

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVIII ° Noviembre-Diciembre 1992 ° Núm. 613

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

S U M A R I O

	<i>Págs</i>
ESTUDIOS:	
«Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión», por EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG	2293
«Inscripción de condición resolutoria en garantía del precio aplaza- do», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	2463
«A propósito de un caso de transformación temporal de acciones ordinarias en preferentes sin voto, con opción a recuperarlo», por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS	2495
«El Derecho común y el nacimiento de Europa», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS	2523
«El siglo XIX», por VICENTE PALACIO ATARD	2535
«Propiedad privada y régimen de suelo», por CARLOS VATTIER FUEN- ZALIDA	2547
 DICTAMENES Y NOTAS:	
«Fernández Cuesta, jurista, reformista hipotecario, ministro de Jus- ticia y académico», por JESÚS LOPEZ MEDEL	2565
«La liquidación de cargas en el apremio de bienes inmuebles (una grave deficiencia de la última reforma procesal)», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	2575
 ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	2585
 JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CO- RRAL DUEÑAS	2605

II. Resoluciones de la Dirección General, por RICARDO EGEA IBÁÑEZ, JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ y EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA	2617
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	2645
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	2655

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Código Civil. Doctrina y jurisprudencia», de JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	2665
«El fortalecimiento de recursos propios», de LUIS FERNANDEZ DEL POZO, por MANUEL CASERO MEJÍAS	2667
«Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil (estudio especial del art. 205.2.º LSA. RR. de la DGRN. Cuestiones prácticas)», de J. M. GARCÍA URBANO, por MANUEL CASERO MEJÍAS	2671
«La deuda alimenticia», de JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ, por CARLOS LALANA DEL CASTILLO	2674
«Il ruolo del matrimonio nell'ordinamento giuridico attuale», de VV.AA , por CARLOS LALANA DEL CASTILLO	2679
«Manuel Alonso Martínez, vida y obra», de CARLOS ROGEL VIDE, CARLOS VATTIER y otros, por JOSÉ M. ^a CORRAL GIJÓN	2685
«Leyes hipotecarias y registrales de España; fuentes y evolución», del COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, por EUGENIO FERNANDEZ CABALEIRO	2689
REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	2693

ESTUDIOS

Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión

SUMARIO: INTRODUCCION: LA REFORMA DEL SISTEMA DE TRAFICO JURIDICO DE COSAS Y LAS TERMINOLOGIAS DOCTRINALES. 1) Reforma proyectada: la inscripción substitutiva de la tradición de finca 2) Coordinación con estudios anteriores continuación de la línea de pensamiento evolutivo 1. Dos sistemas: latino y alemán. 2. Venta y tradición. 3. Título material y prueba mediante la posesión o el título formal 4. Ley Hipotecaria. 5. Resumen histórico 6. Principio fundamental. 3) Opiniones del conferenciante. Terminologías de don Jerónimo González y de don Bienvenido Oliver. 4) Manual de Derecho civil registral y programa de oposiciones.—I. COMPRAVENTA: SISTEMA LATINO Y SISTEMA ALEMÁN 1) Contrato de compraventa italiano. 1. Contrato traslativo y obligatorio. 2. Contrato traslativo y condición legal, que consolida el efecto traslativo. 3. Aplicación al Derecho español 4. Acuerdos internacionales, de Pavia y de Pisa 2) Sistema alemán aplicado: el acuerdo real. 1. Tradición. 2. Auflassung.—II. CONTRATO E INSCRIPCION. 1) *Totum revolutum* 1. Dos supuestos primordiales: transmisión de propiedad y constitución de hipoteca. 2. Compraventa y tradición probadas (art 3 LH). 2) Doble calificación. 1. Función registral. 2. Función notarial y registral. 3) Reforma 1. Tradición. 2. Contrato. 3. Escritura: forma y prueba, necesaria para la inscripción (arts. 3, 9, 18 LH). 4. Inscripción publicitaria, necesaria para la aseguración de la adquisición (art. 32 LH). 4.1. Germanismo dicotómico. 4.2. Tradición e inscripción 4.3. Hipoteca.—III. EL CONTRATO Y LA CONDICION LEGAL DE PRUEBA Y PUBLICIDAD. 1) Las voluntades contractuales: *animus* del vendedor y *animus* del comprador. 2) La condición legal: dar la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad. 1. Posesión: apariencia y prueba de la propiedad 2. Proceso reivindicatorio romano y posesión adquirida por tradición. 3. Prueba mediante testigos o mediante escritura. 3) Adquisición derivativa causal y compra *a non domino*. 1. Ineficacia del contrato y acciones contra tercero, personal y reivindicatoria. 2. Sistema alemán: abstracción causal y adquisición *a non domino*. 4) Dos teorías. 1. Contrato y condición legal. 2. Título y modo. 3. Elección. 5) Doctrina española usual. 1. Opiniones de Amorós Guardiola y de García García. Puntualizaciones. 1.1. Transmisión del derecho de propiedad. 1.2. Constitución del derecho de hipoteca. 2. Contrato obligatorio, contrato causa, inscripción de títulos y contratos. 3. Conciliación.—IV

ACCION PERSONAL Y ACCION REAL. EFICACIA *ERGA OMNES*, DEL DERECHO REAL Y DE LA PRUEBA DEL CONTRATO ESCRITURADO. 1) *Actio*. 1. *Actio in personam*. 2. *Actio in rem*: reivindicatoria, *erga omnes possidentes* en concepto de dueño. 2) Tutela jurídica del propietario 1. Poseedor. 1.1. Interdictos. 2.1. Oposición a la reivindicación facilitada por la presunción posesoria (art. 448 CC). 2. Desposeído, reivindicación de la pertenencia del derecho. 3. Resumen. 3) La expresión oponibilidad *erga omnes*. 4) Relación jurídica y derecho. 1. Relación personal o real y derecho personal o real. 2. Compraventa, traslativa (acción real) y obligatoria (acción personal). 3. Causa de la transmisión, de la cosa y del dinero. 4. Compraventa y otros contratos traslativos del dominio y de otros derechos reales 5. Procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria: la 2.ª de las causas de la «demanda de contradicción» (art. 41, 6, 2.ª LH). 6. Acción personal y acción real: compatibilidad. 7. Acción declarativa de ineficacia contractual: oponibilidad a tercero, salvo excepción (art. 1.295, 2, CC). 8. Venta de cosa ajena (venta *a non domino*) e irrevindicabilidad. 8.1. Artículo 464 CC. 8.2. Artículo 1.473, 2, CC. 9. Código civil italiano.—V. PERIODO DE PENDENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION LEGAL 1) Supuesto estudiado. 1. Escritura notarial (art. 1.462, 2, CC): no hay período intermedio. 2. Escritura privada. período intermedio hasta la tradición. 2) Derecho vigente. 1 El título y el modo según el legislador de 1861. 2. El título y el modo según la interpretación germánica. 3. Conciliación y la teoría del contrato y la condición legal. 3.1. El vendedor ante el tercero. 3.2. El vendedor ante el comprador. 3.3. Retención por el vendedor. 3.4. Conservación por el vendedor. 3.5. Frustración de la transmisión causada. 3.6. Consolidación de la transmisión causada. 3.7. Principio proclamado y reglas operativas: Principio fundamental. 3.8. Derecho italiano. 3.9. Derecho alemán. 4. Vendedor por segunda vez. 4.1. Regla operativa. 4.2. Excepción. 4.3. ¿Inscripción constitutiva? 5. Vendedor desposeído después de la perfección del contrato. 5.1. Vendedor desposeído antes de la perfección. 5.2. Inscripción de títulos materiales. 5.2.1. Artículo 9 RH. 5.2.2. Artículo 7 RH 5.2.3 Vendedor poseedor y anotación de demanda. 5.2.4. Vendedor desposeído e inscripción (no anotación). 5.2.5. Desconocimiento de la desposesión. 5.2.6. Reforma. 5.2.7. Artículo 1.462, 2, CC. 5.2.8. Artículo 486 CC. 6. Vendedor deudor de tercero. 6.1. Vendedor quebrado. 6.2. Vendedor embargado. 7. Resumen. 3) Reforma —VI. EL ARTICULO 1.160 DEL CODIGO CIVIL. 1) Interpretación germanizante dicotómica y rechazo. 2) Supuestos de aplicación: ventas especiales. 1. Cosa genérica vendida y dinero del precio. 2. Cosa futura. 3. Cosa ajena y supuestos especiales. 3.1 Sistema alemán. 3.2. Sistema latino. 3.3. Sistema latino español. 3) Código civil italiano de 1942.—VII. ASEGURACION REGISTRAL DE LA ADQUISICION CONSOLIDADA. 1) Reforma de 1861. 1. Ley de terceros: terceros compradores y terceros acreedores hipotecarios principalmente. 1.1. Artículo 23 y artículo 27. 1.2. Artículo 25 y artículo 27. 2. Registro de la Propiedad continuador de la Contaduría de Hipotecas. 2.1. Disposiciones transitorias de la Ley para la implantación del Registro. 2.2. Dificultades de aplicación y entrada en vigor parcial el 1 de enero de 1863. 2.3. Reforma de 1869 y entrada en vigor el 1 de enero de 1871. 2.4. Artículo 17 Prioridad formal. Cierre del Registro. 2.5. Artículo 20. Adquisición derivativa y tracto sucesivo formal Apertura del Registro. 2.6. Inscripción 1.ª de apertura.

El tercero prusiano de la Ley de 1861. 2.7. Evolución del artículo 20 en las Leyes de 1869, de 1909 y de 1946 (arts. 205 y 207). Persistencia del espíritu prusiano de la Ley de 1861. 2.8. Artículo 34 y artículo 35. evolución legislativa. 2.9. El sistema prusiano según don Bienvenido Olver y Esteller. 2) Aseguración registral. 1. Aseguración atributiva de la pertenencia del derecho artículos 32 y 34. 2. Aseguración de la exactitud formal: artículo 40, párrafo final. 3) Unidad del concepto de tercero asegurado. 1. Principio de publicidad y tercero prusiano de 1794 y de 1861. 2. Código civil italiano de 1942. Transcripción, de contratos y de actos (equivalencia con el art. 23 LH 1861) así como de sentencias y de demandas de resolución y de nulidad de contratos (equivalencia con el art. 34 LH 1861) 3. Artículo 34, aplicación específica del principio general del artículo 32 a las causas de resolución y de nulidad del título de pertenencia al vencido judicialmente. 4. Vendedor desposeído. 4) Principio de publicidad o de inscripción publicitaria. 1. OPONIBILIDAD, a tercero *afectado*, de la prueba registrada. Eficacia *probatoria* de la inscripción. Principio de legitimación registral. 2. INOPONIBILIDAD, a tercero *asegurado*, de la prueba no registrada Eficacia *sustantiva* de la inscripción *atributiva* del dominio, excepción a la acción reivindicatoria y *pérdida* de dominio para el anterior «verdadero» propietario. Principio de fe pública registral en sentido estricto. 5) Prueba oponible a tercero y derecho real. 1. Prueba registrada oponible a tercero y derecho real parcial oponible al tercero propietario. 2. Calificación de la escritura de crédito hipotecario. 3. Conocimiento y mala fe. 6) Derecho alemán de inscripción *del acuerdo real abstracto* frente al Derecho prusiano de inscripción *publicitaria*.

INTRODUCCION: LA REFORMA DEL SISTEMA DE TRAFICO JURIDICO DE COSAS Y LAS TERMINOLOGIAS DOCTRINALES

1) En conferencia pública (1) se ha anunciado el estudio de una reforma del sistema español de tráfico jurídico de los derechos inmobiliarios que exige reconsiderar su principio fundamental, es decir, la configuración legal del contrato de compraventa, traslativo y obligatorio, en relación con la tradición y con la inscripción.

A mi entender, el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil pasaría a disponer que la propiedad se transmite *a causa o por efecto*, o sea, «por consecuencia», de ciertos contratos traslativos *mediante* la tradición, *sustituida* por la inscripción si su objeto es un inmueble inmatriculado. Para

(1) Ilmo. señor don ANTONIO PAU PEDRÓN, Director General de los Registros y del Notariado, «Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios». Conferencia pronunciada en Barcelona, Universidad Pompeyo Fabra, en junio de 1991. Publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1604, de 5 de julio de 1991. También publicada en *Lunes cuatro treinta*, revista de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de la Comunidad Valenciana, núm. 81, 2.ª quincena, julio 1991. Citaré. v. conferencia (1), p. .

ello, según otro precepto, se inmatricularán necesariamente los inmuebles que se transmitan a partir de...

Se proyecta que, respecto a estas fincas, la transmisión de la posesión en concepto de dueño (sea voluntaria, mediante la tradición por el vendedor poseedor, o sea supletoriamente forzosa, mediante la puesta en posesión por el Juez) *cese* en su actual función de condición legal o requisito legal de cumplimiento necesario para que se consolide la transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato de compraventa otorgado por el vendedor que es propietario y poseedor.

La exigencia de este requisito adicional y posterior al contrato se fundamenta en que la posesión en concepto de dueño tiene eficacia probatoria y publicitaria, pues el poseedor en concepto de dueño, por presunción legal (sin perjuicio de la prueba en contra), queda legitimado como propietario presunto, por título material no determinado, dispensado de exhibir título formal (art. 448 CC).

Así, dar la posesión en concepto de dueño es dar la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad, transmitir la posesión en concepto de dueño es transmitir la prueba de la pertenencia de la propiedad y pasar a ser poseedor en concepto de dueño es pasar a ser propietario *presunto*.

Se proyecta que, respecto a dichas fincas, la inscripción registral *sustituya* a la tradición en su actual función de condición legal para la consolidación de la transmisión contratada.

Porque es evidente que la inscripción registral del contrato de compraventa conformado y probado mediante escritura notarial cumplirá mejor que la posesión su eficacia probatoria y publicitaria. El titular registral del derecho de propiedad, adquirido por contrato determinado, probado mediante copia de la escritura notarial conformadora calificada por el registrador, y publicado mediante la inscripción, por presunción legal (mientras no se rectifique la inscripción registral) quedará legitimado como propietario presunto a causa del contrato inscrito (art. 38, 1, LH).

2) Intentaré coordinar las manifestaciones del conferenciante con cuanto expuse al respecto en mis cuatro estudios recopilados y concordados en el libro titulado «Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez, e incondicionada cuando está desposeído)», que también pudo denominarse «Transmisión de la propiedad a causa de compraventa (condicionada legalmente a la transmisión de la posesión, voluntaria o forzosa, cuando el vendedor es el poseedor, e incondicionada cuando el vendedor está desposeído)». En particular he de coordinarlas con lo expuesto en el estudio

tercero acerca del «Contrato de compraventa y tradición en el Código Civil español de 1889» (2).

De manera que este estudio quinto continúe la línea de pensamiento evolutivo aludida en la solapa del libro y en su «Presentación», orientada a desvelar el germanismo dicotómico de nuestra doctrina, para dignificar el contrato latino de compraventa y desmitificar la tradición, para facilitar así la comprensión y exposición didáctica de nuestro sistema registral.

Intentaré aclarar el significado y alcance del contrato y de la escritura notarial así como el significado de la tradición y de la inscripción necesaria («constitutiva») para lo que tendré en cuenta la orientación histórica de don Bienvenido Oliver y Esteller (3) y la orientación actual de la doctrina italiana y de su Código Civil de 1942 (4), que según acuerdo internacional de Pavía (1990) es el modelo a considerar para el futuro Código europeo de los contratos (5).

En este estudio, como en los anteriores, me refiero al contrato de compraventa y al derecho de propiedad, porque el contrato de compraventa es el modelo de los contratos, sobre todo de los demás contratos que son traslativos y consecuentemente obligatorios (permuta, obra, sociedad, mutuo...) y porque el derecho de propiedad es el modelo de los derechos patrimoniales reales parciales. Así, también puede aplicarse este estudio a otros contratos y a otros derechos, con las correspondientes adaptaciones específicas (6).

(2) Editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid. 1991. Libro del que se remitió un ejemplar para la biblioteca de todos y cada uno de los Registros de España Distribuido al público por Civitas S. A. Citaré: v. libro (2), p...

(3) BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER, *Derecho Inmobiliario Español Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Vigente en la península, islas adyacentes, Canarias, territorios de Africa, Cuba, Puerto Rico y Filipinas «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1892-1896.

(4) ANGELO CHIANALE, Investigador de Derecho Privado de la Universidad de Turin, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Ed. Giuffrè, Milán, 1990, pág. 94.

Realiza un magnífico estudio de Derecho comparado, que incluye el inglés PERO NO ESTUDIA EL DERECHO ESPAÑOL (vid pág. 99. núm. 90, punto segundo)

Aplica una lógica estructuralista que le lleva a calificar como un supuesto de desmembración del dominio, lo que mejor puede ser explicado con el amplio concepto de las condiciones legales (*conditioes juris*) y de la eficacia del negocio condicionado legalmente, durante la situación de pendencia del cumplimiento de la condición legal

Se refiere escuetamente (pág. 2, al final de la nota 1), al Acuerdo de Pisa sobre «Venta y transmisión de la propiedad desde la perspectiva histórica comparada», alcanzado en el Congreso Internacional de Derecho comparado celebrado en Pisa del 17 al 21 de abril de 1990

(5) V. infra I, 1), 4.

