convertir el bien adquirido como privativo en ganancial, alegando que el «resto» de lo que queda pagar por hipoteca se ha hecho con dinero ganancial y la finca —no la hipoteca— debe convertirse en ganancial. Se invoca el artículo 1.355 del Código Civil.

El segundo involucra al testamento en el ceremonial. En un testamento se establece que la única finca que constituye el haber hereditario sea adjudicada a un determinado heredero, compensando a los demás en metálico. Como el heredero que recibe la finca paga a los demás herederos con dinero presuntivamente ganancial, resulta que quiere que la finca así adquirida por título lucrativo y, sin demostrar la procedencia ganancial del dinero, se convierta en ganancial. Se vuelve a invocar el artículo 1.355 del Código Civil.

4. Hay muchas otras donde las transformaciones privativas en gananciales (lo contrario ya es menos frecuente) rozan serios principios y generan problemas de nulidad como, por ejemplo, un heredero que, adquiriendo por herencia, compra a sus coherederos la parte que les corresponde, y pretende que todo el conjunto hereditario se inscriba como ganancial, ya que el dinero de la compra era de su procedencia. En la inscripción tendría que figurar como cláusula de inscripción la siguiente: «Inscribo la presente finca a nombre de don..., por título de herencia y a nombre de don... y su esposa doña..., para su sociedad de gananciales, sin atribución de cuotas.» ¡Qué horror!

Podría citar más casos, pero para muestra basta un botón. Luego recorreremos en profundidad alguno de ellos al comentar la postura de la Dirección General, que en Resolución de 7 de octubre de 1992 parece tomar medidas drásticas en esos casos, dando la razón al Registrador que acierta con precisión en la esencia del problema.

B) POSICIONES DOCTRINALES QUE AVALAN ESTE «TRAFICO»

Creo que los argumentos fundamentales que se utilizan giran sobre el gran principio de libertad contractual entre cónyuges que debe prevalecer sobre las posibles excepciones que claramente el Código Civil establece. Es decir, de entrada se niega que un principio general puede tener excepciones. Democráticamente esto hasta puede ser «admisible» o no. Curiosamente el sistema democrático de la Constitución en su formulación de principios (art. 9) los condiciona, admitiendo implícitamente excepciones a los mismos.

No obstante, entre las posiciones doctrinales existen ciertas disidencias que niegan la posibilidad. Tengo la fortuna de que el Notario de Ubeda, IGNACIO CARPIO GONZÁLEZ («Aportación a la sociedad de gananciales. Conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales», en *B. I. del Colegio de Granada*, mayo 1991), ha hecho en su estudio de la materia algo que me hubiera gustado hacer a mí: incrustar en dos grupos los autores que opinan a favor y los que lo hacen en contra. Sin perjuicio de que destaquemos la

postura de este autor y de otro que también anda metido en estos berenjenales, creo que es aconsejable utilizar el trabajo ya hecho y dar por buenas las citas y las consultas. Por ello, siguiendo al citado autor, vamos a destacar dos grupos antagónicos:

Posturas positivas. Se citan las siguientes:

- GARRIDO CERDÁ, E.: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», en *RDN*, 115, 1982, admite la posibilidad basándose en el principio de libertad de contratación.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, F.: «Autonomía de la voluntad en el actual derecho de familia», separata del *Bol. Col. Not. Granada*, mayo 1986, entiende que el artículo 1.355 del Código Civil ofrece una gran amplitud para atribuir carácter ganancial a un bien que en el momento de la adquisición fue fijado como privativo, tanto a través de un negocio traslativo típico como a través de un *acuerdo simple por contrato* entre los cónyuges.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Mutabilidad del régimen económico», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, tomo V, entiende que al permitir el Código Civil los contratos traslativos, la calificación de los bienes puede verse alterada por el desplazamiento de un patrimonio a otro: ganancial a privativa o a la inversa, siendo necesario el *pacto capitular*.
- GARCÍA SERRANO, F.: «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida en la sociedad de gananciales», en *Bol. Col. Not. Granada*, 1987, admite la posibilidad de aportaciones, fuera de capítulos como el medio más adecuado para alterar las consecuencias de la simple aplicación del artículo 1.359 del Código Civil.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, 1982, es más cauto y entiende que puede ser viable conferir el carácter ganancial a uno que ya es privativo *a reserva o no de reembolsar su importe* al cónyuge aportante, presumiéndose lo primero...

Como vemos de los autores citados, a los que podrían añadirse OLIVARES JAMES, J. M.³: «Los contratos traslativos de dominio entre los cónyuges y los efectos de la confesión conforme al artículo 1.324 del Código Civil», *AAMN*, t. XXV, 1982, y PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M.: «Suelo privativo y edificio ganancial», *Bol. Col. Not. Granada*, abril 1983, manejan como argumento fundamental la *libertad de contratación*, pero no se pronuncian en el contrato que los cónyuges deben llevar a cabo. No obstante, en aras de una objetividad, debo citar a ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S.: «Contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*,

vol. I, 1988, que a su vez cita el autor del que me valgo, el cual entiende que el negocio jurídico que produce la transformación no es el de *aportación*, sino de *calificación mutable*.

A este grupo de autores hay que añadir el que me sirve de base para estas citas, de CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE: «La atribución de ganancialidad de un bien privativo. Una correcta interpretación del artículo 1.355 del Código Civil», en *Bol. Col. Granada*, diciembre 1989, y «Atribución de ganancialidad o privatividad de los bienes de la sociedad conyugal», en *Bol. Col. Granada*, febrero 1992.

IGNACIO CARPIO GONZÁLEZ, en su extenso, documentado y profundo trabajo, enmarca el negocio jurídico de aportación como uno de *transferencia dominical*, dispositivo, pero bilateral, sujeto a la libertad de forma, dotado de una causa variable (?) constitutiva del negocio que objetivamente considerada es la contraprestación consistente en el reembolso a cuenta o en el momento liquidativo. CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE estuvo a punto de acertar en la diana en su primer artículo, pero lo estropea luego cuando quiere aclarar los conceptos de «subrogación», «causa», «reembolso» y el aspecto fiscal.

He consultado los trabajos que comentan los diversos artículos que aquí estamos manejando en la edición del Código Civil del Ministerio de Justicia, y MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS es tajante en estos supuestos. No sólo por el principio de libertad de pacto, sino porque así lo permite el artículo 1.355 del Código Civil y el artículo 1.359, cabe que un bien privativo se convierta en ganancial en el momento de la adquisición o posteriormente. Si da lugar a la transmisión del bien desde el campo privativo al ganancial, se exige la existencia de una *causa y de un reembolso*.

Aunque luego lo repita, debo precisar que salvo los dos primeros casos que cito, referidos al 1.359 del Código Civil, los demás son bienes privativos adquiridos por herencia, supuesto que difícilmente pueden encajarse en el artículo 1.355 y sí en el 1.323 del Código Civil.

Posturas negativas. Acudo de nuevo a las citas del artículo de IGNACIO CARPIO, quien brinda esta listas de autores:

- RAMS ALBESA, J.: «La subrogación real en la sociedad de gananciales», *RDN*, 135-6, entiende que no cabe el negocio jurídico de aportación basándose en el equilibrio de las masas patrimoniales y los derechos de terceros.
- BLANQUER UBEROS, R.: «Reflexiones sobre la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de los cónyuges», *RDN*, 113, 4, 1981, considera el carácter necesario de las normas de composición del patrimonio responsable frente a acreedores o de la

composición del patrimonio frente a legitimarios, impiden ese pacto de aportación.

- DE LOS MOZOS, J. L.: «La nueva sociedad de gananciales», *RDN*, 117, 8, 1982, descarta la posibilidad, ya que ningún patrimonio puede enriquecerse a costa del otro (de ahí los reintegros y reembolsos) y que el aumento o mejora del bien sigue al bien que le afecta. En su trabajo en los *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2.º, parece que admite un pacto más amplio que el del artículo 1.355 del Código Civil.
- RIVERA PONT, María Consuelo: «La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», *RCDI*, 1983, págs. 1413 y sigs., rechaza abiertamente que este artículo pueda aplicarse a casos de clara privatividad, ya que no puede traspasar los límites del artículo 1.323 (que les permite sólo contratar), que falta escalón negocial para su inscripción, que supone una transmisión encubierta y que aplicar ampliamente el 1.355 sobrepasa lo que a los cónyuges se les concede en el 1.323.
- GAVIDIA SÁNCHEZ: *Atribución voluntaria de ganancialidad*, Edit. Montecorvo, 1986, rechaza la aplicación del artículo 1.355 a las adquisiciones gratuitas y adquisiciones directas entre cónyuges, exigiendo unas garantías frente a terceros y legitimarios.

Tanto en la última parte del artículo de IGNACIO CARPIO como en el de CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE me incluyen en este grupo a consecuencia del comentario que hice a una de las cuatro o cinco Resoluciones existentes sobre la materia («Comentario a la Resolución de 10 de marzo de 1989», *RCDI*, núm. 602, págs. 221 y sigs.) que la tenía un tanto olvidada.

C) MI POSICION CRITICA DE TODO ELLO

No quiero tocar, por ahora, mi comentario a la Resolución citada ni tampoco entrar en la polémica que suscita CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE, quien, después de llamarme «admirado hipotecarista» —lo cual me hizo ponerme en guardia—, hace cuatro o cinco afirmaciones que es preciso salir al paso. Luego lo haré.

Lo más importante ahora es saber lo que dicen los artículos 1.323, 1.355 y 1.359, que son los polémicos en esta aventura del «negocio jurídico» de la aportación que ha florecido gracias a una protección de la Dirección General, que hace poco, sin embargo, le vuelve la espalda. El primero de estos artículos establece la «libertad de contratación» entre cónyuges. Los cónyuges pueden celebrar toda clase de *contratos* y, ¡por qué no!, negocios

jurídicos. No entiendo muy bien la argumentación de IGNACIO CARPIO en torno a la diferencia entre unos y otros. El artículo 1.355 del Código Civil no es más que una consecuencia de esa libertad para un caso determinado:

- Se refiere no a las adquisiciones onerosas posteriores al matrimonio que se hagan «a costa del caudal común», las cuales, conforme al artículo 1.347, 3.º, son gananciales. El artículo 1.355 del Código Civil no puede caer en una repetición.
- Quedan excluidas de este artículo todas las adquisiciones por donación, sucesión u otro título gratuito, con la excepción de lo que dispone el artículo 1.353 del Código Civil para esos casos de donaciones y sucesiones «conjuntas», a las que tampoco puede aplicarse el 1.355, ya que se «entienden gananciales».
- Queda reducido este artículo a aquellas adquisiciones onerosas durante el matrimonio que *puedan dar lugar* a un bien privativo.

Respecto del artículo 1.359 solamente puedo decir que altera el sistema de la «accesión invertida» que tanto criterio contrario había provocado en la doctrina y actualmente acepta el principio general de la accesión. Cuando examinemos la Resolución que admite el pacto del artículo 1.355 veremos si la adquisición de los bienes fue a título oneroso y los cónyuges podían darle el carácter de ganancial. Mi posición creo que era contraria.

Defender como medio idóneo el *negocio de aportación* para transformar la naturaleza de unos bienes privativos (adquiridos después de contraído el matrimonio y a título oneroso) siempre me sonó mal, pues el negocio de aportación —bien estudiado por ROCA SASTRE—, así como las figuras de la fijación, determinación, etc., solamente pueden aceptarse si están sostenidas por una *causa*. Por ello, en términos amistosos y transaccionales, logré que la mayor parte del Notariado que se relaciona en el Registro aceptase la fórmula de la aportación, valorando la misma, y dejando constancia de que «la sociedad conyugal» quedaba acreedora de la cantidad señalada actualizada o no. Hubo otras soluciones como la de la conversión del régimen ganancial en de comunidad absoluta.

Resulta curioso cómo el Código Civil hablaba en su versión original de «aportaciones al matrimonio» en capítulos matrimoniales, que venían a ser como un *inventario* de los bienes donados, de la dote, de los bienes propios y de los parafernales, así como del sistema por el que había de regirse el régimen económico del mismo. No se podía hablar de gananciales, ya que éstos comenzaban a existir desde el momento de la celebración del matrimonio. Parece ser que en la redacción actual solamente se utiliza el nombre de «aportación» para la aportación de dinero en el artículo 1.319 del Código

Civil o de bienes propios para pago de deudas, artículo 1.364 del Código Civil. Es la legislación fiscal la que da la voz de alerta al excepcionar del pago del impuesto a «las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal». ¿Qué habrá querido decir el legislador fiscal —tan apartado de conceptos jurídicos— con esa expresión que es anterior a la reforma del Código Civil? Creo que ese es el origen de la tremenda confusión que estamos padeciendo.

Vamos ya con los cuatro puntos que a mí me preocupan aclarar, pues el autor que los establece creo que carece de razón. Habíamos partido en aceptar ese hipotético «negocio jurídico» de aportación, especie híbrida que va desde los de fijación o determinación jurídica y calificación mutable hasta los de transmisión patrimonial, pero todos ellos basados en una *causa* que claramente pueda deducirse del contrato o del negocio que se pretenda. Pero ahora resulta que CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE, en segunda salida al ruedo de las aportaciones y el símil taurino es por lo del estoque, me sale con que los reembolsos ya los indica el Código Civil, con que la causa se presume, con que la Ley Hipotecaria no se refiere a la causa y que de fraudulentos no tienen nada estos negocios. Hay que salir al paso de todo ello «por alusiones», pero sobre todo que una cosa es el cambio de opiniones para poder solucionar el tema y otra que se nos trate de imponer criterios que no responden al más elemental sentido de juridicidad. Y no quiero entrar en el campo de la ética profesional.

- *Problema de la causa.* A este autor le parece poco correcta la «mención expresa» de la causa, según parece exigir la DGRN en Resolución de 25 de septiembre de 1990. A mí el problema de la causa me ha producido un gran respeto siempre, quizá por no haber llegado a la precisión de su esencia. Por eso le acepto no sólo las distinciones de la causa de la obligación, del contrato y de la declaración de voluntad y otras precisiones de la misma, pero lo que no puedo admitir es que me distinga entre causas «típicas» y «causas genéricas» (IGNACIO CARPIO también habla de una «causa variable» que más bien puede ser coexistente...), pues una de tres —conforme al Código Civil—, estamos ante un contrato sinalagmático en el que es precisa la contraprestación, en el remuneratorio o en el de pura beneficencia. Parece que el contrato, si el contrato es sinalagmático —típico o atípico— y oneroso, exige que cada parte haga o de algo, o lo que es lo mismo: que exista una contraprestación. El «negocio jurídico» de la aportación no puede suponer una «excepción» y debe estar incluido en el genérico artículo 1.274 del Código Civil para así evitar que la presunción de «existencia y validez de la causa» (art. 1.277 C.C.) no pueda entrar en juego. No ha de olvidarse que esa

presunción del artículo 1.277 del Código Civil es mientras no se demuestre lo contrario. La estructuración del negocio de aportación a la sociedad conyugal, sin que se diga que ésta queda obligada al reembolso por un determinado importe (actualizado o con el valor de la aportación, lo cual sería renunciar en parte al reembolso), *destruye o no permute* la presunción de la existencia de la causa. Es muy semejante al caso de la compraventa en que no se diga nada del precio o en un arriendo en que se omita de la renta. El «negocio jurídico», para ser perfecto, exige reunir todos y cada uno de los requisitos legales sea la «causa típica» o «genérica» (terminología difícil de comprender para mis alcances).

Y ya que estamos hablando de la causa, convendría recordar a este ilustre compañero (ponte en guardia, compañero) que la legislación hipotecaria sí habla de causa. ¿No recuerdas cómo NÚÑEZ LAGOS insistió en que el registro era de «títulos», y LA RICA le dijo sí, pero de «títulos y modos»? No sé tu concepción del título, pero no voy a recomendarte que te leas la legislación hipotecaria —pues eso, como dijo AGUSTÍN DE FOXÁ, es «peor que la lepra y las culebras»—, pero con que te acerques al *índice* verás que el artículo 193.2 del Reglamento Hipotecario se habla de «causa o razón», que anula la afirmación genérica que haces en tu trabajo. *Sotto voce* te diré que no hay muchos que conocen esta cita.

- *Problemas del reembolso.* El citado autor critica también la postura que la Dirección General mantiene en la Resolución de 25 de septiembre de 1990 sobre la necesidad de hacer constar el *derecho de reembolso*, que es la contraprestación causal del contrato sinalagmático. El argumento fundamental que este ilustre compañero utiliza es que, en todo caso, «el reembolso se producirá al liquidarse la sociedad», ya que los artículos 1.346, 1.347, 1.352, 1.358, 1.359, 1.362, 1.364, 1.397, 1.398 y 1.403 así lo vienen a disponer.

Este argumento es poco convincente y no es válido para este caso, pues todos los artículos citados —léidos reposadamente— están presuponiendo la existencia de un préstamo, un anticipo o el pago hecho por un tercero que lleva inevitablemente a la necesidad de un reembolso para evitar el enriquecimiento injusto o sin causa, cosa totalmente distinta de la aportación a la sociedad conyugal de un bien privativo para convertirlo en ganancial. Una cosa es el mecanismo contable e interno que exige el equilibrio de la comunidad ganancial y otra es el aumento patrimonial que la misma recibe por una aportación. Ninguno de esos artículos habla para nada de las aportaciones que estamos contemplando.

- *Problema del fraude fiscal y de otros.* Ya he apuntado antes que la

legislación fiscal abre cauce a las aportaciones de bienes y derechos a la sociedad conyugal, dándoles el trato de favor de ser actos exentos. Ello estaba basado en que el texto de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales es anterior a la reforma del Código Civil y esas aportaciones sólo podían ser las de la dote, los parafernales, las donaciones, los bienes propios, etc., que constituían las capitulaciones anteriores al matrimonio. Salvo que nos saltemos el principio constitucional del rango legislativo («jerarquía normativa», dice el art. 9) podríamos admitir que el Reglamento, ya posterior a la reforma, mantiene la exención y se adapta a la reforma, cosa que no podría hacer por ir en contra de la ley. Recordar esto a un jurista me resulta muy penoso. Tampoco vale la cita del Régimen Local y las plusvalías, ya que la analogía no entra en juego, al ser impuestos distintos y la interpretación debe ser restrictiva. Lo que sí acepto es que si el legislador fiscal se hubiera dado cuenta de «este filón» que suponen las «aportaciones» se hubiera lanzado a gravarlas...

No me he llegado a creer nunca que las «parejas» de cónyuges que atraviesan momentos difíciles discurran por su cuenta la conversión de los bienes privativos en gananciales, cuando lo que se pretende en la actualidad es la independencia «económica». Alguien les orienta, pero me resisto a creer que en la formación y afirmación de la voluntad de las partes se aconseje este medio para evitar males mayores, pues ello sí podría constituir una complicidad fraudulenta. Digo esto porque es evidente que detrás de esas aportaciones, aunque notarialmente no pueda detectarse, llegan al Registro tres o cuatro embargos que el Libro Diario descubre a través del asiento de presentación. ¿Y qué sucede en estos casos? Que si aceptas el «negocio jurídico» de aportación en base de las razones que nos está ofreciendo la práctica notarial el embargo está dirigido contra el marido y la finca ya tiene otro titular más al que no se le ha notificado. También podríamos hablar de las hipotecas unilaterales, los arriendos, etc. La picaresca en esto es más amplia del caso que cita el Notario CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE, del «tío de América».

D) SOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En los varios casos en los que ha tenido que decidir la Dirección General pienso que existe una postura de avance —que motiva y envalentona al Notariado— y otra de retroceso en la que surge la crítica y la reacción. Como la última de las Resoluciones que cito es muy reciente y no está

comentada, creo que ya vamos a dejar de padecer esa avalancha de aportaciones a las que se les pone un serio correctivo a tener muy en cuenta.

Creo que en la exposición debo ir escalonadamente —muy al estilo de la nueva Ley del Suelo— para ir viendo los matices y la evolución sufrida. Debo sentirme satisfecho, pues mis ideas iniciales ante el problema —y de esto hace tiempo— las he visto confirmadas, sin que haya podido lograr un recurso que las avalase.

Resolución de 10 de marzo de 1989.—Esta Resolución —quizá la primera que aborda el tema— declara inscribible la conversión de un bien privativo en ganancial realizada en base de una edificación y adjudicación posterior en terreno privativo al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil y a pesar de lo que disponen los artículos 1.355 y 1.359 del Código Civil.

Este es el resumen que encabeza mi comentario de la misma en la *RCDI* que antes cité. Quizá, remitiéndome a lo que entonces dije, podía salvar el tema, pero creo que debe insistirse en que aquella solución que la Dirección ofreció hablando de que en virtud de la libertad de pacto del 1.323 del Código Civil cabían desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges «por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto entre los cuales no puede desconocerse el *negocio de aportación* de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada...» fue la causa «torpe» que abrió las puertas al Notariado para el trasiego de bienes sin causa y con motivos ocultos.

El caso —pese al entredicho del prestigio y crédito profesional del Notario— era clarísimo en su solución y lo apuntaba en mi comentario «¿Cabe en capítulos matrimoniales una estipulación en contra de lo que dispone el artículo 1.359 del Código Civil para volver a la solución del 1.404 del anterior Código?». Eso destruía el argumento *dispositivo* del Notario autorizante. Pero es que hay más, y es que el Notario —pese a su prestigio y crédito— se permitió el lujo jurídico de decir que el 1.355 del Código Civil avala la adquisición «onerosa» por accesión. Este Notario —compañero de Facultad— no recordaba, casi seguro, que CASTÁN citaba a BIANCHI, que explicó en su día que la «accesión», siendo un modo de adquirir, no depende de *un nuevo título*, de una nueva *causa* que le inviste de aquel derecho, sino que es el título mismo de propiedad de la cosa principal el que somete la accesoria al derecho de la misma persona. Esto demostraba clarísimamente que este supuesto no encajaba en el artículo 1.355 del Código Civil, cosa que la Dirección reconocía. A mí me gustaría que me pusiesen ejemplos en los que fuera de las adquisiciones onerosas a costa del caudal común, que son gananciales, conforme al artículo 1.347,3,

entra o puede entrar en juego el absurdo artículo 1.355 del Código Civil. Demostrado que en el caso concreto se acude por la Dirección, a través de la aportación, al 1.323 y no al 1.355 del Código Civil, vamos a ver por qué no se concretó la necesidad de una causa y la utilización de un contrato «típico».

Resolución de 14 de abril de 1989.—No me puedo acordar de la razón por la que yo no comenté esta Resolución. Quizá sean cosas de mecánica organizadora, más que de temor a mi postura contraria al fallo que en ella se reflejaba. El caso que ofrece es muy semejante al anterior y al estar proclamada poco después de ella, lógicamente tenía que tener el mismo resultado. No obstante, de los hechos se vislumbra más complicación, pues unos padres hacen donación de nuda propiedad a sus hijos de una parcela que se segrega de otra finca. Los padres se reservan el usufructo. Sobre la parcela segregada se construye un edificio a expensas de las respectivas sociedades conyugales de los hijos, se divide horizontalmente la obra y se adjudica en «pleno dominio» (no en «nuda propiedad»), pero con carácter ganancial los pisos y el garaje.

La solución del caso es semejante al del anterior: volvemos a la libertad de contratación entre cónyuges del 1.323 del Código Civil, que permite cualquier desplazamiento patrimonial siempre que se produzca por los medios previstos al efecto, entre los que no cabe desconocer el negocio de comunicación de bienes o aportación a una comunidad... Esto supuso echar más leña al fuego, ya que en el presente caso había una auténtica contradicción entre la titularidad privativa en «nuda propiedad» y la adjudicación en «pleno dominio» ya ganancial. ¿Qué pasó del usufructo?

El comentario hubiera permitido más críticas que la resolución anterior, ya que en los hechos existían más irregularidades y se operaba por representación de los cónyuges. En suma, había mucho revoltijo. No digamos nada del informe que emite el Notario sobre el carácter dispositivo o impositivo del artículo 1.359 del Código Civil y el anterior 1.404 que no hay por donde cogerlo.

Resolución de 25 de septiembre de 1990.—El caso que contempla la Resolución citada es el de compra de un local comercial por dos esposos en el que el marido adquiere el 60 por 100 con carácter privativo y los dos esposos el 40 por 100 restante para su sociedad conyugal. Se procede a inscribir el 40 por 100, pero se suspende el 60 por 100 restante, dado que no se justifica el carácter del precio mediante prueba documental como exigen los artículos 1.365 del Código Civil y 93.2 del Reglamento Hipotecario. Me imagino que la cita del 1.365 se está refiriendo al 1.355 del Código Civil.

La Dirección General, en el presente caso, «frena» el desenfreno de estos singulares casos que pretenden «engordar» la sociedad de gananciales y, aun admitiendo el principio de libertad de pacto del conocido artículo 1.323 del Código Civil, dice que ese desplazamiento patrimonial puede realizarse por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado, todo ello aun y a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho *negocio atributivo* responda a una causa adecuada que justifique la operatividad del principio de subrogación real (art. 1.347,3 C.C), cual, por ejemplo, la transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente o el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1.358 del Código Civil. Dicho negocio de «atribución patrimonial» no debe confundirse con la *confesión* de privatividad.

Pero esta Resolución, que ya supone un gran avance frente a las anteriores, se quiebra en cuanto de una parte se rechaza la suspensión de inscripción sostenida por el Registrador, pero no se acuerda la inscripción solicitada, toda vez que la posible excepción al principio de «subrogación real» depende de la «validez» del negocio de atribución de privatividad, lo cual puede enjuiciarse si existe *o consta* la causa.

Resolución de 21 de enero de 1991.—Es un supuesto de donación de fincas en *nuda propiedad* a la hija de un matrimonio en que se reservan los esposos «para sí el usufructo conjunto (y sucesivo) con su esposa».

Incidentalmente la Dirección General de los Registros, en su apartado 4 de la Resolución citada, y apartándose del tema central del usufructo conjunto o sucesivo y la alteración o no de los capítulos matrimoniales y las masas de bienes, dice que lo que sí es cierto es que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca *causalizado*.

Para llegar a esta conclusión se invoca la Resolución que hemos expuesto anteriormente (la de 25 de septiembre de 1990), que a mi humilde entender suponía un paso adelante para dejar bien claro que esos desplazamientos patrimoniales deberían tener un envase típico con su causa o una causa que justificase los mismos. Creo, por ello, que esta Resolución es «híbrida»: dice algo, pero no se atreve a decir todo, aunque al tratarse de un inciso en el motivo principal, debe entenderse que esté preparando el camino definitivo de las dos Resoluciones que vamos a citar.

Resolución de 7 de octubre de 1992.—Los hechos que dan motivo a esta Resolución son los de una aportación a la sociedad de gananciales de unas participaciones indivisas que tanto el marido como la mujer han adquirido

a título gratuito y con carácter privativo. Las participaciones no son de la misma finca, pero una y otra tienen valoración documental.

Hay ya en esta Resolución una variante respecto de la admisión de la figura del negocio de «aportación», pues en ella, como en las dos anteriores citadas, se comienza a hablar del *negocio de atribución patrimonial* o de *comunicación de bienes*. La Dirección General, además, ya recoge algo importante y es que el artículo 1.355 del Código Civil no es una excepción al principio de subrogación real, como tampoco revelador de norma imperativa y puede ser una expresión concreta que descubre nuevos principios de libertad o manifestación de reglas de libertad.

Siguiendo su cauce marcado en otras Resoluciones llega al problema final planteando la cuestión de si la causa del negocio aparece plenamente expresada (o expresada con la claridad necesaria) para la calificación registral, aunque en el momento de resolver no aborda la cuestión, pero en el informe del Registrador ya se hacía alusión al problema.

Resolución de 26 de octubre de 1992.—La cuestión de hecho que se plantea en el recurso versa sobre un caso semejante al que se refiere la primera de las Resoluciones citadas y creo que es importante señalarlo, pues el criterio resolutorio es diferente en una y otra. Un solar pertenece privativamente a una persona, por herencia, y otro solar colindante le pertenece al mismo y a su esposa con carácter ganancial. Los agrupan, edifican y quieren que el «todo» sea ganancial.

Entiendo —y no sé quién es el compañero que puso la nota— que fue un acierto poner en la misma el interrogante del negocio que transforma el bien privativo en ganancial. ¿Basta el simple *acuerdo* entre las partes para ello? Este es el tema al que le hemos estado dando tantas vueltas y revueltas acudiendo a negocios de atribución patrimonial, aportaciones, determinaciones, fijaciones, etc. Notario y Registrador —dice la Dirección— están de acuerdo en el principio de libertad de contratación. Nadie lo negó nunca, lo que sucede es que ese principio de libertad se utilizó para justificar otros negocios con esas finalidades que ya hemos apuntado y que ahora la Dirección corta de raíz: «el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los *ciertos contratos* que, seguido de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil».

Llegados a este mojón es preciso hacer un resumen que ponga los puntos en su sitio y que, sin perjuicio de reconocer la valiosa aportación que hace el cuerpo notarial en diversos trabajos, desmontar esas construcciones que se nos han ofrecido provocadoramente. Desde el primer caso que tuve frente a mí, creo que di razones suficientes para no admitirlo y no ya por

el posible fraude fiscal o de acreedores que pueda encerrar, ya que eso no entra en mi calificación, sino porque el 1.355 del Código Civil se le coló al legislador que mantuvo la redacción de otros preceptos, sin darse cuenta que difícilmente puede servir en alguno de los casos conocidos. Por supuesto, que querer que el mismo sea viable para desvirtuar lo que dispone el artículo 1.359 del mismo Código es querer regresar a la legislación anterior y desconocer la esencia del principio de «accesión» por mí mantenida en el primer comentario que hice a la Resolución de 10 de marzo de 1989.

Tampoco quiero cargar tintas en contra de la actuación notarial, pues hemos visto cómo la Dirección General no resultaba lo suficientemente contundente para plantear el problema en su crudeza, ¿qué es lo que se esconde detrás de una *aportación* a la sociedad conyugal? ¿Un negocio gratuito o un negocio oneroso, una donación, una permuta o una compraventa? Yo hasta en ciertos momentos he pensado ante ciertas escrituras si las mismas estaban hechas con el propósito de provocar un recurso, aunque fuera a efectos doctrinales, pero nunca tuve ocasión de ello. Tampoco me ha encajado el que tantos cónyuges traten de «nutrir» su sociedad de gananciales de bienes originariamente privativos, pues la naturaleza del hombre y de la mujer es aferrarse a lo «suyo» y para los suyos. De ahí que, descartando razones y motivos, viese la realidad a través del Libro Diario de presentaciones. Una aportación y unos documentos posteriores comprometedores.

¿Estaremos en el buen camino ahora con esta Resolución de la Dirección General? Yo creo que sí, pues tanto Notarios como Registradores en sus respectivos espacios de actuación quedan «afectados» por estas decisiones superiores. Ello va a suponer una disminución de «aportaciones», un enflaquecimiento de las masas gananciales, pero sin que la palabra donación, venta o permuta influya para nada en la liquidación del impuesto.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) **Tratados internacionales y Derecho comunitario**

En el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 302, de 19 de octubre, se publica el Reglamento CEE número 2913/92, del Consejo, por el que se aprueba el Código Aduanero comunitario.

B) **Legislación española**

Durante el mes de noviembre se han publicado en el *BOE* las siguientes disposiciones nacionales:

Día 3. *Régimen electoral*.—Ley Orgánica 6/1992, de 2 de noviembre, por la que se modifican los artículos 72, 73 y 141 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Día 12. *Entidades religiosas*.—Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

— Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

— Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

Día 21. *Jubilación de Jueces*.—Ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, por la que se fija la edad de jubilación de Jueces y Magistrados y se integra diverso personal médico en el Cuerpo de Médicos Forenses.

Día 25. *Puertos y Marina Mercante*.—Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

— *Medidas presupuestarias*.—Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes.

Día 27. *Administraciones Públicas*.—Ley 30/1992, de 26 de noviem-

bre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el mes de diciembre se han publicado tres Leyes Orgánicas:

— Una reformando el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre drogas.

— Otra sobre competencias de las Comunidades Autónomas del artículo 143 de la Constitución.

— Y otra autorizando la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea de Maastricht.

También se han promulgado varias leyes:

— Sobre modificación del Estatuto de Trabajadores.

— Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.

— Ley de Impuestos Especiales.

— Y Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

En la disposición transitoria novena se establece para 1993 el interés legal del dinero en el 10 por 100. El interés de demora a que se refiere el artículo 58.2 de la Ley General Tributaria será del 12 por 100.

Es importante el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Hipotecario y Notarial, para desarrollar las modificaciones que se introdujeron por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de este año.

También lo es el Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, que desarrolla determinados preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual.

C) Comunidades Autónomas

Aragón.—Ley de 4 de noviembre, de Fianzas de Arrendamientos y otros contratos.

— Ley de 24 de noviembre, de Ordenación del Territorio.

País Vasco.—En su *Boletín Oficial* del día 15 de diciembre se publica edicto del Tribunal Constitucional haciendo saber que se han planteado por el Presidente del Gobierno recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Derecho Civil Foral.

Extremadura.—En su *Boletín* de 22 de diciembre se publican las siguientes Leyes:

— Ley 4/1992, de 26 de noviembre, de Financiación Agraria Extremeña.

- Ley 5/1992, de 26 de noviembre, sobre Ordenación de las Producciones Agrarias en Extremadura.
- Ley 6/1992, de 26 de noviembre, de Fomento de la Agricultura Ecológica, Natural y Extensiva de Extremadura.
- Ley 7/1992, de 26 de noviembre, del Agricultor a Título Principal y de las Explotaciones Calificadas de Singulares.
- Ley 8/1992, de 26 de noviembre, para la Modernización y Mejora de las Estructuras de las Tierras de Regadío.

Cantabria.—En su *Boletín* de 28 de diciembre se publica la Ley de Cantabria 8/1992, de 16 de diciembre, para la Determinación de la Capiabilidad de los Partidos Judiciales de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

II. Información de actividades

1. JORNADAS SOBRE TIPOS ESPECIALES DE GARANTIA HIPOTECARIA

En el salón de actos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se han celebrado estas Jornadas durante los días 3, 4 y 5 de noviembre en Madrid. En Barcelona, en los locales de la Delegación Territorial de dicho Colegio en Cataluña, en los días 24, 25 y 26 del mismo mes de noviembre, se ha repetido el ciclo.

Las conferencias desarrolladas han sido las siguientes:

- «Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda», por don Manuel Amorós Guardiola.
- «Hipoteca cambiaria», por don Antonio Manzano Solano.
- «Hipoteca en garantía de obligaciones al portador», por don Fernando Canals Brage.
- «Hipoteca flotante: la liquidación de la deuda en las hipotecas de máximo», por don Juan Manuel Rey Portolés.
- «Hipoteca en garantía de créditos sindicados», por don Jesús Víctor Muro Villalón.
- «Hipoteca sobre suelo urbanizable», por don José Luis Laso Martínez.
- «Hipoteca en garantía de créditos conectados con el control de cambios y en divisas», por don José Antonio Miquel Calatayud.
- «Hipoteca con cláusula de *endowment*», por don Mariano Álvarez Pérez.

- «Hipoteca en garantía de pensiones alimenticias en convenios de separación matrimonial», por don Francisco Corral Dueñas.

Todos los conferenciantes son Registradores de la Propiedad.

2. ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO

Ha comenzado el ciclo de conferencias del año académico 1992-1993 en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid. La primera conferencia tuvo lugar el día 22 de octubre y el programa alcanza hasta el 27 de mayo del año próximo.

Las conferencias desarrolladas en los dos últimos meses han sido las siguientes:

- Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: «La reforma de la jurisdicción voluntaria».
- Excmo. Sr. don Juan Ventura Fuentes Lojo, Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado, y Abogado: «Arrendamientos e hipoteca».
- Don Aníbal Sánchez de Andrés, Catedrático de Derecho Mercantil, Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: «Las cláusulas de “blindaje” societario con especial atención al estatuto de las sociedades cotizadas».
- Don Joaquín Lanzas Galvache, Registrador Mercantil: «Algunos problemas notariales y registrales en materia de Sociedades Anónimas».
- Don Juan Romero-Girón Deleito, Notario de Madrid: «Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria».

3. REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

El día 16 de noviembre se celebró solemne sesión inaugural del curso 1992-93, en la cual se leyó el resumen del curso anterior por el Académico Secretario general don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, que es el Director de nuestra REVISTA.

A continuación el Presidente de la Academia, don Antonio Hernández Gil, leyó el discurso inaugural titulado «De la experiencia jurídica».

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 28 de septiembre de 1992.—COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS SOBRE MATERIAS DE DERECHO CIVIL.—Desarrollo de las legislaciones forales o especiales.—Pleno —Ponente: don Miguel Rodríguez Piñeiro.—Votos particulares.

ANTECEDENTES

Mediante escrito registrado con fecha 18 de marzo de 1987 se presentó por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, sobre arrendamientos históricos valencianos, que fue publicada en el *Diario Oficial* de dicha Comunidad Autónoma número 489, de 18 de diciembre de 1986. Se hizo invocación expresa de lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución respecto a los preceptos objeto de impugnación: artículo 2, párrafo segundo, último inciso del artículo 3.2; artículo 9 y disposición transitoria de la referida Ley 6/1986.

En la fundamentación jurídica del recurso se comienza por hacer referencia al artículo 149.1 8 de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan», enunciando en el que —se dice— el término «especial» no asumiría significación distinta a la expresión «foral». Esta competencia autonómica presupone la existencia y vigencia del Derecho foral al tiempo de promulgarse la Norma constitucional, y por ello la pauta sobre su ámbito y extensión viene dada por el marco normativo realmente existente en materia de Derecho foral en cada territorio. Este Derecho podría ser modificado y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca a costa del Derecho común, porque ahí —se observa— se encuentra el límite de otra competencia que se halla explícita y exclusivamente atribuida al Estado. Por ello, la competencia instituida en el artículo 31.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana (que reproduce prácticamente el mandato constitucional del art. 149.1 8) debe ser entendida de acuerdo con la realidad normativa del Derecho civil valenciano que —dice el Abogado del Estado— carece actualmente de toda norma escrita, por gloriosa que fuera su tradición, y en donde no pueden reconocerse otras fuentes que aquellas de carácter consue-

ordinario en cuanto tengan vigencia y en la medida en que ello no contravenga el sistema y orden de jerarquía de fuentes del Código Civil. Esto no significa que queden viados de contenido los enunciados competenciales de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho foral, porque entre las competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral se cuenta indiscutiblemente la facultad de que las normas experimenten una distinta expresión formal y que lo que se tenga por costumbre pueda sancionarse en una norma escrita. Nada hay que objetar, así, a que la Comunidad Autónoma de Valencia legisle en la medida en que sea apreciable la existencia de un Derecho consuetudinario especial, pero tal posibilidad no debe alterar las fronteras entre el Derecho común (y la competencia estatal sobre legislación civil) y Derecho foral (que es, en el caso de la Comunidad Valenciana, una competencia sobre Derecho consuetudinario), y para que tales límites no se vean alterados es forzoso reconocer que una posible reducción de las costumbres a Derecho escrito no puede traducirse jamás en una variación en la jerarquía de fuentes aplicables a un instituto jurídico cualquiera. No por el hecho de codificarse podrá aspirar la costumbre a ocupar una posición jerárquica diferente a la que tenía en su forma de expresión primitiva. Si la costumbre regía en defecto de una ley aplicable, la Ley autónoma que la sancione no podrá pretender ocupar el rango de ley preferente frente a una ley estatal anterior o posterior a su vigencia.

En un segundo orden de consideraciones, observa el Abogado del Estado que de los preceptos de la Ley impugnada, y de su propio preámbulo, se infiere más el propósito de resucitar una costumbre con rasgos históricos imprecisos, pero sin vigencia, que el de dar una regulación a una realidad viva y actual. La Ley impugnada se apoya en «vestigios» o «retazos» del antiguo régimen foral, transmitidos por obras eruditas, y ni siquiera la realidad del Derecho consuetudinario está reconocida en ella, lo que queda patente en la referencia de su artículo 2 a que «los arrendamientos históricos valencianos deberán ser objeto de reconocimiento mediante declaración de la Administración autonómica» y por el hecho de que la prueba de la institución se confía, en el artículo 3, a dictamen pericial de especialista, en el que se recoja la oportuna investigación histórico-jurídica. Observa el Abogado del Estado que los datos históricos sobre estos contratos de arrendamiento de régimen consuetudinario son escasos y advierten suficientemente tanto sobre la multiplicidad de usos como sobre su diferente implantación local, citando al efecto diversas obras sobre la materia (entre ellas, los estudios histórico-jurídicos de Joaquín Costa).

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido: 1.º Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 2, párrafo segundo, y del inciso final («la resolución recaída podrá también ser objeto de impugnación en vía administrativa») del artículo 3.2 de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de las Cortes Valencianas, de Regulación de los Arrendamientos Históricos Valencianos; 2.º Rechazar, en todo lo demás, el recurso de inconstitucionalidad

Todo ello en virtud de los siguientes

Fundamentos jurídicos

1. Aunque en el presente recurso se impugnan sólo determinados preceptos de la Ley valenciana 6/1986 (art. 2. párrafo segundo, art. 3.2, último inciso,

art. 9 y disposición transitoria), en el recurso se realizan previamente unas consideraciones de alcance general sobre el sentido y límites de la competencia que se ha querido ejercer por la Generalidad de Valencia al adoptar esta Ley, consideraciones que tratan de cuestionar la validez de las disposiciones impugnadas. a su vez, en la contestación a la demanda, la representación de la Comunidad Autónoma dedica buena parte de sus alegaciones a defender dicha competencia, manteniendo una posición sustancialmente diferente de la representación del Estado sobre el alcance e interpretación de los artículos 149.1.8 CE y artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EACV). Por ello, el alcance de la competencia autonómica para regular la materia de los arrendamientos históricos valencianos, a la luz de los citados preceptos, constituye una cuestión previa que ha de ser objeto de análisis preliminar, pues sólo tras su fijación y aclaración será posible dar respuesta, en la medida precisa, a las concretas impugnaciones deducidas.

El artículo 149.1.8 CE atribuye a las instituciones generales del Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», sin perjuicio —añade el precepto, en lo que ahora importa— «de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan». El amplio enunciado de esta última salvedad («Derechos civiles, forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos. Este entendimiento amplio del precepto consuetudinario es el que quedó plasmado, por lo demás, en el artículo 31.2 del EACV, pues la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano» no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común.

Sin perjuicio de las observaciones y matizaciones que después se harán, no es, pues, dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado artículo 149.1.8 de la Constitución y que se configura en el artículo 31.2 del EACV, precepto este último cuya virtualidad competencial ha de ser entendida, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1982, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias de titularidad estatal.

2. El Abogado del Estado no niega una competencia legislativa autonómica para regular los usos preexistentes pero entiende que el ejercicio de la misma ha de respetar la jerarquía de fuentes, de modo que la competencia sobre Derecho consuetudinario, y la posibilidad de reducción de la costumbre a Derecho escrito no podría suponer que esta costumbre codificada asumiera

una posición jerárquica diferente, como fuente de carácter subsidiario, a la que tenía en su forma de expresión primitiva

Sin embargo, este argumento supone imponer al legislador autonómico una restricción que no figura ni es congruente con lo dispuesto en los artículos 149.1.8 CE y 31.2 EACV, que al conceder una competencia legislativa propia, otorga a la legislación civil autonómica consiguiente aplicación preferente frente a la legislación del Estado como se deduce del artículo 149.3 CE y se refleja en el artículo 13.2 del Código Civil. Por ello el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, atribuida por la Constitución y el Estatuto, supone una alteración sustancial en la posición de la norma en la jerarquía de fuentes, ya que la regla que, como costumbre, venía rigiendo sólo en defecto de ley aplicable, esto es, como fuente de carácter secundario e inoponible a los dictados del Derecho común (art. 1.3 Código Civil), al ser incorporada a la Ley autonómica se torna en Ley especial de aplicación preferente a la legislación civil del Estado que deviene así, y en ese momento, Derecho supletorio (art. 13.2 CC), aplicación preferente reconocida, en general, por el Derecho de Estado (disposición adicional primera tanto de la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, como de la Ley 1/1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos) Mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior Derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de Derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del Derecho civil común (art. 149.3 de la Constitución y arts. 13 a 16 del Código Civil), y esa es precisamente la finalidad de la Ley impugnada: dar rango de Ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria.

El Abogado del Estado sostiene, además, que la Ley valenciana no refleja una realidad consuetudinaria efectivamente existente, condición constitucional imprescindible para la competencia autonómica, sino que crea una normativa distinta de la estatal sin conexión previa con usos vigentes

Arguye de contrario la representación de la Comunidad Autónoma que nos hallamos ante usos jurídicos realmente existentes, aportando, a tal efecto, abundante documentación sobre la historia y la realidad de estos arrendamientos. Ambas partes vienen así a aceptar que la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad autónoma Valenciana se constituye en auténtico presupuesto *ex* artículo 149.1.8 para el válido ejercicio de la competencia conferida por el artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía y que dicha competencia sólo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la Ley hoy impugnada, por la costumbre.

La Ley autonómica impugnada declara su propósito de formalizar y fijar unas determinadas reglas consuetudinarias que, hasta hoy, se habrían venido aplicando sólo a unos ciertos contratos (los llamados «arrendamientos históricos») que, al menos en parte, se habrían regido por una costumbre que sería especial no sólo por su peculiaridad sustantiva respecto al Derecho común, sino también por su alcance limitado y definido en el tiempo. Esta costumbre especial es, como inequívocamente expresa el artículo 1 de la Ley impugnada, a la que se ha querido dar forma de ley, configurando dentro del Derecho arrendaticio rústico un *ius singulare*, en el doble sentido de ser, en primer lugar, un régimen diferenciado del civil común y, en segundo lugar, en el

territorio autonómico, una ordenación específica para ciertos contratos de arrendamiento, singularizados por haber venido siendo sometidas previamente a una costumbre cuyas reglas recoge la Ley.

Esto contrastado, son dos las consideraciones de orden general que se imponen:

a) No es, en primer lugar, dudoso que el arrendamiento histórico, como figura consuetudinaria, ha existido y existe en el territorio valenciano, cualquiera que sea su importancia relativa en el conjunto de contratos de arriendo. Ello resulta de la amplia documentación aportada por la Comunidad Autónoma, sin que el Estado haya aportado, para desvirtuarla, otros documentos o materiales de diferente signo. Teniendo esto en cuenta, no cabe discutir la competencia de la Comunidad autónoma para conservar ese Derecho consuetudinario propio, labor de conservación que es la expresamente afirmada por la Ley impugnada y la citada —junto a la de «modificación» y «desarrollo»— en el artículo 31.2 del EACV.

b) La Ley, de otra parte, se aplicará a determinados contratos «históricos», en función no sólo del momento en que se pactaron, sino de las reglas a las que se vieron sometidos. Así, el presupuesto y la condición de aplicabilidad de estas normas legales residen en la costumbre que recogen, régimen consuetudinario que no sólo delimita el objeto, sino el mismo contenido dispositivo del régimen legal. Se quiere decir con ello que los límites constitucionales y estatutarios que condicionan la validez de la Ley son los mismos que ésta establece para su aplicabilidad, puesto que la misma se incardina y se restringe al objeto mismo ordenado consuetudinariamente. Ello permite rechazar las reticencias formuladas por el Abogado del Estado sobre si la Ley autonómica es una real plasmación de normas consuetudinarias efectivamente aplicadas hasta su adopción, toda vez que el presupuesto de validez constitucional de la Ley, en cuanto al ejercicio de competencias autonómicas, coincide exactamente con sus condiciones de aplicabilidad en cada caso; esta es una cuestión que ha de ser resuelta en última instancia por los órganos jurisdiccionales competentes para ello, en los correspondientes procesos que puedan suscitarse.

Partiendo así de la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la Ley impugnada, ha de entrarse en el examen de las concretas impugnaciones deducidas en el recurso.

3. Los preceptos impugnados lo han sido con argumentación diversa. Así, los artículos 2, segundo párrafo, y 3 2, último inciso, se tachan en el recurso de inconstitucionales por la conculcación que supondrían de la exclusiva competencia estatal en orden a la legislación procesal (art. 149 1.6 de la Constitución); el artículo 9, por su parte, es objeto de un reproche sustantivo, en la medida en que se ve en el mismo una divergencia o contradicción inaceptable con las reglas sucesorias en el arriendo establecidas por la legislación del Estado y la disposición transitoria, en fin, se califica también de inconstitucional por lo que encerraría de excepción a la aplicación del Derecho común arrendaticio. Consideraremos primero, en este fundamento, aquella tacha de carácter sustantivo (frente al art. 9) y examinaremos a continuación los motivos de inconstitucionalidad aducidos contra el resto de disposiciones impugnadas.

El artículo 9 de la Ley 6/1986 establece en sus dos apartados sendas pre-

visiones «en garantía de la continuidad de la explotación agraria» y relativas, respectivamente, a la sucesión *mortis causa* y a la cesión *inter vivos* del derecho al cultivo, previsiones, una y otra, que han sido calificadas de inconstitucionales en el recurso por contrariar las previsiones al efecto establecidas en la Ley estatal 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, y conculcar, a su través, la exclusiva competencia del Estado sobre la legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución) Además, al apartado primero de este artículo 9 se le reprocha haber incurrido en contradicción con lo prevenido en el artículo 10 de la propia Ley, conculcándose así —se dice— lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución (hay que suponer que en lo relativo al principio, allí enunciado, de «seguridad jurídica») Nada hemos de decir, por lo pronto, en cuanto a este último alegato, pues las posibles inconsistencias, y aun antinomias, entre dos o más preceptos de un texto legal son, en sí, constitutivas de inconstitucionalidad ni deben ser resueltas por este Tribunal, sino por la jurisdicción ordinaria, a la que corresponde, en efecto, armonizar, cohesionar o integrar las previsiones normativas a lo largo del proceso de aplicación del Derecho.

La mera discrepancia —que la representación de la Generalidad no acepta enteramente— entre lo establecido en el artículo 9 de la Ley 6/1986 y lo dispuesto en la legislación estatal de arrendamientos rústicos no depararía, desde luego, resultado alguno de inconstitucionalidad para aquel precepto, pues la competencia autonómica ex artículo 31.2 del EACV permite, como hemos visto, que exista, con los límites asimismo reseñados, una normativa civil propia y hace posible, por lo mismo, divergencias entre tal posible disciplina legal y la dictada por las Cortes Generales, resultado éste previsto incluso, como no podía ser de otro modo, por las leyes del Estado en la materia (disposición adicional primera tanto de la Ley 8/1983 como de la Ley 1/1992, ya citadas).

La competencia de la Generalidad Valenciana para regular los arrendamientos históricos valencianos, siguiendo la costumbre prefijada por los usos jurídicos desarrollados a través de los tiempos, le permite regular la sucesión en relación con estos arrendamientos de forma diferente a la legislación del Estado y de acuerdo a aquella costumbre, que según la Generalidad Valenciana, el precepto se limita a fijar, coincida o no, por tanto, con la legislación común en la materia.

También en este motivo del recurso late la reticencia o negativa del Gobierno de la Nación a reconocer una real plasmación de normas consuetudinarias efectivamente aplicadas hasta su adopción, pero tampoco este reparo nos debe llevar a realizar un contraste entre la regla legal impugnada y las normas consuetudinarias para examinar la correspondencia entre una y otras y con ello la validez competencial de la primera. También aquí ha de afirmarse que el presupuesto de validez del precepto coincide con sus condiciones de aplicabilidad en cada caso, pues este peculiar régimen sucesorio preexistente sirve también para calificar como histórico al concreto arrendamiento en cuestión.

No cabe cuestionar, pues, la validez constitucional, por razones competenciales de este artículo 9, puesto que sólo resultará aplicable en la medida en que lo en él dispuesto haya venido a reiterar las normas consuetudinarias por las que se ordenaran determinados arrendamientos rústicos en el territorio de la Comunidad Autónoma, lo que en cada caso habrá de constatar y probarse en su enclave jurisdiccional propio. Ha de rechazarse, por tanto, la impugnación de dicho precepto.

4 La impugnación de los artículos 2, segundo párrafo, y 3.2, último inciso, tiene en el recurso una misma motivación. Para el Abogado del Estado,

tanto el primero de estos preceptos (según el cual la declaración de reconocimiento de los arrendamientos históricos «podrá ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa por aquella de las partes que considere lesionados sus derechos o intereses») como la referencia final del artículo 3.2 («La resolución recaída podrá también ser objeto de impugnación en vía administrativa») conculcan la exclusiva competencia del Estado *ex artículo 149.1.6* de la Constitución en orden a la legislación procesal, pues una y otra de estas previsiones —se viene a decir en el recurso— alteran el régimen de distribución de competencias diseñado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la controversia sobre la existencia de los arrendamientos históricos debiera sustentarse ante el Juez civil. La representación de la Generalidad, por su parte, ha defendido la validez de estas reglas haciendo notar que las mismas no contrariarían aquella intervención del Juez civil, pues las referencias a la jurisdicción contencioso-administrativa habrían de entenderse en relación con los posibles vicios de que estuviera aquejado, en hipótesis, el acto administrativo de «reconocimiento» del arrendamiento histórico.

Hemos de examinar, por consiguiente, si el legislador autonómico se ha excedido en el ejercicio de su competencia al dictar un precepto que contiene una referencia específica a determinado orden jurisdiccional, con lo que ello entraña de exclusión de cualquier otro y, específicamente, del civil.

Importa recordar, ante todo, que la atribución por la Constitución de competencia exclusiva al Estado en punto a la legislación procesal lo es «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.6), salvedad esta última que ha dado lugar a la competencia atribuida en el artículo 31.3 del EACV y sobre la que ha tenido ya ocasión de pronunciarse este Tribunal. Hemos advertido, en efecto que la mera reiteración de reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión (STC 71/1982, fundamento jurídico 20) y, en cuanto a las innovaciones procesales, hemos señalado también que el artículo 149.1.6, en la salvedad citada, no las hace posibles en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, pues con la expresión «necesarias especialidades» la Constitución tiene en cuenta tan sólo las que inevitablemente se deduzcan, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por la propia Comunidad (STC 83/1986, fundamento jurídico 2.º, en sentido análogo, STC 123/88, fundamento jurídico 2.º). Desde luego, de las particularidades del régimen sustantivo y de la especificidad del arrendamiento histórico valenciano no deriva ninguna necesaria especialidad de la ordenación de las vías procesales y de la defensa judicial de los derechos y deberes derivados de esa relación arrendaticia, de manera que la competencia autonómica para legislar sobre estos arrendamientos no conlleva una competencia legislativa de carácter procesal para establecer una regulación singular de ordenación del proceso.

A ello ha de añadirse que el artículo 2 de la Ley 6/1986 no establece una particularidad en la ordenación del proceso, sino una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal, y más concretamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122.1 CE), y normas concordantes, que han delimitado ya la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales en materia contractual en las controversias entre partes en materia de contratos privados. El legislador autonómico en ningún

caso puede interferirse en dicho orden competencial o perturbarlo, pero esto es lo que ha venido a hacer con una norma que no puede ser entendida sino como excluyente de la intervención que, según la legislación aplicable, han de tener aquí los órganos jurisdiccionales civiles para resolver las controversias que surjan en torno a la calificación y régimen jurídico de estos contratos.

Por todo ello, resulta evidente la inconstitucionalidad del artículo 2, párrafo segundo, de la Ley valenciana 6/1986.

Por iguales razones a las hechas valer frente al segundo párrafo del artículo 2 se ha impugnado también en el recurso el inciso final del artículo 3.2. Es evidente, en efecto, la estrecha conexión existente entre ambas previsiones legales, hasta el extremo de que la contenida en el referido artículo 3.2 parece mera reiteración, defectuosamente redactada, de la contenida, al efecto, en el examinado artículo 2 (aunque la expresión «vía administrativa» podría hacer pensar, y así lo entiende la Abogacía del Estado, en los recursos administrativos previos a la vía contenciosa, mas parece que esta mención legal alude, sencillamente, a dicha vía jurisdiccional, pues de lo contrario no se entendería el adverbio «también» que se introduce en la disposición). En todo caso, la disposición ha de ser declarada inconstitucional por las mismas razones que se acaban de exponer a propósito del ya examinado artículo 2, esto es, no por la ilegitimidad constitucional de su contenido material, sino por lo que el precepto expresa de intento de ordenación, en este campo, de las vías jurisdiccionales a través de las que convertirla el reconocimiento de arrendamiento histórico. Dicha ordenación —importa reiterarlo— no puede ser emprendida por el legislador autonómico.

5. El último precepto impugnado es la disposición transitoria, con arreglo a la cual «los arrendamientos cuyos titulares, durante el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, soliciten la declaración de reconocimiento de arrendamiento histórico, quedarían exceptuados del régimen general contenido en la vigente Ley 83/1980, de 31 de diciembre (citada), y disposiciones complementarias en cuanto duración y extensión, en tanto no recaiga resolución firme en contrario».

En el recurso se viene a decir que esta regla hace evidente la oposición entre la Ley autonómica y la estatal, «acreditando que lo pretendido regular no es pura y simplemente un derecho consuetudinario, sino una materia típicamente civil». Se añade que la previsión impugnada crearía un alto grado de inseguridad —contrario al art. 93 de la Constitución— en cuanto al régimen jurídico aplicable a los arrendamientos cuyo reconocimiento como «históricos» se llegue a instar. La representación de la Generalidad, por su parte, ha destacado el sentido de esta regla, que no sería otro que el de evitar, efectivamente, la resolución de los arrendamientos acaso calificables de «históricos» al término de la prórroga de tres años que habilitó la disposición transitoria primera, 3, de la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, para los concertados antes de la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935 «en que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron». Esta misma representación ha observado, en fin, que la controversia sobre la disposición transitoria de la Ley impugnada carecería ya de trascendencia, visto que la Ley estatal 1/1987 prorrogó aquel plazo hasta cinco años más.

La disposición transitoria no es contraria a la Constitución. Cualquiera que sea su efectividad (y hay que observar, a este propósito, que el art. 2.1 de la Ley 1/1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos, prorrogó los mismos hasta el 31 de diciembre de 1997), su sentido no es otro que el de asegurar la

aplicabilidad de los preceptos de la propia Ley 6/1986, que establece el régimen sustantivo y peculiar del arrendamiento histórico valenciano, aplicabilidad condicionada —como se ha visto— por un previo trámite de reconocimiento, administrativo y jurisdiccional, y que resultaría impracticable si antes de recaer aquellos pronunciamientos públicos el contrato llegara a resolverse por el transcurso de los plazos de prórroga fijados en la legislación del Estado. Vigente la Ley valenciana, esta última legislación estatal tiene la condición de Derecho supletorio del autonómico, por más que la aplicabilidad de este último quede, en virtud del peculiar sistema de la Ley 6/1986, diferida en parte hasta que la Administración y, en su caso, los Tribunales se pronuncien al respecto. Pero las normas de esta Ley que sí son, sin duda, de aplicación inmediata son las que ordenan precisamente ese trámite de reconocimiento, cuya operatividad quedaría, sin más, trastocada si, pendiente el mismo, el contrato llegara a resolverse. Para evitar tal resultado se dictó esta disposición transitoria, que no viene, en rigor, sino a declarar la aplicación preferente de las normas de la Ley 6/1986, que ordena el trámite de reconocimiento del arrendamiento histórico y, con ello, la aplicabilidad misma que puedan llegar a tener los preceptos sustantivos de la propia Ley

Voto particular discrepante que formula el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas en el recurso de inconstitucionalidad número 361/1987, relativo a la Ley 6/1986 de la Generalidad Valenciana

No queda suficientemente claro, decidido con nitidez, el problema de la referencia a «los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan»; es decir, cuál es el contenido, lo existente de ese Derecho civil, aquella materia sobre la cual la Comunidad Autónoma puede actuar legislativamente, conservando, modificando o desarrollando la misma

El problema es menor en los supuestos de Comunidades Autónomas dotadas de compilaciones de Derecho civil, Derecho propio, especial, foral y, en cuanto propio, común, con fuerza expansiva, con potencialidad de desarrollo (y, por supuesto, de conservación, art 149.1.8 CE)

Es mayor y más grave la duda en el caso que nos ocupa. Se trata de que la Comunidad Autónoma Valenciana no posee Derecho civil propio, según se reconoce y admite por todos. Salvo en materia de riegos (huerta de Valencia) y su jurisdicción especial (Tribunal de Aguas), la Comunidad Autónoma Valenciana no tiene legislación civil, desde los Decretos de nueva planta de 1707.

No es legislación civil valenciana, eso es obvio, la legislación civil que hoy se aplica en el territorio de la Comunidad. Es también cierto que no se conserva Derecho propio escrito, ni legislativo antiguo y preconstitucional, ni siquiera consuetudinario recopilado.

¿Cuáles son, pues, las normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistente a las que se alude en la sentencia (fundamento jurídico 1.º)?

Parece que la sentencia se refiere únicamente al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros, subsistiera en el territorio hasta nuestros días, y así lo dice en el mismo fundamento. No puede ser de otra manera y en esto la sentencia es lógica y correcta. Mi discrepancia de ella, sin embargo, tiene otro sentido.

Lo que ocurre, en mi opinión, es que esta corrección y claridad es sólo aparente. Quizá, y esta es mi duda, esta apariencia y ligereza argumentativa

sea la justa. No lo sé. Pero tengo el temor de que, con ello, se ha abierto o entornado peligrosamente la tapa de la caja de Pandora.

Veamos: se da como probada la existencia de esa costumbre local referida a la subsistencia forzosa del vínculo contractual entre propietario y arrendatario (¿o colono, enfiteuta, poseedor útil?), y se considera existente una relación arrendaticia con prórroga indefinida y forzosa. No hay modo de saber con certeza si ello constituía, en el uso histórico, un contrato de arrendamiento y otra figura con más parecido a los censos o foros.

La Ley valenciana impugnada si establece un vínculo contractual indefinido, lo que contraviene el sentido, fundamento y finalidad del típico contrato de arrendamiento, de cuyo temporal o bien prorrogable por el legislador en situaciones sociales determinadas, como es el caso de la legislación de arrendamientos rústicos común (en particular desde 1935) y general de toda España.

La pregunta es; ¿esta determinación de la Ley valenciana es «conservación» o creación, regulación *ex novo*?

Sin negar a la Comunidad Valenciana la posibilidad y la potestad legislativa, sí, en cambio, me pregunto si esa potencialidad alcanza o puede llegar a recrear o resucitar una figura contractual, dándola previamente por probada, o bien —como se hace en la Ley— dejando su prueba a la autoridad gubernativa. ¿No supondría ello la posibilidad de establecer por vía indirecta (*circumventio*) un Derecho civil inexistente e incluso la de legalizar costumbres *contra legem*?

Cierto que no va este Tribunal Constitucional a someter a prueba la existencia de esa costumbre, que ahora la Comunidad Valenciana legaliza. Pero sí le cabe o compete examinar la constitucionalidad de ese resultado legislativo.

Este examen, aparte de lo ya expuesto sobre el ámbito o subsistencia del Derecho civil existente (¿qué se puede desarrollar?), abarca también otro aspecto, tal el relativo a la otra competencia que el artículo 149.1.8 reserva en exclusiva al Estado, es decir, las «bases de las obligaciones contractuales». ¿No constituye una de las bases del sistema contractual español la autonomía o libertad contractual —libre consentimiento— en general y la de la temporalidad en los contratos arrendaticios en particular? Naturalmente que ello no impide que el legislador competente pueda, por exigencias de una sociedad justa y democrática, establecer de otro modo el régimen de explotación del recurso agrícola, pero sí, como concluyo de todo lo expuesto, que dicho legislador autonómico puede recrear, confiriéndola categoría contractual —de contrato normado, forzoso— a una situación de hecho dudosa y de vigencia limitadísima; según se afirma por las partes. No parece que sea el método más adecuado el seguido por esta Ley, que roza, en mi opinión, la corrección constitucional, dañándola.

Estas dudas, cuyo desarrollo sería largo y que en ningún caso van contra un sistema de protección correcto y eficaz a favor del arrendatario antiguo, son las que justificaron en la deliberación mi voto distinto al de la mayoría, en el sentido de ampliar las declaraciones de inconstitucionalidad a los otros preceptos impugnados e incluso a la Ley misma y con base en los argumentos expuestos, es decir, en la invasión de la competencia legislativa del Estado por infracción del artículo 149.1.8 de la Constitución, que no permite la regulación que se hace en la Ley impugnada. Todo ello, por supuesto, con mi respeto a la opinión mayoritaria.

Madrid, a veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos —
Firmado —Carlos de la Vega Benayas.—Rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 361/1987

Lamento disentir del parecer de la mayoría, no ciertamente en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 2 y del inciso final del párrafo 2 del artículo 3 de la Ley objeto del recurso, cuya decisión comparto, sino porque entiendo que ese mismo pronunciamiento de inconstitucionalidad debiera haberse extendido a los demás preceptos impugnados así como a los conexos; cuando menos, a aquellos de los que son necesaria consecuencia los declarados nulos.

Mi discrepancia se funda en las siguientes razones

La competencia autonómica para «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil foral o especial (art. 149.1 8 de la Constitución) no tiene, en la Comunidad Valenciana otro objeto que los arrendamientos históricos a que la Ley impugnada se refiere, es decir, un derecho precisamente civil y consuetudinario respecto del cual la citada Ley ha operado una mutación en el sistema de fuentes. A partir de su reconocimiento por la Administración autonómica, los arrendamientos que han persistido exclusivamente como costumbre, seguramente de varios alcances, formas y contenido diferentes, van a estar regidos por unos preceptos legales que, además reducirán toda aquella posible variedad a una normativa rígida y uniforme pero ahora con rango y fuerza de Ley, regulando aspectos sustanciales desde su duración (que se declara indefinida) hasta el derecho sucesorio; convirtiendo así una institución de origen consuetudinario contractual en una normativa legal, seguramente reductora, que extravasa el alcance del precepto constitucional citado al introducir un derecho formulado por la Ley en una Comunidad donde existe solamente un derecho consuetudinario, lo cual dista de la conservación, modificación o desarrollo del Derecho existente.

Mas, para esta operación transformadora, la Ley utiliza un medio radicalmente contrario a la Constitución.

Pese a que la Ley, según dice expresamente su artículo 1, tiene por objeto «regular, como institución propia del Derecho civil valenciano los arrendamientos históricos constituidos desde tiempo inmemorial y regidos por la costumbre», no establece lo que sería adecuado a ese doble carácter (Derecho civil, regulado por la costumbre), es decir, la exigencia de su prueba y reconocimiento ante los Tribunales civiles. Lejos de ello exige que sean «objeto de reconocimiento» mediante declaración ante la Administración Agraria autonómica (art. 2 1), el cual se logra mediante un dictamen pericial (art. 3) sin ninguna referencia a la prueba del contenido de los contratos, usos o costumbres de donde traen causa, y cuyo reconocimiento determina la aplicación de un régimen legal que abarca como antes se dice desde la norma de duración indefinida (art. 4) hasta el régimen sucesorio (art. 9) y sin la menor atención al origen o cláusulas pactadas o perpetuadas por la costumbre que constituyen el verdadero Derecho civil consuetudinario a conservar.

Parece evidente que el reconocimiento por la Administración de la existencia de un contrato civil entre partes, determinante de todas unas consecuen-

cias que afectan no sólo a quien solicitó aquel acto, sino a los demás titulares de la relación jurídica, quienes además pueden ver modificado el contenido de los derechos que la costumbre o el pacto les confería, no es una actividad propia de la Administración, sino una potestad de intervención que esa Ley le otorga más allá de sus propias facultades, invadiendo las que son propias de la Jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución), puesto que función jurisdiccional es la que resuelve conflictos de intereses privados en la esfera del Derecho civil; y ese es el efecto propio del reconocimiento administrativo de los contratos de arrendamiento históricos

La impugnación, primero en vía administrativa y luego ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que ha invalidado la sentencia, no es sino una consecuencia de la atribución de aquella facultad de reconocimiento de los arrendamientos a la Administración mediante actos propios que, sin embargo, no pueden estar sometidos al Derecho administrativo porque resuelven sobre derechos civiles de los particulares.

Se pone así de manifiesto la infracción de los artículos 117.1, inciso primero, y 117.3 de la Constitución, así como el 24 1 y 2, en cuanto otorgan a los particulares el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces ordinarios, o sea, los del orden jurisdiccional a quienes la Ley general atribuye el conocimiento de los conflictos y cuestiones según su naturaleza objetiva

A esta afirmación no se opone lo razonado en la STC 21/1986 (fundamento jurídico 2.º), puesto que lo allí legitimado como no contrario al artículo 24 es el establecimiento de «una vía previa administrativa... para el acceso a la jurisdicción ordinaria... que no impide el acceso a ésta ni supone que la Administración de la Seguridad Social sustituya a los órganos jurisdiccionales...», supuesto evidentemente distinto del aquí contemplado, en el cual la Administración va a definir, al reconocer la existencia de cada arrendamiento, toda la constelación de derechos y obligaciones que lo integran.

La limitación del *petitum* formulado en el suplico de la demanda a los artículos 2.2, 3.2, 9 y disposición transitoria (que venía condicionada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de entablar el recurso) no sería obstáculo para dictar un fallo que, además de anular todos los mencionados, extendiese la declaración de inconstitucionalidad a algunos otros preceptos, sobre todo a aquellos cuya conexión con los directamente impugnados es evidente por constituir su causa inmediata, caso en el cual se hallan, por lo menos, los artículos 2 y 3 (ambos en su integridad), 4 y 10. Así lo permite el artículo 39.1 de la Ley reguladora de este Tribunal

Madrid, a veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos —
Firmado —José Gabaldón López.—Rubricado.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por LAURA M.^a CANO ZAMORANO
y MIGUEL VAQUER SALORI

MAYORIA PRECISA PARA REVOCAR EL NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS EN UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (RESOLUCIÓN DE 16 DE ABRIL DE 1991; «BOE» DE 28 DE MAYO).

Hechos.—I. El día 16 de abril de 1990, ante el Notario de Madrid don Pedro de la Herrán Matorras se otorgó escritura de constitución de la Entidad «Trazos de Hostelería, Sociedad Limitada». En la estipulación duodécima de la citada escritura se establece nombramiento de administradores. Se nombran administradores de la Sociedad a don Ramón del Pozo López y don Miguel Rodríguez García, cuyas circunstancias personales constan en la comparecencia de esta escritura, los cuales ostentarían mancomunadamente todas y cada una de las facultades inherentes a dicho cargo. Dichos señores aceptan sus cargos y manifiestan no hallarse incurso en ninguno de los supuestos de incompatibilidad a que se refieren las referidas Leyes 25/1983, de 26 de diciembre, y de la Comunidad Autónoma de Madrid de 14 de marzo de 1984. Estos nombramientos podrán revocarse por acuerdo mayoritario.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: Suspendida la inscripción del precedente documento por comprender los siguientes defectos que impiden practicarla: 1) no se cumple con todos los requisitos del artículo 38 del Reglamento Registro Mercantil (en especial no se fija la edad por medio de su fecha de nacimiento) de los socios fundadores; 2) no obstante lo dispuesto en el apartado 15 del artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil, los administradores nombrados en la escritura fundacional sólo podrán ser removidos de su cargo con la mayoría del artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 13 de dicha Ley), por lo que habrá de modificarse la estipulación duodécima en ese sentido. El primero de los defectos apuntados impide practicar la inscripción parcial solicitada en la estipulación decimocuarta del título precedente. Y en cumplimiento del artículo 62.3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, extiende la presente en Madrid, a 11 de mayo de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: Joaquín Cortés Sánchez.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra el apartado 2 de la anterior calificación, y alegó: A) Que el artículo 174,

apartado 15, del Reglamento del Registro Mercantil no está en contradicción con el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, más bien supone una forma de interpretación auténtica de este artículo, que debe ser entendido como una norma supletoria de la voluntad de las partes sólo para el caso de que éstas no establezcan la revocación no pueda hacerse por acuerdo mayoritario, y B) Que, en todo caso, la legalidad del precepto del Reglamento del Registro Mercantil, en el sentido de si es o no contrario al principio de jerarquía de fuentes, no puede ser nunca objeto de calificación registral, según el artículo 6 del citado Reglamento.