(6) V. libro (2), págs. 403 y sigs

1. Dentro de estos límites, insistiré en *contrastar dos sistemas legislativos*, las teorías que pretenden explicarlos y sus respectivas terminologías.

El sistema *alemán*, de la diferenciación dicotómica entre el contrato obligatorio (Venta) y el negocio dispositivo de transmisión, de cosa mueble (Tradición) o de cosa inmueble (Auflassung), abstraído de su causa, como es el contrato de venta. Hay dos acuerdos jurídicos: uno obligatorio (contrato) y otro traslativo (acuerdo real).

El sistema *latino*, en su configuración actual del contrato de venta traslativo y obligatorio, y de las posibles condiciones legales de la transmisión contratada (tradicción de muebles y escritura notarial e inscripción registral de fincas en el sistema español propugnado). Hay un acuerdo jurídico: el contrato traslativo y obligatorio.

2. Insistiré, para aclarar que el contrato de compraventa español no es un contrato de finalidad traslativa y de voluntades obligatorias, sino que es un contrato de dos voluntades traslativas y obligatorias, la del vendedor y la del comprador, que transmite el derecho, aunque sea mediante el cumplimiento de alguna necesaria condición legal o requisito adicional posterior; normalmente, cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa vendida, mediante la transmisión de la posesión (voluntariamente, mediante la tradición por el vendedor poseedor, o forzosamente, mediante la puesta en posesión por el Juez) en cuanto la posesión probada es la prueba, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448 CC).

En este sentido, hacer tradición, dar la posesión, significa dar la *prueba* por presunción legal *de la pertenencia del derecho de propiedad*, mientras que inscribir significa dar *publicidad* a la pertenencia del derecho de *propiedad, adquirido* por el título inscrito, probado mediante escritura notarial conformadora del contrato y probatoria de la transmisión del derecho de propiedad y de la posesión en concepto de dueño.

La ley condiciona la consolidación de la transmisión del *derecho* de propiedad a la transmisión de la *posesión* en concepto de dueño. La ley condiciona la consolidación del cambio del propietario *verdadero* al cambio del propietario *presunto* y aparente por título no determinado. La ley condiciona la consolidación de la transmisión del derecho contratada a la transmisión de la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad.

3. Partiendo de este principio fundamental de la configuración del contrato de compraventa y de la tradición, para que se produzcan los efectos registrales, el registrador inscribe el *título de pertenencia del derecho (título en sentido material)* que, según la ley, es el fundamento de la adquisición consolidada del derecho. Que será el supuesto de hecho integrado por el «título» (contrato) y el «modo» (tradición), conforme al artículo 2.º, 1, 2,

de la Ley Hipotecaria y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (según sentencia de 23 de enero de 1989) cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño. Que será sólo el contrato cuando el vendedor esté desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño (art. 1.526 CC). Además, conforme al Derecho Civil vigente en 1861, hasta entrar en vigor el Código Civil de 1889 era elemento integrante del supuesto de hecho de la adquisición, el pago por el comprador del precio no aplazado, tanto si el vendedor era el poseedor como si estaba desposeído.

De este título en sentido material se presenta en el Registro la necesaria *prueba documental* (título en sentido *formal*, art. 3 LH), para que mediante la inscripción del título material quede *asegurada* la adquisición *consolidada* (art. 32 y 34 LH).

Normalmente será la copia de una escritura notarial, que prueba la transmisión a causa del contrato de venta consolidada mediante la tradición de la cosa (y el pago del precio no aplazado, hasta la reforma por el Código Civil). Escritura que prueba un contrato de venta (art. 1.218 CC), celebrado por personas jurídicamente capaces (puesto que la capacidad es presupuesto subjetivo del supuesto de hecho contractual), redactado en forma legal, o sea conformado con las circunstancias que deben constar en la inscripción (según el art. 9 LH), y con un contenido dispositivo válido, que implica la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor como presupuesto objetivo del supuesto de hecho contractual (art. 18 LH desde la reforma de 1944, y art. 20 LH y art. 38 LH 1944). Escritura que prueba la tradición, que presupone la posesión por el vendedor poseedor (art. 1.462, 2, CC y art. 3 LH). Escritura que prueba el pago del precio no aplazado, condicionante de la transmisión del dominio de la cosa hasta entrar en vigor el Código Civil en 1889 (art. 3 LH 1861).

Excepcionalmente, será la copia de una escritura notarial que prueba el contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño (art. 1.526 CC). Que no será prueba de una tradición, ontológicamente imposible, que la ley no obliga a realizar (art. 1.526, 1 CC). Que además será prueba del pago del precio no aplazado, lo que era muy importante cuando entró en vigor la LH de 1861 y continuó siéndolo hasta que entró en vigor el Código Civil de 1889.

4. La Ley Hipotecaria dispone que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los *actos y contratos* relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles» (art. 1 LH) y dispone que en los Registros se inscribirán *títulos...* (art. 2.º, primero y segundo, LH) y que estos títulos deberán estar consignados en escritura pública... (art. 3.º LH), expresiones que se coordinan considerando que aluden a *actos* unilaterales aceptados (donación y herencia) y a *contratos*

(compraventa y «otros ciertos»), según insiste el Código Civil (art. 609, 2), que serán *títulos* adquisitivos, por sí solos (actos unilaterales aceptados y contrato de cesión) o, en su caso, mediante la tradición por el poseedor (compraventa y otros ciertos contratos), y que serán *probados* mediante escritura notarial, que no sólo conforma y prueba los contratos (compraventa) sino que también prueba el cumplimiento de la tradición cuando ésta es requisito adicional, según expresas cláusulas de estilo notarial al tiempo de la Ley Hipotecaria de 1861, y según presunción legal desde el Código Civil (art. 1.462, 2, CC), supuesto que el vendedor es el poseedor; sin olvidar que cuando el vendedor está desposeído, la tradición, imposible en la actualidad de la perfección, está excluida ontológica y legalmente, de manera que la escritura notarial conformará el contrato de compraventa del derecho de propiedad incorporal (contrato de cesión) al manifestarse la situación de desposesión del vendedor (art. 1.526 CC).

5. Antes de pasar a exponer la opinión del conferenciante y sólo con el fin de centrar el tema, recordaré lo siguiente.

El sistema romano justinianeo configura el contrato de venta como un acuerdo de cambio de cosa por dinero que obliga al vendedor *poseedor* a dar la posesión en concepto de dueño de la cosa al comprador, quien adquiere el derecho de propiedad que pertenecía al vendedor, mediante la tradición de la cosa y el pago del precio no aplazado.

Al recibirse el Derecho romano justinianeo en los territorios del destruido Imperio Romano de Occidente, los Notarios de Bolonia incluyeron en sus escrituras de venta de una finca la cláusula de constituto posesorio, según la cual queda cumplida la tradición por acuerdo de cambio del *animus possessionis*, si el vendedor deja de poseer en concepto de dueño aunque continúe poseyendo en concepto distinto, como el de usufructuario o el de arrendatario, porque el contrato se celebra en el despacho del Notario y los intervinientes, al no estar presentes ante la finca, no pueden realizar actos de tradición real o *longa manu*; desde entonces, las escrituras notariales de compraventa de una finca fueron prueba de la transmisión y adquisición de la posesión por pacto expreso de constituto posesorio. También incluían una cláusula de cesión de la acción reivindicatoria para cuando el vendedor no era poseedor en concepto de dueño porque estaba desposeído por un tercero y, por tanto, no podía hacer tradición por pacto de constituto posesorio. Además, hacían expresión del pago del precio, entregado en el acto o confesado o recibido con anterioridad, o del pacto de aplazamiento del pago, acaso garantizado con hipoteca o condición resolutoria. Así, la escritura notarial era prueba de la perfección y de la consumación del contrato, de la adquisición del derecho de propiedad de la cosa vendida y de la adquisición del dinero del precio no aplazado. Y así continúa siendo.

Al tiempo de la codificación europea de fines del siglo XVIII (Código Civil prusiano de 1794 y Código Civil austriaco de 1811) impera la teoría del título y el modo como explicación escolástica filosófico causalista del sistema común romano-europeo, según la cual venta y tradición son, ambas, causas de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad del vendedor poseedor: la venta es la causa mediata y la tradición es la causa inmediata, a la vez que la venta es la causa inmediata de la tradición.

El Código Civil francés de 1804 no requiere que el contrato de venta vaya seguido ni de la tradición de la cosa ni del pago del precio no aplazado para que el dominio quede transmitido y adquirido por el contrato de compraventa. Los autores franceses dicen que, por voluntad de los contratantes, del contrato nace la obligación de dar o hacer adquirir un derecho y que, según la ley, esta obligación queda cumplida al perfeccionarse el contrato, lo que basta para que el derecho quede transmitido y adquirido, aunque no se pacte el constituto posesorio o, en su caso, la cesión de la acción reivindicatoria, ni se haya pagado el precio no aplazado. Basta la causa mediata para que se transmita el dominio de la cosa vendida.

En Alemania, Savigny también quiso destacar la importancia de las voluntades de las partes para la transmisión del dominio, pero con una interpretación muy personal del Derecho Romano vigente aún (en el siglo XIX), como Derecho común de los Estados alemanes: El contrato de venta obliga al vendedor a dar el derecho de propiedad y a realizar los actos necesarios para cumplir esta obligación (no sólo obliga a dar la posesión o a que el propietario desposeído ceda su acción reivindicatoria). En cumplimiento de esta obligación contractual, a causa del contrato, se ha de perfeccionar un acuerdo real, con el *animus transferendi domini* del vendedor y el *animus accipiendi domini* del comprador, como elemento volitivo de la tradición, que configura como un negocio de transmisión del dominio por efecto de dicho acuerdo real pero mediante la transmisión de la posesión, y como un negocio traslativo por sí solo, con abstracción del contrato de venta, sin perjuicio de la posible corrección del enriquecimiento sin causa contractual ejercitando una acción personal, que no invalida la transmisión por tradición. Basta la causa inmediata para que se transmita y adquiera el dominio de la cosa entregada, en cuanto el negocio dispositivo, que es causa inmediata de la transmisión y adquisición, queda abstraído del contrato de venta que es su causa inmediata y causa mediata de la adquisición.

Esta teoría de Savigny respecto al Derecho Romano, adoptada por sus discípulos y, en general, por los pandectistas alemanes como interpretación cierta del Derecho común de los estados alemanes, a través de Windscheid, quedó configurada como sistema legislativo respecto a las cosas muebles en el Código Civil alemán vigente desde 1900.

A la teoría de Savigny respecto al Derecho Romano se han opuesto

romanistas actuales, como el Profesor Alvaro D'Ors (7), para quienes el vendedor (poseedor) romano está obligado a dar la posesión en concepto de dueño de la cosa al comprador, pero no está obligado a dar el derecho de propiedad, es decir, que no está obligado a transmitir el derecho de propiedad, aunque responda en caso de evicción en juicio declarativo por haber vendido cosa ajena, y para quienes la tradición romana es la actuación voluntaria de la obligada transmisión de la posesión (del cambio de poseedor) pero no es un negocio jurídico dispositivo de transmisión del derecho de propiedad (del cambio de propietario) abstraído de su causa contractual.

Los civilistas italianos, en su labor preparatoria del Código Civil Italiano vigente hasta 1942 en sustitución del Código de 1865 derogado, rechazaron el sistema alemán y reafirmaron el sistema latino italiano del Código de 1865.

Entienden que lo principal del contrato latino de venta no puede ser el que constituya al vendedor en obligado a entregar la posesión en concepto de dueño de una cosa. Lo principal del contrato de venta ha de ser y es su configuración como acuerdo entre el *animus transferendi dominii* del vendedor y el *animus accipiendi dominii* del comprador (sin perjuicio, en su caso, de la necesidad del cumplimiento de algún adicional requisito o condición legal), acuerdo del que consecuentemente nacen obligaciones recíprocas, sobre todo la de dar cumplimiento a las condiciones legales de la transmisión contratada, es decir, la de realizar todos los actos necesarios para que se consume o consolide la transmisión del derecho contratada.

6. Puede concluirse que en la actualidad se contraponen dos *sistemas* y formulaciones teóricas:

De un lado el sistema alemán, dicotómico o dualista, desprestigiado por no ser cierta su proclamada fundamentación histórica y por su artificiosidad, que le aleja de la concepción popular y de la realidad práctica del tráfico jurídico de bienes, y determina la necesidad de corregir el «principio proclamado» acudiendo a «reglas operativas» fundadas en meras ficciones.

De otro lado el sistema latino, unitario o monista, del contrato, traslativo y obligatorio, y de las condiciones legales de la transmisión, que es la formulación teórica actual del sistema romano europeo (anterior a la invención del alemán). Con ciertas variaciones, es el sistema español, el sistema francés y el sistema italiano.

La doctrina civilista española, que intentó trasplantar la teoría de Savigny a la interpretación del sistema español, teóricamente no se opone, en la actualidad, a la verdadera configuración del sistema romano justinianeo, que continúa vigente en el Derecho español, excepto en lo referente al

(7) D'ORS (ALVARO), *Creditus y contractus*, AHDE 1956, *Creditus*, AHDE, 1983

condicionamiento legal del pago del precio no aplazado que fue derogado por el Código Civil.

Creo que, según principio fundamental del sistema latino español, la transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato de compraventa otorgado por el vendedor-propietario-poseedor está condicionada legalmente al cambio del poseedor en concepto de dueño, mediante la tradición por el vendedor o, supletoriamente, mediante la puesta en posesión por el Juez, para que el comprador, con la posesión, obtenga la prueba por presunción legal de que le pertenece el derecho de propiedad (art. 448 CC), de manera que tal condicionamiento es improcedente cuando el vendedor está desposeído y la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad corresponde a un tercero poseedor en concepto de dueño: la ley no exige que el vendedor realice una tradición que es ontológicamente imposible cuando no es él quien posee (art. 1.526 CC).

La formulación preconizada por la doctrina italiana es aprovechable sin forzar las normas vigentes, porque sólo se trata de dar un giro a la interpretación de nuestro sistema para que vuelva al camino del que no debió salir, pero adoptando una terminología o «señalización viaria» superadora de la formulada por la teoría del título y el modo.

3) Una vez centrada mi opinión sobre el tema estudiado, para exponer los criterios del conferenciante acerca del proyecto de reforma, nada puede ser mejor que acotar y copiar algunos párrafos de su conferencia, que me permito intercalar con algunos comentarios iniciales entre corchetes, sólo a efectos de contraste terminológico, con el fin de destacar las diferencias o los matices que pudieran pasar desapercibidos, sin perjuicio de posteriores desarrollos de las cuestiones consideradas, atendidas las tesis que sigue el conferenciante.

1. Según la fuente de información que utilizo (8) dijo el conferenciante que «nuestro sistema traslativo de derechos reales tiene carácter causal: el título es la causa del modo; el negocio es la causa de la constitución del derecho real. La tradición, y en su momento la inscripción, produce el cambio real porque se ha producido un negocio con finalidad traslativa. Paralelamente, la nulidad del título hace inoperante la tradición y, en su caso, la inscripción».

[Desde luego, nuestro sistema no es un sistema de abstracción causal, en lo que difiere del sistema alemán.

Pero a algunos puede parecer que, salvada esta diferencia, el sistema español es muy análogo al sistema alemán, lo que no es cierto.

El negocio contractual español es la causa de la transmisión y adquisi-

(8) V. conf (1), pág 21, VI, *El título en un sistema de inscripción constitutiva*.

ción (no de la constitución) del derecho de propiedad, y la tradición española es una actuación de transmisión de la posesión que consolida la contratada transmisión del derecho.

La tradición no produce el «cambio real» porque se ha producido un negocio de finalidad traslativa, sino que el «*cambio real*» se produce porque se ha perfeccionado un negocio de voluntades traslativas, un contrato traslativo del derecho, aunque no inmediatamente, por sí solo (salvada la venta del derecho incorporal del propietario desposeído), sino mediante el *cambio de poseedor*, porque así lo ordena la ley, fundada en que dar la posesión es dar la prueba de la propiedad (art. 448 CC).

La nulidad del contrato no hace inoperante la tradición, sino que implica la inexistencia del contrato y de la transmisión contractual del derecho, aunque el comprador continúe poseyendo la cosa en concepto de dueño, injustamente.]

2. «El negocio causal —dice el conferenciante— reúne, en el Derecho español, la doble función de acuerdo obligacional y acuerdo real, que parece conceptual y formalmente diferenciada en algún Derecho europeo. No tiene base, en nuestro Derecho, una diferenciación entre la voluntad del transmitente de obligarse a transmitir y la voluntad de transmitir efectivamente. Como no cabe esa diferenciación, no cabe reconocer existencia separada al acuerdo real, ni atribuir valor de acuerdo real a la tradición o a la inscripción constitutiva. La declaración de voluntad del transmitente se agota en el negocio causal, que comprende, como decíamos, la voluntad de transmisión efectiva. Por tanto, ni la tradición ahora, ni en su momento la inscripción constitutiva, requieren nuevo consentimiento, sino que constituyen una consecuencia necesaria del negocio causa.»