IV. El Registrador dictó acuerdo, manteniendo el segundo defecto de la calificación, e informó: Que se considera que el artículo 174.15 del Reglamento Mercantil no es compatible con el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y aquél deberá ceder ante éste y ello por declararlo así numerosos preceptos de nuestro Ordenamiento Jurídico (arts. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado, 47, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, y 1.2.º del Código Civil) y la jurisprudencia. Que el Registrador, en su función calificadora, debe tener en cuenta la jerarquía de las fuentes. Que en virtud de lo anterior, hay que proceder al estudio del párrafo segundo del citado artículo de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, modificado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, y se observa la idea del legislador de dar un tratamiento distinto a la separación de su cargo por la Junta de los administradores nombrados en la escritura de constitución (la mayoría reforzada del art. 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), de los nombrados en un momento posterior (es suficiente la simple mayoría). Para llegar a dicha conclusión es suficiente con leer el precepto que sólo queda examinar el párrafo 15 del artículo 174 del Reglamento del Registro Mercantil y darle un sentido interpretativo como hace el señor Notario recurrente. Pero se considera que ello choca con una doble dificultad: 1.ª El término tajante en que está redactado dicho precepto legal que permite pocos juegos interpretativos; y 2.ª Si el legislador hubiera querido o permitido que la voluntad de las partes eludiese el artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada lo habría dicho, y así, como señala un principio general y establece una excepción, podría haber añadido una excepción a la excepción.

V. El Notario recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la calificación registral no alcanza al juicio sobre la legalidad de una norma jurídica, función que corresponde a los Tribunales ordinarios de Justicia (art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Que el artículo 174.15 del Reglamento del Registro Mercantil impone la obligación de hacer constar en la escritura si los nombramientos iniciales pueden revocarse por acuerdo mayoritario, que debe ser tenido en cuenta por el Notario inexcusablemente en la redacción de la escritura, y esta exigencia no tendrá razón de ser si no cupiera la posibilidad de revocación por mayoría. Que la norma del artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo puede ser entendida como una disposición no imperativa.

Fundamentos de Derecho—Vistos los artículos 1.692 y 1.732 del Código Civil; 127, 129, 132 y 218 del Código de Comercio; 126 y 131 de la Ley de Sociedades Anónimas; 7, 12, 13 y 31 de la Ley de Sociedades Limitadas; 174.15 del Reglamento del Registro Mercantil, y la Resolución de 7 de febrero de 1953.

Primero —En el presente recurso se debate en torno a la inscribibilidad de la estipulación integrante del contrato constitutivo de una Sociedad de Responsabilidad Limitada en cuya virtud se establece que los administradores inicialmente designados puedan ser revocadas por acuerdo de la mayoría de socios.

Segundo.—En la Sociedad Anónima los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalan los estatutos, el cual no podrá exceder de cinco años (art. 126 de la Ley de Sociedades Anónimas) y la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general (art. 131 de la Ley de Sociedades Anónimas). En el otro extremo, en la Sociedad Colectiva, puede autorizarse a usar de la firma de la Compañía sólo a alguno de los socios (cfr. arts. 127, 129, 131 y 132 del Código de Comercio) y se prevé un caso en que —contra las reglas que ordinariamente rigen en el mandato y en la sociedad (cfr. arts. 1.692.II y 1.732.1º del Código Civil)— el poder del socio es irrevocable (cfr. arts. 132 del Código de Comercio y 1.692.5 del Código Civil). Por constituir una excepción a la regla de la revocabilidad, este último caso debe interpretarse estrictamente: es necesario que «la facultad privativa de administrar y de usar de la firma de la compañía haya sido conferida como condición expresa del contrato social» (cfr. art. 132 del Código de Comercio). Es decir, la facultad de administrar en la Sociedad Colectiva conferida inicialmente a uno de los socios pueda estarlo como condición estructural del contrato social o bien sin este carácter y siendo revocable a voluntad de la mayoría de los socios como se decidió en Resolución de 7 de febrero de 1953.

Tercero.—Con mayor razón hay que entender que esta última posibilidad indicada en las Sociedades Colectivas, cabe también cuando se trate de Sociedades Limitadas, pues no hay ninguna razón que justifique una solución de mayor rigor personalista en una Sociedad que, como la de Responsabilidad Limitada, hace tránsito hacia las sociedades capitalistas. Por tanto, en la escritura en que se formaliza la constitución de una Sociedad Limitada puede designarse la persona o personas que hayan de ejercer la administración y representación de la Sociedad, bien como condición expresa del contrato fundacional y entonces rigen los artículos 13 y 31 de la Ley de Sociedades Limitadas, bien por así quererlo los socios fundadores, fuera de las condiciones que estructuran el contrato fundamental aunque a la vez que se otorgue ese contrato, supuesto en que no hay ningún obstáculo para que se refleje la voluntad de los socios de que el nombrado pueda ser revocado por acuerdo de la mayoría. De ahí que esté perfectamente ajustada a la Ley de previsión reglamentaria que exige que se exprese en la escritura y se refleje en la primera inscripción si los nombramientos iniciales de las personas que se encargan de la administración y representación social en la Sociedad Limitada pueden ser revocados por los socios que representen la mayoría del capital social (cfr. art. 174.15 del Reglamento del Registro Mercantil)

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el acuerdo y la nota del Registrador.

Comentario.—Lo primero que hemos de manifestar al abordar el comentario de la citada Resolución es nuestra sorpresa por el resultado del recurso, ya que nuestra opinión, obligado es manifestarlo, era totalmente contraria a la postura adoptada por la Dirección General, buena prueba de ello es que puse nota de denegación a una escritura presentada en mi Registro por igual causa

y creo que buena parte de mis compañeros habrían obrado de idéntica manera, al menos para que la Dirección General se manifestase resolviendo la antinomia existente entre dos preceptos (art 13 de la Ley de Sociedades Limitadas y 175.15 del Reglamento del Registro Mercantil). La Resolución, pues, era necesaria, ya que al menos nos indica la postura que hemos de seguir en la calificación de tales escrituras, pero cosa distinta es el juicio que nos pueda merecer la doctrina que resulta de la misma, y aquí, necesariamente, hemos de manifestarnos contrarios a la solución adoptada. Vaya por delante, como decimos, nuestra opinión, y seguidamente vamos a tratar de fundamentarla. Los argumentos del recurrente (al menos los que se deducen de la Resolución) se limitan a negar la facultad del Registrador para calificar la posible antinomia y diferente jerarquía normativa entre ambos preceptos que es competencia de los Tribunales y, como consecuencia de ello, la obligación de observar lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil y, de otra parte, el atribuir al artículo 13 de la Ley el carácter de norma supletoria de la voluntad de las partes en la escritura de constitución. La Dirección General no entra en el estudio del primer argumento planteado por el recurrente y resuelve sólo en base al segundo tratando de armonizar el precepto legal con el Reglamento, a nuestro juicio con poca fortuna. Veamos detalladamente la cuestión. El primer argumento del recurrente nos parece de escasa entidad e igualmente le debió parecer al Centro Directivo cuando ni siquiera lo utiliza para reforzar la solución adoptada como hubiera sido lógico de haberlo considerado importante, y nos parece de poca importancia porque una de las cosas que ha de calificar el Registrador, según el principio de legalidad recogido en el artículo 6 del Reglamento es «la validez del contenido» de los documentos presentados y resulta evidente que un pacto contrario a una norma legal no puede acceder al Registro, ello independientemente de que no sea el Registrador el órgano competente para declarar la nulidad del acto, ya que la calificación del Registrador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del propio Reglamento, «se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar el asiento principal solicitado». El Registrador deniega la inscripción del pacto por contrario a una norma legal, el artículo 13 de la Ley, y se limita a aplicar el artículo 1 del Código Civil cuando, en su apartado 2, dispone que «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior». Lo que nadie discute es que la Ley de Sociedades Limitadas es una norma de rango superior al Reglamento del Registro Mercantil, luego si existe contradicción entre ambas normas no es el Registrador el que declara la nulidad del precepto reglamentario, sino el propio legislador, y la calificación es la correcta por cuanto el Registrador debe calificar la validez del contenido de los documentos y, de entre las dos normas, aplica la de superior rango, mas ello sólo a los efectos de extender suspender o denegar el asiento solicitado.

Tampoco el recurrente discute la existencia de la antinomia entre ambos preceptos, antes al contrario la admite, mas pretende salvarla con el argumento de que el artículo 13 de la Ley es de carácter supletorio para el supuesto de que las partes no establezcan norma reguladora respecto a la revocación de los Administradores. La Dirección General acepta esta postura y en su segundo fundamento de Derecho contrapone la regulación en la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 126 y 131) en que el nombramiento no puede exceder de cinco años y la separación puede ser acordada en cualquier momento por la Junta general, y en el otro extremo coloca a la Sociedad Colectiva en la que se prevé un caso en que —contra las reglas que rigen el mandato y en la sociedad (arts.

1.692-II y 1 732-1.º del Código Civil)—, el poder del socio es irrevocable (art. 132 del Código de Comercio y 1.692-5 del Código Civil), entendiéndose que este último caso debe interpretarse restrictivamente por constituir una excepción a la regla de la revocabilidad, para concluir manifestando que la facultad de administrar en la Sociedad Colectiva conferida inicialmente a uno de los socios puede estarlo como condición estructural del contrato social o bien sin este carácter, siendo revocable a voluntad de la mayoría de los socios, como se declaró en Resolución de 7 de febrero de 1953. En el fundamento de Derecho tercero concluye que esta misma posición hay que adoptar en las Sociedades Limitadas, pues no hay ninguna razón que justifique una solución de mayor rigor personalista en una Sociedad que, como las Sociedades Limitadas, hace tránsito a las sociedades capitalistas. Por tanto, en la escritura de constitución puede designarse la persona o personas que hayan de ejercer la administración y representación «bien como condición expresa del contrato fundacional y entonces rigen los artículos 13 y 31 de la Ley de Sociedades Limitadas, o bien por quererlo así los socios fundadores, fuera de las condiciones que estructuran el contrato fundacional aunque a la vez que se otorga este contrato, supuesto en que no hay ningún obstáculo para que se refleje la voluntad de los socios de que el nombrado pueda ser revocado por acuerdo de la mayoría», y, por tanto, está ajustada a la Ley la previsión reglamentaria contenida en el artículo 174.15, que exige la expresión en la escritura y en la inscripción de que los nombramientos iniciales puedan ser revocadas por los socios que representen mayoría del capital

Veamos las cuestiones que plantea la posición de la Dirección General:

1.º La contraposición entre la normativa de la Ley de Sociedades Anónimas y el Código de Comercio respecto a las Colectivas.

Olvida la Resolución que, frente a estos dos extremos opuestos, ha estado siempre la Sociedad Limitada como una figura intermedia entre tales tipos de Sociedad y así siempre ha sido calificada como semipersonalista o semicapitalista. Los acuerdos de la Colectiva requieren la unanimidad, los de la Sociedad Anónima, la simple mayoría. En las Sociedades Limitadas, a mitad entre ambas tendencias, mayoría para los supuestos comunes y mayoría reforzada en los supuestos del artículo 17. Con idéntico criterio intermedio, el artículo 13 (12 de la Ley anterior) la revocación del administrador exige el quórum reforzado del artículo 17 frente al criterio de la Sociedad Anónima, que admite la mayoría normal, y que incluso, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General, no permite su reforzamiento estatutario, ya que ello podría vulnerar la revocabilidad del artículo 131 (antiguo 75). Y de otro lado, en la Colectiva, la total irrevocabilidad del artículo 132. No se asemeja el artículo 13 al 132 del Código de Comercio, sino al 126 de la Ley de Sociedades Anónimas, salvo en la circunstancia de exigir un quórum de votación superior, pero queda totalmente admitida la libre revocabilidad

2.º El que el nombramiento haya sido realizado como condición expresa del contrato social. Esta segunda exigencia, a nuestro modesto juicio, carece de fundamento. Efectivamente, el artículo 132 del Código de Comercio nos habla de que la facultad privativa de administrar «haya sido conferida como condición expresa del contrato social», circunstancia que igualmente aparecía recogida en el artículo 98-8 del anterior Reglamento y hoy en el artículo 178-8 del vigente, al expresar «Si se tratara del administrador a que se refiere el artículo 132 del Código de Comercio se hará constar así expresamente». Como vemos,

el precepto del Código de Comercio recogía dos modalidades de administradores los designados como condición expresa del contrato social y los restantes, y el Reglamento se limita a desenvolver el supuesto legal exigiendo la constancia expresa de tal circunstancia en la inscripción.

Por contra, el artículo 13 de la Ley de Sociedades Limitadas, sin ninguna distinción en orden a los nombramientos verificados en la escritura social, lo único que impone para la revocación de tales nombramientos es un quórum reforzado, el del artículo 17 de la Ley.

No hay dos clases de administradores, como sucedía en las Colectivas, sino una sola con una regulación específica en orden a su revocación

Tampoco el artículo 7 de la Ley, en su número 8, contiene distinción alguna, ya que simplemente exige la designación de las personas que hayan de ejercer la administración y representación de la Sociedad, mas sin ninguna referencia a que tal nombramiento se haya producido «como condición expresa del contrato fundacional» como dicen los fundamentos de Derecho citados. La distinción apuntada es totalmente inexistente en la Ley de Sociedades Limitadas. La única distinción que recoge la Ley es la de administradores nombrados en la escritura fundacional y los nombrados posteriormente, y congruente con esta posición del legislador, el artículo 122 del Reglamento anterior claramente disponía que: «Para inscribir la separación de los administradores nombrados en la escritura de constitución de la Sociedad será necesario escritura pública en que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 17 de la Ley. Para inscribir la separación de los Administradores que no hubiesen sido nombrados en la escritura fundacional será necesario acuerdo adoptado por socios que representen la mayoría del capital. Dicho acuerdo se formalizará mediante alguno de los documentos señalados en el artículo 109 »

Como vemos, el Reglamento fue totalmente respetuoso con la Ley. Mantiene la distinción entre administradores nombrados en la escritura fundacional y los nombrados posteriormente, exigiendo para los primeros el quórum del artículo 17 y para los segundos la mayoría del capital, pero ninguna otra distinción se recoge en el precepto en orden a que su nombramiento sea como condición expresa del contrato social o sin tal carácter.

Entonces cabe preguntarse ¿ha cambiado la Ley actual la norma de la anterior? La contestación ha de ser tajante y negativa. El artículo 12 de la Ley anterior es idéntico al artículo 13 de la actual. La única diferencia entre ambos preceptos consiste en la adición en la regulación actual de la frase «en cualquier momento», que en nada altera el sentido interpretativo de la norma, y así, con absoluta precisión y claridad nos dice en el párrafo segundo del citado artículo 13: «Los administradores podrán ser separados de su cargo en *cualquier momento* por acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, excepto cuando hayan sido nombrados en la escritura fundacional, en cuyo caso se observará lo dispuesto en el artículo 17.»

Mayor claridad, imposible: dos clases de administradores, los de la escritura y los posteriores. Ninguna otra distinción basada en otra causa, y dos quóruns diferentes para su separación.

El único cambio introducido es el señalado de la frase «en cualquier momento», y su introducción resulta lógica habida cuenta de que el párrafo primero del comentado artículo establece la duración temporal del cargo de administrador tal como han reconocido ya las Resoluciones de 13 de marzo y 6 de mayo de 1991, y así el precepto, con esta adición, aclara que no obstante

el haber sido designados por un plazo determinado ello no implica el que haya de respetarse tal plazo, sino que congruentemente con el criterio de la Ley de Sociedades Anónimas, a la que específicamente se remite el artículo 11 de la misma Ley de Sociedades Limitadas, la revocación es posible en cualquier momento aun dentro de la vigencia del plazo del nombramiento, lo que, como decíamos anteriormente, la acerca a las Sociedades Anónimas. La única excepción respecto a la Sociedad Anónima la constituye la exigencia de un quórum reforzado para la separación. Luego si la Ley no ha cambiado y la interpretación y desarrollo del precepto legal había sido realizada en el Reglamento en el artículo 122 antes transcrito, ¿qué ha sucedido? El artículo 175-15 ha introducido una norma en clara contradicción con la norma legal al exigir que «se exprese en la escritura y en la inscripción si el nombramiento o nombramientos iniciales pueden ser revocados por los socios que representen la mayoría del capital social»

La contradicción con la Ley es patente y la antinomia irreductible, como ya decía EMILIANO CANO en su trabajo «La representación de las Sociedades Anónimas», publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO número 596, página 1115, y en la contraposición entre dos normas de rango diferente debe prevalecer la de mayor rango. Obsérvese, además, que el Reglamento ha alterado totalmente el criterio de la Ley, pues en el artículo 13 la norma general es que la revocación procede por acuerdo de la mayoría del capital y la excepción es el quórum reforzado para los nombramientos hechos en la escritura fundacional, mientras que el Reglamento ahora introduce una excepción a la excepción legal, con lo que la convierte en norma general, mas esta excepción carece totalmente de consistencia desde el punto de vista jurídico. Lo posible, y aquí ya hablamos de oídas, es que en la redacción de los anteproyectos se pensó en modificar el artículo 12 de la Ley y el proyecto de Reglamento siguió esta misma tónica: mas desistida la reforma del precepto legal, no se tuvo igual diligencia en la reforma del precepto reglamentario y así surgió la antinomia. Pero es que, además, la interpretación sostenida por la Resolución plantea un problema grave, también de carácter interpretativo, y es el de que en el supuesto de silencio en la escritura de constitución no podemos determinar si el nombrado lo es como condición expresa o no del contrato social, lo que, de hecho, nos lleva a tener que determinar esta circunstancia por un criterio diferente al en que basa su argumentación la Resolución, y así pueden darse los siguientes supuestos:

1. Que exista silencio tanto en cuanto a la condición expresa en el contrato social del nombramiento como en cuanto a la expresión de los quóruns para su revocación. En tal supuesto tendría que regir el artículo 17 de la Ley, por cuanto el quórum previsto en el artículo 175-15 del Reglamento sólo es aplicable cuando expresamente lo recoge la escritura y la inscripción, mas en tal caso el argumento resulta contradictorio, pues es evidente que el nombramiento no se ha hecho como condición expresa del contrato social y no debería serle aplicable el quórum reforzado que sólo se predica cuando se da tal circunstancia.

2. Que exista expresión de que el nombramiento lo es como condición expresa del contrato social, pero, sin embargo, se manifieste que la revocación será posible por mayoría de capital social. El supuesto también es contradictorio, pues si la primera circunstancia es supuesto básico para la determinación del quórum la fijación de uno distinto e inferior quedaría en contradic-

ción con aquella expresión. (Como decimos anteriormente en ningún supuesto la Ley de Sociedades Limitadas exige la expresión de tal circunstancia.)

3. Que se silencie que el nombramiento es como condición expresa del contrato social y, sin embargo, no se establezca el quórum reducido del artículo 174-15 del Reglamento. Aquí las dudas interpretativas suben de tono, ya que ante el silencio de la escritura en orden a los quórum s rigen las normas legales por la remisión genérica que contienen todas las escrituras de constitución de Sociedades y, por tanto, sería de aplicación el artículo 13 de la Ley con el contrasentido que supone que un administrador nombrado sin darle el carácter de condición expresa del contrato social no puede ser revocado sino con los quórum reforzados del artículo 17, ya que fue nombrado en la escritura de constitución.

4. Nombramiento como condición expresa del contrato social pero estableciendo como norma de revocación el quórum reducido del artículo 174-15 del Reglamento. Dado que el Reglamento no establece requisito alguno relativo a aquella circunstancia, sino simplemente «si el nombramiento o nombramientos iniciales pueden ser revocados por los socios que representen la mayoría del capital social». Tal situación es perfectamente posible. Nuevamente tendríamos otra contradicción, ya que el nombramiento se hace como condición expresa y sin embargo la norma de revocación es válida porque se ajusta íntegramente a la norma reglamentaria.

En resumen, que el requisito de la condición expresa es inexistente legalmente y su invención lo único que hace es plantear problemas inexistentes ante norma tan clara como la legal. El silencio del legislador es claro porque en ningún caso ha pretendido equiparar la Sociedad Limitada a la Colectiva.

3.º El carácter supletorio o dispositivo del artículo 13 de la Ley de Sociedades Limitadas.

Tampoco podemos admitir este argumento. Ya hemos visto que el artículo 13 de la Ley es idéntico al 12 anterior y no podemos menos que afirmar que uno y otro son preceptos imperativos por lo menos en cuanto se refiere al quórum mínimo de votación. Así resulta del propio texto del artículo 17, al expresar que «será necesario que voten en favor del acuerdo un número de socios que representen, *al menos*, la mayoría de socios y las dos terceras partes del capital social». Así pues, la norma es dispositiva, en gráfica expresión, hacia arriba porque permite aumentar el quórum, pero imperativa hacia abajo porque no permite disminuirlo.

No es otra la posición de la doctrina, así Notario tan calificado como MANUEL DE LA CAMARA, en *Estudios de Derecho mercantil*, edición de 1977, tomo 1, página 421, nos dice «para la destitución de los administradores designados en la escritura fundacional, se requiere en primera convocatoria el voto conforme de la mayoría de socios, que representen, además, los dos tercios del capital social. En segunda convocatoria será suficiente la conformidad de las dos terceras partes del capital. La Ley, como se ve, y ante estos acuerdos trascendentes no se conforma con que decida quien tenga la mayoría del capital. Es más, en primera convocatoria se precisa no solamente el voto de quienes tengan las dos terceras partes del capital, sino que, además, se requiere la conformidad de la mayoría (personal) de socios. Ello es plenamente conforme con la naturaleza personalista de la sociedad. El artículo 17 como resulta de su literal contexto y de su confrontación con el artículo 14 3 es imperativo». No puede haber mayor claridad, la norma es imperativa, como se

deduce de su literal contexto antes examinado y de su contraposición con el artículo 14.3. Este último es dispositivo y el anterior imperativo. En el mismo sentido, VELASCO ALONSO, en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Limitadas*, página 126, señala: «La Ley exige una doble mayoría de personal y de capital. Respecto de la mayoría de capital —dos terceras partes— se computará el total capital escriturado y no sólo el presente en la Junta. La escritura podrá exigir otros requisitos. Es indudable la posibilidad de pactar unos quórum superiores, pues la Ley lo único que no autoriza es que sean inferiores.»

LUIS CARLON, Catedrático de Derecho Mercantil, en los *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, de la Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XXIII, página 144, se suma a la misma tesis y así dice «El gestor estatutario goza de una especial estabilidad por cuanto sólo puede ser separado por la mayoría establecida en el artículo 17 de la Ley de Sociedades Regulares Limitadas», y añade. «Esta mayoría debe, a mi juicio, considerarse mínima, pudiendo, en consecuencia, ser aumentada por la escritura social siempre que tal mayoría no se convierta, de hecho, en unanimidad, lo que equivaldría a convertir al gestor estatutario en irrevocable, pero no reducida por aquélla». Conviene aclarar que para el autor citado, según declara él mismo en la página 143, gerente estatutario es el administrador nombrado en la escritura fundacional.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ, Catedrático de Derecho Mercantil, en su *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 1ª edición, tomo I, página 433, nos dice: «Podrán ser separados o destituidos de su cargo, por la mayoría reforzada del artículo 17, si fueron designados en la escritura social, ya que se trata de modificarla.»

Más recientemente, HELIODORO SANCHEZ RUS, en los *Estudios sobre la reforma de la legislación sobre Sociedades mercantiles*, en el tomo I, página 242, expresa: «Las mayorías de votación podrán reforzarse pero no reducirse los porcentajes legales de los artículos 14 y 17 de la Ley »

Y GONZÁLEZ MENESES, JUAN ANTONIO PÉREZ DE LEMA Y EMILIA DE MIGUEL, en el número 3 de 1990, del avance de *Boletín del Colegio de Registradores*, página 9, expresan: En cuanto al órgano externo lo constituyen los administradores, a los cuales aplica el artículo 11 de la Ley las normas de los administradores de la Sociedad Anónima, con las salvedades contenidas en la misma Ley, de las que destaca la aplicación del artículo 17 de la revocación de los primeros cargos.»

Esta enumeración podría ser interminable, pero la consideramos suficiente para comprobar que tanto la doctrina anterior como posterior de la Ley es unánime en la interpretación de los referidos preceptos.

Por lo que se refiere a la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado también ha tenido ocasión de manifestarse, y así la Resolución de 20 de julio de 1957 expresa que «es indudable la posibilidad de pactar en los Estatutos unos quórum superiores a los señalados en los artículos 14 y 17 de la Ley, pues lo único que no autoriza es que sean inferiores...». La de 22 de diciembre de 1977 señala que «la Ley de Sociedades Regulares Limitadas establece en el artículo 14, y como norma general para la adopción de acuerdos, el del voto favorable de la mayoría del capital, salvo disposición contraria de la escritura, y este mismo quórum es el que se requiere para el cese de los administradores —art. 12— con la sola excepción del gerente estatutario, en donde se fija un quórum superior, el del artículo 17, aunque más dulcificado que el rígido sistema de unanimidad que en esta materia se contiene en el

artículo 132 del Código de Comercio para las sociedades personalistas». La de 24 de abril de 1980 insiste en la postura al decir «el Derecho español sienta en el artículo 14.1 el principio general de que será la voluntad de los socios, expresada por la mayoría, la que regirá la vida de la sociedad, sin aclarar si esta mayoría es la de personas o la de capital, y dejando aparte los dos supuestos especiales de los artículos 12 y 17 de la Ley que establecen un quórum reforzado para la adopción del acuerdo social.». Y, por último, la de 10 de julio de 1984 no admite la inscripción de un artículo de los Estatutos, que establecía que «los acuerdos se tomarán por mayoría, entendiéndose que existe ésta cuando voten a favor del acuerdo un número de socios que ostente más de la mitad del capital presente en la Junta general», por no dejar a salvo precisamente los supuestos del artículo 17 de la Ley, con lo que claramente respalda el carácter imperativo de tal norma al menos en su condición de quórum mínimo. Y, como vemos, la de 22 de diciembre de 1977 la diferencia claramente de las Sociedades Colectivas

Tampoco puede servir como argumento la supresión del artículo 122 del derogado Reglamento del Registro Mercantil, debemos señalar que tal supresión es debida a su total inutilidad, ya que tal norma reglamentaria era totalmente idéntica al contenido de los artículos 13, párrafo 2, y 17 de la Ley actual, y por lo que se refiere a la forma de practicar el asiento porque la materia aparece regulada en el artículo 177 del mismo Reglamento en la remisión que hace a la regulación de las Sociedades Anónimas

Tampoco resulta sorprendente ni anómalo el que existan antinomias en el texto reglamentario habida cuenta de la profunda reforma que ha sufrido la legislación de Sociedades y el escaso tiempo con que ha tenido que ser redactado el Reglamento, para el que se anuncia incluso una reforma próxima

4º La Resolución de 7 de febrero de 1953, citada en la comentada

Consideramos totalmente inaplicable al supuesto planteado en la Resolución comentada la doctrina que resulta de la de 7 de febrero de 1953, por las siguientes razones:

a) Porque la revocación que se planteaba en aquélla no correspondía a un nombramiento verificado en la escritura de constitución de la sociedad como condición expresa del contrato social, ya que en la escritura de constitución se nombraban dos gerentes, don Diego Salmerón Gómiz y don Diego Salmerón Durán, y expresamente establecía la escritura de constitución que «De dichos dos gerentes, el don Diego Salmerón Gómiz es permanente e inamovible, siendo el otro gerente no permanente y amovible por la determinación libre de aquél», y el Considerando tercero de la Resolución, en congruencia con la escritura y con el artículo 132 del Código de Comercio y artículo 98-8.º del Reglamento antes citados, que distingue dos tipos de administradores según sean o no nombrados como condición expresa del contrato social, nos decía «conforme a los Resultandos de este recurso es evidente que don Diego Salmerón Durán no reunió nunca los requisitos de gerente del artículo 132».

b) Porque la Resolución se dicta en sede de Sociedades Colectivas cuya regulación no es extrapolable a las Sociedades Limitadas especialmente cuando en éstas existe una norma específica de absoluta claridad que regula tal materia y lo confirmó la Resolución del 77 citada.

c) Porque frente a esta Resolución, dictada, como decimos, para Sociedades de tipo diferente, se encuentran las Resoluciones anteriormente citadas que específicamente han examinado el tema en recursos planteados relativos

a Sociedades Limitadas en los que la distinta regulación de los administradores está basada no en el nombramiento como condición expresa del contrato social, sino en la circunstancia de que el nombramiento sea hecho en la escritura de constitución o posteriormente.

d) Porque los términos del artículo 13 de la Ley son claros frente a la dicción más confusa del artículo 132, por lo que le es aplicable el principio de que cuando los términos de la Ley son claros no cabe la interpretación y el artículo 3 1 del Código Civil al disponer que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, y

e) Porque si el legislador hubiese pretendido una modificación de la norma del artículo 12 de la Ley anterior lo hubiere hecho del mismo modo que introdujo en el precepto la expresión «en cualquier momento antes comentado».

En resumen, que la Resolución parece haber querido evitar o silenciar el error del Reglamento tratando de armonizar dos preceptos que son totalmente incompatibles.

L. M^a C. Z

DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y EN TANTO SE ULTIMA SU LIQUIDACION, NO PUEDE AFIRMARSE QUE LA PROPIEDAD DE CADA UNO DE LOS CONCRETOS BIENES QUE LA INTEGRAN CORRESPONDA A LOS CONYUGES POR CUOTAS INDIVISAS DE LAS QUE PUEDAN DISPONER SEPARADAMENTE O QUE PUEDAN SER EJECUTADAS PARA LA SATISFACCION DE SUS DEUDAS PRIVATIVAS EN CONSECUENCIA, LOS DERECHOS DE UN CONYUGE SOBRE UN BIEN CONCRETO DE LA SOCIEDAD GANANCIAL DISUELTA, PERO NO LIQUIDADADA, CARECEN DE SUSTANTIVIDAD JURIDICA Y NO PUEDEN CONFIGURARSE COMO UN VERDADERO OBJETO DE DERECHO SUSCEPTIBLE DE ENAJENACION JUDICIAL (RESOLUCIÓN DE 8 DE JULIO DE 1991; «BOE» DE 23 DE AGOSTO).

En el recurso gubernativo interpuesto por doña Antonia Labajos Martín contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Getafe número 1 de inscribir el testimonio de un auto de adjudicación dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid.

Hechos —I En sentencia de 12 de julio de 1983 el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid decretaba la separación del matrimonio formado por don Antonio Uribe Martelo y doña Antonia Labajos Martín, se disuelve la sociedad conyugal y se confía la guarda y custodia de los hijos a la esposa, asignándola para alimentos el 35 por 100 de los ingresos líquidos del marido, así como el uso y disfrute de la vivienda familiar. En providencia de 4 de noviembre de 1984, dictada en ejecución de sentencia firme, el mismo Juzgado señala la cantidad de 25 000 pesetas mensuales de pensión a la esposa, y al no ser pagada se decreta el embargo por el mencionado Juzgado de los derechos que correspondían al marido en el piso tercero, letra A, de la calle Murcia, número 3, de Getafe, bien que tenía el carácter de ganancial del matrimonio. Dicho embargo, así como su posterior ampliación, fueron anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad. En Auto de 26 de octubre

de 1989 se adjudican —por falta de postores— a la esposa, doña Antonia Labajos Martín, los derechos que sobre la finca embargada corresponden a don Antonio Uribe Martelo.

II Presentado el testimonio de dicho auto en el Registro de la Propiedad de Getafe causa el siguiente asiento: «Denegada la inscripción del presente documento siendo preciso presentar el título en virtud del cual se procede a liquidar la sociedad conyugal, efectuándose las correspondientes adjudicaciones. Siendo el defecto observado insubsanable no procede practicar la anotación preventiva de suspensión que, por otra parte, no se ha solicitado.—Getafe, 8 de enero de 1990.—Firmado: Luis Prados Rodríguez.»

III. Doña Antonia Labajos Martín, al amparo de lo dispuesto en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario interpuso recurso gubernativo y alegó: «Que en la nota denegatoria el Registrador no ha puesto en duda la competencia del Juzgado, la congruencia del mandato ni las formalidades extrínsecas del documento ni posibles obstáculos del Registro, por lo que no hay vulneración del artículo 99 del Reglamento, y si el Juez adjudica los derechos sobre la finca sin exigir la previa liquidación de la sociedad de gananciales, el Registrador no tiene facultades para denegar la inscripción si los derechos adquiridos están inscritos en nombre del ejecutado.»

IV El Registrador, en defensa de su nota, señaló: «Que de acuerdo con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, los Registradores al calificar los documentos judiciales podrán tener en cuenta los obstáculos del Registro, y la finca embargada aparece inscrita a nombre de doña Antonia Labajos Martín y de don Antonio Uribe Martelo para su sociedad conyugal, que dicha sociedad es una comunidad de tipo germánico tal como la configura la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas, por lo que cada titular no es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial (cfr. Resolución de 2 de febrero de 1983). Por eso el auto de disposición sobre un bien ganancial ha de ser conjunto, sin que pueda disponer un cónyuge individualmente, siendo inalienable la hipotética participación que todo esposo tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común, debido a que tanto éste como la condición de comunero es inseparable de la de cónyuge. Esta inalienabilidad lo es tanto voluntariamente como en vía ejecutiva, ya que en el supuesto de existir postores, éstos adquirirían mediante la adjudicación una titularidad en un bien de una sociedad conyugal ajena al postor adjudicatario. Por eso el legislador ha establecido para estos supuestos —deudas privativas de un cónyuge— la norma del artículo 1.373 del Código Civil en el que se establece un procedimiento en el que el embargo lleva a la disolución de la sociedad conyugal y adjudicación de bienes concretos o cuotas indivisas de ellos. Lo anterior se confirma por lo dispuesto en el artículo 1.392 del Código Civil, que en relación con el artículo 1.396 establecen que ha de procederse a la liquidación de la sociedad conyugal y una vez que ésta ha tenido acceso al Registro, podrá conocerse si el piso cuestionado se ha adjudicado al marido, y como consecuencia al apremio seguido contra él podrá hacerse efectivo sobre la finca e inscribirse a favor del adjudicatario —art. 20 de la Ley Hipotecaria—.»

V. El Magistrado-Juez del Juzgado número 22 de Madrid emitió el siguiente informe. Uno de aspecto formal y otro de fondo o material. En cuanto al primero señala que de acuerdo con el artículo 18 de la Ley y 99 de su

Reglamento, el Registrador no puede calificar el acto traslativo de dominio que subyace en la resolución judicial, sin que exista obstáculo registral alguno, pues nada impide que una vez disuelta la sociedad de gananciales uno de los bienes que la integran pase a ser de la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges. Cuestión distinta es determinar cuáles, de entre los diversos actos traslativos de dominio, es el adecuado para conseguir ese resultado. Y con ello se entra en el problema de fondo que debe resolverse por la autoridad judicial, y que radica esencialmente en si una vez disuelta la sociedad de gananciales y antes de su liquidación puede uno de los cónyuges acudir al embargo de bienes de naturaleza ganancial para hacer efectivo un crédito que tenga contra el otro cónyuge o si, por el contrario, sólo le queda la posibilidad de instar el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. Hace un análisis de lo que supondría en tiempo y gastos inclinarse por la segunda solución con las distintas fases y procedimientos hasta terminar si no hay acuerdo entre ambos cónyuges el tener que recurrir al juicio declarativo correspondiente y a continuación indica que frente a esas dos soluciones no cabe una intermedia, consistente en admitir el embargo y su anotación para después sostener que no pueden sacarse a subasta los bienes embargados hasta que se liquide la sociedad de gananciales, ya que liquidada dicha sociedad carece de sentido para el cónyuge acreedor que se saquen a subasta los bienes embargados —véase artículo 1.405 del Código Civil—, ya que al liquidarse la sociedad, a dicho cónyuge se le adjudican los bienes comunes, estén o no embargados, que se precisan para satisfacer su crédito, por lo que la subasta de esos bienes deviene imposible, y si en el presente caso se anotó el embargo hay que admitir su viabilidad. El artículo 1 373 del Código Civil no es de literal aplicación en ese supuesto, ya que lo que se lograría sería beneficiar al cónyuge deudor y por el contrario perjudicaría al acreedor y cónyuge no deudor fundidos en una sola persona, con lo que se lograría un resultado contrario al espíritu y finalidad de dicho artículo 1 373, ya que el cónyuge no deudor tendría que acudir a la liquidación de la sociedad de gananciales, para después de tiempo y gastos conseguir por la vía del artículo 1.405 lo mismo que ahora se le pretende negar por la vía de apremio —art. 1 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y no puede pensarse en que los licitadores de la subasta mejoren la postura, pues al estar atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, así como a la madre por quedar en su compañía —art. 96 1 del Código Civil— conceptuado por la mayoría de la doctrina como un derecho real de uso de carácter gratuito, es impensable, y la práctica lo corrobora, que se entable una puja por un bien sometido a semejante gravamen. Hay que reconocer, no obstante, el escollo que para esta tesis expuesta supone el ser la sociedad de gananciales una comunidad germánica, pero también debe tenerse en cuenta que el artículo 3 del Código Civil no debe quedar limitado a un simple elemento folklórico para citar en actos jurídico-políticos, y termina indicando que la adjudicación sólo puede hacerse de los derechos que correspondan al esposo sobre el bien ganancial y no del bien en sí, ya que al ser adjudicataria la esposa se estaría ante un supuesto de autocontratación, y que en cuanto a la valoración de la parte que pudiera corresponder al marido es algo que sólo en última instancia podría perjudicar a la esposa ejecutante, pero resulta que es ella misma la que lo pide.

VI El Presidente del Tribunal Superior de la Comunidad de Madrid dio lugar al recurso interpuesto por la recurrente y revoca la nota del Registrador, ya que anotando preventivamente el embargo en procedimiento de apremio,

con lo que la notificación al cónyuge deudor se confunde con el emplazamiento de la demanda ejecutiva contra él dirigida sin que exista obstáculo registral, pues el tracto sucesivo no se interrumpe y se ha observado la contradicción con el interesado, aparte de que los problemas de liquidación del patrimonio conyugal resultan ajenos al tracto, y al ser el propio cónyuge no deudor el adjudicatario de los derechos sobre el bien, no parece racional las posibilidades de sustitución del embargo previstas en el artículo 1.373.1 del Código Civil

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.034, 1.369, 1.373, 1.401, 1.402, 1.404 y 1.410 del Código Civil; 46 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento para su ejecución, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1905, 30 de enero de 1909, 20 de noviembre de 1958, 11 de febrero de 1959, 27 de febrero de 1960 y 11 de diciembre de 1964, y las Resoluciones de este Centro de 12 de diciembre de 1935, 8 de noviembre de 1944, 22 de mayo y 16 de octubre de 1986, y 16 de febrero, 29 de mayo y 21 de noviembre de 1987.

1 En el supuesto del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

Para la satisfacción de un crédito de la actora contra su ex marido, nacido después de la disolución del matrimonio por impago de la pensión decretada judicialmente, «se decretó el embargo como de la propiedad de dicho demandado, los derechos que le correspondan sobre la propiedad de determinada finca» que integraba la sociedad legal de gananciales pendiente aún de liquidación. Dicho embargo fue anotado en el Registro de la Propiedad.

A instancia de la parte actora, se mandó sacar a venta en pública subasta los derechos que pudieran corresponder al demandado sobre la citada finca

Por falta de postores y al amparo del artículo 1.504 de la Ley de Enjuiciamiento se adjudican a la actora los derechos que correspondan sobre la finca embargada, como de la propiedad del demandado.

El Registrador deniega la inscripción por considerar que es preciso presentar el título en virtud del cual se procede a liquidar la sociedad conyugal

2 No se trata, por tanto, del embargo y adjudicación de bienes gananciales concretos. Y tampoco del embargo y adjudicación —no se prejuzga ahora si esta enajenación judicial es posible— de la parte que al deudor corresponde en la sociedad de gananciales en liquidación. La traba y la subasta tienen por objeto los derechos que a uno de los ex cónyuges puedan corresponder sobre un concreto bien común, cualquiera que sea el restante contenido del activo consorcial que, por cierto, no trasciende al procedimiento ni a la subasta, y a esta sola hipótesis habrá de concretarse el presente recurso.

3. Disuelta la sociedad de gananciales y en tanto se ultima su liquidación, no puede afirmarse que la propiedad de cada uno de los concretos bienes que la integran corresponda a los cónyuges por cuotas indivisas, de las que puedan disponer separadamente, o que puedan ser ejecutadas para la satisfacción de sus deudas privativas; por el contrario, persiste autonomía patrimonial de esta masa activa y pasiva, lo que trasciende a las titularidades singulares sobre los distintos elementos del activo, las cuales, si bien se imputan directamente a ambos esposos quedan sujetas a un régimen específico de gestión y disposición basado en la unanimidad (art. 1.401 del Código Civil), y habrá de esperarse a la realización de la pertinente liquidación para la determinación de

los derechos que sobre uno de los bienes singulares corresponderán a cada esposo.

4 Por otra parte, los cónyuges o sus respectivos herederos pueden verificar la participación del remanente contemplado en el artículo 1.404 del Código Civil, del modo que tuvieren por conveniente (cfr. art. 1.410 en relación con el 1.058, ambos del Código Civil), sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por mitades indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (*vid* arts. 1.061 y 1.062 del Código Civil), de manera que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un cónyuge no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien como que se le atribuya éste en su integridad. Debe tenerse en cuenta además que la satisfacción previa de las deudas y cargas de la sociedad conyugal pueden determinar incluso la inexistencia misma de remanente partible (arts. 1.399, 1.400 y 1.403 del Código Civil)

5. Bien se comprende que los pretendidos «derechos de un cónyuge sobre un concreto bien de sociedad ganancial disuelta pero aún no liquidada» carecen de sustantividad jurídica y que no pueden ser configurados como un verdadero objeto de derecho susceptible de enajenación judicial; la incertidumbre sobre el mismo contenido impide su adecuada tasación y hace visible su subasta en términos que garanticen equitativamente todos los intereses concurrentes, así los del ejecutado como los de actor y los de los eventuales postores: así lo evidencia el caso debatido, en el que el fracaso lógico de la subasta organizada, privilegia injustificadamente la posición del cónyuge acreedor que en su calidad de cotitular de la sociedad ganancial tiene elementos de juicio que no trascendieron al procedimiento, como la constancia de ser bien en cuestión el único integrante del consorcio conyugal.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y confirmando la nota del Registrador

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos

Madrid, 8 de julio de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Comentario —En la Resolución de 8 de julio de 1991 se contempla el caso de una separación matrimonial. En ejecución de sentencia firme, señalando el importe de la pensión de la esposa, se decreta el embargo «de los derechos que correspondían al marido en el piso 3.º ... que tenía el carácter de ganancial». En auto posterior se adjudican —por falta de postores— a la esposa, los derechos que sobre la finca embargada correspondían al marido.

El Registrador denegó la inscripción, apoyando su calificación en la naturaleza jurídica de la sociedad ganancial, comunidad de tipo germánico, en la que ninguno de los cónyuges es dueño ni puede disponer de su participación sobre los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial. En consecuencia, tampoco cabe la disposición de las participaciones vía ejecución forzosa.

Entendió que se imponía la previa liquidación de la sociedad conyugal y una vez que ésta hubiera tenido acceso al Registro podría conocerse si el piso cuestionado se había adjudicado al marido para luego seguir el apremio contra él. La calificación fue ratificada por el Centro Directivo.

Este razonamiento me trae a la memoria unas reflexiones de VALLET («En

torno de la naturaleza de la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho civil*, octubre-diciembre de 1990, pág. 1.045). La idea de comunidad germánica como medio para explicar la naturaleza de la sociedad ganancial es útil, al igual que lo son otros expedientes técnicos que se usan con fines didácticos para orientar y facilitar el examen de una institución. Pero advierte que: «su importancia es mayor en la ciencia del derecho que en su práctica», y añade «hemos de evitar el riesgo de que nos desvíen del objetivo de hallar “quod iustum est” en cada caso concreto».

La naturaleza jurídica de la sociedad ganancial como comunidad en mano común suele interpretarse con cierta rigidez dogmática que, a veces, trasciende a sus aplicaciones prácticas

Hace tiempo que LACRUZ había señalado que «las divergencias entre la comunidad romana y la germánica, sobre todo en los derechos modernos, son menores de lo que corrientemente se cree en España y, por cierto, ninguna de ellas afecta a la esencia, que es idéntica en ambas» (*RGLJ*, enero 1950, pág. 33).

El Magistrado entendía en su informe que el artículo 1.373 del Código Civil, establecido con carácter general, no se adapta bien al supuesto de que la ejecución fuera de un esposo contra el otro. Y que entre lo que se había hecho, o instar el previo procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, era preferible lo primero.

Efectivamente, en el caso que va siendo frecuente, de accionar un cónyuge contra el otro en reclamación de pensiones consecuente a una separación judicial, ya se ha planteado el problema de si la anotación que el demandante solicite sobre bienes gananciales puede llevarse a cabo, sobre la totalidad de la finca o sobre los eventuales derechos gananciales del deudor sobre la misma. Modestamente había sostenido la primera alternativa en la revista *Lunes* 4,30, pero lo había hecho con más lujo de argumentos FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ en su libro de dictámenes, cuyo capítulo al respecto se publicó en el *BCR* número 222 (pag. 623).

Sostiene las dos posibilidades Respecto al embargo sobre toda la finca, a pesar de que el demandante tiene una participación en la sociedad ganancial, para ello encuentra un argumento de congruencia en el coheredero acreedor de la herencia (art. 1.087 del Código Civil).

Con más dudas y con más trabajosa elaboración justifica la posibilidad del embargo de los eventuales derechos del cónyuge demandado.

En ambos supuestos la ejecución conlleva la enajenación de la finca, que será excluida de la futura liquidación de la sociedad. El posible exceso del remate formaría parte del activo ganancial y, como tal entraría en dicha futura liquidación.

Lo expuesto se refería a una sociedad ganancial vigente, pero entendía FÉLIX RODRÍGUEZ que tales ideas eran aplicables, prácticamente sin problemas, al supuesto de sociedad disuelta y pendiente de liquidación

Ciertamente resulta atípico el embargo y enajenación forzosa de gananciales en un proceso de separación entre cónyuges. El embargo se dirige a una finca inmersa en un patrimonio o universalidad de bienes llamada a una liquidación futura, cuya titularidad actual sobre el conjunto es compartida por los dos cónyuges, por lo que en un lenguaje coloquial podría decirse que la finca embargada pertenece a los dos cónyuges y no pertenece a ninguno, pues vigente la sociedad sólo los cónyuges completan su titularidad sobre ella y, después de la liquidación, puede pertenecer a uno o a otro

La indeterminación de titular concreto de la finca es provisional, como es también provisional el asiento de anotación preventiva

Por ello, en la medida en que la finca no es *provisionalmente* del demandante, es lógico que éste pueda solicitar la anotación que le prevenga de posibles futuros avatares. Aparte que puede ser el único bien disponible.

En el informe del Registrador y en el del Magistrado se menciona el artículo 1.373, que no es realmente aplicable, salvo por analogía, puesto que la sociedad estaba disuelta y pendiente de liquidación. En dicho artículo la actuación del deudor puede desencadenar la liquidación de la sociedad o permitir la enajenación forzosa del bien embargado sin producir dicha disolución.

La disolución prevista ha tenido detractores. Recuerdo a E. Ballester; De los Mozos la califica de monstruosa y también a Ragel le parece un resultado excesivo que podría ser obviado.

Admitido el embargo, en los dos supuestos contemplados, y por lo antes expuesto, cabe admitir la enajenación forzosa del bien embargado, lo que puede significar una liquidación parcial respecto a dicho bien (es una de las alternativas que ofrece el art. 1.373), y remitir a la futura liquidación del patrimonio ganancial los ajustes que procedan conforme al artículo 1.396 y siguientes del Código Civil, en cuya liquidación ya se tendrán en cuenta los posibles remanentes que acaso se produjeran en el precio del remate.

El problema sería, pues, la liquidación previa como sostiene la resolución o la adjudicación del bien en los términos que se hizo y posterior liquidación de la sociedad ganancial, con aplicación de lo que dice el párrafo segundo del artículo 1.373.

Teniendo en cuenta que la sociedad está disuelta y pendiente de liquidación, entiendo más sostenible lo segundo; en vez de plantar al que creía lograda la realización de su derecho ante un nuevo procedimiento —(«tiempo y dinero», en palabras del Magistrado)— de inciertos resultados

M V S

III. Sentencias del Tribunal Supremo

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

TERCERIA DE DOMINIO. UNICA POSIBILIDAD DE RECONVENCION (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—La praxis judicial ha establecido con cierta persistencia la doctrina de que en los juicios de tercería de dominio sólo es admisible la reconvencción que se enderece a obtener la declaración de nulidad del título esgrimido por el tercerista (SS de 28 de junio de 1979 y 18 de julio de 1983)

RESPONSABILIDAD POR RIESGO: DEBE RECAER SOBRE QUIEN LO HA CREADO (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Existe una responsabilidad por riesgo que no necesita fundamentarse en la culpa, puesto que las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aun lícitas y permitidas (como las de los promotores de obra), deben recaer sobre quien ha creado, a través de las mismas, riesgos y peligros para terceros. Responsabilidad por riesgo, incluíble en la esfera del artículo 1902 del Código Civil, es responder por el peligro puesto por sí mismo, es decir, imponer al que domina una fuente de peligro, representada por una empresa o explotación permitida, las consecuencias derivadas de la inminencia de producción de los daños derivados de tal empresa, o dicho de otro modo, es la imputación de un daño a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes

MODALIDADES DE LA SUSTITUCION DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La sustitución de la persona del deudor, en las relaciones contractuales, puede revestir varias modalidades a) La conocida

como *expromisión*, con base al artículo 1.205 del Código Civil, y que consiste en que la novación subjetiva en la persona del deudor se produce mediante acuerdo directo entre el acreedor y un nuevo deudor —tercero ajeno a la obligación primitiva— el que libera al deudor originario de sus cargas. No requiere consentimiento, ni siquiera su conocimiento, ya que el nuevo actúa espontáneamente y no por delegación o con intervención del antiguo, de tal manera que se produce un efecto plano liberatorio, pues la obligación que asume el expromitente extingue la anterior, *b*) La delegación de pagos, que el artículo 1.206 del Código Civil, si bien no la regula, la admite, dándola por supuesta, viene representada por un convenio entre deudores mediante el cual el deudor primitivo (delegante) ordena a otra persona extraña al contrato (delegado) que recibe la orden y la acepta y la ejecuta a favor del acreedor-delegatario, el que asiente y admite este cambio en el sujeto obligado, por tanto la obligación primitiva subsiste, ya que no se ha producido su extinción, sino sólo su modificación; *c*) La asunción acumulativa de la deuda o refuerzo mediante la cual el deudor nuevo se introduce en la obligación para colocarse junto al deudor primitivo, en concepto de deudor solidario, sin producir efectos liberatorios para aquél, por lo tanto la aceptación por el acreedor del nuevo obligado no libera al originario y con ello no se da lugar a la novación, sino a la subsistencia de dos obligaciones idénticas en régimen de solidaridad pero con una única y similar causa, distinguiéndose de la fianza, en la que el fiador acepta la responsabilidad por la deuda ajena, que garantiza, asumiendo en consecuencia la responsabilidad de su cumplimiento por el deudor principal.

La asunción de deuda, si bien reviste caracteres de negocio atípico, es perfectamente procedente y adecuado según el artículo 1.205 del Código Civil y doctrina sostenida por esta Sala. Mediante tal institución, el deudor originario viene a ser sustituido por el posterior, que asume la deuda, en dimensión liberatoria, mediante el consentimiento del acreedor a esta mutación subjetiva en el pacto relacionante, operando, en caso de insolvencia del nuevo deudor, con los efectos que prevé el artículo 1.206 del Código Civil. De esta manera, no puede reputarse la coexistencia de dos deudores alineados en idéntica postura frente al acreedor, sino dos sujetos obligados a cumplir la obligación, en su caso, por distintos títulos y por lo que su posición no es acumulativa, sino disyuntiva, ante la relación contractual que permanece idéntica, si bien con obligados pasivos diferentes y por ello las acciones de reintegro y reembolso que asisten al acreedor han de dirigirse contra el nuevo deudor que se incorporó con posterioridad, no contra el deudor primitivo, que quedó desvinculado plenamente al darse la precisa aceptación del acreedor.

HAY DIFERENCIAS MUY IMPORTANTES ENTRE LAS ACCESIONES POR UNION Y LAS DE FRUTOS (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 353 del Código Civil que explicita, de manera harto simplificada, la doctrina sobre la accesión elaborada por los glosadores y transmitida al Código Civil francés sin las matizaciones que mostró siempre la jurisprudencia romana sobre el instituto, no impide que al tratar de las clases o modalidades de la accesión se consideren las diferencias muy importantes entre las accesiones por unión o incorporación de las referidas a los «frutos», vinculadas estrechamente al *ius fruendi*, es decir, al derecho que tiene el titular de una relación jurídica frutiva a aprovecharse de

las rentas, productos o beneficios que produzca su objeto. Puede, por tanto, ocurrir, y así sucede con suma frecuencia, que no sea el propietario quien se aproveche de los frutos porque no tenga la facultad de goce y lo sea el usufructuario, el arrendatario o el simple poseedor de buena fe no propietario, tal como reconoce el artículo 451 del Código Civil.

PRECONTRATO: SUS CARACTERISTICAS Y DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DEFINITIVO (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—No es preciso que en el precontrato se indiquen todos los elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación ulterior y la especie del futuro contrato definitivo, en otro caso, el contrato preliminar se confundiría con el definitivo y el primero sería inútil como preliminar. Del precontrato surgen obligaciones para las partes, que se distinguen en sus efectos del contrato definitivo, ya que su contenido directo es la obligación de un *facere*, de prestar su consentimiento; lo esencial del precontrato es la indeterminación específica de los requisitos esenciales del convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva.

El contrato preliminar, o precontrato, según Sentencia de 2 de febrero de 1960, consiste en vincular a las partes en el mismo intervinientes para la conclusión de un contrato futuro, que no se pudo o no se quiso celebrar al tiempo de suscribir el precontrato, y por ello contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior ha de ser definitivo ni engendra otra obligación que la de prestar a éste el consentimiento por quienes a ello se obligaron.

LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS NO ES APLICABLE A TODOS LOS SUPUESTOS DE DAÑOS (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando la postura de esta Sala es proclive a admitir que, en determinados campos del Derecho, y en virtud de la aplicación de la doctrina de los riesgos, aun sin admitirse la responsabilidad objetiva por los daños causados a terceros, puede llegarse a una inversión de la carga de la prueba que arroje sobre el causante de los mismos, la de acreditar que actuó con diligencia, cuando su producción pueda encadenarse causalmente a la puesta en escena de un mecanismo que actuando en su favor y proporcionándole beneficios, debe reputarse causa de los perjuicios sufridos por el tercero, es cierto, sin embargo, que esta postura es tan sólo aplicable a determinadas esferas de actuación, como puede ser, por ejemplo, la de los daños causados por la circulación de vehículos, pero ni puede pretenderse su indiscriminada aplicación a todos los supuestos de daños ni menos aún su vocación de regir los posibles perjuicios que al particular ocasione la falta de prosperidad de una actuación judicial, ya que de admitirse tal doctrina se produciría la inadmisibles conclusión de que promovido un litigio, que normalmente concluye con la desestimación en mayor o menor grado de las pretensiones de una de las partes, las profesiones que tuviesen atribuidas la representación y defensa de los intereses de la parte que no vio atendidos sus pedimentos, se verían forzados, para evitar ser responsabilizados por los perjuicios que la falta de éxito de sus pretensiones ocasionase a su cliente a formular una dificultosa

prueba de que la causa de tal resultado no fue la negligencia en su actuación, sino la carencia de razón, con arreglo a Derecho, de la postura que ellos sostuvieron cuando parece razonable concluir que tal responsabilización, aun posible en determinados supuestos, tan sólo habrá de producirse en los casos en que, por el contrario, la parte que reclame la indemnización acredite que los daños sufridos por la falta de estimación de sus pedimentos sean causalmente atribuibles a la negligente actuación profesional de quien tenía a su cargo la tutela jurídica de los intereses de su cliente.

EL FONDO NACIONAL DE GARANTIA VIENE OBLIGADO A SUPLIR LA INOPERANCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia —El Fondo Nacional de Garantía nació en íntima conexión con el seguro obligatorio y para suplir la cobertura proporcionada por las entidades aseguradoras en todos aquellos supuestos en que, por cualquier causa, no tuviese efectividad la obligación indemnizatoria de las aseguradoras, y en general cuando no se produzca la asistencia o indemnización; por ello ha de entenderse que el artículo 3 del Decreto 18/1964, de 3 de octubre, al incluir entre las funciones del Fondo «el cumplimiento de las obligaciones de dichas entidades cuando se encuentren en situación de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra», no hace sino especificar uno de los supuestos incluidos dentro de la cláusula general del artículo 45 de la Ley de 1962 y en los que el Fondo Nacional de Garantía viene obligado por ley a suplir la inoperancia de las entidades aseguradoras.

En el Real Decreto legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, al ordenamiento jurídico comunitario, representado por las Directivas de la Comunidad Económica Europea, se hace referencia a la obligación de los Estados miembros de constituir o reconocer un organismo que tenga por misión la de reparar, al menos en los límites del seguro obligatorio, los daños corporales y materiales; por su parte, el Real Decreto 2641/1986, por el que se aprueba el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, al regular el Consorcio de Compensación de Seguros dispone que el Consorcio asumirá las obligaciones de las aseguradoras cuando hubiesen sido declaradas en quiebra, suspensión de pagos, o que hallándose en una situación de insolvencia estuviesen sujetas a liquidación.

REQUISITOS PARA PODER APLICAR LA CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS» (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala como premisas indispensables para poder tener en cuenta la cláusula *rebus sic stantibus*. A) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, B) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, C) Que todo ello

acontezca por la sobrevenencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y D) Que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio (SS de 6 de octubre de 1987 y 10 de diciembre de 1990, entre otras).

RESPONSABILIDAD DECENAL. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ES DE QUINCE AÑOS (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que cuando la ruina se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la ejecución de la obra y otras a la dirección de la misma, sin posibilidad de precisar las consecuencias dañosas de cada incumplimiento, la responsabilidad de todos ellos es solidaria frente al dueño de la obra, ello sin perjuicio de las posibles acciones de repetición que puedan entablarse entre los distintos condenados en la vía que proceda (SS de 12 de marzo de 1985 y 14 de julio de 1989, entre otras).

La acción aquí ejercitada por los dueños y contratantes de la obra no es la de responsabilidad por culpa extracontractual, sino la de responsabilidad *ex lege*, conocida como decenal, que contempla el artículo 1.591 del Código Civil, acerca de la cual tiene declarado esta Sala que una vez producida la ruina o manifestado el vicio ruinógeno dentro del plazo de garantía que dicho precepto establece (diez años a contar desde la terminación de la obra) y nacida por tanto la correspondiente acción para exigir dicha responsabilidad *ex lege*, el plazo de prescripción de la misma es el de quince años (a partir de su nacimiento).

PRUEBA DE CONFESIÓN: SE PIDE A UN LITIGANTE CONTRARIO (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Esta Sala, en reciente sentencia, ha recordado la doctrina constitucional en orden al derecho a la prueba, según la cual el artículo 24 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de utilizar los medios de prueba pertinente en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado; este derecho fundamental inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y al haber sido constitucionalizado, impone unas nuevas perspectivas y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación.

La prueba de confesión ha de subordinarse al cumplimiento del mandato del artículo 579, que impone que la misma haya sido solicitada por la parte contraria, precepto este que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido literal de que la confesión en juicio es solamente la que hace un litigante cuando así lo exigiese un contrario, declarando asimismo la Sentencia de 19 de noviembre de 1949 que según el artículo 579, para que un litigante pueda exigir la prueba de confesión en juicio, es preciso que se exija de otro litigante, es decir, de otro que sea contrario al que la pida, o sea, que sostenga tesis y formule peticiones contrarias a las de éste.

LA DEMANDA SOBRE UN BIEN GANANCIAL DEBE SER DIRIGIDA CONTRA AMBOS CONYUGES (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Aun en plena vigencia la reforma del Código Civil, respecto del título III del libro IV, operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, las sentencias de esta Sala continúan inspirándose en la jurisprudencia anterior, reacia a la admisión del litisconsorcio pasivo necesario en problemas litigiosos relacionados con contratos sobre disposición de bienes gananciales, sin embargo, esta línea jurisprudencial empezó a quebrar a partir de algunas sentencias dictadas en 1988. Concretamente la de 6 de junio de 1988, sobre resolución de un contrato de compraventa de un bien ganancial, establece la consecuencia estimatoria de la situación de litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que el bien se adquirió para la sociedad de gananciales. Entre las razones que abonan la favorable acogida del litisconsorcio se incluye la consideración de que la facultad que el párrafo segundo del artículo 1 385 del Código Civil concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes no significa nada más que cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar en exclusividad el ejercicio de una acción que por afectar a ambos debió ser dirigida contra los dos.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA DARSE LA «ACCESION INVERTIDA» EN LA CONSTRUCCION EXTRALIMITADA (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—Para el supuesto de construcciones extralimitadas, carente de regulación específica en nuestro sistema, esta Sala ha rechazado la rígida aplicación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada accesión invertida y constituyendo un cuerpo de doctrina que arranca de la Sentencia de 31 de mayo de 1949 y continúa con las de 16 de marzo de 1959 y 2 de julio de 1960, siendo el invariable supuesto de aplicación de esta doctrina el identificable a través de los tres siguientes rasgos: que la construcción o edificación invada terreno aledaño, que esa inmisión se efectúe de buena fe, siendo indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente, y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido.

COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO: DIFERENCIA CON EL ARRENDAMIENTO CON OPCION DE COMPRA (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La Sentencia de 18 de septiembre de 1985 afirma que el desplazamiento posesorio de un bien fijando precio definitivo de su transmisión, con entrega efectiva de parte de él y aplazamiento de abono del resto, en manera alguna puede entenderse significativo de opción de compra, sino de real compraventa con parte del precio aplazado; y dice que no puede entenderse alterado el vínculo jurídico de compraventa por la circunstancia de que conjuntamente con la entrega de parte del precio establecido

se hubiera asignado también una determinada cantidad con causa arrendaticia, puesto que claramente está poniendo de manifiesto que dicha cantidad asignada a renta no responde a un real vínculo arrendaticio, sino a una garantía del vendedor para resarcirse del comprador, por la posesión que hubiera mantenido, de la parte de precio aplazado en el caso de no entregarse éste en su día y quedase por su causa resuelto el contrato de compraventa concertado y, por tanto, sin base de que se hubiese convenido efectiva relación arrendaticia.

NATURALEZA DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA· NO ENMARCA DENTRO DE LA DONACION (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia—En el supuesto de transmisión del pleno dominio de una finca, en contraprestación de la obligación de prestar alimentos con la extensión que determinan los artículos 142 y siguientes del Código Civil por toda la vida del alimentista, nos encontraremos en presencia de un contrato vitalicio de naturaleza atípica, que si participa en parte de la naturaleza de la renta vitalicia, aunque no asimilable a ella, que en la técnica francesa se denomina *bail de nourriture*, por virtud del cual se hace una cesión de bienes a cambio del compromiso, por el que los recibe, de dar al cedente alimentos y asistencia durante su vida, no enmarca dentro del ámbito jurídico de la donación y, por tanto, no son de aplicación los artículos 619 y 633 del Código Civil, que a ella exclusivamente se contraen

LA SIMULACION CONTRACTUAL SE PRODUCE CUANDO NO EXISTE LA CAUSA QUE EXPRESA EL CONTRATO (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público. La simulación es un vicio de la voluntad consistente en que una parte, de acuerdo con la otra, manifiesta una voluntad aparente y, en caso de simulación absoluta, por no querer concertar acto alguno. La consignación en la escritura de un precio confesado no implica simulación de precio, ya que el documento en que consta, si bien para terceros da fe del hecho y de la fecha, en cuanto a las partes hace prueba las declaraciones que en ella hubiesen hecho los contratantes (art. 1.218 Código Civil) en el caso discutido, el precio confesado obliga al que hizo esa declaración.

PRELACION DE CREDITOS LAS DEUDAS QUE CONSTEN EN ESCRITURA PUBLICA HAN DE ESTAR DETERMINADAS (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—El Código Civil, en su artículo 1.924, apartado A) de su número 3.º, concede preferencia entre sí por el orden de antigüedad de sus fechas a los créditos que, sin privilegio especial, consten en escritura

pública, siendo de añadir, que según reiterada doctrina legal, las pólizas intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa o Corredores Colegiados de Comercio están asimiladas a las escrituras. Ahora bien, la indicada preferencia es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, como por ejemplo cuando la cantidad figurada es entregada al tiempo de su suscripción, pero no ocurre lo mismo en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisan de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, y en tales casos la preferencia viene referida a la fecha de esa operación de determinación.

PROPIEDAD HORIZONTAL. LOS EXTRAÑOS NO PUEDEN DEBATIR SI UNOS ELEMENTOS SON DE PROPIEDAD COMUN O PRIVADA (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—No puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos componentes físicos de la entidad jurídica que es la comunidad de propietarios, con semejanzas en su propia naturaleza con los llamados «actos de conjunto», son de titularidad dominical privada o común, pues aquello queda reservado a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa comunidad, tanto más cuanto que la Junta acordó que el presidente entablara cuantas acciones fueran precisas para obtener la enmienda de las deficiencias constructivas detectadas en los edificios de la comunidad.

AVAL PRESTADO POR MUJER CASADA: PUEDE SER COMPELIDA A PAGAR CON SU PORCION DE GANANCIALES (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—En principio un aval prestado por mujer casada ni estaba prohibido por la ley ni entrañaba por sí mismo acto de disposición de bienes gananciales. Sólo cuando la obligación avalada vence, es exigida y se persiguen bienes para hacerla efectiva, puede plantearse si la afectación de bienes para su pago es o no permitida por el régimen matrimonial sin consentimiento del marido o de la mujer, porque ambos cónyuges son iguales a dichos efectos según el artículo 65 (hoy a todos, como proclama el art. 66, redacción de 1981)

No cabe ignorar que si la esposa pudo obligarse y se obligó, contrajo desde entonces, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el artículo 1.911 del Código Civil, el deber de pagar con todos sus bienes presentes y futuros. Como aún no ha pagado, su deber subsiste, y modificado desde 1981 el derecho matrimonial, ha de tenerse presente que actualmente cuando un cónyuge contrae obligaciones personales que no cabe satisfacer con sus bienes privativos, puede ser compelido a pagar con su porción de gananciales, llegando incluso a la disolución de la sociedad conyugal (art. 1.373).

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS INTERVINIENTES EN LA CONSTRUCCION (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia —Si bien es regla general la institución de la solidaridad en atención a concurrencia causal única, ha de precisarse que dicha regla no es ni puede ser exclusiva, fija y menos automática, cuando es factible definir y delimitar las actividades culposas o exculpatorias de los intervinientes en la ejecución de una obra.

La función dinámica negocial de la construcción cada vez ofrece más complejidades, en atención a todas aquellas personas físicas y jurídicas que, en posiciones distintas, cooperan y se convierten en coautores de dicho negocio que, precisamente, no cuenta con el ordenamiento jurídico debidamente detallado y adaptado a la realidad histórica presente

En este sentido se puede establecer un amplio arco de intervinientes en las actividades de la construcción de inmuebles; desde los propietarios del solar, que constituye el soporte material necesario para levantar la edificación, los dueños de la obra, que pueden coincidir con aquéllos y con la figura del promotor-vendedor, entendiéndose por tal el que contra toda la actividad constructora, protagonizándola en primer plano, en razón a sus funciones de ideación, planificación, coordinación, organización, acometida, financiación y control del programa de construcción inmobiliaria que pretende llevar a cabo, de tal manera que su actividad se profesionaliza cada vez más y culmina con la comercialización de lo edificado. El referido promotor puede asimismo actuar como constructor o contratar la labor edificativa con quien reúne esta condición. En todo caso, la actividad constructiva requiere la necesaria dirección y controles técnicos, lo que supone la aparición de otros intervinientes en el negocio, cuáles son los Arquitectos-directores de obra a los que la doctrina jurisprudencial exige mayor grado de diligencia atendida la garantía técnica y profesional de sus conocimientos, y los Arquitectos técnicos o Aparejadores, como profesionales encargados de la ordenación y dirección de su ejecución materializada, ya que asumen su control práctico. Se completa el abanico de intervinientes constructivos por las posibles incidencias y consiguientes vinculaciones indemnizatorias a cargo de los fabricantes de los materiales empleados en la edificación y de las aseguradoras que hayan suscrito las diversas modalidades que abarca el campo de los seguros de este particular ramo.

La responsabilidad solidaria que sobre la base fáctica precisada contiene la sentencia de apelación, resulta la procedente y concorde con la doctrina de esta Sala en casos análogos, ante la ausencia de conductas ilícitas civiles determinadas y concretas, pues a la responsabilidad *ex lege* del artículo 1 591, en los supuestos de ruina acreditada, se le agrega la presunción *iuris tantum* de que aquella situación plenamente negativa ha sido debida a las personas que intervinieron en el proceso constructivo

En todo caso, la buena fe contractual ha de ser relevante como buena fe de la construcción y el principio general que disciplina los contratos

COSA JUZGADA· ENTRAÑA LA IMPOSIBILIDAD DE DECIDIR DE MANERA DISTINTA AL FALLO PRECEDENTE (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—La situación de cosa juzgada material entraña la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de

decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza, la concurrencia de las identidades ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso, para apreciar una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos. La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal, de suerte que la declaración positiva de un derecho comporta la acción de declaración negativa del antagónico, a partir de lo cual no puede ignorarse la esencial identidad de contenido entre dos procesos cuando, ejercitada en el primero la acción positiva, el otro litigante deduzca en el subsiguiente la correspondiente acción negativa.

DONACION DISIMULADA: PARA SU VALIDEZ HA DE CONSTAR LA ACEPTACION DE LA DONACION (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1991)

Doctrina de la sentencia —Tampoco es válido el negocio disimulado subyacente, cual es el de la donación, por deficiencias trascendentes en orden no a la forma *strictu sensu*, que por ser escrituras públicas se acomodan al mandato del artículo 633 del Código Civil, sino a la aceptación por la donataria expresada inequívocamente, ya que ha de referirse tal manifestación al negocio disimulado, es decir, a la donación misma, porque lo que no puede pretenderse es —como dice la Sentencia de 3 de marzo de 1932—, que valga para el caso la aceptación de la compra que figura en la escritura, es decir, que la escritura ha de incorporar la aceptación de la donación o por lo menos que haya constancia de tal aceptación en otro instrumento público similar a tenor del artículo 633, segundo párrafo, del Código Civil. Así lo vienen determinando actualmente en forma consolidada Sentencias como la de 16 de noviembre de 1956 y 9 de diciembre de 1960, en las que se insiste en la observancia de esta doctrina rigurosa, porque de lo contrario habría posibilidad de burlar aquellos requisitos formales con las graves consecuencias que puede determinar el *fraudem legis*.