[A mi juicio, *este párrafo es lo más importante de la conferencia*, aunque parece una petición de disculpa ante los españoles seguidores de los alemanes y aunque su terminología pueda inducir a que algunos piensen que el contrato de venta obliga a transmitir el derecho de propiedad y que se requiere un adicional acuerdo de transmisión del derecho.

El contrato de compraventa español no es un contrato de *finalidad* traslativa y de voluntades obligatorias, solamente, sino que el contrato de compraventa español es un contrato de *voluntades* traslativas y obligatorias, tanto la voluntad del vendedor como la voluntad del comprador, y es un contrato que no obliga a transmitir el derecho de propiedad sino que lo *transmite*, aunque sea mediante el cumplimiento de alguna o algunas condiciones legales, un cumplimiento al que resultan obligados los contratantes.

Considero primordial esta idea: no se puede estudiar la transmisión del derecho de propiedad en el sistema de tráfico jurídico de bienes sin estudiar el contrato de compraventa, es decir, las voluntades traslativas acordadas.

Es absurdo compartimentar el Derecho Civil de manera que el contrato de compraventa no se alude al tratar de la transmisión del derecho de propiedad por acuerdo entre enajenante y adquirente.

Es absurdo añadir el Derecho registral como un apéndice al estudio de los derechos reales sin estudiar el contrato de compraventa y el contrato de hipoteca.]

3. «Criterio distinto —según el conferenciante— mantiene Rafael Núñez Lagos: “... no es posible... asiento del Registro de naturaleza constitutiva sin consentimiento en el instante final”. Pero —dice Pau Pedrón— la inscripción constitutiva no tiene una finalidad distinta a la de la actual tradición, y respecto de ésta escribe el mismo autor —Núñez Lagos— que “no es un negocio jurídico”, sino que es simplemente “el cumplimiento directo de la compraventa”, “no afecta para nada a la perfección de la compraventa transmisiva sino a su consumación”. La hipoteca —insiste Pau Pedrón— es hoy de inscripción constitutiva y sin embargo ¿comprueba el Registrador la capacidad y el consentimiento de los otorgantes en el momento de practicar esa inscripción?»

[Núñez Lagos entendió, según creo recordar, que no es «constitutiva» la tradición, ni es «constitutiva» la inscripción del contrato de hipoteca, en el sentido de que ni una ni otra afectan al consentimiento que perfecciona el contrato, sino que sólo son «necesarias» en cuanto legalmente condicionan el efecto, la contratada adquisición del derecho.]

4. «Ahora bien —sigue diciendo el conferenciante— la escritura pública, que refuerza en un sistema de inscripción constitutiva su valor como título, pierde su valor como modo. La razón de esta pérdida radica en la ausencia de eficacia publicitaria del documento. El protocolo es secreto, y por tanto los documentos que lo integran. El que legítimamente obtiene copia puede exhibirla, pero esta exhibición no puede llamarse técnicamente publicidad, sólo puede hablarse de oponibilidad. La publicidad supone posibilidad de conocimiento general. La oponibilidad supone conocimiento restringido, derivado de la iniciativa de quien quiere dar a conocer el documento, no de quien lo quiere conocer.»

[Claro que, estrictamente, en el sistema actual, la escritura notarial no tiene «valor como título» material ni tiene «valor como modo», pero sí que es condición legal necesaria para lograr la inscripción (art. 3 LH), porque la escritura es la prueba del contrato de venta que formaliza (art. 1.218) y la escritura también es la prueba del cumplimiento de la tradición, que atestigua realizada, al menos por constituto posesorio, salvo pacto, si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y, por tanto, puede hacer tradición (art. 1.462, 2), como continuará ocurriendo después de la reforma, cuando la tradición ya no será condicionante de la transmisión del derecho de propiedad.]

5. «Además —concluye el conferenciante— si, como hemos dicho antes, la tradición como entrega posesoria ha perdido su valor publicitario en la sociedad actual, más aún lo ha perdido la tradición instrumental que, como advierte el notarialista Giménez Arnau, «es cualquier cosa menos tradición».

[El valor publicitario lo tiene la situación de posesión más bien que la actuación del cambio de poseedor, la tradición; desde la que el comprador comienza a poseer en concepto de dueño, aunque el vendedor pase a ser su mediador posesorio, incluso en precario.

En el sistema latino es una específica tradición, o sea, un cambio específico del poseedor en concepto de dueño de la cosa, la denominada tradición instrumental, entendida como tradición cumplida por pacto de constituto posesorio acordado según escritura notarial, pacto que cambia el concepto en que posee el vendedor, quien deja de poseer en concepto de dueño y pasa a poseer en concepto distinto, como el de precarista.

Es claro que tal escritura notarial prueba el momento del comienzo de la posesión en concepto de dueño a favor del comprador, presupuesto que el vendedor no estuviese desposeído, y es claro que esta prueba documental tiene una gran eficacia probatoria y legitimadora, aunque no tenga eficacia publicitaria por sí sola, para probar el comienzo de la posesión en concepto de dueño. La ley del artículo 448 del Código Civil legitima al poseedor en concepto de dueño como propietario frente al que afirma ser el verdadero propietario en juicio reivindicatorio, mientras no se pruebe que el demandante es efectivamente el propietario (art. 348, 2 CC), y la probada posesión del demandado comienza en el probado momento de la tradición, aunque ésta no sea aparente y aunque tampoco la posesión sea, de inmediato, perfectamente aparente y publicitaria.

Los que ponen en duda esta realidad histórica y vigente parece que piensan conforme al sistema alemán vigente, en el que el pacto de constituto posesorio se configura como un acuerdo de cesión de la acción personal contra el mediador posesorio, sustitutivo de la transmisión de la posesión inmediata exigida para la existencia del negocio dispositivo Tradición, al igual que se configura como otro acuerdo sustitutivo el de cesión de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído.]

6. Antes de todo lo que antecede, el conferenciante había dicho: «Es revelador que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 cite en un mismo párrafo la conveniencia de adoptar la inscripción constitutiva y lo que llama el robustecimiento del Notariado. Son dos finalidades que deben perseguirse conjuntamente, puesto que conducen a una misma meta de lograr la mayor seguridad jurídica. Toda inscripción constitutiva debe ir precedida de una escritura pública pues sólo así queda perfectamente garantizado que el derecho real que se constituye mediante la inscripción tenga

su base en un contrato celebrado por personas jurídicamente capaces y redactado conforme a Derecho.»

[Ahora, la inscripción es necesaria para la adquisición del derecho de hipoteca que se constituye a causa o por efecto del contrato de hipoteca. Después de la reforma, la inscripción también será necesaria para que se consolide la adquisición del derecho de propiedad que se transmite a causa o por efecto del contrato: el derecho de propiedad no «nacerá» para el comprador, ni se «constituirá» para el comprador, mediante la inscripción, sino que mediante la inscripción quedará consolidada la adquisición traslativa contratada, y probada mediante la escritura notarial que formaliza el contrato a efectos registrales.

El «robustecimiento del Notariado», aludido por Gómez de la Serna, consistía en la elevación de la competencia jurídica de los notarios, que en adelante tendrían que ser licenciados en Derecho, para calificar la capacidad de los otorgantes y para formalizar el contrato y sus condiciones legales (la entrega de la cosa y —en 1861— el pago del precio no aplazado contractualmente) conforme a la Instrucción para la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción, incluyendo todas las circunstancias que deben constar en la inscripción. No hay que olvidar que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria de 1861 ya impuso la escritura notarial conformadora y prueba necesaria del título inscribible.]

7. También había dicho, al principio de su conferencia (9) que «El sistema —vigente en España— que exige cumulativamente título y modo para la adquisición de derechos reales responde a una atenta apreciación de la naturaleza de los derechos: a través del «título» se «constituye» el derecho obligacional —que se limita a vincular a las partes—; a través del «modo» se «constituye» el derecho real —que afecta a la generalidad de las personas», según expresión literal del conferenciante.

[Pese a que él mismo, en otro párrafo anterior, pero con otras palabras, reconoce que del sistema español no puede predicarse la radical dicotomía alemana entre el *contrato* fuente solamente de obligaciones o derechos personales, negocio de constitución de unos derechos que sólo producen efectos *inter partes*, y el *negocio dispositivo* por acuerdo real de transmisión del derecho de propiedad o de constitución traslativa de derechos reales parciales, negocio de disposición de unos derechos que producen efectos *erga omnes*.

En otras partes de este estudio insisto en este principio fundamental y en la conveniencia de no dejarse arrastrar por la usual terminología germanista si se quiere lograr una «atenta apreciación de la naturaleza de los derechos».]

(9) V. conf (1), pág 15, II, *El modo como publicidad evolución*

8. Más adelante (10) aludió el conferenciante a las interpretaciones de La Rica y de Hermida Linares, y dijo que según La Rica «para constituir un derecho real cualquiera, incluso el dominio (sobre bienes inscritos) hay que recorrer un ciclo de tres elementos: título, tradición e inscripción», y añadió que «En estas breves páginas de La Rica está esbozada la doctrina de la inscripción conformadora cuasi constitutiva que muchos años más tarde expondría con extensión y precisión J. M. García García...» (11).

[Sin embargo, estimo más cierto, en el sistema español, que la inscripción no «conforma» el derecho de propiedad, ni tan siquiera «conforma» el derecho de hipoteca, en el sentido de que el calificador que autoriza el acta de la inscripción del contrato de hipoteca se limita a registrar, de la escritura que conforma y prueba el contrato, del contrato escriturado, las circunstancias que deben constar en la inscripción, según la ley y el reglamento, «copiando literalmente las condiciones» contratadas que tengan trascendencia real (art. 51, 6.ª, RH y modelo reglamentario VII cuando habla de «estipulaciones» de «trascendencia real» del contrato de hipoteca) para publicarlas, para hacerlas públicas, para que la inscripción del contrato de hipoteca cumpla su función de condición legal de la existencia del derecho de hipoteca (art. 1.875 CC).

Sin perjuicio, tampoco, de la responsabilidad del registrador que dejó de transcribir en la inscripción alguna «condición» o «estipulación» que debió quedar registrada (art. 18 LH).

Téngase en cuenta que la hipoteca no se ejecuta tal como consta del Registro según certificación registral *exclusivamente*, aunque algunos desean y aún creen que así debería ser, sino conforme a la escritura notarial que conforma y prueba el contrato de hipoteca y conforme a la prueba complementaria de que el contrato quedó inscrito con todas las circunstancias reglamentarias. Los interesados siempre podrán contender, en juicio declarativo, acerca de si alguna «condición» o «estipulación» no les afecta por no haber quedado debidamente registrada y publicada o pese a haber quedado indebidamente registrada y publicada; pero esto, a mi entender, no implica que el registrador «conforma» el derecho real, sino que se limita a cumplir lo que debe hacer, copiando o no copiando, sin perjuicio de su responsabilidad en caso de no cumplirlo, aparte del recurso gubernativo contra la calificación.

Dicho esto, me apresuro a manifestar que la calificación forense, notarial o registral, del carácter real de algunas «condiciones», «estipulaciones» o «disposiciones» de los contratos de constitución de hipoteca resulta difícil

(10) V. conf. (1), pág. 18, IV, *La función de la publicidad registral en el Derecho vigente*

(11) En términos parecidos se ha hablado de la «transmisión pluscuamperfecta» V libro (2), pág. 402.

en muchas ocasiones, por la inseguridad de la doctrina y por el retraso legislativo frente a las necesidades actuales de la financiación bancaria y del tráfico internacional.]

9. Sigue diciendo el conferenciante «pero lo cierto es que, pese a estas opiniones aisladas, la generalidad de los autores tiene bien presente que el Código Civil exige en todo caso la tradición —aunque sea en forma ficticia— para el nacimiento de los derechos reales, y que la inscripción tiene por objeto derechos y no títulos, estando expresamente excluidos por el artículo 9 del Reglamento Hipotecario los títulos no seguidos de tradición «—la obligación de constituir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble—».

[Pese a que «la *generalidad* de los autores tenga bien presente» lo que afirma el conferenciante, lo bien cierto es que el Código Civil, para la adquisición por el comprador del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, no exige que el contrato vaya seguido de una imposible tradición (contrato de cesión del art. 1.526). Además, la denominada tradición *incorporal instrumental* (según terminología del profesor Lacruz, seguido por otros muchos) no es una tradición, ni siquiera una tradición ficticia, ya que la tradición, por definición y ontológicamente, en todos los tiempos y países inspirados en el modelo romano, consiste en un cambio de poseedor en concepto de dueño, mientras que con la tradición incorporal la posesión en concepto de dueño continúa teniéndola un poseedor que no es el vendedor ni el comprador. Es pura fantasía entender que, en tal caso, mediante la «tradición instrumental incorporal», la escritura notarial tiene valor como modo, porque en tal caso el «modo» tradición queda excluido ontológica y legalmente.

La inscripción, según la legislación vigente desde 1861, es la inscripción de un título, pero bien entendido que se trata de un título en el sentido legal y jurisprudencial de *título, como fundamento de la adquisición del derecho*, integrado, en su caso, por el contrato de compraventa y la tradición y sólo por el contrato del vendedor desposeído. Aunque sea frecuente que en la inscripción digan algunos registradores que inscriben el *derecho de propiedad* a favor de quien consta probado que es el comprador y *accipiens* de la *traditio*. (Y aunque el modelo reglamentario número VII, de inscripción del contrato de hipoteca, diga que el acreedor hipotecario «inscribe su *derecho de hipoteca*»). Esto es un fruto más del germanismo dicotómico infiltrado en nuestra doctrina, de la obsesión por interpretar nuestro sistema con criterios no propios del sistema español, para alcanzar el ideal de la alemana inscripción constitutiva de los derechos reales, a causa de un acuerdo real constitutivo y no a causa de un contrato latino.

El contrato de compraventa en el Derecho alemán es fuente de la obligación de transmitir el derecho de propiedad por negocio dispositivo tras-

lativo; mientras que el contrato de compraventa español es traslativo, mediante la tradición cuando el vendedor es el poseedor de la cosa vendida (y por sí solo cuando el vendedor está desposeído), de manera que no cabe inscribir el contrato de venta pura y simple si de la escritura resulta no cumplida la tradición (a menos que exprese que el vendedor está desposeído). Tampoco el «derecho» del comprador antes de la tradición por el vendedor poseedor es un simple derecho de crédito, y sólo puede calificarse como derecho a la cosa (*jus ad rem*) para significar que la transmisión contratada del derecho de propiedad queda consolidada al cumplirse la condición legal del cambio de poseedor en concepto de dueño.]

10. El conferenciante opina que el artículo 1.473 del Código Civil no sólo se refiere a quien compra a un titular registral del dominio sino también al inmatriculante. Sus palabras y el comentario correspondiente se incluyen más adelante.

11. En resumen, el conferenciante rechaza la aplicación al sistema español de la configuración savignista del contrato de compraventa, manteniendo el loable propósito que subyace a la expresión «inscripción constitutiva» en el pensamiento de los autores españoles que desean reforzar el sistema de publicidad jurídica inmobiliaria registral.

Por esto, la conferencia significa un importante paso adelante para que todos los afectados por la anunciada reforma, civil y registral, podamos llegar a entendernos con nuestro común idioma español, en una cuestión tan importante, muy en particular para los notarios y los registradores de la propiedad, para quienes el contrato de compraventa es «el pan nuestro de cada día» (12), lo que nos legitima, como al que más, para intentar comprenderlo.

Pero la arraigada «teoría» del título y el modo, en alianza con el germanismo dicotómico profundamente infiltrado en nuestra doctrina, facilita un cierto recaer, más o menos inconsciente, en confusiones e imprecisiones equívocas, y éstas sólo serán superables con algún esfuerzo intelectual terminológico que nos aparte de los lugares comunes y de las expresiones usuales que conducen a sembrar y fomentar la inseguridad en la técnica jurídica española, para la que resulta imprescindible aprovechar los estudios de la doctrina civilista italiana.

Ahora, habrá que dar la bienvenida a la reforma, confiando que se formulará cuidadosamente, para que no aumenten los equívocos usuales, porque la terminología no es neutral y «hay que evitar que la terminología nos juegue una mala pasada», dicho con palabras del profesor Pantaleón Prieto (13).

(12) Como ya dije anteriormente. V solapa libro (2)

(13) PANTALEÓN PRIETO (FERNANDO). V libro (2), pág 391

El legislador cuidará que el principio fundamental quede expresado con total y absoluta claridad, como se merece, destacando las diferencias entre lo que se quiere reformar, perfectamente conocido e interpretado, y los resultados y consecuencias de la reforma.