Comentario —La doctrina de esta Sentencia contradice la mantenida por la de 23 de septiembre de 1989, que citando a la de 9 de mayo de 1988, dice que «si bajo el negocio simulado existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado .» y decretaba la validez de la donación disimulada bajo la apariencia de la compraventa

Y realmente parece que es pedir demasiado el exigir que en la escritura de compraventa figure la aceptación de la *donación*, que se enmascara tras ella; de este modo poca simulación habría en el negocio

LA JURISPRUDENCIA EQUIPARA EL PROMOTOR AL CONTRATISTA A EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Tanto la doctrina científica como la jurisprudencial han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insufi-

ciencia de este artículo 1.591, para regular el fenómeno moderno de la construcción. Ante esta insuficiencia de la normativa civil, la jurisprudencia ha tenido la necesidad de adecuar y matizar la figura, recientemente aparecida, del promotor, equiparándola con la del contratista-constructor. Esta figura del promotor reúne generalmente en una misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo; lo que no impide que para la realización y ejecución del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material.

A esta figura compleja se le ha contrapuesto la del simple promotor-mediodor, cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, supuesto en el que podrían estar incluidas ciertas cooperativas, dedicadas exclusivamente a procurar viviendas a sus socios.

La realidad fáctica hizo necesario concretar la responsabilidad del promotor frente a supuestos de insolvencia o desaparición de las entidades contratadas por él para la realización de la obra; supuestos que colocaban a los compradores de pisos en difíciles situaciones, cuando los defectos ruinógenos se manifestaban transcurrida buena parte del plazo de garantía. La doctrina de esta Sala fue desde el principio unánime equiparando la figura del promotor con la del contratista, a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal establecida en el artículo 1.591 del Código Civil; y las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes. A) Que la obra se realiza en su beneficio; B) Que se encamina a la venta a terceros; C) Que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; D) Que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; E) Que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción.

Esta absoluta equiparación sólo quiebra en aquellos supuestos de la existencia de la figura que hemos llamado promotor-mediodor, en la que la ausencia de intención lucrativa en su mediación lo aparta del concepto general de la figura que estudiamos del promotor-constructor.

LOS SINDICOS DE LA QUIEBRA NO SOLO REPRESENTAN A LOS ACREEDORES, SINO TAMBIEN ACTUAN EN BENEFICIO DEL DEUDOR (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia—Sin entrar en la ardua y controvertida cuestión doctrinal sobre la naturaleza de la Sindicatura, es lo cierto que, según los cometidos que nuestras leyes asignan a los Síndicos, éstos no representan sólo el interés de los acreedores, aunque la intervención de ellos sea decisiva en sus nombramientos, sino también, en cuanto administradores legales de la masa de bienes, gestores que deben llevar a cabo con la diligencia de ordenados comerciantes, las actividades necesarias y convenientes para la conservación y beneficio de los bienes, actuando, cuando así resulte justificado, en sustitución procesal de la quebrada, lo que en definitiva supone actuar también en beneficio del comerciante deudor, hasta el punto que si se produce la situación, por otra parte infrecuente, originada por cambio de los valores económicos, por eficacia de la administración, o por cualquier otra causa, de que al

final se produzca un activo remanente, éste obviamente ha de entregarse al deudor

LICITUD DEL PACTO DE PAGAR EN MONEDA EXTRANJERA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida al condenar a la entidad demandada a devolver el importe del préstamo en francos belgas ha dado cumplimiento al artículo 1.170 del Código Civil, con arreglo al cual el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, que en el caso que nos ocupa fue en dicha clase de moneda, ello sin perjuicio de que luego el pago pueda realizarse en dicha especie monetaria, si se trata de moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial y la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente o, en otro caso, deba realizarse en su equivalente en pesetas, con observancia de todos los requisitos exigidos por el régimen jurídico del control de cambios.

J Q S.

c) ARRENDAMIENTOS

Arrendamientos rústicos

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

APARCERIA AL PRESENTAR LA DEMANDA HABIA TRANSCURRIDO CON EXCESO DEL PLAZO DE UN AÑO PARA EL PREAVISO EXIGIDO POR LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, REVELANDO QUE LA APARCERIA SE HABIA EXTINGUIDO CONFORME AL ARTICULO 135 DE LA REFERIDA LEY (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1989).

El Juzgado de Alcázar de San Juan estimó la demanda y confirma la Audiencia de Albacete

No prospera la casación. Es posible la acumulación de las dos acciones, resolución del contrato de aparcería y la reclamación de daños y perjuicios, como se deduce del contexto del artículo 131 LAR, a tenor de lo prevenido en los artículos 153 y siguientes LEC, en relación con el número 2 del artículo 127 LAR, al corresponder al Juez que inició la tramitación del juicio en cuestión el conocimiento de las dos referidas acciones. La demandante notificó y requirió notarialmente en 1983 al demandado para que dejase la finca libre el día 1 de noviembre de dicho año, dándole ese preaviso ya que el contrato de aparcería se había extinguido y puesto que la demanda fue presentada el 1 de abril de 1985, con lo que se da cumplimiento al artículo 109 LAR, al haber transcurrido con exceso el plazo de preaviso en forma fehaciente con un año de antelación, al menos, a la fecha en que se solicita por la demandante la entrega de la finca ocupada por el aparcerero, y más si se considera que la

prórroga, vigente al hacerse la notificación, había transcurrido con exceso y tal notificación revela que el cedente da por extinguida la aparcería, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 135 LAR que autoriza a plantear la acción inmediatamente con el fin de sustanciar el litigio antes de la fecha en que debe alcanzar efecto el pronunciamiento, aun cuando no se ejecute hasta que la misma llegue.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO—EL CONTRATO DE 1973 SUPONE UNA NOVACION DE LOS ANTERIORES DE 1960 Y DE 1963, POR LO QUE LA DURACION DEL CONTRATO Y DE SUS PRORROGAS DEBE PROLONGARSE VEINTIUN AÑOS, DESDE EL REFERIDO AÑO 1973 (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1989).

El Juzgado número 1 de Córdoba estimó la demanda, confirmando la misma doctrina la Audiencia de Sevilla.

Triunfa el recurso de casación. Debe admitirse la realidad del contrato de 12 de abril de 1973, que no es meramente modificativo de los arrendamientos concertados en 1960 y en 1963, sino novatorio y extintivo de aquéllos, de conformidad con el artículo 1.204 del Código Civil, puesto que se produce el cambio de la persona arrendataria, produciéndose una incompatibilidad entre ambos contratos, al pretender la eficacia de lo convenido por una persona en relación con otro de igual naturaleza concertado por otras personas, aunque una de ellas sea la misma, ya que se altera un elemento tan esencial en el contrato como son los sujetos en él intervinientes. En consecuencia, de acuerdo con la disposición transitoria 1.ª, regla 1.ª, LAR, en relación con el artículo 25 del citado ordenamiento jurídico, procede una duración máxima de veintidós años, contados desde 1973, es decir, hasta 1994 (seis de contrato más quince de prórrogas legales). En nada obsta a ello el documento de 1982, en que se fijó 1984 para finalizar las prórrogas, partiendo del contrato de 1963, ya que no es válido renunciar a un contrato cuando no era él el que regía, sino otro pactado anteriormente, como el de 1973, que daba posibilidad a la vida de mayor ámbito temporal en las prórrogas, como hemos visto antes.

Arrendamientos urbanos

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—NO SE HA PROBADO LA FALSEDAD DEL ACTA DE LA REUNION DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE LA ENTIDAD ARRENDADORA EN LA QUE SE ACORDO LA CONSTITUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1989).

El Juzgado número 2 de Cartagena desestimó la demanda y declaró legal el arrendamiento de industria, lo que confirmó la Audiencia.

No prospera la casación. No hay un sólo documento que de modo directo condene las afirmaciones de la resolución impugnada, no habiéndose probado la falsedad por simulación del acta del Consejo de Administración de la entidad arrendadora, que autorizaba tal contrato. Los juzgadores de instancia llegan a la conclusión de que los defectos de convocatoria fueron subsanados por telegrama del consejero que se dice mal citado, sin apreciación de indicios

de falsedad en tal comunicación, y por manifestación posterior al contrato por parte del consejero al que se atribuye una firma en blanco, sin que se haya intentado demostrar el supuesto perjuicio por el acto impugnado en la demanda.

DECLARACION DE DERECHOS.—LA EXISTENCIA DE CONSTRUCCIONES DEPORTIVAS DE CARACTER MAS O MENOS PERMANENTE NO DESVIRTUAN EL CARACTER DE SOLAR DE LAS PARCELAS ARRENDADAS, EXCLUIDAS POR LO TANTO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1989).

El Juzgado número 2 de Santa Coloma de Farnés desestimó la demanda y la Audiencia lo confirma.

No tiene éxito la casación. El contrato de 1980 no supone una novación extintiva, sino modificativa del de 1973, ya que en ningún momento se llegó a hacer entrega a la propiedad de las fincas integrantes de un complejo deportivo y los arrendatarios no cesaron en la posesión fáctica, disfrutando de la misma sin interrupción, por lo que supone una prórroga del anterior, lo que indica que las partes tuvieron la concorde voluntad de introducir una mera modificación en el ámbito de sus respectivas prestaciones, siendo facultad de la Sala la de interceptar el contrato y a cuyo criterio hay que estar, de ser lógico. El contrato de 1980 habla de «parcela de terreno», lo que no sería admisible de haber pasado a la propiedad las obras y construcciones a que se obligaron los arrendatarios, por lo que el juzgador entiende que el arrendamiento era de un solar no edificado, cuyas construcciones más o menos permanentes, de carácter deportivo, no desvirtúan el carácter de solar de las parcelas arrendadas, excluidas de la LAU.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—NO SE HA PROBADO EL CIERRE POR MAS DE SEIS MESES DEL LOCAL ARRENDADO YA QUE, AUTORIZADO EL SUBARRIENDO PARA CUALQUIER ACTIVIDAD LICITA, NO ES NECESARIO QUE EL USO DEL LOCAL SEA EFECTUADO PERSONALMENTE POR EL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1989).

El Juzgado número 11 de Barcelona desestimó la demanda, pero revocó la anterior la Audiencia de la misma capital.

Triunfa la casación. Durante el período en que el demandante alega haber estado cerrado el local, el demandado lo destinó a otras actividades, según reconoce la sentencia recurrida, lo que revela que tal cierre no se ha producido, siendo intrascendente que tales actividades no fueran continuadas pues el cierre legal no está determinado por la disminución de la actividad, sino por el cese de ésta, ya que está abierto al público aunque no sea de forma continuada, y si en algún período se aprecia abandono del local, no significa que en todo tiempo se dicra así, y menos durante el período de seis meses que exige la Ley Admitido el subarriendo para cualquier actividad lícita, la Dirección General del Juego de la Generalitat de Catalunya ordenó un cierre previo del bingo por cinco meses, prorrogable por tres meses más, poniendo de manifiesto que no existe constancia de la fecha en que realmente había de tener a su disposición el local y a partir de la cual habría de iniciarse

el cómputo de los seis meses a que se remite el artículo 62 LAU, y, de ser así, no puede entenderse producido el transcurso de dichos seis meses, ya que la demanda se presentó el 10 de enero de 1987, o sea dos días antes de que se extinga la prórroga del cierre provisional del bingo, que había sido concedida a la entidad subarrendataria, revelando que, en tanto no se extinguieran las prórrogas, no había devuelto el subarrendatario al arrendatario el local y, por tanto, éste no lo tenía a su disposición para considerar el cierre del mismo. Dada la amplitud de facultades subarrendaticias que le concedió la arrendadora, la posesión del arrendatario no era de exclusivo uso personal, sino que lo podían hacer terceros por vía subarrendaticia, y no puede negarse, aunque se destine a actividades culturales o políticas, ya que ello conlleva para el arrendatario demandado una compensación económica de otra clase. Lo que da el carácter de actividad de local de negocio, según el artículo 1.º LAU, es la actividad del arrendatario que concede la utilización del local a terceros mediante la lógica contraprestación, de cualquier naturaleza que sea ésta.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—CASADA LA PRIMITIVA ARRENDATARIA DEL LOCAL EN 1969 Y ARRENDADO UN LOCAL COLINDANTE AL MARIDO EN 1970, A PARTIR DE CUYA FECHA SE REALIZO EN AMBOS UNA ACTIVIDAD UNITARIA, HABIA TRANSCURRIDO CON EXCESO EL PLAZO DE PRESCRIPCION DE QUINCE AÑOS CUANDO SE PRESENTO LA DEMANDA DE RESOLUCION EN 1985 (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1989).

Tanto el Juzgado número 3 de Madrid como la Audiencia estimaron la demanda.

Prospera la casación La arrendataria concertó el arrendamiento siendo soltera, habiendo contraído matrimonio con posterioridad. Pactada la separación de bienes del matrimonio, en la escritura de capitulaciones entienden que el derecho de arrendamiento y de traspaso del local era ganancial cuando no lo era, sino que tenía carácter privativo, adjudicándose al marido, lo que se ocultó a la arrendadora, desestimándose la falta de «litisconsorcio» pasivo ya que, según reiterada jurisprudencia, siendo el cesionario del arrendamiento extraño al contrato, es innecesario dirigir la demanda contra él, ya que el problema a dilucidar es entre arrendador y arrendatario. Contraído matrimonio en 1969, el marido pasó a utilizar el local para el ejercicio de su actividad industrial, en asociación de aprovechamiento común, como unidad de destino, con el local colindante, que arrendó en 1970 él mismo, lo que no puede entenderse desvirtuado por las capitulaciones matrimoniales hechas en 1975, ya que éstas lo único que revelan es el reconocimiento de la existencia de tal situación arrendaticia a raíz del matrimonio. En consecuencia procede la aplicación del artículo 1.964 CC, que establece el plazo de quince años para el ejercicio de las acciones personales que no tengan señalado término especial, ya que ha transcurrido con exceso el plazo cuando se interpone la demanda en 1985, sin que obste el contenido del artículo 1.969 CC, referido a que el cómputo se inicia el día en que la acción pudo ejercitarse, ya que, conocido el matrimonio de los arrendatarios, se produjo la posibilidad de ejercitar desde entonces la acción o, por lo menos, desde la fecha del contrato de arrendamiento del local colindante, ya que se sabía que el arrendatario estaba casado con la otra arrendataria y en cuyos locales se desarrolló conjuntamente una actividad

industrial, ya que lo normal es que quien arrienda locales tenga adecuado conocimiento de la actividad desarrollada en ellos.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTE UNA SENTENCIA FIRME DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE REVOCA LA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL Y EL ACUERDO DENEGATORIO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID DE LA DECLARACION DE RUINA, POR LO QUE PROCEDE LA APLICACION DE LA CAUSA DECIMA DEL ARTICULO 114 LAU (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1989).

Tanto el Juzgado número 6 de Madrid como la Audiencia estimaron la demanda

No triunfa la casación. Declara la ruina de la finca por sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que revocó la de la Audiencia Territorial y el acuerdo denegatorio del Ayuntamiento de Madrid de la declaración de ruina, procede la aplicación de la causa décima del artículo 114 LAU. El recurso contencioso se interpuso con una resolución recaída en un expediente de tal carácter y la Sala de la Audiencia reclamó el expediente tramitado, siendo obvio que no pudo dictar su decisión sin tener a la vista el expediente y la resolución en él recaída, dejando constancia la sentencia recurrida de que existe una notificación del Ayuntamiento, afirmación que no ha sido combatida por la recurrente adecuadamente. Por otra parte, el Tribunal Constitucional denegó el amparo a uno de los recurrentes en Sentencia de 22 de diciembre de 1987 y de esta sentencia se deduce que éste tuvo intervención en el expediente tramitado ante la autoridad municipal y declaró no infringido el artículo 24 de la Constitución, por lo que esta declaración del Tribunal Constitucional adquiere la virtud de cosa juzgada. Está fuera de duda que el expediente administrativo existió, puesto que la resolución de la autoridad municipal fue recurrida en vía contencioso-administrativa. De los datos aportados por el Ayuntamiento es dable deducir que se practicó la citación de los arrendatarios para ser oídos y en este expediente se hicieron por el recurrente las alegaciones, a que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE POR EXISTIR UN SUBARRIENDO PARCIAL SIN AUTORIZACION DEL ARRENDADOR. LA OCUPACION DEL LOCAL NO LO FUE SOLO POR UN CORTO ESPACIO DE TIEMPO, SINO DE FORMA PERMANENTE (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1989).

El Juzgado número 3 de Pamplona estimó la demanda, desestimando la apelación la Audiencia.

No procede la casación. Se probó que se había realizado un subarriendo parcial de la finca arrendada a un colindante por parte del arrendatario sin autorización del arrendador. Toda introducción de un tercero en el local contraviene el contrato y, tras sentar que en el presente caso no está probado que la ocupación de un sector del patio por un acopio de hierros y estructuras a la nave industrial se debiera a un favor temporal, respondiendo a una necesidad propia y no eventual de este tercer ocupante, así como el tener abierta una puerta metálica con la finalidad de comunicar ambos espacios, concluye que todo ello denota una transgresión de la LAU y de los derechos del arrendador,

ya que la ocupación no lo fue sólo por un corto espacio de tiempo sino de forma permanente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL —EN LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES NO SE INCLUYO EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO CONTRATADO POR EL MARIDO VIGENTE DICHA SOCIEDAD, POR LO QUE NO TIENE EL CARACTER DE PRIVATIVO DE LA MUJER (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1989)

El Juzgado número 1 de Elche estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Territorial de Valencia.

No procede la casación El marido demandado, vigente el régimen económico de gananciales, celebró en 1976 un contrato de arrendamiento y en 1979 se pactó la separación de bienes, sin que en la liquidación de la sociedad conyugal se incluyera el arrendamiento ni el negocio explotado en el local arrendado, sin que después de las capitulaciones se haya efectuado formal adjudicación de este derecho de arrendamiento. Sólo podría ser considerado privativo de la esposa si en la escritura de capitulaciones o después se le hubiese asignado este carácter, lo que no se demuestra en absoluto, ni por dicha escritura ni por las certificaciones de la Delegación de Hacienda y del Ayuntamiento de Elche, que no desvirtúan el contenido de aquel documento público, limitándose el recurrente a dar una nueva interpretación de la referida escritura, lo que no puede admitirse en casación.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA ARRENDATARIA PUEDE REALIZAR LAS OBRAS QUE LE HAN SIDO REQUERIDAS POR VIA ADMINISTRATIVA, SIN QUE SEA NECESARIO ENTABLAR UN LITIGIO CON LA ARRENDADORA PARA QUE SE DECLARE SU DERECHO A EJECUTARLAS (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1989)

El Juzgado número 18 de Madrid desestimó la demanda y lo mismo hizo la Audiencia de la capital.

No procede la casación El Tribunal de instancia ha estimado probado el requerimiento administrativo hecho a la arrendataria para realizar las obras y la comunicación del requerimiento a la arrendadora sin que ésta desarrollase actividad ninguna para acondicionar el local para el uso pactado. La situación que se contempla no es la de una simple mejora en interés del inquilino, sino de la conservación del contrato, por lo que constituye su finalidad esencial, siendo aplicable el artículo 110 LAU y no el 114 de causa 7^a, tal como se reconoce por esta Sala en Sentencia de 14 de febrero de 1985, sin que sea requisito necesario para emprender las obras de adaptación del local entablar un litigio para que se declare el derecho del arrendatario a ejecutarlas, hipótesis que sería contraria a la buena fe, según el artículo 1.258 CC, que obliga en el desarrollo del cumplimiento de todo contrato.

DESAHUCIO.—LA OCULTACION DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO CONSTITUYE UN CASO DE MAQUINACION FRAUDULENTO QUE DA LUGAR A LA REVISION (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1989).

Se interpone recurso de revisión contra la sentencia del Juzgado de Distrito número 25 de Madrid, declarando el desahucio por falta de pago de la inquilina.

Triunfa el recurso. Como puso de relieve el Ministerio Fiscal en su dictamen, la demandada ocupaba el piso arrendado que era objeto del desahucio durante el procedimiento, corroborando la diligencia de lanzamiento esa ocupación, atendido el número y calidad de los objetos hallados en él, unido a que la iniciación y seguimiento de dicho pleito se hubiese producido en tiempo de vacaciones escolares, lo que pudo dar lugar a la ignorancia de la demandada de la existencia del proceso, y todo permite entender que la designación de domicilio desconocido de la arrendataria lo ha sido por la idea de impedir su audiencia y defensa en el relacionado proceso de desahucio, generando un caso de maquinación fraudulenta determinante de la revisión, de conformidad con el artículo 1.796 LEC y como reconocen las Sentencias de 6 de noviembre de 1979 y de 15 de agosto de 1983, constituyendo tal maquinación la ocultación del domicilio cuando, como reconoce la de 18 de mayo de 1981, una mínima diligencia, haciendo adecuadas gestiones, posibilitaría localizar al demandado.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA LECTURA DEL CONTADOR DEL AGUA QUE ARROJA UN CONSUMO NULO DURANTE MAS DE UN AÑO DETERMINA LA PRUEBA DEL CIERRE DEL LOCAL DURANTE ESE PERIODO DE TIEMPO (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Se interpone recurso de revisión contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, que dio lugar a la resolución del contrato de arrendamiento.

No prospera. La lectura del contador de agua de la vivienda acredita que la recurrente no gastó absolutamente nada en el año 1984 y primer trimestre de 1985, deduciéndose la desocupación de la misma y decretando la resolución del arrendamiento, no pretendiendo la demanda de revisión otra cosa que revisar los hechos ya debatidos en la instancia y concretamente este del consumo del agua en que la Sala sentenciadora apoya la presunción de la desocupación de la vivienda, con lo que se limita a proponer un nuevo examen de cuestiones, ya debatidas en la instancia, en las que pretende incidir con base en documentos que pudo obtener y presentar en el momento procesal oportuno.

C R R.

e) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION HEREDITARIA —ARTICULO 1.061 CC (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1992)

Si en la escritura pública de partición no se hace manifestación ni reserva alguna respecto a la subsistencia de documento privado anterior, ha de entenderse que éste fue totalmente sustituido por aquélla.

La igualdad particional que proclama el artículo 1.061 del CC es una igualdad meramente cualitativa, que no es exigible cuando los herederos mayores de edad distribuyen por unanimidad la herencia del modo que tengan por conveniente.

PARTICION HEREDITARIA — RESCISION POR LESION. ARTICULO 1.076 CC (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1992).

La acción rescisoria del artículo 1.076, como la más genérica del artículo 1 299, ambas del CC, señalan plazos de caducidad, no de prescripción, y por ello no son susceptibles de interrupción

PARTICION HEREDITARIA — MODO DE REALIZARSE. ALCANCE DE LA INTERVENCION DEL CONTADOR PARTIDOR (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1992).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, conforme a los siguientes fundamentos:

Fundamentos.—Aparece probado en el proceso, y nadie lo cuestiona, que salvo Alfonso y Avelino, los cinco restantes hermanos S. C son (o eran) conocidos en su ambiente familiar y social por los siguientes seudónimos: José, por «Piño»; Feliciano, por «Tainas», Angel, por «Lito»; Manuel, por «Lolo», y Juan Benito, por «Pilas» Hecha la necesaria aclaración anterior, se estima imprescindible (como antes ya se ha anunciado) transcribir literalmente el documento privado que los siete hermanos S. C. pactaron y suscribieron el día 31 de diciembre de 1972 (o sea, cuatro meses después del fallecimiento de su madre; como ya se tiene dicho, el padre falleció en 1960), cuyo documento es del siguiente tenor literal: «Reunidos en Verín, a treinta y uno de diciembre del mil novecientos setenta y dos, los hermanos Avelino, Alfonso, Piño, Lito, Tainas, Lolo y Pilas, en expresión de libérrima voluntad y conformes de toda conformidad, convienen: Primero. Mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia recibida de sus padres, por período de diez años, sucesivamente prorrogable Segundo. La explotación, dirección y administración de los negocios Hotel-Café y de los demás bienes de la herencia corresponderá a los hermanos Alfonso, Piño y Tainas, y todo cuanto ellos hicieren en uso de esas facultades de administración será obligatorio para todos los hermanos, quienes, con la firma de este convenio, así lo admiten sin reservas; pero para vender y comprar, salvando la gestión de los negocios, necesitarán el acuerdo unánime de todos los hermanos Tercero. Las ganancias que anualmente se obtengan de la explotación de los negocios serán repartidas de la siguiente forma: la mitad a repartir en tres partes iguales para los hermanos Alfonso, Piño y Tainas; y la otra mitad en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos Cuarto. Para atender a sus necesidades, que se conta-

bilizarán a final de cada año, Alfonso podrá retirar mensualmente la cantidad de dieciséis mil quinientas pesetas, y Piño y Tainas, doce mil quinientas pesetas cada uno, garantizándose un sueldo anual a Alfonso de doscientas mil pesetas y ciento cincuenta mil pesetas a Piño y a Tainas, aun cuando la mitad de las ganancias no llegara a esa suma de quinientas mil pesetas, en cuyo caso el exceso de las quinientas mil pesetas será repartido en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos; y si las ganancias no llegaran a quinientas mil pesetas anuales, Alfonso, Piño y Tainas cobrarán sus sueldos garantizados con los productos de los capitales puestos a rendimiento en lo que faltare, garantía que no alcanzará a los que retiren sus ganancias anuales Quinto. En el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor en venta de los negocios y demás bienes lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas. Sexto. Las cuentas bancarias figurarán a nombre de Alfonso, Piño y Tainas, y los talones y cheques contra las mismas serán firmados, indistintamente, por dos de ellos Séptimo. Alfonso queda saldado de sus cuentas, compensándole sus deudas con la parte de las ganancias que le corresponden en los ahorros habidos —cuatro millones y medio de pesetas— hasta la fecha, cantidad que en dinero recibe en el día de hoy. Octavo. Los gastos del Colegio de Chano, hasta que cumpla los veintiún años de edad, por expresa voluntad y deseo de nuestros padres, será a cargo de la comunidad, que se computarán en gastos generales. Así lo convienen y firman »

A través del motivo segundo (que es el primero de admitidos, como ya se ha dicho), con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y diciendo, en su encabezamiento, denunciar infracción, por inaplicación, del artículo 1.058 del Código Civil, aunque invocando, también, en el desarrollo del mismo, los artículos 1.281, 1.282 y 1 289 de dicho Cuerpo legal, el recurrente viene, en esencia, a plantear dos cuestiones distintas, aunque parece relacionarlas entre sí, al sostener, por un lado, que mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972 (que ha sido transcrito literalmente en el fundamento jurídico anterior de esta resolución) los siete hermanos S. C. no realizaron la partición de las herencias de sus padres y, por otro lado, que aunque así hubiera sido, dicha participación sería radicalmente nula por haber sido hecha la misma sin la intervención de los contadores-partidores nombrados por los testadores (padres de los hermanos litigantes) y con infracción, por tanto, dice el recurrente, de lo preceptuado en el artículo 1 058 del Código Civil. Las expresadas cuestiones, aunque en el desarrollo del motivo aparecen planteadas en orden inverso, creemos que, por razones de lógica jurídica, deben ser examinadas en el que aquí las hemos enumerado, pues si respecto de la primera de ellas hubiera de aceptarse la tesis del recurrente (no realización de la partición de las herencias mediante dicho documento privado), devendría innecesario el examen de la segunda (denunciada nulidad de dicha partición), debiendo dejarse constatado también que, dada la atípica forma en que, como ya se ha dicho en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, la sentencia recurrida ha resuelto la cuestión litigiosa, esta Sala de casación habrá de examinar prácticamente *ex novo* las dos mencionadas cuestiones, salvo la conclusión a que, modo de *obiter dictum* y en «un somero análisis» del referido documento privado parece llegar el Tribunal de apelación en la primera parte del fundamento de derecho quinto de su sentencia (que ya ha sido transcrito literalmente con anterioridad).

La primera de las enunciadas cuestiones, de índole estrictamente hermenéutica, es la atinente a conocer y concretar la verdadera intención que tuvieron los siete hermanos S. C. (únicos herederos de sus padres) al pactar entre ellos, de mutuo acuerdo, lo que aparece reflejado en el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, que redactaron y firmaron cuatro meses después de la muerte del último de sus progenitores (la madre). Para dicha indagación exegética ha de partirse, por un lado, de la incuestionable premisa de que los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, puedan, por acuerdo unánime de todos ellos (*nemine discrepante*), partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (Sentencias de esta Sala de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 de enero de 1964, 25 de febrero de 1966) y ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero, como tiene reconocido esta Sala cuando declara: «no pudiendo sostenerse seriamente que, por adjudicarse bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, la partición no se llevara a efecto» (Sentencia de 20 de febrero de 1984). Sobre la base de la doctrina anteriormente expuesta, ha de llegarse a la conclusión de que mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, pese a no ser el mismo un paradigma de precisión técnico-jurídica, los siete hermanos S. C. (únicos herederos de su padres y todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes) y entre los que, obviamente, figuraban Alfonso, José («Piño») y Feliciano («Tainas»), que, además de herederos, eran los beneficiados (por terceras partes indivisas) con el legado (mejor, prelegado) litigioso, llevaron a efecto, con acuerdo unánime («en expresión de libérrima voluntad y conformes de toda conformidad», se dice en el referido documento privado), la partición de las herencias de sus padres y se atribuyeron el condominio ordinario, por séptimas partes iguales e indivisas, de todos los bienes integrantes de dichas herencias, al mismo tiempo que pactaron mantener la indivisión de los bienes durante diez años, pues ése es el único sentido que puede atribuirse a la cláusula primera, en la que convinieron «mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia de sus padres por período de diez años, sucesivamente prorrogable», en íntima relación con la cláusula quinta, en la que acordaron que «en el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor en venta de los negocios y demás bienes lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas». Entre los mencionados bienes también incluyeron expresamente (cláusula segunda) los negocios Hotel-Café, que eran el objeto específico y único del prelegado (el negocio de «Muebles Aurora» había desaparecido con mucha anterioridad), cuyas ganancias acordaron repartir por séptimas partes iguales (cláusula tercera), lo que indudablemente patentiza que los tres beneficiados con el prelegado (Alfonso, José y Feliciano), a los que se confió «la explotación, dirección y administración de los negocios Hotel-Café y de los demás bienes de la herencia» y por cuya actividad se les señaló un sueldo (cláusula cuarta), estaban plenamente de acuerdo en que el referido

prelegado se refundiera en la masa de la herencia y, junto con los demás bienes del caudal hereditario, se repartiara entre los siete hermanos por séptimas partes iguales, pues si no hubiera sido así, carecería de todo sentido el pactado reparto igualitario de las ganancias o productos de los negocios de Hotel-Café (aparte de los referidos sueldos), cuyos productos o ganancias, de haberse querido mantener la subsistencia del prelegado, habrían correspondido exclusivamente a los tres legatarios (art. 882 del Código Civil), a lo que ha de agregarse, además, que el propio don Alfonso (único demandante) se declaró saldado de sus cuentas mediante la recepción de cuatro millones y medio de pesetas que le entregaron sus seis hermanos el mismo día de la firma del documento privado (cláusula séptima), cuyo saldo de cuentas resulta inconcebible si no es bajo la perspectiva ya dicha de que, junto con don José y don Feliciano (que reconocen haber sido ésa la intención que tuvieron al suscribir el meritado documento), don Alfonso prestó su expreso consentimiento a que el prelegado (del que los tres eran los beneficiarios) quedara refundido en la masa de la herencia para dividir ésta en siete partes iguales. No es aceptable el argumento aducido por el recurrente en el desarrollo del motivo de que en el acto de conciliación celebrado el día 20 de marzo de 1985 (ya referido en el apartado 5.º del fundamento jurídico primero de esta resolución), al que él no asistió, fueron sus hermanos don José y don Feliciano los que renunciaron a su parte en el prelegado, con base en lo cual don Alfonso reclama (por derecho de acrecer) la totalidad del mismo, pues donde los tres prelegatarios, en unión de sus otros cuatro hermanos, verdaderamente pactaron la refundición del prelegado en la masa de la herencia y el reparto de la misma en siete partes iguales fue en el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, como antes se ha dicho. Asimismo, carece de consistencia jurídica, aunque no de originalidad, la alegación que, en el desarrollo del mismo motivo, también hace el recurrente de que lo estipulado en la cláusula quinta (ya inscrita anteriormente) de dicho documento privado fue una cláusula penal, pues en la misma lo único que se estipula es el reconocimiento a cualquiera de los siete hermanos de la facultad de no respetar el pacto de indivisión durante diez años, en cuyo supuesto se le consiente salir de la comunidad y (sin penalización alguna) percibir la parte que verdaderamente le corresponde («la séptima parte del valor en venta de los negocios y demás bienes»), cuyo pacto de indivisión, por otra parte, ha sido respetado por los siete hermanos y durante su vigencia se han repartido entre ellos las ganancias de los negocios por séptimas partes iguales (o penden de su liquidación), y, además, don Alfonso ha venido percibiendo el sueldo que se le señaló (cláusulas tercera y cuarta) por «la explotación, dirección y administración de los negocios Hotel-Café y de los demás bienes de la herencia», por lo que la pretensión que, después de transcurridos más de doce años de respetar dicha situación, ahora deduce en este proceso, no sólo choca frontalmente con lo que «en expresión de libérrima voluntad», pactó con sus seis hermanos (todos «conformes de toda conformidad») en el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, sino que se halla en abierta contradicción con sus propios y continuados actos posteriores al mismo (artículo 1.282 del Código Civil). En consecuencia, y como resumen de todo lo anteriormente razonado, esta Sala entiende que el prelegado litigioso quedó extinguido, pues fue voluntad de los tres legatarios (don Alfonso, don José y don Feliciano), concorde con la de sus otros cuatro hermanos, que el mismo quedara refundido en la masa hereditaria, cuya partición hicieron mediante el repetido documento privado

y se adjudicaron en condominio ordinario (arts 392 y siguientes del Código Civil), por séptimas partes indivisas, la propiedad de todos y cada uno de los bienes de la herencia (incluido el prelegado), a cuya conclusión, aunque a modo de mero *obiter dictum* y tras «un somero análisis de dicho documento», parece que llega también la sentencia aquí recurrida (primera parte de su quinto fundamento de derecho).

La segunda de las ya enunciadas cuestiones la plantea también el recurrente en el alegato del mismo motivo segundo, en cuyo estudio aún nos hallamos, al sostener que, aun cuando se admitiera que los siete hermanos S. C. llevaron a efecto la partición de las herencias de sus padres mediante el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, dicha partición, dice el recurrente, sería radicalmente nula, al haber sido hecha sin la intervención de ninguno de los dos contadores-partidores que, con carácter solidario, habían nombrado los causantes en sus respectivos testamentos. Aunque no se trata de una cuestión doctrinalmente pacífica, pues algún autor opina en sentido contrario a lo que a continuación se expone, el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (*nemine discrepante*), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, cuyo mayoritario criterio doctrinal lo comparte esta Sala por las consideraciones siguientes: a) Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales (existencia de algún interesado en la partición que necesite de una protección especial), el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos (y excluida, por tanto, dicha posible litigiosidad), deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor. b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, según reiterada doctrina de esta Sala, que hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior de esta resolución, es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente). c) Este es el criterio legislativo que siguen aquellos ordenamientos forales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia. Así la Ley 344 del Fuero de Navarra (tanto en su redacción originaria como en la coincidente en ese extremo, que luego ha dado la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril) y el artículo 57 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por la Ley de la Generalidad 40/1991, de 30 de diciembre (coincidente el referido artículo, en cuanto al extremo que aquí nos ocupa, con lo que antes establecía el artículo 274.2 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña) No parece existir razón (histórica, ni jurídica) alguna para que en el Derecho civil común (no foral) no pueda seguirse el mismo criterio, cuando el Código Civil, que tan poca atención normativa presta a la figura del contador-partidor, no contiene ningún precepto en que expresamente lo prohíba, aparte de la debida concordancia que con el principio de igualdad de los

españoles ante la Ley (art. 14 de la Constitución) supone el mantenimiento de un criterio uniforme en la materia. A lo anteriormente dicho en sede de doctrina general, y con referencia al caso concreto que nos ocupa, ha de agregarse, por un lado, que don Alfonso S. C. (único demandante y ahora recurrente), que, no obstante conocer (desde la muerte de sus padres en 1960 y 1972, respectivamente) el nombramiento de los contadores-partidores, prescindió de los mismos y prestó su consentimiento (junto con el de sus otros seis hermanos) a la partición que, con acuerdo unánime («conformes de toda conformidad») hicieron mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972 y ha venido consintiéndola y ajustándose a ella durante más de doce años, no puede, sin violentar el respeto debido a lo pactado (*pacta sunt servanda*; art. 1.091 del Código Civil) y sin conculcar la doctrina de los actos propios, tratar ahora de desconocer la eficacia del repetido documento y, por otro lado, que durante el plazo de vigencia del mandato de los contadores-partidores (que venció en septiembre de 1975) ninguno de los herederos, ni siquiera don Alfonso, requirió la intervención de los mismos, habiendo uno de ellos (don César F. R.) declarado en la prueba testifical (folio 499 vuelto de los autos) que «tuvo conocimiento al otorgar testamento los citados esposos, que, juntamente con Paulino V. G., había sido designado contador-partidor, y tuvo también conocimiento de que, fallecida la madre, los hermanos S. C. habían procedido a poner fin a la comunidad hereditaria, al proceder, manteniendo la unidad de la explotación, a fijar la forma en que, entre ellos, se distribuían los bienes heredados a sus padres fallecidos». De lo razonado en éste y en el anterior fundamento jurídico se desprende la inexorable desestimación del motivo segundo, al que en ellos nos hemos venido refiriendo, la cual ha de comportar también el fenecimiento de los motivos tercero y cuarto, mediante los cuales se denuncia (en el tercero) infracción, por inaplicación, del artículo 987 del Código Civil, que establece que el derecho de acrecer tiene lugar también entre los legatarios, y (en el cuarto) infracción, por inaplicación, de los artículos 821 y 828 del Código Civil, que se refieren, respectivamente, a los legados sujetos a reducción y a la imputación al tercio de mejora o al de libre disposición de los legados hechos por el testador a uno de los hijos o descendientes, cuyo fenecimiento (de los dos expresados motivos) viene determinado por la simple y elemental razón de que la tesis impugnatoria que se desarrolla en los mismos viene montada sobre la ineludible premisa previa de la subsistencia o pervivencia del prelegado litigioso y dicha premisa no concurre en el presente caso, ya que el referido prelegado quedó extinguido y refundido en la masa de la herencia, a virtud de lo pactado por los siete hermanos S. C. en el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, como ya se tiene dicho. Por tanto, ha de ser mantenido el pronunciamiento desestimatorio de la demanda que hace la sentencia recurrida, aunque no por la argumentación desarrollada en el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia (ya transcrito literalmente con anterioridad), que parece contener la única o principal *ratio decidendi* de su fallo, sino por los razonamientos que han sido expuestos en éste y en el anterior fundamentos jurídicos de esta resolución.

Comentario.—Destacan en esta sentencia dos precisiones que responden a un criterio seguido unánimemente por la práctica notarial, pero que no siempre fue compartido por la jurisprudencia (verbigracia: la llamada «cláusula de no estorbar» por González Palomino). Se refiere a una de ellas a que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la

copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero. Por lo que la escritura en que tal operación se realice merece real y verdaderamente el calificativo de escritura de partición, incluso aunque expresamente no se establezca tal comunidad de bienes, pues ésta resulta ya implícitamente de las adjudicaciones realizadas. Y la otra afirmación es la de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime, pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente. Pero me parece que a la prohibición expresa debe asimilarse la que resulte de la interpretación del propio testamento (verbigracia: proteger a uno de los coherederos fácilmente influenciabile; cuando el testador haya señalado alguna reenumeración o legado a favor del albacea o contador-partidor, pues resultaría incongruente que lo recibiese sin ejercer sus funciones o que no le percibiese. Debiendo, por tanto en tales casos mediar la renuncia o excusa del contador-partidor)

PARTICION HEREDITARIA—RESCISION POR LESION (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1992).

Las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio de los herederos o aprobación judicial, son rescindibles caso de lesión en la cuarta parte.

CAPACIDAD DEL TESTADOR.—NULIDAD DEL TESTAMENTO (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1992).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia provincial de Bilbao que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, declarando la nulidad del testamento por incapacidad del testador en base a los informes periciales médicos, según se expresa en los fundamentos de derecho que se transcriben a continuación.

El *thema decidendi* versa sobre nulidad de testamento a causa de la incapacidad del testador como consecuencia de no hallarse éste en su «cabal juicio» al tiempo de otorgar aquél. Ambas sentencias de instancia coinciden, tras un análisis riguroso de la prueba practicada, en la estimación de la insania mental del causante, en grado suficiente y con sujeción a los requisitos exigibles para declarar la nulidad del citado negocio jurídico unilateral. Al efecto, la sentencia recurrida establece la prueba pericial practicada durante el proceso lo ha sido con respeto de los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción; extraña a los que la presente suscriben la actitud de los demandados comparecidos en la instancia, que se opusieron a su práctica cuando resultaba evidente su necesidad para determinar la veracidad de las afirmaciones de la demanda, así como las suspicacias sobre la identidad del cerebro examinado *post mortem* en el Hospital Civil de Basurto, tal duda debe predicarse carente de todo fundamento, atendida la documental obrante en autos.

Centrándonos en la citada pericial, habrá de coincidirse con el Juez de instancia en que los tres peritos emiten un informe «exhaustivo, concluyente y convincente». De los tres peritos, uno es médico-forense, profesor-colaborador del Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad del País Vasco; otro es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital de la Cruz Roja de Bilbao, y el otro también es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, además de diplomado en Psicología, desarrollando uno de ellos funciones de jefe del servicio médico central de una entidad bancaria y el otro de médico de empresa. De tan exhaustivo informe cabe referir, además, su profundidad, fundamentación técnica y contundencia, la adecuada sistematización, comprendiendo un resumen cronológico de hechos, aspectos destacables de los informes médicos obrantes en autos, aspectos conceptuales y científicos de la concreta enfermedad que padeció el difunto señor L., examen del propio testamento y de la personalidad del testador y unívocas conclusiones finales. Tal ineluctable hermenéutica de las conclusiones tiene su cenit al contestar a la pregunta «si desde el punto de vista científico puede asegurarse “con evidencia y sin dejar margen racional de duda” que don Román L. G. estaba incapacitado el día 18 de agosto de 1983 para otorgar el testamento que figura incorporado a los autos, pese a la declaración de capacidad del mismo, que en dicho testamento expresan el notario autorizante y los dos testigos presenciales, uno de ellos médico de profesión» con la respuesta «sin ningún género de dudas, a la fecha del testamento, don R. L. G. no estaba capacitado para otorgar el testamento que figura incorporado a los autos, basándonos en todo lo anteriormente expuesto, y esta incapacidad data de varios meses antes». Contra tal prueba no puede prevalecer ni la presunción de capacidad del notario y del médico amigo del difunto y que actuó como testigo en el acto de disposición testamentaria ni la documental y testifical practicada en esta instancia. Fundamentalmente sobre estas dos últimas pruebas versó el alegato de la parte apelante. Leída la documental referida y la testifical ratificadora, debe señalarse que la misma reconoce la causa de la muerte apuntada por el resto de las pruebas y reconoce explícitamente como dato cierto la sintomatología física hecha constar en el informe de la doctora F. (documento número 10 de la demanda) y que data la misma a mediados de agosto de 1983. No admite dicho doctor que existiera una previa sintomatología psíquica de la enfermedad que definitivamente le produjo la muerte al testador, contra las opiniones expuestas. Tanto razones procesales —igualdad, bilateralidad y contradicción, frente a unilateridad en su cargo y realización, paliada en parte con la testifical sometida a repreguntas— como numéricas —tal opinión frente a la de los tres peritos y la de los médicos que suscribieron las documentales comentadas— y de especialidad respectiva —Neurología y Medicina Interna, frente a la ya expuesta, si bien sería injusto no reconocer su muy alta cualificación universitaria— abocan a mantener el resultado valorativo de instancia. No estará de más apuntar que dicho doctor es adjunto de un servicio cuyo jefe es el doctor La H. M., que no alberga dudas sobre el estado de incapacidad que aquejaba al testador en el momento de otorgar el testamento. Por todo lo cual no se ha desvirtuado lo acertado de los razonamientos del juez *a quo*, quien tras exponer la doctrina del *favor testamenti* y de la rigurosidad de la prueba exigida para anular el testamento por incapacidad, en aplicación de la presunción de capacidad que para toda persona rige en nuestro Derecho, ha considerado, al igual que la mayoría de los miembros del Tribunal, que ha quedado debida-

mente acreditada la incapacidad que aquejaba al difunto en el momento de otorgar el testamento de fecha 18 de agosto de 1983

Frente a la consiguiente declaración de nulidad del testamento, los recurrentes impugnan la sentencia, en primer lugar, al amparo del número 5.º del artículo 1 692, por error de derecho en la valoración de la prueba al haberse infringido los artículos 1.250, 1.251 y 1 253 del Código Civil, en relación con los artículos 665 y 666 del mismo Código. Ninguna incidencia tiene sobre el problema debatido, en relación con la naturaleza de la prueba sobre la que sustancialmente descansan las apreciaciones del juzgador, la circunstancia, puesta de relieve por los recurrentes, respecto de la fecha en que se otorgó el testamento (18 de agosto de 1983) y la fecha de declaración de incapacidad judicial del señor L. (31 de octubre del mismo año), pues no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente, a los fines de denunciar la nulidad del testamento por causa de incapacidad del testador, aunque de su concurrencia se deduzcan determinados efectos, que en el caso presente no han revestido significación, no obstante la utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, dado que si establece el artículo 666 que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», este mandato no impide que una sintomatología manifestada abruptamente con posterioridad sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta. Tampoco cabe inferir de tal circunstancia que la prueba sobre el hecho fundante de la acción tenga que ser, en estos supuestos, necesariamente prueba indirecta, en el sentido de prueba indiciaria o por presunciones, pues las operaciones probatorias consisten habitualmente en una reconstrucción del pasado; de aquí, por ello, que sea erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial en prueba de presunciones para acomodar su crítica a las pautas jurisprudenciales, elaboradas respecto de los artículos invocados como infringidos, pues la prueba pericial debe ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica (art 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que en cuanto tales están exentas, generalmente, del control casacional. No empece a estas consideraciones que el voto disidente de la mayoría contenga una valoración distinta de la prueba pericial en cuestión, pues aparte su función ilustrativa del conocimiento de esta Sala, que serviría, en su caso, para poner de relieve una ruptura o quiebra, a *sensu contrario* de la coherencia o consistencia lógica del razonamiento seguido por la mayoría, únicamente acredita la existencia de otra vía de razonamiento que por su carácter minoritario no puede sobreponerse a la seguida por la mayoría, determinante de la sentencia, en materia que básicamente debe calificarse como una cuestión de hecho, según jurisprudencia de esta Sala, que recuerda que el estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, que valora la prueba pericial sin más pautas que las reglas de la sana crítica (Sentencias de 18 de diciembre de 1958, 19 de enero de 1960 y 7 de febrero de 1967).

El segundo y último motivo casacional discurre por el cauce del número 5.º del artículo 1 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando la infracción de los artículos 662, 663, 664 y 666 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Pero en verdad que ninguno de estos preceptos, ni los criterios atinentes a su recta interpretación judicial, han sido vulnerados, ya que los juzgadores de instancia han tenido muy en cuenta la presunción de

capacidad del testador, siempre destacada por la jurisprudencia (Sentencia de 30 de abril de 1920), aunque con valor *iuris tantum* (Sentencias de 8 de mayo de 1922, 25 de octubre de 1928 y 23 de marzo de 1944), que admite por propia definición, pese a su rango de fuerte presunción, que se destruya por pruebas cumplidas y convincentes, demostrativas de que en el acto de otorgar testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento (Sentencia de 16 de febrero de 1945), conforme, además, resulta, según destacó la Sentencia de 23 de marzo de 1940, de la dición del Código, que en su segunda edición sustituyó la expresión «deberán asegurarse» (de la capacidad), referida al notario y los testigos, por la de «procurarán asegurarse», que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza. La evidente y completa prueba en contrario a que alude la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 1988 resulta tanto más patente en este caso, cuanto que, a diferencia de otras muchas, la enfermedad de Czeutzfeldt-Jakob que padeció el testador, como consecuencia de su origen virásico, que degeneró en una encefalitis espongiiforme, permitió su análisis, también, con los resultados de la necropsia, por lo que las características de su incubación y desarrollo posterior, de acuerdo con los criterios científicos, establecen la certeza de la incapacidad que se acogió por la sentencia recurrida. Por tanto, el segundo motivo decae.

Fallamos: Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Salvador L. E. y sus hijas menores L. y N. L. L. contra la Sentencia de 18 de diciembre de 1989 de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Tercera, recaída en el recurso de apelación dimanante de los autos número 42/86, seguidos a su instancia ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao contra doña Ana Isabel L. A. y otros sobre nulidad de testamento, con expresa imposición de las costas de este recurso a los recurrentes y pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal, y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

LEGITIMAS.—HIJA NATURAL RECONOCIDA EN CONCURRENCIA CON HIJO LEGITIMO DERECHO TRANSITORIO (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1991).

En esta sentencia, debida a la ponencia del Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, se resuelve, de acuerdo con la petición del letrado recurrente, que la legítima de la hija natural reconocida está constituida por un tercio de la herencia, que ha de sacarse del tercio de libre disposición, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral, conforme a la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según la cual las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación, pues el testador había fallecido en el año 1976. Y rechaza la aplicación de la mejora tácita en este supuesto. Así resulta de los fundamentos que se transcriben a continuación.

Cuando, como en el presente caso ocurre, en la sucesión de que se trata sólo exista un hijo legítimo y un hijo natural reconocido conforme a derecho se da un imposible legal o una dificultad *de facto* para que la mejora surja, ya que para ello se requiere pluralidad de sujetos, en una o varias generaciones —supuesto que aquí no se da—, sobre los que sea factible que recaiga, porque por su propia naturaleza presupone el ejercicio de un derecho electivo, por lo mismo que lleva envuelta en su entraña una idea de desigualdad, preferencia o comparación entre dos términos, uno más favorecido que otro, por llamamientos simultáneos o sucesivos, de tal manera que cuando esa facultad electiva no puede producirse por existir únicamente un hijo y descendiente legítimo, la legítima del mismo, a fines de aplicación del mencionado párrafo del artículo 840 del Código Civil, aplicable a la sucesión en cuestión, viene conformada por los dos tercios de la herencia, que, según el también ya mencionado artículo 808, en su párrafo primero, en relación con el 806 del mencionado Cuerpo legal, constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos, y con base en ella ha de computarse la mitad que, según el párrafo segundo del mismo artículo 840, corresponde al hijo natural legalmente reconocido.

A lo expuesto en nada obsta la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1930, sino que, por el contrario, examinada en adecuado alcance, corrobora la indicada tesis de que cuando sea un solo hijo y descendiente legítimo el que concorra con hijo natural la legítima de aquél ha de venir representada por los dos tercios de la herencia que constituya tal legítima y, correlativamente, la del hijo natural un tercio, asignable a la mitad de dichos dos tercios que según el artículo 808 del Código Civil formaban, al tiempo del otorgamiento del testamento a que se viene haciendo referencia, la legítima de dicho único hijo y descendiente legítimo, pues que si la legítima, según también prevenía el artículo 806 del Código Civil, en su redacción dada al tiempo en que aquel testamento se otorgó, «es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos», claro es que por su intangibilidad, cuando existe un solo hijo y descendiente legítimo, como en este caso ocurre, se produce en favor de éste una sucesión forzosa o necesaria en el sentido de que el llamamiento tiene lugar aun contra la voluntad del causante, salvo caso de real y apreciable causa de desheredación, por disposición de la Ley, la cual no suple la voluntad del mismo, sino que prohíbe una distinta atribución de los bienes, lo que en realidad no significa una incapacidad parcial del *de cuius* al ser simplemente una limitación a su facultad de disponer, que se opera atribuyendo a determinados parientes una cuota intangible del haz hereditario, y habida cuenta que la vocación de los legitimarios es hecha por la Ley, no por testamento o pacto sucesorio, por lo que poco importa que el testador, respetando el límite marcado, haya instituido heredero de la porción forzosa, de tal manera que la legítima del Derecho moderno es el resultado de la combinación de la institución conocida con el nombre de *portio legitima* del Derecho romano, con la de la reserva propia de los Derechos germánico y consuetudinario francés, representando un principio de conciliación del principio de libertad del propietario para disponer de sus cosas, con las legítimas expectativas de los miembros de la familia, a cuyos principios es a lo que guarda adecuado acomodo la referida Sentencia de 2 de diciembre de 1930, pues que en el supuesto que contempló se trataba de testador que había dejado la totalidad del tercio de sus bienes, para lo que tenía facultad con base en el entonces vigente artículo 808 del Código Civil, y

que en consecuencia determinó que, al hacer aplicación del párrafo primero del artículo 804 de que se viene haciendo mención, estimase que la cuota hereditaria asignable al hijo natural fuera de una sexta parte de la herencia, como correspondiente con el tercio de la herencia a que, por cauce de la mejora, quedó reducida la legítima de los hijos legítimos, revelándose con ello una situación diferente a la considerada en la Sentencia de 27 de diciembre de 1935, que contempla la comparación, en el ámbito sucesorio hereditario, de un solo hijo legítimo con un solo hijo natural, en que la legítima de aquél está integrada, cual viene precedentemente razonado, por los dos tercios de la herencia, y a ella viene supeditada la mitad de ella asignada legalmente al hijo natural

Finalmente, en nada afecta el aspecto determinante de la cuota legitimaria a doña R. P. F. en su carácter de hija natural reconocida del causante, puesta en relación con la asignable al único hijo legítimo del mismo, la tesis mantenida sobre la denominada mejora tácita, que un autorizado sector doctrinal y las Sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 1967 y 18 de junio de 1982 admiten como posible en ciertos casos, con base en lo normado en el inciso final del artículo 828 y 782 del Código Civil, y concretamente en el caso de que en la declaración del testador se evidencia una voluntad patente de mejorar cuando el testador se manifiesta de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, en tanto que otro también autorizado sector de la doctrina, con apoyo en lo establecido en el artículo 825 del Código Civil y Sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1925, se inclina por el criterio que el Código Civil español no reconoce tal modalidad de mejorar porque, cualquiera que fuere el criterio que al respecto se mantuviera, es lo cierto que la mejora tácita requiere, en todo caso, la posibilidad de los precisos presupuestos para la aplicación de tal institución jurídica, y concretamente, claro está, de que existan varios hijos o descendientes legítimos, a fines de que pueda producirse la facultad electiva a que se contrae, implícitamente, el artículo 823 del Código Civil, pues si existe uno solo, cual sucede en el presente caso, al no poder producirse esa facultad electiva en el testador, el tercio que la Ley en dicho precepto posibilita para mejorar a uno o más de sus hijos y descendientes legítimos queda privado de tal consideración jurídica, en cuanto que el testador no puede disponer de ella más que en favor de único hijo legítimo existente, dado que la Ley necesariamente lo asigna a él, sin facultad del testador de darle otro destino que el que por Ley viene establecido y que se especifica en el artículo 806 del Código Civil, y toda vez que, como pone de manifiesto la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1986, la naturaleza de la legítima está transida, más que de una *vocatio universalis* de esencia personalista en la transmisión sucesora, de una valoración económica cuantificada

INSTITUCION DE HEREDEROS CONDICIONAL. INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1992)

La voluntad del testador ha de interpretarse de acuerdo con la situación fáctica existente al tiempo de otorgar el testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albarcar López, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la segunda esposa del causante contra la sentencia de la Au-

dencia Provincial de Sevilla, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cádiz, conforme a los siguientes fundamentos:

Don Marcelo L. B. y doña Ernestina C. A. contrajeron matrimonio el 7 de noviembre de 1952; el día 20 de agosto de 1981 ambos otorgan testamento ante el mismo notario de Cádiz, en instrumentos que llevan los números 1.764 y 1.765, pues se llevan a cabo uno a continuación del otro, sin duda por la prohibición del testamento mancomunado contenida en el artículo 669 del Código Civil. Los dos testamentos tienen idéntica redacción y contenido y obedecen a idéntico propósito: en el primero, la esposa instituye heredero universal de todos sus bienes al marido, y para el caso de muerte simultánea de ambos o de fallecer viuda la testadora instituye herederos por partes iguales, en la mitad de su herencia, a sus nueve sobrinos, que designa nominativamente, y en la otra mitad, a nueve primos de su esposo, con igual designación, en el segundo testamento, el señor L. hace la misma institución hereditaria respecto de su esposa y parientes respectivos. Sin haber tenido hijos ni quedar ascendientes, doña Ernestina C. fallece el 17 de marzo de 1982, don Marcelo L. contrae nuevo matrimonio con la hoy demandada, doña Elena E., el 6 de septiembre de 1985, y tres meses después, el día 7 de diciembre del mismo año, fallece el señor L. Seguidamente la viuda acude al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cádiz promoviendo expediente de declaración de herederos, que termina por auto de 13 de febrero de 1986 en el que se declara a la viuda heredera abintestato del señor L. (fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida. B) Que la condición impuesta por el señor L. fue que él muriera simultáneamente con su esposa o que él muriera en estado de viudo, mas esta viudedad no puede interpretarse, como sostiene la recurrente, en un sentido puramente gramatical y abstracto, desligado de las restantes cláusulas testamentarias y del contenido del otro testamento, casi simultáneo, otorgado por su esposa, sino que ha de referirse a la situación existente al momento de testar, esto es, cuando el testador se halla casado con doña Ernestina y sin viudedad, ha de referirse a que su esposa, viva en ese día de agosto de 1981, le haya premuerto al ocurrir la delación de la herencia, ante cuya situación la voluntad del causante es que sus bienes pasen a los parientes, tanto de él mismo como de su esposa, que designa, siendo evidente que al hablar de su condición de viudo no podía referirse a la que tres años más tarde sería su segunda esposa ni a ninguna otra ulterior (fundamento de derecho quinto de la antedicha resolución)

Siendo el fundamento esencial de la estimación de la demanda por la sentencia que se recurre la interpretación que en ella se da a la aludida cláusula condicional de institución hereditaria, en el sentido de que la condición impuesta por el testador para que los bienes pasasen a los demandados, consistente en que el referido testador falleciese en estado de viudo, ha de entenderse que se refería a su matrimonio con la que entonces era su esposa, doña Ernestina, lógico es concluir que el motivo clave del recurso, y que por tal razón ha de ser abordado prioritariamente, es el segundo, en el que al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia «la aplicación indebida (*sic*) del artículo 675 del Código Civil y de las normas relativas a la interpretación de los testamentos», motivo este que deberá decaer porque si bien es cierto que en principio y de acuerdo con el precepto citado las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, también lo es que ello sucederá cuando no aparezca claramente que era otra la voluntad del testador, observándose en

caso de duda lo que aparezca más conforme a la voluntad del mismo y compitiendo, según una constante doctrina jurisprudencial, a los juzgadores de instancia la función de interpretar los testamentos con la finalidad de descubrir la voluntad real del testador, función esta cuyas conclusiones no pueden ser combatidas en casación, salvo que pudieran ser motejadas de ilógicas o contrarias a la Ley, mal pueden ser calificadas como tales las conclusiones a que llega la resolución recurrida de que la viudez a que se refería la cláusula cuestionada era la relativa a su esposa al tiempo del otorgamiento del testamento, no sólo porque en aquel tiempo resultaba imprevisible que, fallecida la entonces esposa, pudiese el testador volver a contraer segundas nupcias, sino también por la especial circunstancia de testar casi simultáneamente ambos cónyuges en idéntico sentido. Y, finalmente, porque ocurrido el fallecimiento de su primera esposa y contraído el nuevo matrimonio, pudo el repetido testador, don Marcelo L., variar la institución hereditaria operada en su testamento, lo que en forma alguna llevó a cabo, por todo lo cual procede la desestimación de este segundo motivo.

MEJORA CONDICIONAL (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña confirmatoria de la del Juzgado número 3 de Lugo, en base fundamentalmente a lo que a continuación se transcribe.

A fines de decidir en orden al recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta que la sentencia recurrida, con relación a lo establecido en la cláusula séptima del testamento otorgado por don Francisco L. P el 1 de septiembre de 1982 y lo que afecta al particular que aquélla contiene de que «la eficacia de esta mejora —la reconocida en dicha cláusula séptima a favor de su hijo don José Manuel—, así como la de los legados ordenados a favor del propio hijo José Manuel en las cláusulas tercera y sexta, queda subordinada al cumplimiento de la obligación, que expresamente impone el testador a dicho hijo, de que éste, mientras vivan sus padres, habrá de habitar en la casa y compañía de los mismos, comiendo con ellos a igual mesa y mantel, cuidándoles y atendiéndoles en todas sus necesidades, tanto en salud como en caso de enfermedad», expresamente reconoce, en el aspecto fáctico, tanto que «no se justificó que el hijo mejorado del causante, hoy también fallecido y esposo de la demandada doña Josefa, haya incumplido la obligación que le impuso la repetida cláusula testamentaria», así como que a partir del fallecimiento del invocado testador don Francisco, la madre del aludido mejorado y legatario don José Manuel «se marcha para la casa de sus hijas en Lugo, sin que conste que lo hiciere forzada por el desamparo en que las tuviese en Gomeán su repetido hijo», quien luego «hubo de ingresar en una residencia de Lugo por razón de enfermedad, donde murió para ser enterrado en Nafela el 2 de febrero de 1945», y sin que esos aspectos fácticos hayan sido impugnados por los recurrentes a medio de la vía o cauce que depara el número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que han quedado incólumes y, en consecuencia, vinculantes en casación

TESTAMENTO OTORGADO POR EXTRANJERO EN TERRITORIO ESPAÑOL
(SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Melilla, declarando la validez del testamento notarial otorgado por súbdito marroquí conforme a la forma establecida por la legislación española, según expresa a continuación.

En el motivo primero, al amparo del artículo 1.692, 4.º, LEC, se denuncia error padecido por el juzgador, señalando como documentos la declaración de herederos de causante, don Omar Mohamed Ajayat, en la Notaria de Villanador y el informe pericial del letrado señor Gosálbez, que demuestran, según los recurrentes, que es la declaración de herederos antedicha, aceptada por los Tribunales marroquíes como se probó con la demanda, lo único válido de acuerdo con la legislación aplicable y el estatuto personal del causante.

Se pretende a través de este motivo que se declare la nulidad del testamento abierto notarial, otorgado con arreglo a las formas de la ley española, y es claro que no puede acogerse pues plantea una cuestión de interpretación jurídica, y no de apreciación errónea de hecho, que es lo que autoriza el ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC. No se citan siquiera los preceptos que han sido vulnerados, lo que es contrario a la técnica casacional. No cabe remitirse en bloque «a la legislación aplicable» en contra de lo prevenido expresamente en el párrafo primero del artículo 1.707 LEC.

En el motivo segundo, al amparo del artículo 1.692, 5.º, LEC, se alega infracción por no aplicación de las normas contenidas en el libro V, «Del testamento», por Dahir 1-58-073, de 20 de noviembre de 1958 —20 de Reyeb de 1377— y el libro VI, «Del orden de suceder», por Dahir de 22 de noviembre de 1957 —28 de Debia II de 1377— en relación con los artículos 9 y 10 del Código Civil. En el desarrollo expositivo, los recurrentes citan como infringidos, de aquellos bloques legislativos del Código de Estatuto personal aplicable a los ciudadanos de nacionalidad marroquí —que era la que ostentaba el causante— los artículos 173 al 176; 188 al 190, 191 al 194. De acuerdo con ellos, el testamento del causante, ni por su contenido ni por la forma de su otorgamiento, se ajusta a la ley personal del mismo.

El motivo ha de desestimarse, ya que los recurrentes no han probado que la ley marroquí prohíba a los ciudadanos de esta nacionalidad testar en país extranjero (en el caso litigioso, España) con arreglo a las formas legales reconocidas en el mismo. En cuanto al contenido, tampoco han probado que aquella ley personal prohíba desheredar en testamento (lo que hizo el causante con respecto a los hijos habidos de su anterior matrimonio y a la que fue su mujer, la recurrente doña Mammam Ben Abdel-Lah), ni que en el mismo se limite el causante exclusivamente a dejarles a su esposa e hijos habidos de ella lo que por ley les corresponde (lo que también se hizo). A los recurrentes les incumbía la práctica de esa prueba con arreglo al apartado 6 del artículo 12 del Código Civil español.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692, 5.º, LEC, aduce vulneración del artículo 359 LEC por incongruencia de la sentencia de primera instancia en relación con el libro V, artículos 173 y siguientes, y con el Código de Estatuto Personal aplicable al causante.

El motivo es desestimable porque el recurso de casación no se da contra

la sentencia de primera instancia, sino contra la de la Audiencia, que precisamente no recoge el fundamento de Derecho séptimo, 6.º, de la primera, contra el que los recurrentes se dirigen, y en lo que concierne a la vulneración de bloques normativos hay que remitirse, para evitar repeticiones innecesarias, a lo dicho en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

LEGADO DE COSA AJENA. INTERPRETACION. ARTICULO 675 CC (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que se ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara la nulidad del legado de cosa ajena, manifestando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hospitalet, de acuerdo con los siguientes fundamentos

El objeto litigioso se centró, exclusivamente, en la interpretación errónea de la voluntad del testador en el momento en que prelegó a su hija, demandante primero, apelante después y ahora recurrente, la total casa compuesta de piso y almacén sito en la avenida Anselmo Clavé, número 92, en testamento otorgado notarialmente el 9 de marzo de 1959, dado que al haberse vendido dicho inmueble a don Antonio C., esposo de la recurrente, mediante escritura pública otorgada el 13 de noviembre de 1959, el inmueble había salido ya del ámbito patrimonial causante cuando este procedió a otorgar testamento y, por consiguiente, existía pleno conocimiento del carácter de ajenidad del referido bien. Prácticamente, por tanto, el contenido de la sentencia impugnada se orienta sólo a establecer la interpretación del testamento en relación con tal disposición. La interpretación que tiene en cuenta, conforme a los criterios jurisprudenciales, incluso con las debidas precauciones, los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad, alumbra, según la prueba practicada, una forma permanente de obrar del causante, consistente en haber vendido, en dos ocasiones, bienes inmuebles de su pertenencia a personas que resultaban ser cónyuges de sus hijos, de donde deduce, en razón del modo de hacer figurar el precio (cuantía relativamente baja y precio confesado) que en realidad actuaba con un *animus donandi* a favor de sus respectivos hijos, y aunque dichas donaciones fueran disimuladas o encubiertas por los referidos contratos de compraventa, no por eso carecen de validez jurídica, habida cuenta del contenido del artículo 1 276 del Código Civil, pues la expresión de dicha causa falsa no obstaría la validez de los mismos, demostrándose que dichos contratos se fundaban en causa verdadera y lícita. La sentencia impugnada, junto con otras consideraciones relativas a la carga de la prueba y a la coherencia de la actuación del testador, concluye que no cabe presumir que éste conocía la ajenidad del bien que transmitía

Es doctrina consolidada de esta Sala, como pone de relieve, entre otras, la Sentencia de 3 de noviembre de 1989, la de que es preferente siempre la voluntad del testador sobre la estrictamente literal, constituyendo un deber del intérprete indagar y revelar la voluntad verdaderamente existente en el ánimo del causante en el momento en que se efectuó el acto de disposición, pero esta actividad es un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamen-

te el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que se excluye el acceso a la casación (Sentencias de 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 8 de junio de 1982, 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987 y 26 de enero de 1988). En el caso presente, el Tribunal de instancia ha respetado el sentido del artículo 675 del Código Civil, que se dice infringido, con una investigación de la voluntad del testador que considera, incluso, su forma de obrar inferida de casos semejantes hasta llegar a la formulación de conclusiones que en modo alguno pueden estimarse de escasa razonabilidad o poca consistencia discursiva; por el contrario, aparecen como explicable colofón de una conducta que implicaba el conocimiento de la situación de la cosa prelegada, aunque haya sido preciso combinar la interpretación integrativa del testamento con algún elemento de prueba extrínseca, dentro, sin embargo, de unos límites prudentes. En consecuencia, el motivo en cuestión perece.

Como ya se dijo, los demás motivos para eludir el «bloque» de la interpretación testamentaria enfilan desde distintos ángulos el ataque contra la sentencia impugnada: *a)* Por medio de la alegada infracción del artículo 1.218 del Código Civil, que supondría un error en la valoración de documento, escritura pública de venta a favor del marido de la recurrente, como prueba legal, lo que significa, caso de aceptarse el argumento formal que propone, preterición de la doctrina de esta Sala en relación con el valor que deben otorgarse a las declaraciones contenidas en escrituras públicas en pugna con otros elementos de prueba, sobre todo cuando de negocios simulados se trata, coincidente además, curiosamente, de acuerdo con la valorada conducta del causante, hecha por la sentencia de instancia, con el parecer que a la propia recurrente merece la venta que claramente tacha de inveraz y simulada, realizada dos meses antes de fallecer por el testador en favor de su cuñado, aunque, lógicamente, la imparcialidad de la Sala, a diferencia de lo que hace la actora, emplea una misma «vara de medir» para valorar ambas «ventas», la realizada en favor de la cuñada y la realizada en favor de la recurrente *b)* Tampoco puede prosperar la alegada infracción del artículo 1.257 del Código Civil en cuanto, haciendo supuesto de la cuestión, da por cierto, frente a lo probado, que estamos en presencia de un contrato de venta veraz, que como tal produciría sus efectos normales, pero no, como acontece, ante una donación encubierta, según lo ya establecido *c)* Igual suerte debe correr la invocada aplicación indebida del artículo 1.276 del Código Civil, que en su desarrollo pretende, otra vez, tergiversar las resultancias probatorias, pues clude la valoración del elemento fiduciario ínsito en esta clase de negocios para arguir sólo sobre el análisis formal del precepto. *d)* Finalmente, la infracción de los artículos 861 y 862 no cabe en función de la base fáctica que obligadamente se respeta.

CAPACIDAD DEL TESTADOR. UNIDAD DE ACTO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Sigüenza, conforme a los siguientes fundamentos:

Los demandantes, actuales recurrentes, son hermanos del fallecido don Agustín L. C., siendo hecho incontrovertido que el día 9 de mayo de 1985 otorgó testamento declarando en él, en cuanto a institución de heredero se refiere, únicamente que «nombra por su único y universal heredero de todos sus bienes, derechos y acciones a su sobrino Pablo L. L., y en defecto de éste, a sus descendientes». Los citados demandantes se dirigen contra el instituido heredero, demandó y ahora recurrido, solicitando «se declare nulo y sin validez alguna el testamento abierto otorgado por don Agustín L. C. el día 9 de mayo de 1985» ante el notario don .., demanda que fue desestimada en ambas instancias y absuelto el demandado. La sentencia recurrida se basó esencialmente en los siguientes hechos, que no han sido eficazmente impugnados en el recurso por el conducto procesal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: a) Del testamento cuestionado resulta que lo que en él se expone fue la voluntad manifestada por el testador ante tres testigos, dos de ellos sacerdotes, dando fe el notario de conocer a testador y testigos, de la capacidad del testador, de la idoneidad de los testigos por lo que resulta de sus manifestaciones, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales. b) Consta asimismo probado, según la Sala *a quo* (fundamento de derecho cuarto de su sentencia), que la última voluntad expresada se le hizo saber al notario por el testador en Sigüenza el 14 de noviembre de 1984, con ocasión de otorgamiento de escritura de poder en favor de procuradores y letrados, por lo que el testamento había sido redactado ya, a falta de los nombres de los testigos, antes de desplazarse el notario al domicilio del testador. Testamento cuyo contenido dispositivo único fue el ya mencionado al principio de este fundamento de derecho c) No se acreditó en absoluto que el testamento de referencia fuera otorgado mediante violencia, dolo o fraude, o siendo precedido de maquinaciones de cualquier tipo. d) El testador sufrió un accidente cerebrovascular agudo el día 1 de abril de 1985, quedándole la secuela de una hemiparálisis derecha con pérdida del habla, situación que persistió después de ser dado de alta el día 2 de mayo siguiente. e) Como cuestión de hecho, de la apreciación del conjunto e individualizada de las pruebas el Tribunal de apelación deduce, ante la falta de prueba en contrario, la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento, conclusión que extrae del análisis de la prueba testifical y de los informes y declaraciones médicas efectuados. También deduce como hecho probado el mismo Tribunal que el notario redactó el testamento según las instrucciones recibidas del testador el día 14 de noviembre de 1984, anterior fecha al mencionado accidente patológico. f) Si bien el testador tenía una disminución de movimientos en hemicuerpo derecho y la pérdida del habla, consta de la misma forma la consciencia del paciente, según testificaron los médicos que le asistieron, e incluso, según los mismos facultativos, que hacia primeros de mayo de 1985 el enfermo se encontraba bastante mejor con relación a como se encontraba en el mes anterior.