12. Recordó el Profesor Ballarín Hernández (14) que «Castán Tobeñas, glosando la personalidad científica de don Jerónimo González y Martínez, advierte la probable necesidad de revisar, quizá, algún día, la tendencia germanista y la supervaloración del Derecho extranjero que parece animar la obra de don Jerónimo González, cuando menos en su aspecto técnico —aunque ya haya sido atenuada y rectificadas, en muchos casos, por el propio autor— para dar paso a otras orientaciones más respetuosas con la realidad jurídica, con nuestras tradiciones y con nuestro espíritu nacional.

Núñez Lagos —añade el Profesor Ballarín—, señalando también la influencia del Derecho alemán en la formación del ilustre hipotecarista —que a través de la literatura alemana sumamente especializada y de última hora... logra orientarse, componer su sistema mental hipotecario apropiándose de un alfabeto de conceptos y de una terminología que los textos alemanes usaban sin definirla porque les había sido legada por sus mayores, pero que su aplicabilidad en España, aun encontrándose la palabra castellana correcta, era asunto muy espinoso y difícil—, *advierte*, sin embargo, que don Jerónimo fue la máxima tensión germánica dentro de la elasticidad de nuestro sistema. Y, sin embargo, don Jerónimo mató el ensueño germanista..., un ensueño color azul de prusia. Tenga usted cuidado —recuerda que le *dijo Don Jerónimo* conversando sobre la reforma de 1944—, no germanice aún más nuestros estudios hipotecarios. *Quizá yo me pasé de la raya, No se debe seguir por ahí Hoy ya estoy de vuelta* » El subrayado es mío, naturalmente.

Claro que el admirado y admirable don Jerónimo González no llegó a concretar cuáles fueron sus excesos, desde que escribió en 1925 sus estudios acerca «De la teoría del título y el modo» y «De la teoría del título y el modo al llamado principio del consentimiento» (*Verschaffenprinzip*), y desde que inspiró los programas de oposiciones a ingreso en los cuerpos de registradores de la propiedad y de notarios, que legiones de profesionales asimilaron y que aún están vigentes en sus más puros principios hipotecarios, como el del consentimiento (alemán) y el de la inscripción (alemana).

Esto es muy lamentable, dicho sea con todos mis respetos y «puesto ya el pie en el estribo».

Es absurdo que los opositores españoles tengan que estudiar, por una parte la tradición (entre los temas de Derechos reales, junto a la usucapión)

(14) BALLARÍN HERNÁNDEZ (RAFAEL) *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)* Ed Montecorvo, S A Madrid, 1980, pág 91.

y por otra parte la compraventa (entre los temas de las Obligaciones), completamente desconectadas, al estilo alemán, como si la tradición española fuera un negocio dispositivo de transmisión del dominio y como si la compraventa española fuera un contrato de finalidad traslativa pero meramente obligatorio, que obligara a realizar la tradición negocio dispositivo. Y esto se exige así, desde hace muchísimos años, a quienes deben conocer muy bien cómo se transmite el derecho de propiedad por contrato de compraventa, porque para ellos va a ser «el pan nuestro de cada día».

El sueño de don Jerónimo González al que se refiere Núñez Lagos no fue un sueño de color azul de Prusia, inspirado en el sistema del Código Civil prusiano de 1794, sino un sueño de color rosa de Germania, inspirado en el sistema del Código Civil alemán que entró en vigor en 1900, con la óptica alemana de Savigny, una óptica no sólo deformante sino dicotómica del contrato de compraventa, que corta en dos el pan nuestro de cada día y traslada al negocio dispositivo de tradición la primordial eficacia traslativa del contrato de compraventa latino romano que los pandectistas alemanes creían respetar.

Sin pretender contraponer a la personalidad de don Jerónimo González Martínez la de su antecesor en la Dirección General de los Registros y del Notariado el ilustre valenciano don Bienvenido Oliver y Esteller, sí que es oportuno resaltar su concepción del Derecho inmobiliario registral, continuadora de los criterios del legislador don Pedro Gómez de la Serna, en la que destaca la importancia del estudio de la acción reivindicatoria y de la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad, así como de las excepciones a la acción reivindicatoria para la comprensión del sistema registral, a las que ya aludí en otro estudio (15), y que intento tener en cuenta para no desorientarme en muchas encrucijadas.

4) A mi entender, sería muy útil la publicación de un didáctico manual resumido de Derecho Civil registral con un sistema distinto al hoy usual, que diferenciaría los dos principales supuestos de hecho considerados.

1. La transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato de compraventa, que es el principio fundamental del tráfico jurídico de bienes (para sustituir el análisis de los llamados principios hipotecarios del consentimiento y de la inscripción). Con epígrafes como los siguientes u otros similares.

Contrato de compraventa traslativo y obligatorio. Tradición.

Escritura notarial, forma y prueba.

Inscripción registral publicitaria, del título o del contrato.

Acciones personales y acciones reales, en particular la acción reivindi-

(15) V libro (2), pág. 459, 7

catoria, para precisar la distinción entre derecho personal y derecho real, y las cláusulas contractuales referentes al derecho real.

Sistema de adquisición causal y derivativa. Ineficacia de la venta traslativa.

Eficacia legitimadora de la inscripción a favor del vendedor y del comprador, titulares registrales (art. 38 y art. 41 LH).

Eficacia atributiva de la propiedad para quien confía en la legitimación registral cuando compra al propietario presunto según el Registro (arts. 32, 34, 40, pág. final, LH).

Consideración adicional de otros contratos y actos traslativos del derecho de propiedad.

Constitución y transmisión de los derechos reales parciales de disfrute y de los derechos reales de adquisición.

2. La constitución del derecho de hipoteca a causa del contrato típico de hipoteca mediante su inscripción.

El derecho de crédito hipotecario, oponible a quienquiera que sea el propietario de la finca hipotecada y a los acreedores que no sean excepcionalmente preferentes.

Conformación y calificación de la escritura notarial de crédito hipotecario, e inscripción.

Legitimación y aseguramiento registral.

Ejecución del crédito hipotecario.

Diferenciación del embargo y de la anotación de embargo.

La tarea de exposición, simplificadora de lo que suele presentarse como Derecho registral, ha de ser muy rigurosa. Es difícil en el actual ambiente de controversias concretas porque los árboles no dejan ver el bosque, pero parece didácticamente necesaria para comprender las líneas maestras de nuestro sistema de tráfico jurídico de inmuebles y crédito territorial, incluyendo el sistema registral, y para poder compararlas certeramente con las de otros sistemas europeos.

Esta tarea impone la correspondiente reforma de los cuestionarios de oposiciones, de raigambre germanista, inspirados en los principios hipotecarios de don Jerónimo González Martínez, que muchas veces desorientan al opositor y le marcan para toda su vida profesional si no aguza su sentido crítico personal.

I. COMPRAVENTA: SISTEMA LATINO Y SISTEMA ALEMAN

Previamente a la reforma, convendría completar un estudio de Derecho Civil y de Derecho Registral en los ordenamientos italiano y alemán para destacar sus respectivos principios fundamentales o «principios proclama-

dos» (*formule declamatorie*) en cuanto los separan, pero también para destacar sus respectivas soluciones concretas o «reglas operativas» (*regole operazionale*) en cuanto los aproximan, como observa, analiza y expone Angelo Chianale en un magnífico estudio de Derecho comparado sobre «La obligación de dar y la transmisión del derecho de propiedad» (16).

1) Contrato de compraventa italiano.

Porque, a mi modo de ver, hay que partir de la analogía radical entre el contrato de venta latino italiano y el latino español, primordialmente traslativos y consecuentemente obligatorios.

Aunque el contrato latino italiano (como el latino francés), en el *supuesto normal* u ordinario, de la venta de cosa específica propiedad del vendedor, es traslativo *inmediatamente*, ya que su efecto traslativo es inmediato a la perfección del contrato porque no está condicionado legalmente al cumplimiento de la tradición o de la inscripción. Mientras que en los *supuestos especiales*, como son la venta de cosa genérica, la venta de cosa ajena y la venta de cosa futura o en construcción, el efecto traslativo está condicionado legalmente al cumplimiento de otros requisitos: determinación o especificación de la cosa, adquisición y pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, existencia de la cosa; supuestos especiales y requisitos que también hay que referir a la venta española, pero relacionados con el momento de la entrega de la cosa (art. 1.160 CC).

Se ha de tener en cuenta en primer lugar, y con mucha atención, que la doctrina italiana, después de la codificación alemana, argumentó y decidió el paso de la teoría alemana de la venta como contrato fuente de la obligación de transmitir el derecho de propiedad, a la teoría latina de la venta como contrato traslativo del derecho de propiedad y, consecuentemente, fuente de obligaciones, de manera que la artificiosa teoría alemana de la *voluntad de obligarse a transmitir el derecho* queda sustituida por la real y verdadera teoría de la *voluntad de transmitir el derecho*, aunque el efecto traslativo acordado pueda estar condicionado legalmente al cambio de poseedor o a otra condición o requisito legal, con una fundamentación específica para cada requisito.

Es amplísima la referencia bibliográfica de eminentes autores y de sus obras presentada por Angelo Chianale en apoyo de ésta que es su esencial conclusión inicial, resumida en la introducción a su citado estudio de Derecho comparado sobre «La obligación de dar y la transmisión del derecho de propiedad» (17).

Obvio es advertir que todos los estudios que he publicado sobre el tema

(16) CHIANALE (ANGELO), ob. cit (4), pág. 3 (5) y pág. 4 (9).

(17) CHIANALE (ANGELO), ob. cit (4), pág. 1 (1).

de la transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa y, desde luego, el presente, se fundamentan en esta formulación doctrinal del sistema latino, también formulada legalmente por el Código Civil italiano de 1942, vigente.

Los autores civilistas españoles, en las obras más recientes, tienden a seguir esta doctrina latina, que no es exclusivamente italiana, pero no acaban de decidirse a rechazar la doctrina alemana de la obligación de transmitir el dominio, aunque estimen que según el Derecho romano el vendedor sólo está obligado a transmitir la posesión en concepto de dueño y a responder en caso de evicción en juicio acerca de la pertenencia del derecho de propiedad al comprador, porque la teoría escolástica del título y el modo, más la derivada teoría pandectista y falsamente romana del contrato obligatorio y del acuerdo real dispositivo, les dificulta la asimilación plena de la teoría del contrato único, traslativo y obligatorio, y de las condiciones legales, aunque con el sentido de la teoría latina aluden a la obligación de realizar los actos necesarios para que se transmita el derecho de propiedad.

2. El Código Civil italiano vigente desde 1942, en el capítulo que trata de los «Efectos del contrato», con el epígrafe «Contrato con efecto real» del artículo 1.376, dispone que «En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transmisión de un derecho real [parcial], o la transmisión de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmite y se adquiere por efecto del consentimiento de las partes legitimamente manifestado».

Con esta orientación, el Código Civil italiano define que «La venta es un contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa o la transmisión de otro derecho y el correspondiente pago de un precio». Libro cuarto: «De las obligaciones». Título III: «De los contratos típicos (singoli)». Capítulo I: «De la venta». Artículo 1.º del capítulo, artículo 1.470 del Código, con el epígrafe «Concepto».

Con esta misma orientación, el Código Civil italiano, poco después, en su artículo 1.476, del mismo Capítulo, dispone que «Las obligaciones principales del vendedor son:

1. La de entregar (*consegnare*) la cosa al comprador.
2. *La de hacerle adquirir la propiedad de la cosa o el derecho, cuando la adquisición no es efecto inmediato del contrato.*
3. La de garantizar al comprador de la evicción de los vicios de la cosa.»

Es decir, que, cuando en casos especiales la adquisición del derecho de propiedad no es efecto inmediato del contrato, el vendedor está obligado a *hacer* lo que sea menester para que el comprador adquiera la propiedad de la cosa.

Trasladada la idea al Derecho español resulta que la venta *normal*, de cosa específica, propiedad del vendedor, que es su poseedor, obliga a hacer que se consolide la adquisición contratada, lo que hoy se cumple dando la posesión de la finca en cuanto implica dar la prueba, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad, al vendedor antes de la entrega y al comprador después de la entrega. Después de la reforma el vendedor ha de cumplir su obligación de hacer posible la inscripción del contrato de venta de la finca, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de entregar la posesión.

Como explica Messineo (18), por citar literalmente a un autor de gran prestigio, conforme al vigente Derecho italiano «en algunos casos el efecto traslativo o real no es inmediato, no es simultáneo a la perfección del contrato, sino mediato, simultáneo a un evento o un momento posterior a la perfección. En tales casos se habla de venta obligatoria para significar que, simultáneamente a su perfección, no produce el efecto de transmitir el derecho de propiedad, sino que, por el momento, confiere al comprador un derecho de crédito contra el vendedor para que, en un momento posterior, le «procure», le «haga adquirir», el derecho de propiedad de la cosa, aunque *sin que se requiera en tal momento un nuevo acuerdo* de transmisión. Se incluyen los casos de venta de cosa no determinada, de venta con pacto de reserva de dominio (por ejemplo hasta el total pago del precio), de venta de cosa ajena, de venta de cosa futura y otros. Esta denominada venta obligatoria es un *contrato con efectos reales, pero pendientes de un requisito de eficacia, concebido como conditio juris*, de modo que no se requiere un negocio jurídico distinto y posterior a la compraventa, determinante del efecto real, aunque no se excluye que, en la mayor parte de las veces, se requiera un ulterior comportamiento unilateral del vendedor para que se produzca el efecto real: determinación de la cosa genérica, pago total del precio por pacto de reserva de dominio, adquisición de la cosa ajena, existencia de la cosa futura, etc. *En todo caso, no se requiere una nueva declaración de voluntad*, porque la voluntad manifestada por las partes al perfeccionarse la compraventa es, potencialmente, idónea para determinar el efecto traslativo, aunque, en su caso, se requiera la posterior realización de un evento o el cumplimiento de un acto, concebidos como *conditio juris*.

Al leer las palabras de Messineo referentes a la venta «obligatoria» que, «por el momento», confiere al comprador un «derecho de crédito» contra el vendedor para que en un momento posterior le haga adquirir el derecho de propiedad, no ha de olvidarse lo más importante, que Messineo pone de relieve con otras palabras: el contrato de compraventa italiano siempre es

(18) MESSINEO (F.), *Manuale di Diritto Civile e Commerciale* 8ª ed. 1952 Vol 31, pág. 51 V libro (2), pág. 35

un acuerdo traslativo (de dos voluntades traslativas y de efectos traslativos), aunque en algunos supuestos el derecho de propiedad no quede transmitido y adquirido *inmediatamente*, de manera que en estos casos especiales existe un período de tiempo intermedio entre el momento de la perfección del contrato y el momento de la consolidación o consumación de lo contractualmente querido, que es la transmisión y la adquisición del derecho de propiedad, porque la ley exige que se cumpla algún requisito adicional, como en el Derecho español el de dar la posesión, que implica dar la prueba de la propiedad, de la pertenencia del derecho de propiedad, que corresponde al vendedor antes de la entrega y al comprador después de la entrega (art. 448 CC).

(En cambio, según el sistema alemán la venta es un contrato de finalidad traslativa pero no es un acuerdo de voluntades traslativas, nunca es un contrato traslativo, sino que siempre y solamente es un contrato obligatorio, que principalmente obliga a transmitir el dominio de la cosa vendida. Esta obligación se cumple al perfeccionarse el acuerdo real de transmisión del derecho entre el enajenante y el adquirente, que es un acuerdo traslativo, un acuerdo que transmite el dominio. Aunque el acuerdo real ha de quedar publicado mediante la tradición (cambio del poseedor) de cosa mueble o mediante la inscripción (cambio del titular registral). La eficacia traslativa del acuerdo real queda legalmente abstraída de la posible ineficacia obligatoria del contrato de venta que es su causa, sin perjuicio de la corrección del enriquecimiento sin causa ejercitando una acción personal.

Con el sistema alemán, durante el período intermedio entre la perfección del contrato, que obliga a transmitir el derecho de propiedad, y la perfección del acuerdo real, que transmitirá el derecho de propiedad, el comprador sólo tiene un derecho personal contra el vendedor, para exigirle judicialmente el cumplimiento de su obligación de transmitir el derecho).

Para evitar confusiones hay que recordar que la condición legal es un requisito legal, exigido por la ley, integrante del supuesto de hecho normativo (Tatbestand) del efecto jurídico (Rechtsfolge), pero no integrante del contrato sino adicional al contrato, complementario del contrato.

3. En el sistema español, condición legal de la transmisión del derecho de propiedad por efecto del contrato de compraventa es la transmisión de la posesión, el cambio de poseedor en concepto de dueño, es decir, que el vendedor deje de ser el poseedor y que el comprador pase a ser el nuevo poseedor, porque, históricamente, la posesión es la prueba, por presunción ahora legal, de la propiedad, o sea, de la pertenencia del derecho de propiedad que se quiere y contrata quede transmitido del vendedor al comprador, y la ley impone o exige que la prueba del vendedor pase a ser la prueba del comprador para que la transmisión del derecho contratada quede *con-*

solidada: la ley exige que el nuevo propietario *verdadero* sea el nuevo propietario *presunto*.