El segundo de los motivos, al amparo del número 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por la sentencia recurrida del artículo 695 del Código Civil «en cuanto dispone que el testador expresará su última voluntad al notario y a los testigos, formalidad que —según el recurso— no fue respetada al otorgarse el testamento objeto de impugnación». En el desarrollo de este motivo, en realidad los recurrentes hacen un nuevo análisis y apreciación de las pruebas practicadas en la litis para llegar a conclusión contrapuesta a la de la Sala de instancia. Reiterada jurisprudencia se ha referido, sin

aludir a si las instrucciones previas al testamento dadas por el testador al notario han de ser verbales o escritas, bastando conste que efectivamente aquellas instrucciones se probó fueron hechas. Por otro lado, dada la simplicidad del contenido del testamento, es evidente que, constando la consciencia del testador, según se acreditó, es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifestado por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental. Todo ello conforme con la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos, y así se hizo verbalmente en el caso debatido en época en que el testador conservaba el habla, y su asentimiento, según Sentencia de 4 de mayo de 1977, a la redacción del testamento puede deducirse del propio testamento, como así ocurre según los hechos declarados probados en la instancia. Todo ello corroborado en cuanto a su eficacia por la también reiterada jurisprudencia de que la capacidad legal de todo testador se presume, y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente, apreciación que tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia (Sentencias, entre otras, de 1 de febrero de 1956, 10 de abril de 1987 y 7 de octubre de 1982). Por todo lo cual el motivo segundo ha de ser también desestimado.

El tercero y último de los motivos, con idéntico amparo procesal que el anterior, acusa la infracción por la sentencia recurrida del artículo 699 del Código Civil, afirmando que las formalidades del testamento abierto impugnado no se verificaron en un solo acto, como exige el precepto legal invocado. También en el desarrollo del motivo prescinde el recurso de los hechos acreditados en la instancia, donde claramente se dedujo, y lo hizo constar la Sala *a quo*, que el notario dio fe, entre otros extremos, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales. Por tanto, no son de tener en cuenta como contrarios a esa unidad de acto los hechos que el motivo refiere (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al notario, el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, el que el notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero), hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento del testamento impugnado no guardó la exigible unidad de acto, requisito que consiste, según conocida jurisprudencia, en la lectura del testamento en alta voz por el notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 695 del Código Civil, sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias (Sentencia de 12 de mayo de 1945), y habiendo sido sustituida la firma del testador, en el caso litigioso, por la de un testigo, ya que se hallaba aquél, según hecho acreditado, en situación de no poder firmar por su estado de enfermedad. Consiguientemente, este motivo ha de decaer y el recurso mismo por haber sido desestimados todos.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA



GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, J. *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992

El traer este libro a recensión obedece a muchas e importantes razones, aunque la principal sea la de la calidad de su contenido y la novedad del tema afrontado. Hace mucho años —y no voy a decir cuántos— conocí al autor de esta monografía en Garrucha. Era un crío que jugaba, siempre sonriente, con sus hermanos. «Martínico» le decíamos. En sus ojos llenos de curiosidad se adivinaba su posible inclinación por los temas jurídicos y por su afición al Derecho. Su padre era y es Notario (un gran Notario), que también debió influir decisivamente en esta vocación jurídica. Le dejé hecho un chaval y ahora me encuentro con él, mayor de edad, universitario y Doctor en Derecho. El inicia el viaje cuando mi tren está a punto de entrar en agujas. Mi tren es de cercanías y el suyo de lejanías, de largo recorrido, de fructífero recorrido. Así te lo deseo «Martínico», y si notas que en algún momento el elogio de tu obra sobrepasa cumbres altas no lo atribuyas a cariño: es justicia lo que te hago

He dicho que había varias razones para la recensión de este libro y quiero destacar ahora la que enlaza con mi función registral. No hace falta repetir ahora el contenido del artículo 18 de la LH, donde el «poder» que el Estado pone en nuestras manos es tan amplio que abarca —además de la validez del acto escriturado— la capacidad de los otorgantes. Pues bien, este libro trata de capacidades y singularmente enfrenta la figura objeto de la monografía con la capacidad de obrar y la interpretación que el autor da al artículo 1.263 del Código Civil. Ello ya supondría otra razón fundamental.

Voy a echar sobre el tapete de esta recensión más razones. La tesis doctoral gira en torno al tema de si el acto de voluntad en determinadas situaciones no da lugar a lo que LUIS VIVES (la cita es del prologuista) dice de si está o no *preguzgado por la razón*. El tema, aparte del interés que tiene, fue galardonado con la máxima calificación y al mismo se otorgó el Premio Extraordinario de la Universidad de Murcia. Es otra importante razón.

La monografía se estructura en tres partes, precedidas de un prólogo que corre a cargo de JUAN ROCA JUAN, Catedrático de Derecho Civil y director de la tesis y una justificación del tema que hace el propio autor. En el prólogo se dice que el autor ha conseguido como fruto de sus esfuerzos un trabajo serio y documentado que constituye una aportación para el estudio y reflexión sobre el importante tema de la actuación de los enfermos mentales, que más o menos encubiertamente andan por la vida necesitados de protección. Su postura es considerar sus actos como anulables, aunque dando prevalencia a la apariencia jurídica frente a terceros de buena fe.

En la justificación del tema y de sus soluciones el autor desciende a la realidad social y afirma que la mayoría de los enfermos mentales en condicio-

nes de ser incapacitados no lo están, pues ello sólo se produce cuando hay un importante patrimonio por medio. Es pues el momento en el que debe plantearse su protección, aunque el tema se centre en el caso de que el enfermo mental se encuentre desprovisto de toda institución de guarda. Vamos, por ello, con las tres partes del estudio y, superadas las mismas, abordaremos las conclusiones. Añado que la obra lleva índice sumarial, claves de abreviaturas, bibliografía utilizada y citas jurisprudenciales en tablas específicas.

A) SITUACION DEL ENFERMO NO INCAPACITADO

Tres puntos concretos constituyen el contenido de esta parte: la capacidad jurídica, la de obrar y la incapacitación por razones de enfermedad mental. Los dos primeros conceptos se elaboran por el autor acudiendo a la doctrina, ya que en el Código Civil sólo hay referencias a los mismos. La capacidad es una cualidad de la persona en sí misma considerada, independientemente de derechos concretos o de relaciones con otros sujetos del derecho. La capacidad de obrar depende del estado civil de las personas, tesis mantenida por DE CASTRO. Pero también, siguiendo a BETTI, el autor precisa que la capacidad es un presupuesto para la realización del acto y no un requisito intrínseco del mismo.

El tema del enfermo mental lo plantea arrancando de que la incapacidad es una prohibición para actuar, pero en el caso del enfermo la doctrina discute si la incapacidad proviene de la declaración judicial o de la mera existencia de la enfermedad. Es decir, si el demente no incapacitado es, técnicamente hablando, un incapaz, o bien es una persona capaz pero enferma. La tesis del autor, que estudia el tema en diversos antecedentes históricos y en el Código Civil, la incapacitación no es un *medio de publicidad* de la demencia (aunque pueda servir indirectamente para ello), pues la enfermedad puede haber cesado y seguir la incapacidad. La sentencia es un acto de autoridad que crea un estado de dependencia y es entonces, en función de esa dependencia, cuando surge la incapacidad. La sentencia es *constitutiva* para la incapacidad.

B) PROTECCION DE LA SALUD E INTEGRIDAD DEL ENFERMO

La materia está tratada por el autor sobre la base de que el «internamiento» en un establecimiento de salud plantea un conflicto latente entre distintos bienes jurídicos de la persona, que son la libertad, por un lado, y la salud o seguridad, por otro. En esa línea va desmenuzando el problema adentrándose en el Código Civil y distinguiendo las diversas clases de internamiento, el ingreso ordinario y urgente, así como las situaciones que se producen incluido el proceso del *habeas corpus*. Termina el capítulo con el examen de otras medidas posibles, entre las que examina está la esterilización.

C) REGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL ENFERMO

Para llegar a la posición que defiende el autor se hace un estudio de la doctrina dominante y de la jurisprudencia que parecen pronunciarse por considerar los contratos como nulos e inexistentes. Su postura se basa en la

distinción entre la capacidad como presupuesto del contrato y el consentimiento o requisito de la voluntad, es decir, capacidad por un lado y aptitud natural para consentir. Entiende que el artículo 1.263,2 se está refiriendo a los ya «incapacitados». El enfermo mental no incapacitado no es apto para prestar el consentimiento y, por ello, el mismo queda viciado y sujeto a una posible anulabilidad.

Como desarrollo de esta postura se examina la misma proyectada en determinados actos jurídicos como son el testamento, el matrimonio, las responsabilidades tanto contractuales como extracontractuales, así como aquellos actos de terceros dirigidos al inepto mental (declaraciones de voluntad receptivas, pago), así como las consecuencias de la falta de actividad del demente.

Termina la publicación con un resumen de sus conclusiones que están y son acordes con la tesis mantenida. Merece la pena destacar la abundante y precisa bibliografía que se maneja y que no solamente se detalla a pie de página, sino que se recoge el final con gran alarde

Debo enviar mi felicitación a su autor, pues la lectura del libro, con más insistencia en las partes que me interesaban desde mi punto de vista de calificador de actos jurídicos, me ha proporcionado recordar situaciones e imaginarme otras que sin la luz que me brinda la monografía hubiese dudado mucho en solucionar. Que a este primer trabajo le sigan otros muchos y que yo lo vea y, a ser posible, los recensio. ¡Enhorabuena!

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SALINAS QUIJADA, F. *Compendio de Derecho civil navarro*, Pamplona, 1991, y *Bibliografía*, Pamplona, 1990.

Me llegan sendos ejemplares de estas dos obras, especialmente dedicados por su autor (especial y cariñosamente) a través de su hijo Rafael, Notario, el cual no hace mucho nos brindó una comida «de quitarse la boina» en un pueblecito recio y altivo: Peralta. Pero no hago la recensión «en pago» de aquella involvidable comida (pues eso no tiene precio), sino porque el envío de los libros me hacen retroceder en el tiempo y recordar que allá por el año 1982 —a principios que no a finales— hice al autor un comentario en estas mismas páginas de una de sus obras: *El manual de Derecho civil navarro*, que suponía un elemento de consulta para todos aquellos que no habíamos pasado del «sistema de conquistas» o de la «robada de tierra en los montes comunes».

El autor —infatigable estudioso del Derecho especial navarro, como veremos al comentar el segundo de sus libros— ofrece al lector, en un alarde de síntesis clara y de urgencia, el contenido sustancial del derecho «vigente» en la actualidad del Derecho civil navarro y se remite —para una mayor profundidad de estudio— a cualquiera de sus obras fundamentales: el *Tratado*, el *Manual*, los *Elementos* y las *Instituciones*. Obra puesta al día y con ese respaldo, asegura la firmeza de la consulta que de vez en cuando surge en esas oficinas colindantes con Navarra. Maneja, además de los textos vigentes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección General de los Registros, lo cual supone un nuevo aliciente.

Es obra que se edita —me estoy refiriendo a la primera— por el Gobierno de Navarra y su Departamento de Presidencia e Interior, pues «constituye un instrumento muy eficaz para la más amplia difusión y conocimiento del Dere-

cho civil privativo de Navarra». La Resolución que acuerda la publicación y de la cual es la frase citada anteriormente termina, sin embargo, con una frase que atemoriza mi espíritu atormentado por la idea de la persecución, ya que dice: «debiendo al efecto formalizarse el correspondiente expediente administrativo». La verdad es que no se trata de ningún expediente «sancionador», «correctivo», «de advertencia», sino de «complacencia» para cumplir la normativa..., pero leído sin lo que antecede le pone a uno en situación de defensa y no de fugitivo.

La obra, como no podía menos, se estructura en cinco libros, aunque el Fuero solamente tenga un título preliminar y tres libros. Respetuosos con la exposición nos ajustaremos a ella, sin ánimo de agotar materia, pero sí de dar una visión del contenido y comentarios del autor sobre cada punto de los tratados

LIBRO PRIMERO · PARTE GENERAL

El autor agrupa en este libro primero lo que debe entenderse por Derecho navarro, las fuentes del mismo y tres conceptos fundamentales: las personas físicas, las jurídicas y las que no tienen personalidad.

El Derecho navarro dice que es «un ordenamiento jurídico, un Derecho normativo que responde a una realidad jurídica vivida, inmersa en la constitución social y económica del pueblo que creó y vive esas instituciones integrantes de un sistema jurídico, que cumple con su misión de regular acertadamente la vida social, jurídica y económica, de acuerdo con la geografía, costumbres, formación e ideas dominantes»

En materia de fuentes y partiendo del artículo 149 8.º de la Constitución Española (Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho civil foral) enumera el orden de prelación constituido por la costumbre, las leyes de la Compilación, los principios generales del Derecho navarro (los de Derecho natural e histórico que informan el total ordenamiento civil navarro y resultan de sus disposiciones) que se concretan a el de libertad civil, el de buena fe, unidad familiar y permanencia en la casa y los de tradición y sencillez. Como derecho supletorio está el Código y las Leyes generales de España, posteriores a la interpretación de la tradición jurídica

Examina el concepto de persona física, el comienzo de la persona individual (el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido en lo que le favorezca) y se van sistematizando las circunstancias modificativas de la capacidad, como son la edad (la mayoría es a los dieciocho años), el sexo y el matrimonio de la regionalidad. La representación de la persona física y el fin de la persona cierran la materia.

El Fuero de Navarra regula las personas jurídicas y singularmente una serie de Corporaciones e Instituciones —además de las fundaciones privadas— a las que se les reconoce personalidad jurídica, cuya condición foral navarra se determina por su domicilio. Las Instituciones forales son: el Parlamento o Cortes de Navarra, el Gobierno de Navarra o Diputación Foral y el Presidente. Por antigua costumbre tienen personalidad otras Instituciones como los Consejos, el noble Valle y Universidad de Baztán y las Juntas Generales de los Valles del Roncal y Salazar, la Junta de Bardenas Reales, las Juntas o Patronatos *mere legos* de los Santuarios, Ermitas y Cofradías, las Cajas rurales, Hermandades y otras agrupaciones agrosociales y las fundaciones privadas.

Especial estudio dedica a las fundaciones y a la extinción de las personas jurídicas.

Respecto a las entidades y sujetos colectivos sin personalidad jurídica se entiende, sin embargo, que pueden actuar como sujetos de derecho por mediación de quien ostenten una representación expresa o tácitamente conferida. La figura está sabiamente discurrida y podría solucionar problemas en la propiedad horizontal, en los conjuntos urbanísticos y en otras figuras. Lo adquirido es para los miembros y su consentimiento es preciso para la disposición. Examina y estudia someramente la institución de «la casa» como institución fundamental de la familia.

LIBRO SEGUNDO: DOMINIO Y DERECHOS REALES

El cuadro de instituciones que se recogen en este libro hace tránsito a la tradicional estructura expositiva heredada de SAVIGNY, que comenzaba por el dominio —pues en la parte general había estudiado el tema de las COSAS, que aquí se incluye como primer tramo de la materia— para luego pasar al condominio, a las comunidades de bienes, a los derechos reales de usufructo, uso y otros similares, la servidumbre, el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, aparte de los retractos y las garantías reales en las que se engloban la prenda, la hipoteca, la anticresis, el *pignus gordianum*, la retención convencional, las prohibiciones de disponer y la venta en su triple dimensión del pacto de retro, reserva de dominio y pacto comisorio.

Podríamos descender a señalar ciertas particularidades de estas instituciones, como en el caso de los retractos en los que se distinguen los gentilicios, el gracioso, el de comuneros, el de coherederos, el enfiteútico, el de colindantes y arrendatario, pero en mi proyección particular iba buscando la solución a un caso de derecho de superficie en el que me alegaban que en Navarra estaba solucionado: el Ayuntamiento concede un derecho de superficie para edificar un edificio, que revierte a los setenta y cinco años, pero para su concesión establece que los locales comerciales revierten anticipadamente al Ayuntamiento (o a una sociedad de gestión) ¿Es compatible esta situación en edificación dividida horizontalmente entre pisos afectados por la reversión y locales libres de ella?. También me habían dicho que cuando en una licencia de obras se impone al constructor ceder o establecer servidumbres de uso público (cosa insólita) mientras no surjan copropietarios del edificio, puede inscribirse la escritura de constitución de esa servidumbre que se presenta después de haberse constituido la propiedad horizontal y existir diversos propietarios de pisos y locales. Parece que todo esto lo margina, con buen sentido, el Fuero y el comentarista.

LIBRO TERCERO DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Se sigue también la exposición tradicional y se distingue entre la teoría general de las obligaciones y la de los contratos y, dentro de los mismos, el concepto de las estipulaciones. Se estudian como figuras de la contratación la compraventa en sus diversas modalidades, el arrendamiento de cosas, préstamos y censo consignativo, así como los contratos de trabajo, gestión y cuasi-contratos.

LIBRO CUARTO: DERECHO DE FAMILIA

Se me antoja que esta es una de las partes que dan relieve al derecho «especial» y genuino del Reino de Navarra, aunque con las últimas reformas van acercándose todos los sistemas peninsulares y los isleños. Conserva —afortunadamente— todavía sus raíces y el autor destaca que su idea permanente es la «casa», los hijos, su aglutinación, su pervivencia y estabilidad.

Nos da una visión genérica de las principales variantes que el Derecho navarro ofrece y que surgen al estudiarse por el autor el matrimonio, la filiación, la adopción, la patria potestad, las comunidades familiares, los parientes mayores, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones *propter nuptias*, las arras, la dote, la sociedad conyugal de conquistas, la familiar de conquistas, el régimen de comunidad universal y el de separación, así como el de segundas y posteriores nupcias.

LIBRO QUINTO: DE LAS DONACIONES Y SUCESIONES

También en esta materia el Derecho foral navarro se «pone de manos» como el caballo de exhibición y ofrece singularidades frente al común. Tanto en las personas como en los territorios ejerce una influencia imposible de evitar de lo que yo llamo «la rastra» y el común de los juristas, la tradición. La rastra es lo que nos hace recordar de dónde venimos y dónde debemos situarnos frente al Derecho. Por eso es un gozo recorrer esa serie de instituciones que el autor va examinando con el celo y el cariño que las profesa. las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, la sucesión contractual, el testamento, los codicilos, y las memorias testamentarias (sibilina distinción de juristas muy en contacto con la realidad), la institución de heredero y los legados, el usufructo de «fidelidad» (gran retraso de la nobleza del pueblo navarro), la legítima, las reservas, las reversiones, el heredero fiduciario y el de confianza, el albaceazgo y los problemas que suscita la sucesión legal, la representación y el derecho de acrecer, adquisición y renuncia de la herencia y la partición.

Me gustaría destacar una idea que pudiese resumir este singular derecho foral que está muy relacionado con la forma de ser y sentir del pueblo navarro. Hay, de una parte, la grandeza de un pueblo que rinde culto a su palabra y que da base a instituciones que tienen el soporte de la confianza. Se trata de un pueblo que todavía cree y sostiene su palabra de honor. De otra parte, se trata de un pueblo que trata de mantener su riqueza agrícola y evita —a través de sus instituciones— la tremenda división del territorio. Históricamente se anticipa a la «concentración parcelaria». Puede ser injusto en el caso de varios herederos, pero esto tiene la misma justificación que el principio de seguridad jurídica.

* * *

La segunda de las publicaciones que englobo en esta recensión es un «alarde» como puede ser el de los «txistularis» vascos en actuación conjunta. Quiero contar que cuando me propusieron para una condecoración se me exigió que presentase una especie de *curriculum vitae* y, con la ayuda de una secretaria, tuve la paciencia de ir reflejando en el mismo todas mis actividades, todos los artículos que había publicado, todas las conferencias pronunciadas, todas las recensiones que había hecho, todos los comentarios a resoluciones

e incluso todas las especiales publicaciones en forma de libro. Aunque la secretaria me dio a elegir si ponía la relación a todo ello a «uno o dos espacios», lo cierto y verdad es que salieron cerca de setenta folios. Y yo me asusté.

Bien. La publicación titulada *Bio-Bibliografía*, de FRANCISCO SALINAS QUIJADA, me deja en la cuneta, pues la relación de todas sus obras, publicaciones, conferencias e intervenciones «ocupan» la tenebrosa paginación de ciento sesenta y una, lo cual supone un volumen de doscientos folios y una vida dedicada al estudio y a la transmisión de conocimiento. Hay que rendir culto a tan ingente labor y arrodillarse con gesto de humildad. Estamos ante un prolífico autor, que une a su fácil producción su gran sabiduría. No es obra múltiple —como la multipropiedad—, sino obra consciente, profunda y muy meditada. No me extraña que el Secretario general de Presidencia del Gobierno de Navarra califique a SALINAS QUIJADA de verdadera «Institución».

Puede uno lograr —sustrayendo a la mujer y a los hijos los ratos libres, los dedicados a televisión, los que se permiten los deportistas, los artistas, los jugadores, etc.— una cierta producción aceptable en el campo jurídico, pero alcanzar esos niveles jurídicos que en la obra de SALINAS se descubren ya es harina de otro costal. Haber logrado que su producción llegue a la cifra de 706 títulos es algo que históricamente nos acerca al «TOSTADO». Cantidad y calidad se hermanan en esa fecunda actividad jurídica del autor y a ello debe añadirse que la clave reside en el Derecho navarro. Yo, que viví con cierta alegría universitaria y militar en Estella, nunca creí que podría dar «de sí» tanto el Derecho navarro. Y, como en muchas otras ocasiones, me equivoqué. Aquí está la obra de SALINAS para demostrarlo.

La publicación contiene una presentación y un prólogo a la segunda edición firmados por el Secretario general de la Presidencia de Gobierno de Navarra, Joaquín Cortari Unanua. En la introducción el autor destaca los criterios sistemáticos que se han observado y una síntesis biográfica, bibliográfica y citas de conferencias. Se estructura en dos partes, y en la primera se atiende a la cronología de las publicaciones y conferencias, distinguiendo los temas de Derecho foral navarro y otros diversos. La parte segunda, en vez del orden cronológico, se compone analíticamente por materias, atendiendo a la distinción antes apuntada. En toda la relación de las obras y actividades se tocan una serie de materias que dan la dimensión del variado campo que abarcan y así se estudia el Derecho civil, la filosofía del Derecho, la historia del Derecho, el Derecho penal, el político y el constitucional, así como el procesal y la organización de los Tribunales.

No podemos descender a más pormenores, pues la obra es como el gran índice en el que el estudioso debe buscar el tema o los temas que le interesen y acceder a la publicación donde se recojan. Resta sólo rendir culto al autor que ha hecho posible tanta publicación y enviarle la más cordial enhorabuena.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO: *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, Cuadernos Civitas, 129 págs.

Las diferentes legislaciones han pretendido solucionar el problema del acceso de los grupos minoritarios al órgano de administración a través de

diversos sistemas. Nuestro Derecho tradicionalmente ha optado por la representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima. Sin entrar a discutir si éste es el mejor mecanismo o no, lo cierto es que tiene ya una cierta tradición en nuestro Derecho. Y si bien no es una institución de uso frecuente, tampoco puede catalogarse como muerta, como ha pretendido algún autor (recientemente, y aplicando ya el Decreto de 17 de mayo de 1991, se ha inscrito en el Registro Mercantil de Madrid la designación de algún Consejero por la minoría correspondiente)

Es conocida toda la problemática que ha planteado esta Institución en nuestro Derecho. El viejo artículo 71 de la LSA de 1951 fue desarrollado por el Decreto de 29 de febrero de 1952, recibido con fuertes críticas, y que planteó innumerables problemas en su aplicación práctica. El actual texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas regula la Institución en su artículo 137, y ha sido desarrollado por el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo, que como el autor de la obra que comento pone de relieve, ha sido un paso hacia adelante, si bien no ha solucionado todos los problemas que la Institución presenta.

El libro supone una aproximación inicial al estudio del citado Real Decreto, si bien la limitada extensión de la obra (probablemente derivada del origen de la misma, que es una ponencia en su seminario de Profesores de Derecho mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares que dirige el Profesor Angel Rojo), hace que, sin embargo, algunos problemas queden simplemente esbozados, sin ofrecer la solución definitiva al mismo. A pesar de ello la obra reviste interés, pues aborda la nueva normativa con precisión, y apunta soluciones a algunos problemas de interpretación que sin duda han de plantearse.

La obra se divide en seis partes perfectamente diferenciadas. La primera (bajo el epígrafe Introducción) aborda la representación proporcional como técnica de tutela de la minoría, el problema del desarrollo reglamentario del sistema legal (analizando la cuestión que ya planteó el Consejo de Estado en el dictamen emitido sobre este proyecto de si puede ser o no objeto de desarrollo reglamentario), y finalmente el ámbito de aplicación del sistema de representación proporcional, entendiendo el autor que el sistema es aplicable igualmente a las Sociedades de Responsabilidad Limitada (dada la remisión del art. 11 de su Ley reguladora) si ésta adopta como órgano de administración el de Consejo, pero no a las Sociedades Comanditarias por Acciones ni a las Colectivas o Comanditarias Simples. Igualmente entiende que no es aplicable a la Comisión Liquidadora si ésta reviste el carácter colegiado, ni tampoco a la Comisión Ejecutiva.

El capítulo segundo aborda los presupuestos de la representación proporcional. Además de la lógica existencia de Consejo, requiere la aparición de una o más vacantes en el mismo, y además que dichas vacantes se produzcan antes de la Junta o en el curso de la misma. Resalta el autor cómo el derecho de representación proporcional actúa con independencia de la causa de las vacantes. Se estudia a continuación el trascendental tema de la agrupación de las acciones, distinguiendo cuáles son susceptibles de agruparse, con una mención especial a las acciones sin voto, resaltando la aparente contradicción del artículo 2 del Real Decreto y el artículo 92-2 de la LSA, llegando el autor a la conclusión de que la función del artículo 2 del Real Decreto es aclaratoria, viniendo a poner fin a la incoherencia que supone que las acciones que transitoriamente adquieran el derecho de voto puedan intervenir en el nombramiento de Consejeros con arreglo al procedimiento ordinario y, sin embargo, se vean impedidas de hacerlo si el sistema empleado es el de la representación

proporcional. Igualmente estudia el autor los problemas derivados de la existencia de acciones propias de la Sociedad, entendiendo que el realizar el cómputo del cociente necesario habrá que reducir de la cifra de capital social las acciones que en este momento se encuentren en poder de la Sociedad.

Analiza por separado el artículo 3 del Real Decreto, que permite llevar a cabo la agrupación tanto con posterioridad a la existencia de la o las vacantes, como con anterioridad a la efectiva producción o existencia de dichas vacantes, y en ambos casos tanto antes como después de la convocatoria de la Junta general. Alaba la posibilidad de proceder a la agrupación con anterioridad a la existencia efectiva de vacantes, en previsión de que éstas se produzcan. Y plantea una interesantísima cuestión, como es si el derecho de representación proporcional limita de alguna manera la facultad de cooptación del Consejo, distinguiendo el autor dos supuestos básicos: que la cooptación se efectúe antes de la agrupación o que la posibilidad de cooptar se pretenda una vez realizada y notificada la agrupación de acciones. En un brillante análisis entiende el autor que la agrupación una vez notificada a la Sociedad impide la cooptación por el Consejo de Administración, resultando indiferente el momento de producción de la vacante. Pero incluso llega a matizar esta postura, llegando a la conclusión más correcta de que la agrupación impide la cooptación sólo a partir de la convocatoria de la Junta general.

El capítulo tercero se refiere al ejercicio del derecho de representación proporcional, analizándose en primer lugar la notificación exigida por el Real Decreto en su artículo 4. Posteriormente estudia la ratificación del mantenimiento de la agrupación, que deberá ser confirmada por los accionistas agrupados o, en su caso, por el representante común. En relación a la existencia de este representante común, entiende que habrán de conferirse poderes por escrito para asistir y votar en la Junta y, sin embargo, dado el carácter esencialmente revocable de la representación, el accionista agrupado hasta el momento mismo de la votación es libre de desvincularse de la misma. El nombramiento del Consejero representante puede realizarse entre los accionistas agrupados tanto antes como en el propio acto de la propia Junta general, entendiéndolo el autor que dicho acuerdo entre los accionistas agrupados exige claramente la unanimidad de los mismos. Admite que pueda sustituirse el inicialmente nombrado por otro durante la Junta, pero siempre por unanimidad, debiendo entenderse que los socios disidentes quedan desligados de la agrupación. Estudia el interesante problema de la prioridad en caso de la concurrencia de diversas asociaciones, que el artículo 5 resuelve en el sentido de dar prioridad en favor de aquellos grupos que posean menor cociente. Analiza el principio de preferencia en favor de la minoría agrupada frente a la mayoría, que en algunos supuestos (ciertamente difícil de darse en la práctica) puede dar lugar a resultados sorprendentes.

Dentro de este mismo capítulo estudia el autor la posibilidad que establece el Decreto de que se nombren hasta tres Consejeros suplentes. Con este motivo se analizan en una extensa nota a pie de página la posibilidad de existencia de Administradores suplentes en nuestro Derecho, siendo la opinión del autor al parecer contraria a esta posibilidad, a pesar del artículo 94 del RRM (personalmente estimo que esta posibilidad sí es admisible en nuestro actual Derecho, incluso alguna reciente resolución de la Dirección General de los Registros parece indirectamente avalar esta postura). Al analizar el Real Decreto resalta el autor cómo a través de la designación de suplentes se pone fin a una de las mayores polémicas que suscitó esta Institución, como es la facultad o no de

revocación *ad nutum* de los Administradores reconocida por el artículo 95 de la LSA de 1951, y hoy por el artículo 131 de la nueva Ley. Hoy día resulta claro, a juicio del autor, que el vocal designado por la minoría podrá ser cesado por la mayoría ocupando su lugar el suplente. No obstante, los problemas se amortiguan pero no desaparecen, y ello fundamentalmente por el hecho de que la designación de suplentes no es obligatoria, sino simplemente facultativa y, por otra parte, nada impediría la eventual revocación sucesiva de los suplentes. Por ello, concluye el autor, la garantía última de estabilidad en la presencia de la minoría en el Consejo ha de buscarse no tanto en la designación de suplentes cuanto en la subsistencia de la agrupación durante el plazo de duración en el cargo del vocal nombrado con arreglo al sistema proporcional.

El capítulo cuarto se dedica al estudio de los efectos del nombramiento por el sistema de representación proporcional, y resalta el artículo 7 del Real Decreto, que establece que subsiste durante el plazo para el que el miembro del Consejo hubiera sido nombrado. Lógicamente durante dicho período existe la prohibición de intervenir por parte de los accionistas agrupados en el nombramiento de los restantes Consejeros. En conexión con esta prohibición durante el referido plazo plantea el autor diversos problemas derivados de una adopción del acuerdo de modificación de Estatutos (piénsese simplemente en la posibilidad de modificar Estatutos con el objeto de reducir el plazo de duración del cargo). El autor concluye que dicha modificación no podrá afectar al plazo para el que el Consejero de la minoría hubiese sido nombrado. Igualmente estudia con sumo interés el supuesto consistente en la introducción *a posteriori* de una modificación de Estatutos dirigida a instaurar un sistema de renovación parcial y el de ausencia de suplentes y vacantes anticipadas que se produzcan, alabando las mejoras introducidas por el nuevo Real Decreto, que, aunque aminoran los problemas, éstos no desaparecen del todo. Entiende el autor que la referencia expresa del Real Decreto a la subsistencia de la agrupación inclina a otorgar mayor verosimilitud a la solución que reclama tener en cuenta, a la hora de ejercitar la facultad de cooptación, el origen del nombramiento del vocal que causa la baja. En todo caso, queda explícitamente excluida la opción que estima automáticamente disuelto en caso de cese por cualquier causa de Administrador.

Analiza la obra a continuación el espinoso problema de la sujeción de la sociedad a la estructura y composición del órgano de Administración, es decir, la posibilidad de que se tome el acuerdo de modificar la estructura o composición de dicho órgano. No plantea problema alguno para el supuesto de no haberse ejercitado el derecho de representación proporcional, pero el autor resalta cómo cuando la minoría se haya ya agrupado y designado el vocal correspondiente surge un conflicto entre la facultad de la Junta de proceder a la modificación y el derecho de la minoría a estar representado en el Consejo. Problema difícil de solucionar, inclinándose el autor por entender que el ejercicio del derecho de representación proporcional produce como efecto una esencial vinculación o sujeción de la Junta no sólo a la estructura del órgano de Administración existente, sino a la composición numérica del Consejo, aunque ello implique sacrificar una facultad legalmente reconocida a la Junta.

El capítulo quinto del libro estudia la constancia de la agrupación, resaltando cómo ha de quedar constancia en el acta de las acciones que constituyeron el cociente. A su vez el RRM obliga a reiterar en la inscripción registral las acciones agrupadas.

Analiza la obra quizá uno de los mayores problemas que plantea el Decreto

como es el modo de constancia de la agrupación en las acciones. El artículo 9 de dicho Real Decreto establece que procede el estampillado de los mismos. Sin embargo, entiende el autor que el sistema previsto es criticable, más aún cuando no se contempla mecanismo coactivo alguno para el supuesto de falta de presentación de las acciones al estampillado (como el propio autor pone de relieve en nota a pie de página, esta circunstancia fue ya advertida en el curso de los trabajos de promulgación del Real Decreto, pues el informe elaborado sobre el proyecto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles ya destacó cómo sería conveniente haber establecido mayores garantías en este punto para evitar pueda hacerse uso nuevamente de este derecho). Estudia igualmente el autor otros problemas, más bien teóricos y difícilmente planteables en la práctica como es el supuesto de la existencia de prenda de acciones. Finalmente analiza los problemas derivados del supuesto de que las acciones se encuentran recogidas en anotaciones en cuenta.

En relación a la necesaria constancia en el Registro Mercantil de las acciones agrupadas, entiende el autor que, si bien añade garantías, lo cierto es que no parece que el acceso al Registro sea el medio más idóneo para garantizar el cumplimiento de operaciones de identificación de las acciones que se han agrupado.

Termina la obra con el sexto y último capítulo que recoge una serie de consideraciones finales, resaltando cómo el Real Decreto ha supuesto un avance en el grado de tutela de la minoría en relación con la situación anterior, facilitando el ejercicio del derecho de representación proporcional. Sin embargo, persisten buena parte de los problemas que generaba el ejercicio del derecho bajo el Decreto de 1952, destacando quizá la ausencia de una declaración expresa acerca la posibilidad de ejercitar la facultad de revocación *ad nutum*, la subsistencia de ciertas desarmonías entre el derecho de representación proporcional y el ejercicio de cooptación y especialmente la defectuosa técnica arbitrada para identificar la agrupación de las acciones representados por medio de títulos. Sin embargo, concluye el autor, muchos de estos defectos no derivan del Decreto, sino de la propia configuración legal del derecho de representación como técnica de tutela de las minorías, apuntando que habrá de acometer una reforma de mayor envergadura, planteándose la conveniencia misma de mantener este sistema en sus términos actuales, someterlo a modificación, o incluso sustituirlo por otro mecanismo alternativo más eficaz.

Estamos en presencia de una buena aproximación a la Institución de la representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la SA, tal como se regula en el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo. La obra, si bien deja abiertos algunos problemas a futuras interpretaciones, contribuye sin duda a comprender mejor la Institución y a resolver varios de las más importantes interrogantes que su aplicación práctica sin duda traerá consigo

MANUEL CASERO MEJÍAS
Registrador de la Propiedad y Mercantil

GENTILE, GIULIO: «Il contratto di Investimento in Fondi Comuni e la tutela del partecipante», CEDAM, Padova, 1991

El vocablo inversión carece de relevancia jurídica y realmente no debería hablarse de contrato de inversión, sino de participación en un *fondo común*

que tampoco es tal, ya que está gestionado por un operador financiero retribuido y su contenido varía a discreción exclusiva del gestor. Desde la perspectiva del partícipe se trata de la adquisición de una cuota, título, certificado o interés en un patrimonio, que administra un exaño en cuya profesionalidad y moralidad se confía para obtener con menos riesgos mayores provechos. Por ello el *Investmen Trust* anglosajón viene a definirse como empresa privada colectiva que recoge ahorros y administrándolos fiduciariamente los invierte con el propósito de limitar riesgos y aumentar su valor a través de una gestión profesionalizada.

Los sujetos del negocio son gestora y partícipe y la institución ha pasado del *common law* al derecho continental y se ha hablado del contrato de constitución de fondos, celebrado por gestora y banco, que no es realmente tal, sino de simple institución de un ente de brumas características en un mercado que podría denominarse parabancario.

En Italia los fondos, exclusivamente mobiliarios, se rigen fundamentalmente por Ley de 1983, que modificó la de 1974 y como todos estos institutos, en *civil law* el partícipe tiene como protección fundamental la ofrecida por el sistema público mediante control de reglamentos, de inversiones y actuación en general. A diferencia de los *Trusts*, que reconocen ciertos derechos o intereses a los partícipes o beneficiarios, el derecho subjetivo más destacado en el ámbito del continental y específicamente del italiano es el de separación, o mejor, de reembolso.

GENTILE, coincidiendo con otros autores, estima ello sumamente insuficiente o insatisfactorio y por ello su obra está centrada en el examen de otros posibles derechos, aparte algunos menores como el de desdecirse en el caso de colocación a domicilio, que analiza con extraordinario detalle, lo que le lleva al examen de la naturaleza jurídica del fondo, objeto de amplio debate doctrinal a partir de los años sesenta en los que se dudó de la utilidad de trasplantar al sistema romanista el citado instituto, al que se reconocía su condición de valioso instrumento de política económica, prevaleciendo el criterio de la existencia de un derecho transnacional, lo que también se deduce de la propuesta de Directiva a la CEE de 29 de abril de 1976.

Ello le conduce al análisis del *Trust* anglosajón, a las teorías, con las que no coincide, del fondo como copropiedad de los suscriptores, de la comunidad en mano común, del mandato, de la propiedad temporal de la gestora, de la fiducia y la sociedad fiduciaria, de las asociaciones y fundaciones no reconocidas, de los patrimonios sin sujeto, tipo herencia yacente a los destinados a los *nascituri* y hasta del fondo como centro de imputación, sin los absolutos perfiles de la subjetividad y la personalidad jurídica.

En esta óptica, y siempre con impresionante aportación de bibliografía, discurre sobre los certificados, soporte cartáceo de las cuotas, que no pueden considerarse títulos de crédito al no representar créditos, sino en el momento de solicitar el reembolso; no distan, aunque no coincide, con los títulos accionarios, pues incorporan la condición de partícipe, pero le atrae más su asimilación a los documentos legitimadores que regula el artículo 2 002 del CC italiano. Tal vez haya que hablar de un título nuevo, no distanciado de los referidos.

Eliminada la posibilidad de que la participación en el fondo atribuya a los titulares de cuotas derechos de garantía con inmediatividad, inherencia y relación directa se llega a la conclusión de que durante la vida normal su único derecho es el de exigir una adecuada gestión y sólo en el momento de solicitar

la desinversión es acreedor de una suma de dinero; no de reembolso de lo aportado, sino del valor actual de la cuota, lo que requiere una previa liquidación de la que se sigue una determinación que puede ser superior o inferior a la aportación.

Los plazos de pago son determinados por los reglamentos o legalmente; la exigencia de una pulcra gestión, que en el ámbito anglosajón lo propio que en el germano aparece nítidamente protegida por una acción, queda entre las brumas de las posibilidades no concretadas, a diferencia del derecho de pedir la separación que puede tener lugar en base o a la impugnación del contrato, en la hipótesis denominada determinativa, como en los contratos carentes de término final o en el supuesto del *ius poenitendi*, enunciado anteriormente.

Es de advertir que en el artículo 28-3 de la Ley española de 1984 se con-signa que la sustitución de la sociedad gestora o los cambios que se produzcan en su control conferirán a los partícipes el derecho al reembolso de sus participaciones. Es una concesión al *intuitus personae* que debería extenderse ampliamente para evitar que gestoras con amplios poderes o de objetos delicados cambien de directrices por una simple transmisión de acciones. Aseguradoras, entidades de asistencia sanitaria y hasta apartohoteles, en los que la responsabilidad de los partícipes es ilimitada, aun conservando la denominación social han cambiado recientemente el accionariado y los administradores sin consentimiento ni aprobación de los administrados beneficiarios. En los fondos de inversión podrá no haber responsabilidad ilimitada ni solidaria, podrá no ser el patrimonio de los partícipes, como erróneamente se afirma hasta en disposiciones normativas, pero la valoración del *intuitus* no puede quedar al exclusivo arbitrio de los organismos de control del sistema público, en Italia la Banca Nacional y CONSOB o a las actuaciones formularias de la Banca depositaria y la Sociedad revisora o auditora. Por ello la norma española nos parece ejemplar, susceptible de extensión a otros institutos y estructuras fiduciarias. Todo ello sin perjuicio de señalar la insuficiencia e ineficacia de muchas de las regulaciones actuales.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho civil* (tomo I. Parte general y derechos de la persona), Editorial Trivium, Madrid, 1992, un tomo de 509 págs.

En esta época de prisas que nos está tocando vivir, cada vez es más difícil encontrar tiempo para leer un libro con la atención debida. Sobre todo cuando vislumbramos, eso se nota a primera vista, que el libro merece una mayor consideración.

Ahora, y tras varios intentos que fallaron porque se cruzó alguna otra ocupación perentoria, he conseguido comprobar que efectivamente este libro es tan verdaderamente importante como parecía.

Antes de recibirlo, y cuando su autor todavía lo tenía en el telar, éste ya me lo había comentado. El verano pasado coincidimos, junto con otros profesionales juristas y agrónomos, en unas reuniones convocadas por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario para estudiar diversos proyectos normativos, que terminaron en una laboriosa pero grata sesión que tuvo lugar

en Mudela, en tierras de La Mancha Allí pude notar la ilusión que Carlos Lasarte había puesto en la obra, y lo que se hace con ilusión resulta bien.

El autor, Catedrático de Derecho Civil y Vocal permanente de la Comisión General de Codificación, dice en la presentación que este libro tiene una condescada vocación didáctica por estar destinado en principio a los estudiantes futuros juristas. Pero nosotros añadimos que tiene además un gran fondo doctrinal y por eso ha de interesar también a profesionales ya formados y ejercientes como guía y consulta en sus tareas de despacho

Los profesores universitarios al escribir un libro no pueden desprenderse de su doble faceta que les lleva, por un lado, a enseñar a los principiantes, y por otro, a mostrar su fondo científico e investigador. El autor denota aquí claramente esta dualidad, que en el libro se trasluce en la gran claridad de exposición de las ideas, nuevas para los estudiantes, y la gran profundidad de los conceptos, aprovechables para los profesionales

La obra general que se propone para en adelante el autor es ambiciosa: dar a luz un libro completo de Derecho civil de dimensiones razonables por ir dirigido a la enseñanza y privado en buena parte del magma histórico, dogmático y iuscomparatista que hace engrosar obras que en principio deben ser pedagógicas

Aquí tenemos ya el inicio, o sea, la parte general Y empezando la obra por los cimientos, el Profesor Lararte expone su concepto del Derecho civil al que concibe como el Derecho de la persona, en sí misma considerada, en su dimensión familiar y en sus relaciones patrimoniales. Sin embargo, y siguiendo a la doctrina en general y al propio Código, el Derecho civil, antes de estudiar las personas y sus facetas familiar y patrimonial, contempla primero las cuestiones básicas y generales que son imprescindibles para conocer el resto de la materia. Son éstas las fuentes del Derecho, la aplicación y eficacia de las normas, puntos que aun no siendo exclusivos del civil, sino compartidas con otras ramas, se estudian tradicionalmente dentro del mismo.

Determinando la materia propia del Derecho civil como el regulador de las relaciones privadas de la persona y apartando las leyes especiales, entra el autor en un pormenorizado estudio de la codificación, núcleo de esta rama, relatando sus avatares y el gran escollo que supuso la llamada cuestión foral. Después de promulgado el Código esta cuestión ha seguido viva y lo está ahora aún más después de las concesiones competenciales conferidas por la Constitución, la «actualización» de las Compilaciones tiene visos de sobrepasar los moldes pensados y son recientes y están en la mente de todos varias regulaciones regionales que muestran ambiciosos pujos de erigirse en minicodificaciones que quieren enfrentarse a la codificación.

Desde la óptica de la Constitución vigente, el autor desarrolla ampliamente la estructura general de nuestro ordenamiento jurídico con el estudio de sus diversas fuentes normativas. Junto a las normas escritas en sus variados tipos, desarrolla la teoría de la costumbre y los principios generales del Derecho, interpretados por la jurisprudencia. A esta normativa clásica y «normal» hay que añadir ahora las reglamentaciones de otras Comunidades, la Europea y las Autonómicas Resultado: todo un profuso y confuso abanico capaz de hacer dudar al más enterado.

Por eso resultan de enorme utilidad los capítulos que siguen, en los cuales el autor se adentra en los problemas de aplicación e interpretación de las normas, así como las cuestiones de su vigencia y los efectos de su transgresión.

Expuesta la cara objetiva, el Derecho, como norma y con mayúscula, se pasa al derecho como facultad de la persona, que comprende la teoría de los derechos subjetivos, que se expone con una gran claridad. Dentro de la relación jurídica, el autor, junto al derecho subjetivo, contempla también el deber jurídico correspondiente, cosa que es de resaltar en estos tiempos en que se «reivindica» por doquier esto, lo otro y lo de más allá, y todo el mundo se cree con derechos y nadie se considera obligado a nada.

Tras la parte introductoria se entra en la materia pura del Derecho civil, empezando por la persona, centro y eje de la sistemática jurídica privada. Los conceptos de persona, su nacimiento y extinción se desarrollan siguiendo al Código y la doctrina que lo interpreta. Hay una exposición muy elaborada de los derechos de la personalidad, planteando un completo cuadro de los mismos, con su caracterización. Sigue toda la teoría de la capacidad de obrar y sus limitaciones: la edad, el sexo y las demás incapacitaciones; se estudian los estados especiales de la ausencia y la declaración de fallecimiento y también los efectos que la nacionalidad, la vecindad civil y el domicilio pueden producir, acabando el apartado con el Registro Civil.

La ficción de la personalidad que se atribuye a las llamadas personas jurídicas ha preocupado de siempre a los tratadistas. El Profesor Federico de Castro las mira con gran prevención, diciendo que conceder personalidad a una organización lleva casi siempre al efecto mágico de la irresponsabilidad personal de quienes la manejan y se aprovechan de ella. Aquí el Profesor Lasarte, que considera positivo el llamado «levantamiento del velo», nos expone ampliamente toda la problemática de las personas jurídicas y estudia sus tipos clásicos que son las asociaciones y las fundaciones.

Tras la personalidad, el elemento objetivo de la relación jurídica está constituido por los bienes y las cosas, que cuando se organizan unitariamente en torno a una persona dan origen al concepto del patrimonio. El autor estudia las diversas clases de bienes y su tratamiento, así como la regulación del patrimonio en sus distintas figuras.

La doctrina del negocio jurídico es una de las más debatidas por los tratadistas. Lo curioso es que nuestro Código no se refiere a este concepto y habla de contratos o actos *mortis causa*, pero sin contemplar una teoría unitaria de la declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, como hace el BGB.

El Profesor Lasarte termina el libro con cinco capítulos dedicados a la teoría general del negocio jurídico, estudiando detalladamente sus elementos. En primer lugar va la voluntad negocial, sus medios de expresión y reglas para su correcta interpretación y también al objeto y forma de los negocios, para concluir con la teoría de la causa, tan discutida por algunos como indiscutible a la vista del articulado de nuestro Código. Después se contempla la ineficacia del negocio jurídico, comprendiendo todos aquellos supuestos en los que el negocio no llega a producir los efectos a que estaba tendencialmente dirigido o deja de producirlos en un momento dado. Y, por último, se completa el estudio del negocio jurídico con la figura de la representación, mediante la cual una persona que no puede actuar por presencia propia confiere poder a otra para que lo realice en su nombre, lo cual puede a veces originar no pocos problemas que el autor enfoca certeramente.

De lo que llevamos dicho, en esta forzosamente apretada síntesis, se puede colegir que presentamos una obra muy completa. Pese a la finalidad didáctica que se confiesa y que cumple plenamente, el libro tiene además una muy

apreciable altura doctrinal, contiene una documentación y bibliografía abundantes y los problemas se abordan con precisión, dándoles soluciones ciertas. Dice el autor que «se responsabiliza» del libro; bien puede hacerlo, pues estos «Principios» contienen una teoría completa del Derecho civil que vivimos y aplicamos y por eso estamos seguros de que la obra será utilizada no sólo por los estudiantes, sino también y frecuentemente por los profesionales

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO y otros. *Las mejores salidas de la carrera de Derecho*, Editorial Ezcurra, Madrid, 1992, un tomo de 285 págs.

Hace poco asistí al acto de presentación de un libro entrañable y lleno de vivencias, sobre todo para cuantos hemos tenido que pasar alguna vez que otra por el apretado tamiz de una oposición digna de tal nombre.

Después, al leerlo, se rememoran y se sienten de nuevo las ilusiones, la incertidumbre, los encierros, las ansias y, por fin, los clarines del triunfo .. para quienes lo consiguieron, porque, ya es sabido, muchos son los llamados pero pocos los elegidos.

El libro a que me refiero, como habrán adivinado, es el que se titula *Oposita que algo queda*, que ha escrito mi amigo y compañero JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, Registrador de la Propiedad de San Sebastián, y que también es autor, por otra parte, de varias obras jurídicas dedicadas a la contestación de temas de oposiciones.

Dicho libro, que he calificado de entrañable, se lee de un tirón y recomiendo su lectura a los opositores. No es que haga propaganda, que no la necesita, pues su aparición ya se difundió ampliamente en varios periódicos y recibí un comentario afectuoso en esta Revista de nuestro común amigo Juan Pablo Ruano Borrella, Director del Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores. Simplemente constato una realidad.

Pero lo he traído a colación porque también está dedicado a opositores este otro libro que ahora estamos presentando y cuya finalidad es encauzar a los estudiantes de Derecho hacia las «salidas» que ofrece esa carrera que están siguiendo y que pronto van a finalizar.

Dirige y coordina esta obra Ignacio Serrano Butragueño, Abogado y Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

El libro será, sin duda, utilísimo al estar destinado a ayudar a los jóvenes universitarios en el momento clave de salir de la Facultad con un título que no les valdrá de mucho si no se someten con brío a la tarea de abrirse paso en el mundo profesional.

En la introducción el Profesor Serrano narra la trayectoria vital de este libro, cuya idea nació de unas conferencias en el ámbito de la Universidad sobre salidas profesionales que han de ser escogidas por los estudiantes.

A ellos recomendaba varias normas de conducta convenientes para salir airosos. Entre ellas, la autoestima o confianza, eliminar el temor al fracaso, pensar que la victoria es directamente proporcional al esfuerzo, considerar que el entusiasmo es un poder que pone en órbita, intentar la solución de los problemas antes que los problemas te anulen, planificación y fijación de me-

tas, potenciar al máximo las facultades intelectuales y, por último, pensar qué clase de persona quiere uno ser y no renunciar jamás. Un gran programa, ciertamente, para encauzar las ambiciones y dentro de las circunstancias, que siempre cuentan

El libro entra en materia en su capítulo I, empezando por la «salida» de las oposiciones. Ese medio, a veces criticado por no pocos, pero que sigue siendo el cauce menos malo para elegir a los mejores, se diga lo que se diga. La igualdad de oportunidades es su principal virtud. Y os lo dice quien las sufrió... y las volvería a sufrir a cambio de una juventud que ya no vuelve, lo de Fausto es pura leyenda.

En este capítulo I se recogen valiosos datos sobre metodología, preparación, ejercicios y programas de diversos prestigiosos Cuerpos del Estado, de todos conocidos.

En el capítulo II, escrito por el Profesor Serrano Butragueño, se detalla el acceso al ejercicio de la Abogacía, con los trámites previos de la colegiación, requisitos generales y cualidades que debe reunir el profesional. En cuanto a su deontología, se recogen las normas redactadas por el doctor Martínez Val, como *summum* deseable del buen Abogado.

Siguiendo con el contenido del libro, diremos que en su capítulo III se recogen diversos cursos de especialización, eso que ahora se conoce bajo el horroroso anglicismo de «master». En ellos se imparten preparaciones especiales para las distintas ramas jurídicas. El asesoramiento de empresas por juristas es un campo amplio que se muestra cada vez más necesario, dada la complejidad de las normativas actuales. El capítulo IV del libro da muy interesantes indicaciones sobre el particular.

Y en el capítulo final, el V, se informa sobre las oficinas de empleo del Estado, las orientadoras de las Universidades y los distintos programas de perfeccionamiento de la normativa comunitaria en la que estamos cada vez más inmersos.

Como se ve, un libro utilísimo que consigue su finalidad práctica de ayudar a los juristas noveles a encontrar un adecuado trabajo.

Aprovechando la indicación que se hace en el libro de que sus páginas están abiertas a sugerencias, me atrevo a apuntar que en una próxima edición se incluya, en el capítulo de oposiciones, alguna noticia sobre las de ingreso en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Confieso que me ha sorprendido no encontrarlas entre las comprendidas en el libro, ya que es una carrera conocida no sólo en los ámbitos profesionales, sino en la más amplia esfera popular: al comprar un piso, nadie duerme tranquilo hasta no inscribir su adquisición en el Registro.

Porque, como sabemos, y con la Ley Hipotecaria en la mano, a todos los efectos legales se considera que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo y esta protección se mantiene contra viento y marea a favor del titular que adquiere de buena fe a título oneroso del titular registral. Y esta protección se obtiene mediante la calificación que hace el Registrador de los documentos que se presentan a inscripción. Así de importante es la función del Registrador.

Y el ingreso en el Cuerpo es mediante oposición, difícil entre las difíciles. Por si vale también, y a título informativo, diremos que el programa se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* de 17 de julio de 1981, con reforma inserta en el *Boletín Oficial del Estado* de 18 de julio de 1984.

Igualmente, para ampliar la información, diremos que el Colegio de Regis-

tradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en colaboración con la Universidad Complutense de Madrid, desarrolla todos los años, hasta ahora con notable éxito de asistencia y resultados, un curso de Especialista en Derecho Registral y Mercantil, en el cual los Licenciados en Derecho y Abogados ejercientes reciben muy útiles enseñanzas teóricas y prácticas sobre la efectividad, organización y funcionamiento de los Registros de la Propiedad y Mercantiles

Creo que cuando se hagan estos añadidos, este libro que, sin duda alguna es ya utilísimo, lo será un poquito más, Felicitamos a sus autores.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 576 (Septiembre 1992)

- «Presunción de inocencia y potestad administrativa sancionadora. el artículo 37 de la Ley de Seguridad Ciudadana», por MANUEL MARTÍNEZ SUSPEDRA, pág. 7961
- «Aprovechamientos colectivos de recursos: montes comunales y montes vecinales en mano común; pastos y leñas», por CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 7985.
- «Tipos genético-histórico de la usucapio *pro herede*. La naturaleza de la institución y función de la *regula nemo sibi ipse causam possessionis mature potest* en la doctrina del Tribunal Supremo», por ENRIQUE GÓMEZ ROYO, pág. 8005
- «Constitución y principios del proceso penal; contradicción, acusatorio y presunción de inocencia», por LORENZO JESÚS DEL RÍO FERNÁNDEZ. pág. 8099
- «Breves consideraciones en torno a la legislación española en materia de objeción de conciencia», por JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, pág. 8137
- «GATT y propiedad industrial: el proyecto de acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio», por ALBERTO CASADO CERVIÑO y BEGOÑA CERRO PRADA, pág. 8341.
- «Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el derecho de la competencia español», por JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, pág. 8363.
- «La declaración de suspensión de pagos: relaciones con la declaración de quiebra», por MARÍA JOSE MASCARELL NAVARRO, pág. 8609.
- «Las medidas anti-dumping de la Comunidad Económica Europea», por DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER. pág. 8653.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Septiembre 1992)

- «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de Modificación del Código Civil en materia de testamentos», por MANUEL ALBALADEJO GARCIA, págs. 715 a 727.
- «Los actos de imitación en la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 en relación con el ordenamiento jurídico comunitario. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal», por MANUEL LOBATO GARCIA-MIJÁN, págs. 728 a 764.

(Octubre de 1992)

- «El derecho de distribución de las obras del espíritu y su extinción en el Derecho comunitario y en el español», por CARLOS ROGEL VIDE, págs. 811 a 838.
«El pseudo —*estatus familiaris*— en el Código Civil. Una nueva relación familiar», por SILVIA DÍAZ ALABART, págs. 839 a 856.

(Noviembre de 1992)

- «La noción de explotación en las creaciones intelectuales», por JOSE LORENZO GARCIA MARTÍN, págs. 907 a 946.
«Derecho público y Derecho privado», por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, págs. 947 a 956.

ACTUALIDAD CIVIL

Núm. 40 de 1992

- «El derecho de consumidores y usuarios a la elección de Notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios», por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO.

Número 41 de 1992

- «Sobre el procedimiento extrajudicial ejecutivo civil», por TOMÁS MUÑOZ ROJAS.

Número 42 de 1992

- «En torno al concurso de acreedores en proceso de ejecución singular: comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 521/1992, de 1 de julio», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA.

Número 43 de 1992

- «Repercusiones prácticas de la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero, y de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal en los juicios ejecutivos fundados en pólizas de contratos mercantiles», por JOAQUÍN BAYO DELGADO y otros.

Número 44 de 1992

- «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», por JULIO CARBAJO GONZÁLEZ.

Número 45 de 1992

«Problemas jurídicos de la multipropiedad en Derecho internacional privado», por JAVIER CARRASCOA GONZÁLEZ.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 2 (Abril-junio 1992)

- «Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria», por JUAN ALBERTO BELLOCH JULVE, pág. 9.
- «La supresión de los testigos en los testamentos», por AURELIO DíEZ GÓMEZ, pág. 43.
- «La multipropiedad en el anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios», por ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, pág. 69.
- «La liberalización del control de cambios y las inversiones extranjeras en España», por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 109.
- «La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, y su incidencia en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (y II)», por ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, pág. 147.
- «La venta de cosa común por el comunero aislado (I)», por EDUARDO MÉNDEZ APENELA, pág. 179.

Número 3 (Julio-septiembre 1992)

- «La liberalización del control de cambios y las inversiones extranjeras en España», por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 9.
- «La venta de cosa común por el comunero aislado (y II)», por EDUARDO MÉNDEZ APANELA, pág. 163.
- «Aproximación al estudio de los dividendos en especie», por CÁNDIDO PAZ-ARES, pág. 207.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 76 (Abril-junio 1992)

- «El proceso constituyente. Deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile», por JUAN JOSE GONZÁLEZ ENCINAR y otros, pág. 7.
- «El liberalismo francés después de Napoleón (de la anglofobia a la anglofilia)», por JOAQUÍN VARELA SUANZES, pág. 29.
- «La contribución de Vélez Sársfield a las disciplinas publicísticas y al constitucionalismo latino», por GIORGIO RECCHIA, pág. 45.
- «Derecho de resistencia, derecho de revolución, desobediencia civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y la ciencia política en la temprana Edad Moderna», por A. PATRICIO CARBAJAL, pág. 63.
- «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica», por ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA, pág. 103.

Núm. 77 (Julio-septiembre 1992)

- «Los iusnaturalistas clásicos hispanos y la polémica sobre el Nuevo Mundo», por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, pág. 7.
- «La situación de Alemania dos años después de la revolución: los límites de la Comunidad», por WOLF LEPENIES, pág. 33
- «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», por JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, pág. 57.
- «Los presupuestos teóricos del nacionalismo y el nuevo ciclo del fenómeno», por JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ, pág. 95.
- «El apoyo a la toma de decisiones en la Administración», por MANUEL ARENILLA SÁEZ, pág. 139.
- «Modelos de transición y sistemas electorales en la Europa del Este», por CARLOS FLORES JUBERÍAS, pág. 169.
- «Índices de poder de Izquierda Unida», por CLARA RIBA Y ROMEVA, pág. 219.
- «Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión», por JUAN J. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, pág. 237.
- «El sentido común ecológico», por JACINTO CHOZA, pág. 249.
- «Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación con la informática, la medicina y los medios de comunicación», por ANTONIA ROVIRA VIÑAS, pág. 259.
- «Legalidad y legitimidad. los fundamentos morales del Derecho», por ROBERTO J. VERNENGO, pág. 267.
- «Gobierno local y thatcherismo: redefinición de la política municipal británica entre 1979-1990», por JOAQUIM BRUGUE TORRUELLA, pág. 285
- «Reflexiones sobre las coaliciones políticas», por ANTONIO ROBLES EGEA, pág. 303.
- «Notas para el estudio de la elección pública», por FERNANDO TOBOSO, pág. 321

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Núm. 159 (Enero-marzo 1992)

- «Fondos estructurales comunitarios y cohesión después de Maastricht», por NELLY JAZRA BANDARRA, pág. 11
- «La cadena de comercialización de la carne en Europa. estructura, competencia y comercio», por MARIA CHRISTODOULOU y JIM BURNS, pág. 41.
- «Reestructuración y cambio tecnológico en el complejo cárnico. El sector porcino en España», por ALICIA LANGREO y MANUEL R. RODRÍGUEZ-ZUNIGA, pág. 67.
- «Evolución de la producción de leche en la provincia de Lugo en el período 1985-89 y posibilidades de desarrollo en los próximos años», por JUAN FRANCISCO FERNÁNDEZ LÓPEZ, pág. 97.
- «Ventajas comparativas y competencia interregional. El sector del fresón en Huelva», por CECILE BERNARD, pág. 121.
- «Explotación y gestión de aguas subterráneas en las comarcas del interior alicantino», por GABINO PONCE HERRERO, pág. 147.
- «Planificación del uso del territorio y programación matemática multicriterio», por JULIO BERBEL VECINO, pág. 171.
- «La agricultura a tiempo parcial en la Comunidad Valenciana: una aproximación metodológica», por FRANCISCO HERNANDEZ SANCHO, pág. 189.

«La industria española de fertilizantes y la CEE: una aproximación cuantitativa», por SALVADOR DEL SANZ SALAZAR, pág. 207.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 4 de 1992

«El derecho de retención de inmuebles en Cataluña. Ambito de aplicación», por MARIO MIRÓ GILI, pág. 897.

«Naturaleza, función y régimen de las Agrupaciones de Interés Económico», por JUAN JANÉ BONET, pág. 917.

«Derecho de reunión, regulación legal y jurisprudencia constitucional», por JUAN LUIS PÉREZ FRANCESCH, pág. 100.

«Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», por ANGEL JUANES PECES y JOSÉ R. GALVÁN ARIAS, pág. 1033

«La prescripción del delito en el copartícipe rebelde», por MIGUEL A. ZAMORA MORENO, pág. 1043

REVUE DE DROIT UNIFORME

Núm. 2 de 1990

«La révision de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980», por GERFRIED MUTZ, pág. 2.

«Avant-projet de Conventio d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés», texte approuvé par le comité d'étude d'Unidroit sur la protection internationales des biens cultureles à sa troisième session le 26 janvier 1990, pág. 16.

«Rapport explicatif sur l'avant-projet de Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés», por MARINA SCHNEIDER, pág. 27.

«La révision de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980», nota de la Redacción, pág. 100.

«Protocole 1990 portant modification de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980», pág. 126.

«Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite», pág. 140.

«Directive du Conseil des Communautés européennes concernat les voyages, vacances et circuits à forfait», pág. 180.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Núm. 3 (Mayo-agosto 1992)

«El tema de la educación estatal en el constitucionalismo mexicano», por RAÚL PADILLA LÓPEZ, pág. 11.

«Análisis comparativo de los principios que rigen en la zona de libre comercio en América del Norte frente a los principios de contenido económico de la Constitución mexicana», por RUPERTO PATIÑO MANFFER, pág. 79

- «Función de investigación de la Suprema Corte: aportación de la primera legislación revolucionaria a la Constitución de 1917», por MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA, pág. 95.
- «Consideraciones sobre el vicio de nulidad en las contrataciones de endeudamiento del Gobierno mexicano», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, pág. 107.
- «Radbruch y el renacimiento del iusnaturalismo. Positivismo y nacionalsocialismo», por ROLANDO E. TAMAYO Y SALMORÁN, pág. 133.
- «El bicameralismo en los Congresos de las entidades federales», por JESUS MOTILLA MARTÍNEZ, pág. 145.
- «El artículo 3.^º constitucional en los debates del Congreso Constituyente de 1917», por ALEJANDRO MORALES BECERRA, pág. 183.
- «La política penal legislativa en México», por MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, pág. 197.
- «Aproximación a la pedagogía de Gastón Bachelard», por RAÚL HERNÁNDEZ VEGA, pág. 225.

**BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO.
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Vol. LXIV (1988)**

- «Uma Perspectiva da Evolução do Direito Portugues», por MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, pág. 1.
- «Direito Processual Penal - Tendencias de Reforma na Eurpoa Continental - O Caso Portugues», por JOSE NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, pág. 21.
- «As Acções do Pretor», por A. SANTOS JUSTO, pág. 57.
- «Les Traveaux au Profit de la Communauté - Une Alternative aux Peines de Prison», por W. J. BOHAN, pág. 101.
- «Les Traveaux à Effectuer par les Délinquants au Profit de la Communauté», por W. BOHAN, pág. 109.
- «Le Travail au Profit de la Communauté et la Législation Espagnole», por FRANCISCO BUENO ARUS, pág. 119.
- «Le Service au Profit de la Communauté en tant qu'Alternative à la Peine d'Emprisonnement», por S. J. CALLAHAN, pág. 127.
- «Le Travail au Profit de la Communauté et le Nouveau Code Pénal Portugais», por EDUARDO CORREIA, pág. 159.
- «Le Service en Faveur de la Communauté - Un travail Forcé?», por WOLFGANG DOLEISCH, pág. 169.
- «Les Expériences Allemandes en Matière de Service au Profit de la Communauté», por HARTMUTH HORSTKOTTE, pág. 173.
- «Les Ordres de Service en Faveur de la Communauté: Quelques Aspects Relatifs à la Situation Présente et aus Objectifs du Portugal», por LUIS DE MIRANDA PEREIRA, pág. 187.
- «Mesures Alternatives à l'App'lication de la Peine d'Emprisonnement dans les Etats Membres du Conseil de l'Europe», por PETER J. P. TAK, pág. 193.
- «Le Travail d'Intéret Général en tant qu'Alternative aus Peines de Prison aux Pays-Bas», por PETER J. P. TAK, pág. 217.

- «Contrato: Evolução do Conceito no Direito Portugues», por FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, pág. 233.
- «Grupos de Sociedades», por FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, pág. 297.
- «Breves considerações em torno das Sociedades de Economia Mista», por JOAO LEAL AMADO, pág. 355.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Núm. 1 a 6 (Enero-junio 1991)

- «La sociedad de hecho entre cónyuges separados de bienes», por RAÚL ANIDO, pág. 23.
- «La venta por el heredero aparente luego de la vigencia del Código General del proceso», por ENRIQUE AREZO PIRIZ, pág. 35.
- «Efectos de la inscripción de la acción reivindicatoria con posterioridad a la adquisición del tercero de buena fe», por SUSANA CAMBIASSO, pág. 49.
- «Cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad, especialmente en contratos con cláusulas de adhesión», por ROQUE MOLLA, pág. 63.
- «Contrato de leasing o crédito de uso. Ley número 16.072», por ATILIO JORGE GREZZI y MARIELLA SCASSO, pág. 73.
- «Nuevas leyes en Suiza y Uruguay y respecto de las sociedades comerciales extranjeras», por RUBÉN SANTOS BELANDRO, pág. 79.

REVISTA DE DIREITO IMOBILIARIO

Núm. 29 (Enero-junio 1992)

- «O Notário e o Oficial do Registro perante a Propriedade Imóvel», por ELVINO SILVA DILHO, pág. 7.
- «Sobre a Qualificação no Registro de Imóveis», por RICARDO HENRY MARQUES DIP, pág. 33.
- «A Matrícula na Incorporação Imobiliária», por MARCELO TERRA y WALDYR WALTER, pág. 73.
- «As Terras Devolutas e seu Registro», por VITO JOSE DUGLIELMI, pág. 86.
- «O Registrador e sua Jurisdição nos Loteamentos Urbanos: Fiscalização e Poder Urbanístico», por ARTHUR RIOS, pág. 115.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 73 (Enero-abril 1992)

- «El reconocimiento del derecho», por OSCAR CORREAS, pág. 15.
- «Seguridad internacional colectiva y crisis del golfo Pérsico», por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 27.

- «Reflexiones sobre la teoría de la Constitución y del derecho constitucional», por MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, pág. 41.
- «Pragmatismo y ciencia del derecho. Sobre la filosofía de Charles Sanders Peirce y sobre los elementos lógicos y creativos en el derecho», por JOACHIM LEGF, pág. 63.
- «La Ley Orgánica de la UNAM», por MARIO MELGAR ADALID, pág. 79.
- «La Jurisdicción», por LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA, pág. 99.
- «Trabajo a domicilio en México», por CARLOS REYNOSO CASTILLO, pág. 111.

NOTICIAS CEE

Núm. 94 (Noviembre 1992)

- «La reforma del Régimen Fiscal de Canarias: un comentario», por OSCAR BERGASA PERDOMO, pág. 17.
- «Contenido y proyección del REF», por JOSE MIGUEL GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, pág. 19.
- «El nuevo régimen canario en la Comunidad Europea», por MANUEL MEDINA ORTEGA, pág. 27.
- «El nuevo régimen de imposición indirecta en Canarias y su inserción en el contexto REF», por JOSE IGNACIO RUBIO DE UROUÍA, pág. 33.
- «Las empresas peninsulares que tradicionalmente exportaban sus productos a Canarias ante la reciente reforma del REF. Examen de un caso particular», por RAFAEL ALCÁZAR CREVILLÉN, pág. 43.
- «Los sujetos pasivos en el Impuesto General Indirecto Canario», por FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 51.
- «El Impuesto General Indirecto Canario y sus diferencias con el IVA», por SONSOLES MAZORRA MANRIQUE DE LARA, pág. 59.
- «Los beneficios fiscales reconocidos a las sociedades cooperativas y su adaptación a la Ley de Modificación del Régimen Económico-Fiscal Canario», por GUILLERMO G. NÚÑEZ PÉREZ, pág. 73.
- «La imposición indirecta canaria como imposición estatal», por LUIS SÁNCHEZ SERRANO, pág. 85.