Las normas que requieren el adicional cambio de poseedor, el cambio del legitimado como propietario por la presunción legal deducida de la posesión, son de Derecho imperativo, inderogable por los contratantes, no meramente de Derecho dispositivo (arts. 1.095 y 1.096 CC).

Pero el cumplimiento de la condición legal normalmente será el cumplimiento voluntario (art. 1.095) de la obligación legal de entregar (art. 1.445), realizado conforme a la ley en cuanto al lugar, momento, etc., y sólo subsidiariamente será un cumplimiento forzoso, *manu militari, in natura* (art. 1.096).

La condición legal quedará incumplida por frustración de su cumplimiento forzoso, cuando el vendedor deje de ser el poseedor en concepto de dueño y por atribución legal pase a serlo un tercero de quien no se puede recobrar la posesión porque se trata de un segundo comprador que, sin conocer la primera venta, recibe la posesión de quien la tiene y con ella recibe la prueba, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad, al vendedor antes de la entrega y al comprador después de la entrega (art. 1.473, 1, y 3, primera parte, CC).

La condición legal presupone el que pueda quedar cumplida, porque el vendedor es el poseedor en concepto de dueño, el que tiene a su favor la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, por lo que tal condición no se requiere cuando el vendedor está desposeído pero puede ejercitar una acción reivindicatoria de su derecho, que es un derecho incorporal por desposesión (art. 1.526 CC), para obtener la posesión a la que tiene derecho.

3.1. La condición voluntaria es un requisito adicional del contrato (no esencial, ni natural) al que se subordina la eficacia del contrato, suspensiva o resolutoriamente.

Lo impone la voluntad de los contratantes, lo exige un contrato, un pacto contractual, no la ley. Se funda en un interés personal o subjetivo de las partes, no se funda en un interés general u objetivo contemplado por la ley.

Consiste en que se realice un suceso futuro e incierto, cuyo cumplimiento o incumplimiento depende «de la suerte o de la voluntad de un tercero» (art. 1.115 CC), de manera que ninguna de las partes contratantes queda obligada a realizar el suceso, ni procede su realización o cumplimiento forzoso, *manu militari*, aunque en algún caso el cumplimiento requiera actuación de parte.

3.2. Dicho esto, queda aclarado que la condición legal no puede *equipararse* analógicamente a la condición voluntaria, ni a la condición suspensiva ni a la condición resolutoria, y que puede ser equívoca su comparación

porque no cabe hablar de condición legal *suspensiva* sino para significar que sólo en el momento en que queda cumplida la condición legal se consolida el efecto traslativo del contrato de compraventa, sea el cumplimiento voluntario (art. 1.095) o forzoso (art. 1.096).

Se consolida más que se consume, pese a la interpretación literal del artículo 1.095 del Código Civil, según el cual «el acreedor» de una obligación de entregar una cosa «no adquirirá derecho real hasta que le haya sido entregada», hasta el momento de la entrega, expresión correspondiente a la formulación teórica del título y el modo, que diferencia el derecho a la cosa (*jus ad rem*), el derecho del comprador antes de la recepción de la cosa, del derecho de propiedad (*jus in re*) que se dice adquiere el comprador en el momento de la entrega.

Por lo que también se dice que el comprador al perfeccionarse el contrato adquiere un derecho en camino (*in itinere, in fieri*) una expectativa de derecho, distinto del derecho de propiedad, y pasará a tener un derecho de propiedad cuando reciba la cosa.

O se dice que el derecho de propiedad está *in itinere*, o que la transmisión del derecho de propiedad está *in itinere*.

En realidad hay un derecho de propiedad cuya pertenencia está en situación de pendencia del cumplimiento de una condición legal de su transmisión contratada, en el sentido de que pertenece al comprador aunque *parece* pertenecer al vendedor, quien ante tercero es el propietario *presunto* según el artículo 448 del Código Civil, hasta que ante tercero deje de ser el poseedor en concepto de dueño.

Desde luego, según la exposición doctrinal del supuesto de hecho (Tatbestand) del efecto jurídico (Rechtsfolge) tanto el contrato como la condición legal integran el supuesto de hecho del efecto jurídico de la transmisión del derecho de propiedad, pero la condición legal no es una condición del consentimiento, del mismo contrato, sino que es un requisito legal *adicional al* contrato, un requisito de posterior cumplimiento necesario para que se consolide la transmisión, el efecto contratado, el efecto del contrato. Así, puede hablarse del contrato de transmisión y de la condición legal, adicional al contrato de transmisión, cuyo cumplimiento es necesario para la consolidación de la transmisión contratada, y se puede decir que la transmisión a causa de compraventa está condicionada por la ley.

En realidad, lo que puede estar *in itinere* es el cumplimiento sucesivo de los diversos elementos integrantes del supuesto de hecho de un determinado efecto jurídico.

El vendedor español, por la perfección del contrato de venta, dispone traslativamente de su derecho de propiedad, y así queda vinculado contractualmente con el comprador, aunque la consolidación de la contratada transmisión del *derecho* quede legalmente condicionada a la transmisión de la

posesión que tiene el vendedor, legalmente condicionada al cambio de poseedor, sea el cambio voluntario o forzoso, en cuanto el dar la posesión es dar la prueba de la propiedad (art. 448).

Por esto resulta que la evicción del derecho (art. 1.475) implica una responsabilidad para el vendedor por incumplimiento del contrato, pero en su aspecto de *disposición* traslativa acordada, por incumplimiento de la transmisión contratada y no por incumplimiento de una obligación intermedia.

El confusionismo en que se halla inmersa la doctrina española podrá ser esclarecido si se recuerda que el contrato de compraventa español no es un contrato de *finalidad* traslativa sino que es un contrato de *voluntades* traslativas, con efecto traslativo del derecho de propiedad (y, en consecuencia, es fuente de ciertos deberes u obligaciones a los que corresponden ciertos poderes o facultades o derechos de la otra parte, que se adquieren al contratar). Aunque la ley condiciona la consolidación de la transmisión y de la adquisición del derecho de propiedad por el comprador al hecho de que obtenga la posesión en concepto de dueño de la cosa poseída por el vendedor, mediante tradición por el vendedor poseedor o, supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez; condicionamiento ontológicamente excluido cuando el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño contra quien el propietario verdadero ha de reivindicar antes de perder su derecho de propiedad por la usucapión de la cosa lograda por el poseedor (como resumo en la portada del libro referenciado en la nota (2)).

Resulta absolutamente necesario no asombrarse y no escandalizarse cuando se lea que «La venta no obliga a transmitir sino que transmite, aunque sea mediante el cumplimiento de alguna condición legal», como el cambio de poseedor, en cuanto dar la posesión es dar la prueba de la propiedad (art. 448 CC).

3.3. Con la tesis de Messineo, que considero evidentemente aplicable al Derecho español, deduzco que los supuestos de pendencia del cumplimiento de una condición legal del efecto traslativo del derecho de propiedad por contrato de compraventa pueden ser analizados funcionalmente, examinando cada una de las «reglas operativas» u «operacionales» sobre riegos, disfrute, disposición, etc. aplicables, durante dicho período (19), a la relación entre el vendedor aparente propietario actual y el comprador, *verdadero* propietario *si* la condición legal se cumple o no se frustra.

Este criterio analítico funcional parece más ajustado a la técnica jurídica actual que el criterio analítico estructural aplicado por Angelo Chianale,

(19) Una primera aproximación a este análisis quedó resumida en el libro (2), pág. 411, 4).

para quien se trata de una situación de desmembración del dominio, cuyo contenido de facultades se distribuye entre el vendedor y el comprador. Según Antonio Pau Pedrón, para el estudio del Derecho comparado es más acertado un análisis funcional que un análisis estructural (20) y el análisis de Angelo Chianle es, precisamente, un análisis estructuralista.

Creo que los supuestos especiales considerados por los autores italianos tendrán análogo tratamiento en el Derecho español (art. 1.160 CC), como expondré más adelante.

También creo que ha de tener el mismo tratamiento el supuesto normal de venta por el propietario poseedor de cosa específica, existente, ya que si el contrato de compraventa español no obliga a transmitir el derecho de propiedad es precisamente porque lo transmite sin *obligación intermedia* de transmitirlo, aunque la consolidación de la adquisición contratada por el comprador esté legalmente condicionada, cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, a que cumpla, voluntaria (art. 1.445) o forzosamente (art. 1.096) su obligación de *dar la posesión* de la cosa (art. 1.445) (que no es una obligación de *dar el derecho de propiedad*); pero no cuando el vendedor está desposeído (art. 1.526 CC), lo que matizaré más adelante.

3.4. Dicho esto, conviene observar, inmediatamente, que cuando la venta normal, la venta de cosa específica propiedad del vendedor y poseída por éste, se otorga en escritura notarial, la condición legal de la tradición queda cumplida en el acto de la autorización, salvo pacto en el mismo acto (art. 1.462, 2), por lo que en este caso no hay período intermedio entre el contrato y la tradición, de manera que no cabe hablar de un *jus ad rem* sino de un *jus in re* desde el momento de la autorización de la escritura notarial, que es la forma y la prueba necesarias para que se pueda inscribir la transmisión del dominio conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, vigente desde antes de existir el artículo 1.462, 2, CC, cuando era cláusula de estilo notarial la del pacto de constituto posesorio expreso.

Pero después de la reforma, cuando la inscripción sea necesaria para que el derecho de propiedad quede adquirido por efecto del contrato escriturado notarialmente, será muy importante el período intermedio entre la autorización de la escritura y la presentación de su copia en el Registro de la Propiedad. En tal caso cobrará gran relieve el estudio de la situación de pendencia del cumplimiento de la inscripción como expondré más adelante.

Es más, habrá que considerar los supuestos, no utópicos sino previsiblemente reales, en que se omita el requisito legal de la inscripción e incluso el requisito de la escritura notarial.

4. Para comprender la importancia de la configuración del contrato de

(20) V *infra* (33).

compraventa por el Código Civil italiano, habrá que tener muy presente el «Acuerdo de Pavía», que es el resultado convenido (*convegno*) del encuentro de estudio, reunión o Congreso (*Convegno*) sobre «El futuro Código europeo de los contratos», celebrado en la Universidad de Pavía los días 20 y 21 de octubre de 1990, con la participación de eminentes juristas de todos los países de la Comunidad Económica Europea, así como de Austria y Suiza, en el que entre los juristas del área francesa y asimilables, no entre los juristas del área germánica, intervino José Luis de los Mozos como Magistrado del Tribunal Constitucional.

Expone Giovanni Cordini (21) que «En cuanto al estilo y a la estructura, *el futuro Código europeo de los contratos* deberá ser redactado en un lenguaje que haga posible el que pueda ser aplicado por jueces de diversa formación y, a ser posible, deberá ser construido más sobre los problemas que sobre los principios. Esta es una de las razones que han inducido a la gran mayoría de los que intervinieron a considerar aceptable la propuesta del Profesor Gandolfi, de *utilizar como esquema básico el Libro IV del Código Civil italiano*. Su adopción de tal suerte es siempre preferible que partir de cero, teniendo en cuenta que partir de los diversos Códigos y de sus respectivas experiencias exigiría, de un lado, mucho tiempo, creando numerosos problemas de coordinación, mientras que, de otro modo, el modelo es recomendable por la modernidad del Código mismo, que lo hace idóneo a la realidad económica actual».

Parece, pues, que los congresistas alemanes no lograron convencer a los demás reunidos para que adoptaran el sistema ideado por Savigny que legalizó el Código Civil alemán, en el que el contrato de venta, el más importante de los contratos, el prototipo, se configura como un acuerdo obligatorio, diferenciado formalmente del acuerdo real de transmisión y abstraído causalmente del contrato que es su causa, un sistema dicotómico, el de los dos acuerdos, que es radicalmente distinto del sistema latino de acuerdo único, traslativo primordialmente y obligatorio consecuentemente.

En Hispanoamérica el moderno Código Civil paraguayo de 1987, como expone Luis Moisset de Espanes, argentino, Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación (22), en más de las tres cuartas partes reproduce normas del Anteproyecto De Gásperi, y «por la vía del Anteproyecto ingresaron la unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, y una marcada influencia del Código italiano de 1942,

(21) CORDINI (GIOVANNI), «*Convegno di Pavia*» sobre la futura Codificación Europea de Obligaciones y Contratos. Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre de 1991, págs. 1319-1323

(22) MOISSET DE ESPANES (LUIS), *El Código civil paraguayo de 1987* Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1991, págs. 1236, 1249, 1250

como también las soluciones de inspiración germánica que habían sido contempladas en los proyectos argentinos de Babiloni y de 1936».

Concretamente, por un lado, «El artículo 716 del nuevo Código contiene una de las modificaciones más sustanciales del sistema, pues suprime el requisito de la tradición como “modo constitutivo” de los derechos reales, que el Derecho Iberoamericano había mantenido, pese a la influencia del Código Napoleón. Dice la mencionada norma:

“Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente.”

[Esta técnica legislativa es, en parte, análoga a la de nuestra Ley Hipotecaria (art. 2.º, 2.º LH) y de nuestro Código Civil (art. 609.2), y la redacción, a mi juicio, es poco acertada.]

La Comisión de Codificación procura justificar este cambio, afirmando que los mismos juristas romanos habían soslayado la exigencia de la tradición «cuando el Derecho evolucionó y se espiritualizó. Creemos, sin embargo, y lo hemos sostenido en varios trabajos, que el sistema de la tradición es muy superior al del mero consentimiento, que engendra a veces problemas insolubles, de irritante injusticia (23).»

[Respecto a la cosa mueble principalmente, lo que se tiene en cuenta en el sistema suizo y en la proyectada reforma española.]

Por otra parte, «En la definición de la compraventa (art. 737) advertimos dos cambios fundamentales; en primer lugar ya no se habla más de los efectos “obligatorios”, porque actualmente tiene como efecto directo la transmisión de la propiedad, y por ello nos dice:

“La compraventa tiene como objeto la *transferencia* de la propiedad de una cosa u otro derecho patrimonial, por un precio en dinero que debe pagar el comprador.”

El segundo aspecto que hemos subrayado al reproducir la definición es que se aplica no solamente al dominio de las cosas corporales, sino a la transferencia de otros derechos patrimoniales, lo que trae como consecuencia que desaparezca la figura de la “cesión de derechos”, subsumida dentro de la compraventa, cuando esa transferencia es a título oneroso, y por un precio en dinero, o en el de permuta (art. 799), cuando se intercambia cosa por cosa, cosa por otro derecho patrimonial, o derecho por derecho» (24).

Se refiere a la cesión de derechos incorporales y acciones regulada por el artículo 1.526 y siguientes del Código Civil español.

(23) V. ob cit (22), pág 1249.

(24) V ob cit (22), pág. 1250

Esta información sobre el Código paraguayo es muy interesante y oportuna, pero estimo no requiere un examen más detenido después de conocido el contenido del presente estudio.

A propósito de la comparación de los Derechos italiano y alemán, entre sí y con el Derecho español, también convendría tener presentes las conclusiones sobre la «Venta y transmisión de la propiedad», con perspectiva histórica comparada, que se alcanzaron en el Congreso Internacional de Derecho comparado celebrado en Pisa del 17 al 21 de abril de 1990, aludido por Angelo Chianale (25).

Los acuerdos de los Congresos de Pavía y de Pisa, sin duda alguna, repercutirán en nuestro Derecho de algún modo, como todos los acuerdos de unificación o armonización de los Derechos europeos, civil y registral, por lo que ha de lograrse la asistencia a Congresos futuros, de juristas españoles muy cualificados, profesores universitarios y profesionales prácticos del Derecho, y habrá que acudir con ideas claras y, a ser posible, consensuadas.

Se trata de Congresos de Derecho Civil y no sólo de Congresos de Derecho registral.

2) Sistema alemán aplicado: el acuerdo real.

Por otra parte, dejando ya el sistema latino, el sistema alemán tampoco puede considerarse simplistamente y hay que resaltar la importancia de la distinción entre los principios proclamados o principios fundamentales y las reglas operativas, en relación con las conocidas palabras de Theodor Süss, referidas al Derecho alemán mobiliario, que debo recordar:

«En Derecho casi siempre se asiste al fenómeno de exigir un requisito y de desvirtuarlo después con formas simbólicas. Posesión y tradición son dos fenómenos en que se manifiesta muy claramente semejante peculiaridad.»

1. Alude a que en el negocio dispositivo mobiliario, en la Tradición alemana, cuando se acuerda el constituto posesorio, la transmisión de la propiedad no tiene efecto mediante acuerdo (real) y entrega, consentimiento (acuerdo real) y acto real de publicidad, sino mediante *acuerdo* (real) y *acuerdo* (de constituto posesorio), ambos igualmente invisibles: el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad (acuerdo real) y el acuerdo sobre la transmisión de la posesión (acuerdo de constituto posesorio). Cita a Heck, según el que en semejante caso el principio de la tradición no es más que el disfraz histórico con el que ha penetrado en el Derecho vigente (en Alemania) el principio del contrato (francés), de la transmisión por la fuerza

(25) CHIANALE (ANGELO), ob cit. (4), final (4)

del consentimiento (del vendedor y del comprador, más bien que del *tradente* y del *accipiente*) (26).

Porque, según matiza Martin Wolff (27), «el acuerdo real, a su vez, no necesita forma, y las más veces se declara tácitamente: sobre todo se da regularmente en la “transmisión” (negocio traslativo Tradición) que sigue al negocio causal (en la transmisión de la posesión de cosa mueble que sigue a la venta); y la jurisprudencia deduce, con razón, la existencia del acuerdo (real) de la declaración (judicial) de que la cosa (mueble) ha sido vendida y entregada» (de que ha sido transmitida y recibida su posesión).

Claro está que un *tácito* acuerdo real es más bien un *ficticio* acuerdo real, una ficticia diferenciación de un aspecto del contrato latino de venta, primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio.

En este punto hay que reconsiderar una expresión muy común en la doctrina española, según la cual, en el Derecho alemán, la transmisión de la posesión y la inscripción son «*formas constitutivas*» del negocio de transmisión, de cosa mueble y de cosa inmueble, respectivamente. No es una expresión acertada, aunque la he usado en estudios anteriores.

Respecto al negocio jurídico de transmisión de cosa mueble (la Tradición alemana) acabó de recordar que el acuerdo real no necesita forma (esencial); que el acuerdo real tácitamente se da al transmitir la posesión; y que la práctica judicial deduce que existe el acuerdo real cuando se declara que la cosa mueble ha sido vendida y entregada (transmitida la posesión). Pero no dice Wolff que la transmisión de la posesión sea la *forma* del acuerdo real. Porque en defecto de posesión *inmediata* apta para la tradición *real*, la transmisión de la posesión *se suple* mediante pacto de cesión de la acción personal contra el poseedor inmediato cuando el vendedor es el poseedor mediato, y mediante pacto de cesión de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído porque el poseedor en concepto de dueño es un tercero. Soluciones diferentes a las españolas.

2. Respecto al negocio jurídico de transmisión de cosa inmueble (la *Auflassung* en sentido amplio), dice Wolff (28) que el acuerdo real formal (la *Auflassung* en sentido estricto), en principio, «ha de declararse en la oficina del registro inmobiliario, precisamente en la que sea competente. De lo contrario es nula». Con presencia simultánea del enajenante y del adquirente. De lo contrario las declaraciones son nulas.

Pero la mayor parte de los Estados federados han hecho uso de la facultad de disponer, en cuanto a las fincas situadas en su jurisdicción, que

(26) V libro (2), pág. 140 (199)

(27) V libro (2), pág. 36, 2.1

(28) V libro (2), pág. 35 (11) Ob. cit., tomo III, vol. I, págs. 354 y sigs., y las

la transmisión puede declararse ante notario, y en ciertos casos ante el tribunal, ante otra autoridad o ante otro funcionario. «El consentimiento declarado ante notario se ha generalizado muy rápidamente.» Ante cualquier notario alemán (siempre que haya trato de reciprocidad) Aunque «todo el que está facultado para exigir una transmisión puede imponer que se practique en la oficina del registro».

Ahora bien, «cuando el propietario hubiere sido condenado por sentencia firme a la transmisión», de manera que «el demandante está facultado para *suplir la declaración del propietario mediante la presentación de la sentencia* en la oficina del registro, no será entonces necesaria para la transmisión la presencia del transmitente» (29), lo que difiere de lo dispuesto por el artículo 1.096 CC español, porque en el sistema alemán se suple el *acuerdo real*, sin que se transmita la posesión, mientras que en el sistema español se suple la voluntad de transmitir la posesión en concepto de dueño, la *actuación voluntaria del cambio de poseedor* en cumplimiento de la voluntad traslativa del derecho de propiedad que es el aspecto primordial del contrato de compraventa.

Además, las leyes territoriales pueden prescindir del requisito de la simultánea presencia de ambas partes en el caso de que la finca se subaste por un notario o tribunal y que la transmisión tenga lugar en el término de la subasta».

Por otro lado, aunque la transmisión formal (el acuerdo real de Auflassung debe *preceder* a la inscripción, «la infracción de esta disposición (párr. 20 LRI) no es causa de nulidad» (30).

La inscripción sólo debe efectuarse después de haber sido presentado en la oficina del registro un certificado de la autoridad fiscal, en el que ésta indique respecto al impuesto sobre adquisición de inmuebles, que se ha concedido una prórroga o que su cobro está garantizado o que no se exigirá (31).

El negocio obligatorio (compraventa...) en que se basa la transmisión no es de gran importancia para la transmisión. «Donde la oficina del registro, en virtud del Derecho territorial, haga depender la transmisión de la presentación de un documento válido acreditativo del negocio causal, queda impedida la transmisión sin negocio causal; si, a pesar de ello, la transmisión se verifica (mediante acuerdo e inscripción) será válida» (32).

En la realidad, normalmente, la escritura notarial alemana es forma

(29) La demanda judicial para la condena a la transmisión puede anotarse (Vormerkung)

(30) V ob cit. (28), pág 359, 5.

(31) V. ob cit (28), pág. 359, 6

(32) V ob cit. (28), pág 359, 7.

documental probatoria del contrato de venta y del acuerdo real, sobre todo cuando el Derecho territorial dispone la presentación en la oficina del registro de «un documento válido acreditativo del negocio causal».

Así resulta que la práctica jurídica del Derecho alemán es bastante similar a la del Derecho español, pese a que la validez y eficacia traslativa del negocio dispositivo de transmisión del dominio no depende de la validez y eficacia del negocio obligatorio de compraventa, sin perjuicio de la obligación de remediar el enriquecimiento sin causa.

También se puede concluir, a mi juicio, que la inscripción alemana *no es forma esencial constitutiva del acuerdo real, sino* que más bien es *condición legal necesaria* para que se consolide el efecto traslativo del acuerdo real, mientras que la inscripción del contrato escriturado notarialmente que propugna el reformador español es condición legal para que se consolide el efecto traslativo del *contrato* traslativo y obligatorio.

II. CONTRATOS E INSCRIPCION

1) *Totum revolutum.*

1. Es muy importante reconocer que nuestra Ley Hipotecaria de 1861 adoptó una técnica legislativa (manifiesta en el art. 2.º, apartados 1.º y 2.º, hoy vigentes, así como en los arts. 1.º y 13 del Reglamento de 1861, hoy arts. 7 y 9 del RH) que se presta a confusiones, al reunir en un *totum revolutum* dos supuestos de hecho muy distintos entre sí:

El primer supuesto es la *transmisión* del derecho de *propiedad* por disposición traslativa, contractual (por compraventa o por otros contratos traslativos mediante tradición o por cesión si el propietario está desposeído), o unilateral aceptada, *inter vivos* (donación) o *mortis causa* (sucesión).

El segundo supuesto es la *constitución* del derecho de *hipoteca* y, en general, de los derechos reales parciales no posesorios: por *contratos típicos* el derecho de hipoteca y los derechos de adquisición.

Supuesto similar al de transmisión del derecho de propiedad es el supuesto de transmisión de los derechos reales parciales; en su caso, por contrato traslativo, sobre todo por compraventa mediante la cuasi tradición respecto a los derechos reales parciales cuasi posesorios, de disfrute, o por contrato de cesión respecto a los derechos incorpóreos como el derecho de crédito hipotecario. También es similar la constitución de los derechos reales parciales cuasi posesorio.

Asimismo, el Código Civil, artículo 609, párrafo 2.º, reúne como un *totum revolutum*, en tono menor, la adquisición del dominio y la adquisición de los derechos reales parciales, por contrato traslativo o por ley (lo que

analicé detenidamente en el estudio tercero de los comprendidos en el libro citado en la nota 2).

2. Además, la Ley Hipotecaria de 1861 (por ejemplo, en el art. 1.º, como el RH vigente en sus arts. 7 y 9) extremó la abstracción conceptual generalizando sus referencias a la inscripción de *actos* (unilaterales aceptados: donación y sucesión) y de *contratos* (compraventa y otros contratos traslativos o constitutivos), sin llegar a nombrar, nunca, el contrato de compraventa y la tradición, pese a la preocupación del legislador por respetar el requisito de la tradición de la posesión de la cosa. Aunque también es cierto que exigió la escritura notarial como título formal normal (art. 3 LH 1861, vigente) para que las circunstancias de la inscripción quedaran conformadas y probadas, sin olvidar que entonces, en 1861, en las escrituras de compraventa era cláusula de estilo la de cumplimiento de la tradición por pacto expreso de constituto posesorio, un pacto que hoy es innecesario, desde que el Código Civil incluyó el artículo 1462, 2, para el supuesto normal en que el vendedor es el poseedor, pero no para el supuesto especial en que el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño contra el que ha de ejercitarse la acción reivindicatoria para recuperar la posesión y evitar que adquiera el derecho de propiedad por usucapión.

2) Doble calificación.

1. En 1986 ya dijo Antonio Pau Pedrón (33) «Si el comparatismo científico no surge, según suele admitirse, hasta el Congreso de París de 1900, algunas obras de hipotecaristas del siglo XIX son pioneras de esa nueva metodología» (pág. 83). «Desde la perspectiva del Derecho registral comparado, deben buscarse soluciones al problema de la seguridad jurídica inmobiliaria. Esta búsqueda de soluciones debe estar presidida por la que Konrad Zweigert llama «Ley básica iuscomparativista»: todos los ordenamientos conducen en última instancia a las mismas soluciones prácticas, y debe ser guiada por un criterio funcional y no estructuralista» (pág. 93). Ya he dicho que Angelo Chianale adopta un método estructuralista centrado en la desmembración del dominio.

Pero la primera exigencia del comparatismo viene impuesta por la equilibrada valoración del propio Derecho... y ha prevenido *Tirso Carretero* del «excesivo optimismo» respecto del propio Derecho: «Es muy frecuente leer —añade— que nuestro sistema es uno de los mejores del mundo» y añade más adelante que «La doctrina española, tanto la de alto nivel como la de escritores modestos en contacto con la realidad jurídica y social, es de

(33) PAU PEDRON (ANTONIO), *La comparación en Derecho Registral* Revista de Derecho Registral, 1986. núm. 13, págs. 79-97, 83, 93

excepcional competencia; pero lleva el terrible *handicap* de creerse que el sistema hipotecario español es muy bueno cuando, en realidad, *estamos todos esperando saber cómo es nuestro sistema*, cosa que no podremos saber mientras no conozcamos mejor los otros» (pág. 96 y nota 71).

A lo dicho por Tirso Carretero añado que no podremos saber cómo es nuestro sistema y cómo son los otros sistemas si no conocemos mejor qué es el contrato de compraventa y qué es la tradición, si no damos la prioridad necesaria a los conceptos civiles para poder comprender los «principios hipotecarios», para no quedarnos dormidos en el ciclo de los «principios proclamados» un poco desligados de la realidad de las «reglas operativas».

Como ha destacado con agudeza Tirso Carretero y recuerda Pau Pedrón, «la mayor dificultad.. radica... en... el encuadramiento de la función registral. Y es en este punto donde nuestro Derecho adopta un criterio original e intermedio, con rasgos judiciales y rasgos administrativos, que puede orientar una futura confluencia de todos los sistemas registrales europeos» (pág. 97).

2. A este último propósito, el Notario José Luis Mezquita del Cacho entiende lo siguiente (34).

En España existe «un *sistema cautelar general* integrado por la llamada jurisdicción judicial voluntaria, el Notariado y los Registros. La función de las tres es la misma, la preservación o protección preventiva de la seguridad jurídica en los actos y negocios de Derecho Privado. Las coyunturas que determinan la intervención de la primera pueden calificarse de estadísticamente marginales; pero esa intervención es requisito habilitante y previo, ineludible. Las otras dos piezas, en cambio, normalmente opcionales aunque muy utilizadas por las ventajas que comporta recurrir a ellas, son los dos ejes en que se sustenta el vehículo de la *Forma de Garantía*. Andar sobre uno solo de esos ejes es exponerse a volcar en cualquier momento la carga negocial transportada hacia la seguridad. Y estibar mal esa carga, haciéndola gravitar con demasiada desproporción sobre uno solo de los dos ejes, es exponerse a romper precisamente ese: el sobrecargado».

Implicar «un control doble, sucesivo y cualificado, de la *legalidad*, uno en el origen vinculante del *negocio*, y otro en su acceso al puerto de la *publicidad*».

En cuanto al primero «los elementos del consentimiento y de la causa en el negocio no son “hechos”, son “factores del presupuesto jurídico de la

(34) MEZQUITA DEL CACHO (JOSÉ LUIS), «Sobre Registradores y Notarios», en *La Notaría*, núm. 7, julio 1991. Palabras de presentación del libro *El Registro de la Propiedad en el sistema de seguridad jurídica de España*, de la Registradora PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS. Incluye las ideas de su libro *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Reproducida en *Lunes, cuatro treinta*, núm. 86, 1.ª quincena, octubre 1991.

relación”, cuya *calificación* reclama comprobar que la voluntad emitida en forma de consentimiento lo ha sido con espontaneidad, sin violencia o coacción, con libertad civil decisoria merced a un equilibrio en el conocimiento, ya que no en el poder social o económico; y ese conocimiento requiere información e instrucción, que producirá la plena conciencia como base de la voluntad; siendo esta conciencia la que excluirá el error en la causa, y contribuirá al menos a eliminar también el dolo o engaño, salvo en cuanto se refiera al objeto material del negocio, que justamente es aquello que, a diferencia del registrador, no tiene el Notario a mano.

De ese control viene que el instrumento público haga fe del hecho que motiva el otorgamiento formal, que no es sino el otorgamiento sustancial digno de este nombre: consciente, libre y espontáneo. Y dándolo por supuesto la Ley en el instrumento notarial, es por lo que apareja a la fe del notario, no (como durante algún tiempo se creyó erróneamente y fue corregido en la ley procesal) un valor probatorio privilegiado; sino un valor de presunción de Derecho, no de hecho, que por tanto no opera en el plano de las reglas de la prueba; sino directamente en la regla del juicio, requiriendo para su enervación una contradicción plena, y no una simple duda del Juez.

Sin un tal control y un tal efecto, no habría «negocio jurídico jurídicamente presunto», sino sólo fácticamente presunto; y entonces, el solo control jurídico del registrador no bastaría para aparejar al asiento tabular la protección de los Tribunales; y serían los propios Tribunales quienes recabarían para sí ese único control directo, absorbiendo la estructura registral, como ocurre en Inglaterra o en Suiza donde en gran parte el notariado no es «latino», o en Alemania, donde, pese a serlo, la tradición local judicialista de la *Auflassung* en la *Rechte Gewere* histórica pesó en exceso para admitir una sustitución de corte profesionalista. Demasiados antecedentes en el Derecho comparado europeo, en trance armonizador, para un plantamiento tan arriesgado.

La función notarial no es testifical de hechos, como la del notariado anglosajón, sino de control de la regularidad jurídica del acto, según el modelo del notariado latino.

El control registral de la legalidad es un «segundo control *revisor* del primero, porque al fin y al cabo todo lo anteriormente controlado es un presupuesto para el efecto que del Registro se pretende, y porque no hay una responsabilidad conjunta y difusa de los controladores, sino dual y distinta aunque fuera acumulable».

«Lo mejor que nuestro sistema tiene es su equilibrio de calidades, y la ruptura de ese equilibrio llevaría a su desmoronamiento total.»

El equilibrio «deriva del hecho de que tenemos repartidas no dos funciones sino dos actuaciones de una misma función: una en la fuente del negocio y otra en la desembocadura al mar de todos, de partes y de terceros.

Decir «que la primera actuación se centra más en los *sujetos*, que expresan el consentimiento y explican su causa, mientras que la segunda opera más primordialmente sobre el *objeto*, es quizá expresivo, pero es una simplificación relativa en su base ya que ni el notario puede desentenderse del objeto, referencia necesaria del consentimiento y de la causa (y aunque le faltan suficientes datos propios recurrirá al Registro para completar el esquema negocial); ni el registrador puede dejar de considerar la eficacia del vínculo entre las partes, suelo desde el que la relación se proyectará a terceros, por lo que necesitará asegurarse de la firmeza de ese suelo, moviendo si lo fuera la voluntad o la causa. Y uno y otro, en su respectivo ámbito de actuación, y en distinto grado, dan *forma* a la relación. Hasta en los mecanismos respectivos he visto siempre, por todas partes, unidad y no contraposición: ¿no hace el registrador documentos públicos en sus asientos y certificaciones?, ¿no es un registro el protocolo notarial?

He aquí cómo quedan relativizados los argumentos diferenciales, demasiado fáciles, de que el notario opera en el plano de lo subjetivo y lo obligacional; y el registrador en el de lo objetivo y lo real. Si el notario se impregna de subjetivismo es porque tiene a los sujetos delante, mientras el objeto inmobiliario puede hallarse en el otro extremo del país...; y si el registrador es objetivista es porque, al repartirse sus competencias así activa como temáticamente, tiene las fincas en su estantería, mientras los sujetos pueden estar tan lejos como quepa imaginar. Seguramente ese contraste es magnífico, pues el control, efectuado en dos fases, se hará bajo la presión del factor humano, y en la otra a conveniente distancia de esa influencia; pero, sin embargo, la síntesis de esa circunstancia es ideal y a ese ideal está ajustado el sistema español... esa doble perspectiva es comunicable, intercambiable entre notarios y registradores cuando hay una verdadera cooperación de ambos *controladores de la legalidad*; pues el notario celoso de su función no quiere que los factores subjetivos le quiten objetividad de juicio, y el registrador jurista vocacional tampoco gusta de dar la espalda a las motivaciones subjetivas, y sí de abrirles cauce cuando son equitativas, juicio que sólo conociéndolas mediante esa cooperación sistemática y abierta, puede formar».

Me he permitido el copiar, con otro orden, las palabras de Mezquita del Cacho porque son muy ilustrativas para comprender mejor el significado de este estudio crítico terminológico, ante todo colaborador y constructivo.

3) Reforma.

Creo que la Comunidad europea puede imponer el sistema latino italiano del contrato de compraventa, con todas las variaciones convenientes, pero también creo que el sistema notarial-registral español podría ser tenido en cuenta para su aplicación general, con las adaptaciones oportunas, si

notarios y registradores se preparan para afrontar el reto, sin quedar obsesionados por la «teoría» del título y el modo y por el sistema alemán o, mejor dicho, por sus principios proclamados, sin tener en cuenta sus reglas operativas, menospreciando los principios proclamados y las reglas operativas del sistema latino italiano.

Sería interesante conocer la realidad del alcance de la calificación registral en otros ordenamientos europeos para que cuando los organismos supranacionales proyecten normas unificadoras de la economía comunitaria, con criterios liberalizadores, no prejuzguen que en nuestro sistema resulta excesivo el «control» o intervencionismo jurídico-administrativo para llegar a ser propietario por contrato de compra o acreedor con hipoteca. En particular me refiero a la interpretación de la expresión «validez de los *actos dispositivos*», adicionada por el legislador de 1944 al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que inicialmente se refería a la capacidad de los contratantes y a las formas extrínsecas de los documentos (LH 1861) y más tarde, con evidente impropiedad de expresión, también a la «validez de las *obligaciones*» (LH 1909), sin olvidar que tal calificación debe quedar concretada dentro del marco que resulte del contenido documentado en las escrituras notariales y del contenido del Registro.

Por otra parte, la calificación notarial ha de reafirmarse contra la «práctica operativa» cada vez más extendida de redactar las escrituras «según minuta» impuesta por asesorías jurídicas de una de las partes contratantes, lo que puede atentar gravemente contra el «principio proclamado» de la tradicional imparcialidad del notario, latino, jurista asesor y no sólo testigo autorizante (a la vez que traslada al registrador parte de la labor de calificación que normalmente asume el notario latino dentro de unos cauces legales y administrativos generales).

Claro que estos problemas, en la práctica, no se plantean con referencia al contrato de compraventa y a los demás contratos traslativos del dominio, ni en cuanto a la donación o a las herencias, sino respecto al contrato de hipoteca o similares operaciones financieras, algunas sin cauce legal definido, acaso por motivaciones internacionales, y entonces sí que es problemático conocer el alcance de la calificación de la «validez de los *actos dispositivos*», con riesgo de pasarse o de quedarse corto.

Por esto mismo, el principio fundamental proclamado tendrá que quedar muy claro: el contrato de venta es traslativo, condicionalmente, y obligatorio; la inscripción es el acto que condiciona la consolidación de la transmisión del derecho de propiedad de una finca por contrato formalizado y probado necesariamente mediante escritura notarial.

El vendedor de finca inmatriculada debe ser titular registral del dominio (y entregar la posesión en concepto de dueño de la finca que posee).

El comprador de una finca instará la inscripción de su contrato de

compra formalizado y probado mediante escritura notarial (que también formalizará y probará la entrega de la posesión en concepto de dueño, mediante acuerdo de constituto posesorio instrumental, condicionado en su efectividad a la inscripción que consolidará la adquisición del dominio).

La reforma proyectada tendría que ceñirse al tráfico jurídico según Pau Pedrón.

A mi entender, tendrá que modificar la Ley Hipotecaria para referirla a contratos y actos inscribibles, no a títulos inscribibles, es decir, ya no al total fundamento jurídico de la adquisición del derecho de propiedad, porque la adquisición se fundamentará en el contrato y en la inscripción del contrato escriturado notarialmente.

También tendrá que facilitar la inscripción de las adquisiciones hereditarias para evitar las interrupciones del tracto registral, y facilitar la reanudación del tracto interrumpido de las fincas inmatriculadas, pues de otro modo se correrá el riesgo de una grave discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, que ha de ser prevista por el reformador.

1. Después de la reforma es claro que la tradición de la finca inmatriculada vendida, esto es, la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la finca, continuará siendo obligación del vendedor titular registral *poseedor* de la finca (conforme al art. 1.445 CC). Y es claro, si la reforma no lo impide, que la tradición continuará realizándose antes de la inscripción, por simple acuerdo de constituto posesorio, acuerdo de inversión del concepto en que posee el vendedor, al que legalmente equivale el otorgamiento de la venta en escritura notarial «si de la misma escritura no resultara o se dedujera claramente otra cosa» (art. 1.462, 2, CC).

Para mí, es claro que la tradición de la finca inmatriculada vendida por el titular registral del dominio que está *desposeído* de la finca continuará siendo ontológicamente imposible al perfeccionarse la venta y por ello no será obligatoria la tradición en este supuesto, cuando la desposesión está considerada por las partes, y manifestada expresa o tácitamente (conforme al artículo 1.526 del CC, por contraposición al artículo 1.445 del mismo Código). La controversia actual acerca de si la cesión del derecho incorporal de propiedad del titular registral desposeído es inscribible (según el criterio del legislador Pedro Gómez de la Serna, que comparto) o no es inscribible (según la opinión común de la doctrina, aplicada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 25 de enero de 1990) parecerá estéril, porque será necesario que se inscriba la cesión para que el derecho quede transmitido, al igual que si el titular registral poseyera la finca. Sin embargo, pese a esta reforma, la cesión del derecho incorporal del propietario desposeído continuará siendo posible e inmediatamente traslativa del dominio del verdadero propietario respecto a las fincas no inmatriculadas todavía y respecto a las cosas muebles reivindicables.

Ahora bien, la reforma tendrá amplio alcance legislativo, civil y registral, notarial, procesal, administrativo...

2. Habrá que reformar preceptos que se refieren al contrato de compraventa como acuerdo de dos voluntades (la del vendedor y la del comprador) recíprocamente traslativas de derechos de propiedad (sobre la cosa y sobre el dinero del precio) (arts. 609, 1.095, 1.096 CC) y, en consecuencia, fuente, constitutiva o del nacimiento, de derechos personales u obligaciones (arts. 1.088, 1.445, 1.526 CC), para que incluyan, claramente, la obligación del vendedor de realizar cuanto sea menester para que el comprador logre que se practique la inscripción registral de su contrato de compra para quedar cumplida la condición legal del efecto traslativo del contrato, sin perjuicio del supletorio cumplimiento forzoso para el vendedor por mediación judicial (nuevos arts. 1.095 y 1.096, una vez reformados los actuales).

En el caso de venta de finca inmatriculada el vendedor estará obligado a tener inscrito previamente su título de pertenencia, acaso reanudando el tracto sucesivo registral interrumpido.

3. En todo caso, el necesario cumplimiento de la condición legal (de la inscripción) hace *necesario* que el contrato quede *probado* con escritura notarial (art. 3 LH).

Según la ley (art. 1.261 y su epígrafe), los requisitos «esenciales», para la «*validez*», de los contratos, es decir, los elementos «constitutivos», que han de concurrir para que nazca, llegue a ser o existir el contrato, sin los que «no hay contrato», «válido», son «el consentimiento de las partes contratantes», el «objeto cierto» del contrato, y la «causa» del contrato (la causa de que se «celebre» o establezca).

Según la ley (art. 1.278 y su epígrafe), los contratos «perfeccionados» o «constituidos», porque al ser «celebrados» concurren los expresados requisitos esenciales para su «*validez*», tendrán «*eficacia*», serán eficaces, serán causa de efectos, «cualquiera que sea la *forma* en que se hayan celebrado», es decir, cualquiera que sea la forma de la declaración del consentimiento o acuerdo de voluntades (que tiene una causa y es causa de unos efectos). El consentimiento ha de ser manifestado o exteriorizado de alguna forma, para que pueda quedar constituido un consentimiento contractual, y según la ley la forma es libre, incluso puede ser verbal expresa, y aún tácita, deducible de actos concluyentes. La ley no impone una determinada forma *constitutiva* del consentimiento, una determinada forma esencial o necesaria.

Así, para la perfección o *constitución* del contrato de compraventa por los contratantes, la *forma* de declaración del consentimiento contractual es y será *libre* (art. 1.261, a contrario, y art. 1.278 CC), por lo que la escritura notarial no es y no será forma esencial del contrato, es decir, no es y no

será forma documental legalmente necesaria para la perfecta constitución, creación o nacimiento del consentimiento contractual.

La escritura notarial resultará forma no esencial pero sí constitutiva del contrato cuando éste quede perfeccionado o constituido en el acto del otorgamiento y autorización de la escritura notarial, y no será forma constitutiva cuando las partes contratantes se limiten a dar forma documental pública notarial a un contrato que, antes, quedó perfeccionado o constituido con forma verbal o con forma de documento privado, es decir, cuando acordadas ambas partes o compelida una por la otra, se «llene» la forma de escritura notarial que sea exigida por la ley para que el contrato surta ciertos y determinados efectos (art. 1.279 CC y R. 5 julio 1991 FD 4).

La escritura notarial, en el primer caso y con el sentido expresado, *constituye* el contrato, y en el segundo caso *conforma* o *formaliza* el contrato antes constituido con otra forma.

Por otra parte, la escritura notarial es forma necesaria para que el contrato y la tradición (es decir, el título, en sentido legal y jurisprudencial) puedan inscribirse conforme a lo que ya dispuso la Ley Hipotecaria en 1861 (art. 3), así como la Instrucción para la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción (1861) y según continúa disponiendo la vigente Ley Hipotecaria (1946) y la Ley del Notariado (1862).

En este sentido, la escritura notarial *conforma* o *formaliza* el título adquisitivo (el contrato más la tradición) para que sea inscribible, es decir, la escritura da *forma* adecuada a todas las circunstancias que *deben* constar en la inscripción (art. 9 LH) y a los pactos y condiciones voluntarias de trascendencia real (art. 9, 2.º LH; art. 51, 6.º RH).

La escritura notarial, sea forma constitutiva del contrato o no lo sea, ahora, antes de la reforma, es *prueba plena* documental del *título material* documentado (art. 1.218 CC).

Es *prueba documental del fundamento jurídico de la adquisición* del derecho de propiedad, de la adquisición contratada y consolidada ante el notario: es prueba documental de la adquisición, a causa o por efecto o por consecuencia del contrato de venta, mediante la tradición por el vendedor poseedor en cumplimiento voluntario de la condición legal del efecto traslativo del contrato (art. 1.462, 2, CC) o sin tradición «mediante» cuando el vendedor está desposeído por un tercero poseedor (art. 1.526 CC).

Es prueba *plena* (o tasada) en cuanto su eficacia probatoria sólo puede quedar desvirtuada en juicio declarativo, por contradicción plenamente probada y sentencia firme que declare su falsedad, su no fehaciencia, por no ser acorde con la realidad la presunción legal de fehaciencia (art. 1.218 CC).

Después de la reforma, tal escritura notarial continuará siendo prueba plena documental del contrato, pero ya no será prueba de la consolidación

de la adquisición contratada. Importará menos que ahora el que la escritura notarial sea prueba del contrato y de la tradición, en la venta normal. Para quienes no han llegado a convencerse de que el contrato de cesión del derecho de propiedad *incorporal* perteneciente al vendedor (verdadero propietario, desposeído) sea causa incondicionada legalmente de la transmisión del derecho que se atribuye el poseedor en concepto de dueño al amparo de la presunción legal de pertenencia al mismo (art. 448 CC), y para quienes sí que están convencidos a efectos civiles pero les preocupan las consecuencias registrales de su convicción, desaparece la necesidad de agarrarse al clavo ardiendo de la fantástica tradición *incorporal* imaginada por el profesor Lacruz, porque tal contrato de cesión (venta del derecho de propiedad *incorporal* del propietario desposeído) será inscribible, sin necesidad, claro está, de ninguna tradición *incorporal*. La escritura notarial es y será necesaria para que se pueda practicar la inscripción registral, que ahora es inscripción del título que documenta y prueba, como única prueba en el tráfico jurídico inmobiliario a efectos registrales (art. 3 LH), y que después de la reforma será inscripción del contrato que documenta y prueba (nuevo art. 3 LH, referente al contrato solamente y no al título en el sentido legal y jurisprudencial de contrato más tradición)

4. La inscripción del *título* material es una inscripción *declarativa* de una adquisición a causa del contrato de compra, consolidada mediante la tradición por el vendedor poseedor, o bien a causa del contrato de cesión (venta de derecho *incorporal*) por el propietario desposeído, traslativo inmediatamente, sin mediar tradición. En estos supuestos de adquisición titulada (con título material) la escritura notarial prueba una adquisición contratada y consolidada ante el notario, antes de la inscripción, aunque la finca esté inmatriculada, el vendedor sea el titular registral del dominio y el título escriturado no se llegue a inscribir, originando una discordancia entre la titularidad aparente registral y la titularidad verdadera civil.

En cambio, la proyectada inscripción del *contrato* será una inscripción *necesaria* para que una adquisición contratada quede *consolidada*. La escritura notarial no será prueba de una adquisición contratada y consolidada ante el notario, sino que será prueba de un contrato constituido o formalizado en escritura notarial, prueba legal necesaria (art. 3 LH) para que la adquisición contratada pueda quedar consolidada mediante la inscripción, si la finca está inmatriculada o si no estándolo se vende después de la fecha que concretará la ley de reforma. El título de la adquisición será, entonces, el contrato y la inscripción del contrato escritural.

La nota de inscripción, extendida por el registrador al pie de la copia de la escritura de venta, referenciará el cumplimiento de la condición legal de la consolidación de la transmisión del derecho vendido

La inscripción registral no es y no será forma del *contrato*, sino que la

inscripción registral ahora es forma documental esencial de la *publicidad jurídica* del título contractual y según la reforma será, además, forma documental necesaria para que *consolide* el efecto traslativo del contrato, de manera que contrato e inscripción integrarán el título o fundamento jurídico de la adquisición del derecho, el contrato probado con escritura notarial y la inscripción registral probada con la nota al pie de la copia de la escritura notarial o mediante certificación registral.

En modo alguno se podrá hablar, elípticamente, de «inscripción *constitutiva*» para referirse a una pretendida inscripción constitutiva *del contrato*.

Se podrá hablar, elípticamente, de «inscripción constitutiva» para referirse a la «inscripción *elemento constitutivo* o integrante *del supuesto de hecho del efecto jurídico transmisión y adquisición del derecho de propiedad a causa del contrato traslativo*» o también a la «inscripción constitutiva de la consolidación de la adquisición del derecho contratada», para expresar con pocas palabras que la actuación práctica de la inscripción —que termina con la firma del registrador autorizante del asiento, después de la correspondiente acta de la inscripción (art. 9, 8.º LH y art. 51, 10.º y 14.º RH)— será cumplimiento de la condición legal para la consolidación del efecto traslativo del contrato, forma documental esencial de la *publicidad jurídica necesaria* para la consolidación del efecto traslativo del contrato, para la consolidación de la adquisición del derecho contratada.

Lo importante no es tanto la palabra como su significado, pero la palabra conviene que sea inequívoca, y la palabra «constitutiva» es equívoca en la doctrina jurídica española, porque podría parecer que la inscripción es *tan* constitutiva del efecto (transmisión y adquisición del derecho de propiedad) como el consentimiento o acuerdo de voluntades contractual es constitutivo del efecto, mientras que, en el supuesto de hecho del efecto jurídico transmisión y adquisición del derecho de propiedad, el contrato (integrado por el consentimiento referido a un objeto y a una causa del acuerdo) es la *causa* del efecto traslativo y la tradición (o la inscripción que ha de sustituirla) es *condición legal* del efecto traslativo.

La palabra «constitutivo», como adjetivo, debe referirse a otra palabra sustantiva, de manera que si el sustantivo es «elemento» y el adjetivo «constitutivo», también puede continuar adjetivándose la expresión «elemento constitutivo» para distinguir de entre los hechos integrantes o elementos constitutivos del supuesto de hecho de un efecto jurídico determinado, el que legalmente sea «elemento constitutivo *causa* del efecto», en consideración a ser *voluntad* negocial causante, del que legalmente sea «elemento constitutivo *condición legal (conditio juris)* del efecto», es consideración a no ser *voluntad* negocial, aunque sea un hecho voluntario, constitutivo del supuesto de hecho y, por tanto, constitutivo del efecto jurídico del supuesto de hecho.

Me parece más acertado y ajustado a la verdad hablar de inscripción *necesaria* como condición legal, que en el momento de la perfección del contrato causa *condiciona* legalmente la adquisición causada (contratada), y que en el momento de la inscripción del contrato causa *consolida* la adquisición causada (contratada).

En este sentido, el contrato es y será *causa constitutiva* del efecto traslativo y la inscripción será, como la tradición sustituida, *condición legal constitutiva* del efecto traslativo, que antes de cumplirse o incumplirse definitivamente *condiciona* la adquisición causada y que al cumplirse *consolida* la adquisición causada.

El periodo de pendencia del cumplimiento o incumplimiento de la condición legal comienza en el momento (inicial) de la perfección del contrato, que es causa de la adquisición contratada, aunque ésta quede condicionada legalmente, y termina en el momento (final) del cumplimiento (voluntario o forzoso) del hecho condicionante que *consolida* la adquisición causada, o en el momento (final) del incumplimiento definitivo (porque ya no es posible el cumplimiento forzoso) del hecho condicionante que *frustra* la adquisición causada.

En el momento de la perfección del contrato la adquisición queda *causada*, pero queda *condicionada legalmente*, hasta que con el cumplimiento (voluntario o forzoso) de la condición queda *consolidada* (la adquisición) o con el incumplimiento definitivo de la condición queda *frustrada* (la adquisición).

Con la reforma, la inscripción dejará de ser, como ahora es, *declarativa* y *publicitaria* de un título, o sea, de una transmisión realizada antes, contratada y consolidada ante el notario (arts. 1.445 y 1.462, 2, o art. 1.526 CC).

4.1. Escritura notarial e inscripción registral serán requisitos legales formales, documentales, de cumplimiento necesario para que el derecho de propiedad perteneciente al vendedor, por efecto traslativo del contrato de compraventa, quede transmitido del vendedor al comprador, para que el vendedor deje de ser el propietario y el comprador pase a ser el actual propietario, para que el derecho de propiedad perteneciente al vendedor, por disposición traslativa de éste, pase a pertenecer al comprador, por adquisición derivativa.

El título de adquisición y pertenencia del derecho de propiedad, el fundamento jurídico de la adquisición y pertenencia del derecho de propiedad, será el contrato y la inscripción publicitaria del contrato escriturado notarialmente (constituido o formalizado, y probado, con escritura notarial). El propietario será el titular registral del dominio, que adquirió a causa del contrato de compra y mediante la inscripción publicitaria del contrato escriturado notarialmente.

Desde este punto de vista, aunque el contrato continúe siendo latino, la reforma es *germanizante*, en cuanto la transmisión del dominio ya no quedará contratada y consolidada, y probada, según la escritura notarial (lo que, aparentemente, resta importancia a la escritura notarial), sino que quedará contratada y probada según la escritura notarial y quedará consolidada mediante la inscripción publicitaria del contrato, necesariamente conformado y probado mediante la escritura notarial, lo que reforzará la importancia de la escritura notarial, si los contratantes se deciden a escriturar todos sus contratos.

4.2. Después de la reforma la posesión continuará teniendo eficacia legitimadora respecto a las cosas muebles. También tendrá eficacia legitimadora respecto a las fincas, incluso las inmatriculadas (art. 448 CC). Pero no idéntica a la actual, porque el efecto traslativo del contrato consolidado mediante la inscripción quedará desligado del cumplimiento de la tradición (cambio del poseedor en concepto de dueño), aunque hacer tradición de la cosa al comprador continuará siendo obligación del vendedor poseedor (art. 1.445 CC). Habrá que reconsiderar la contradicción entre la posesión y la inscripción a efectos de la usucapión contra *tabulas* (art. 36 LH) y del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (párrafo 6, causa 2.^a de oposición por el contradictor).

La tradición, histórica y actual, por las razones expuestas, es requisito legal *necesario* para que el contrato de venta alcance su plena eficacia dispositiva cuando está acordado para la transmisión y adquisición del derecho de propiedad de cosa específica que pertenece al vendedor poseedor, no para el «nacimiento» o «constitución» del derecho de propiedad como se dice con evidente y grave imprecisión.

También la cuasi tradición es requisito legal *necesario* cuando el contrato de venta está acordado por el vendedor propietario poseedor, para el nacimiento o constitución y la simultánea adquisición, por el comprador, de algún derecho real parcial cuasi posesorio, como el derecho de usufructo, así como para su transmisión, posterior a su constitución y adquisición por el transmitente.

Se exige y es *necesaria* la tradición (o la cuasi tradición) para consolidar la adquisición del derecho de propiedad (o del derecho real parcial cuasi posesorio), *a causa* de contrato de venta, o *a causa* de alguno de los otros «ciertos contratos» traslativos, otorgado por el vendedor propietario transmitente del dominio (o constituyente del derecho real parcial cuasi posesorio, u otorgado por el vendedor al que pertenece el derecho real parcial cuasi posesorio con anterioridad constituido a su favor por el propietario).

Pero la tradición *no es causa «constitutiva* del nacimiento del *derecho real*», como se dice, con evidente imprecisión, para contraponerla al contrato constitutivo del derecho personal, según el modelo alemán. La tradi-

ción no es *causa «constitutiva»* de la *adquisición* (no del «nacimiento») del derecho de propiedad por el comprador. La cuasi tradición no es *causa «constitutiva»* del *nacimiento* y de la simultánea *adquisición* del derecho real parcial cuasi posesorio (usufructo) por el comprador al pleno propietario vendedor constituyente del gravamen.

Por tanto, la inscripción que, según la proyectada reforma, ha de hacer las veces de tradición a efectos traslativos del derecho de propiedad, tampoco será «causa constitutiva» de la transmisión del derecho de propiedad, ni «causa constitutiva» del nacimiento del derecho real parcial cuasi posesorio, ni «causa constitutiva» de la transmisión del derecho ya nacido, sino que sólo será «condición legal constitutiva», requisito legal *necesario* para la consolidación del efecto dispositivo del contrato de venta, será una inscripción *necesaria* y dejará de ser lo que ahora es: una voluntaria aunque conveniente inscripción, una inscripción *declarativa*, que publica un contrato y su efecto civil traslativo cumplido, mediante la tradición (art. 1.445 CC), o sin ésta en el caso del artículo 1.526, sin perjuicio de ser requisito legal necesario para la producción del efecto registral de aseguramiento de la adquisición realizada antes de la inscripción.

4.3. Este es análogo alcance al que hoy tiene la inscripción del contrato constitutivo del derecho de hipoteca, pues decir que la inscripción de este contrato es constitutiva del derecho real resalta el alcance de la reforma prusianizante introducida por el Código Civil (art. 1.875) del Derecho *civil* vigente en 1861, cuando la inscripción del contrato de hipoteca era sólo requisito necesario del efecto de aseguramiento de la adquisición realizada por contrato constitutivo de la hipoteca, al igual que, desde 1861 hasta ahora, la inscripción del contrato de venta complementado con la tradición por el vendedor poseedor es requisito necesario para asegurar la adquisición del derecho de propiedad por contrato traslativo del derecho.

Ahora bien, el Código Civil fomenta el confusionismo al decir que es requisito esencial del contrato de hipoteca el que «las personas que *constituyen* la prenda o la hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes» (art. 1.857, 3, CC), y al decir que «es indispensable para que la hipoteca quede válidamente *constituida* que el documento en que se *constituya* sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 1.875 CC).

El Código Civil, al referirse a las personas que constituyen la hipoteca (art. 1.857, 3) alude al *contrato* de constitución del derecho de hipoteca, es decir, a las declaraciones de voluntad concordadas de las partes contratantes, a la voluntad del propietario hipotecante, dispositiva, constitutiva o de nacimiento del gravamen, y a la voluntad del acreedor, adquisitiva del gravamen.

En este sentido es cierto que la voluntad del propietario es constitutiva del derecho de hipoteca, en cuanto quiere que el derecho sea o exista,

nazca, y que lo adquiriera, simultáneamente, el acreedor; por tanto, es cierto que el *contrato* de hipoteca es «*constitutivo*» del *derecho de hipoteca*.

Análogo sentido tiene la expresión «el *documento* en que se constituya la hipoteca» (art. 1.875), en cuanto alude a la escritura notarial que documenta el contrato constitutivo del derecho de hipoteca, porque la escritura notarial es forma esencial para el ser o nacimiento del contrato de hipoteca, y se denomina *forma «constitutiva» del contrato* en cuanto la forma de documento notarial es uno de los elementos esenciales o constitutivos del contrato, además del objeto y la causa (art. 1.216).

En este sentido, la escritura notarial de hipoteca es forma esencial, «*constitutiva*», del contrato constitutivo del derecho de hipoteca.

En cambio, decir que la inscripción en el Registro «es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida» (en el mismo artículo 1.875) no significa que la inscripción sea forma esencial y constitutiva del contrato «constitutivo» del derecho, ni significa que la inscripción sea forma constitutiva de una voluntad adicional «constitutiva» del derecho (como un acuerdo real posterior a un contrato obligatorio, que obligue a la «constitución» del derecho de hipoteca).

Sólo significa que la inscripción es un requisito formal legalmente *necesario* (indispensable, imprescindible) para que las voluntades del contrato constituyente y adquisitivo del derecho de hipoteca, para que la voluntad dispositiva-constitutiva y la voluntad adquisitiva del derecho de hipoteca, sean legalmente eficaces y llegue a *consolidarse* la constitución (el nacimiento, el ser o existir) y la adquisición del derecho que se quiere constituir y adquirir. Con este sentido se puede decir que la inscripción no es causa pero sí que es condición legal *constitutiva* del derecho de hipoteca.

Estimo muy interesante observar que en el Código Civil italiano vigente de 1942, el Libro VI «De la tutela de los derechos», Capítulo IV «De la hipoteca», Sección V «De la inscripción... de las hipotecas», el artículo 2.839, «Formalidad para la inscripción de la hipoteca “dispone que” para practicar la inscripción debe presentarse el *título constitutivo* junto con una nota suscrita por el peticionario, por duplicado...» y según el artículo siguiente, 2.840, «Certificado de la inscripción», «Practicada la inscripción, el conservador devolverá al peticionario uno de los originales de la nota, certificando al pie del mismo la fecha y el número de orden de la inscripción. Los títulos entregados al conservador serán custodiados según lo dispuesto en el artículo 2.664» para los títulos que se transcriben, conforme al cual «El conservador del registro inmobiliario debe custodiar en los archivos, en los volúmenes adecuados, los títulos que le son entregados y debe transcribir en el registro correspondiente de las transcripciones el contenido de la nota, indicando el día de la entrega del título, el número de orden que se le ha asignado en el registro corriente y el número del volumen en el que

ha colocado el mismo título. El conservador debe restituir al peticionario uno de los originales de la nota, en el cual debe certificar la transcripción practicada con las indicaciones antes expresadas».

A su vez, el artículo primero «De las disposiciones generales de las hipotecas», el número 2808, «Constitución y efectos de la hipoteca» dispone que «La hipoteca atribuye al acreedor el derecho a expropiar, incluso contra tercer adquirente, los bienes vinculados en garantía de su crédito, y a ser satisfecho con preferencia con el precio obtenido de la expropiación. La hipoteca puede tener por objeto bienes del deudor o de un tercero y *se constituye mediante inscripción* en el registro inmobiliario...».

Obsérvese que la ley no dice que el derecho de hipoteca se constituye *por* la inscripción. Sino que debe presentarse el *título constitutivo* de la hipoteca (art. 2.839) y la hipoteca se constituye *mediante la inscripción* (art. 2.808). Al igual que en Derecho español el derecho de propiedad *se transmite* a causa o *por efecto del contrato traslativo* de compraventa *mediante la tradición* (art. 609, 2, CC) por el propietario poseedor.

III. EL CONTRATO Y LA CONDICION LEGAL

Para destacar con algún detalle ciertos matices de la conferencia he de insistir en cuestiones ya consideradas en estudios anteriores.

El sistema español de tráfico de bienes es necesariamente distinto del sistema alemán (y no solamente del sistema inmobiliario alemán) por ser distinto su principio fundamental o primordial, la configuración legal del contrato de compraventa: el contrato de compraventa español es *un consentimiento* o acuerdo de dos voluntades, la del vendedor y la del comprador, primordialmente *traslativo* y consecuentemente *obligatorio*.

La *venta* española, a diferencia de la venta alemana, *no es* un negocio jurídico solamente *obligacional*, no es un consentimiento o acuerdo solamente obligacional u obligatorio, no es un negocio solamente constitutivo de obligaciones o derechos personales, no es solamente fuente o causa creadora o constitutiva de obligaciones (de su nacimiento o existencia).

La *tradición* española, a diferencia de la tradición alemana, *no es*, nunca es, un negocio jurídico *dispositivo*, un negocio de transmisión del derecho de propiedad con dos elementos integrantes: un consentimiento o acuerdo traslativo del dominio sobre la cosa (denominado acuerdo real) y un acto de transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa, por el vendedor al comprador, en cumplimiento voluntario de las obligaciones de transmitir el derecho de propiedad sobre la cosa y de transmitir la posesión de la cosa, al comprador. La tradición española no es un negocio constitutivo de la adquisición del dominio.

1) Las voluntades contractuales.

El llamado *animus transferendi et accipiendi dominii*, es decir, el acuerdo entre el *animus transferendi dominii* del propietario enajenante y el *animus accipiendi dominii* (o *adquirendi dominii*) del adquirente del derecho de propiedad sobre la cosa, es el *aspecto primordial* del elemento volitivo del contrato de compraventa en el sistema latino (romano, italiano, francés y español), sin que ello obste a que el mismo contrato, el mismo consentimiento contractual, en otro aspecto, *consecuente*, sea obligatorio, es decir, constitutivo de obligaciones (y correlativos derechos personales) para el vendedor y para el comprador, orientadas al fin del cumplimiento del *vínculo traslativo recíproco* acordado por ambos, al fin del cambio de la cosa por el dinero del precio.

El contrato de compraventa español es un contrato *dispositivo y obligatorio*, es un acuerdo de *dos voluntades recíprocas*, la del vendedor y la del comprador, *ambas* voluntades son recíprocamente *dispositivas* (en el sentido histórico de disposición traslativa del derecho de propiedad, por acuerdo de cambio *inter vivos*), de la cosa (la voluntad del vendedor) y del dinero del precio (la voluntad del comprador) y *ambas* voluntades son recíprocamente *adquisitivas*, del dinero del precio (la voluntad del vendedor) y de la cosa (la voluntad del comprador) de manera que la voluntad de *cada* contratante es, a la vez, voluntad dispositiva del derecho propio y voluntad adquisitiva del derecho ajeno.

Así, el vendedor tiene *un animus transferendi dominii* (de la cosa vendida) *et accipiendi dominii* (del dinero del precio) y el comprador tiene *un animus transferendi dominii* (del dinero del precio) *et accipiendo dominii* (de la cosa).

Aunque la expresión usual se refiera a la transmisión del derecho de propiedad sobre la *cosa* vendida y comprada, por el *animus transferendi dominii* del vendedor y el *animus accipiendi dominii* del comprador, vinculados recíprocamente a la transmisión y adquisición del dinero del precio, que se considera en un segundo plano.

No ha de olvidarse que el contrato de venta *normal* se refiere a la venta de una cosa específica (existente), que pertenece al vendedor y que posee el vendedor, y a una cantidad de dinero, de un género de cosas fungibles que son símbolos de valor en cambio.

No son ventas normales, sino ventas *especiales*, la venta de cosa genérica, la de cosa futura, la de cosa ajena y la de cosa poseída por un tercero en concepto de dueño.

Es erróneo entender que en el contrato de compraventa español hay dos acuerdos, un acuerdo real y un acuerdo obligatorio, acaso tácito el primero; porque en el contrato de venta española sólo hay un acuerdo que tiene dos aspectos, de los cuales resulta primordial, aunque no se exprese, el aspecto

real dispositivo-traslativo, y resulta consecuente, aunque pueda ser aparentemente principal, el aspecto personal, constitutivo de obligaciones con sus correlativos derechos personales (art. 1.445 CC).

El contrato de venta español no obliga al vendedor a transmitir el derecho de propiedad al comprador, como ya advirtió Albaladejo en su conocida tesis doctoral, pero esto no es criticable, pese a lo que opinaran los autores inspirados en el *savignismo* imperante en la doctrina española.

En los ordenamientos que se inspiran en el Derecho romano sin tergiversaciones *savignistas*, en los ordenamientos latinos, la venta obliga a transmitir, pero no el derecho de propiedad sino la *posesión* en concepto de dueño, así como también obliga a realizar todos los actos necesarios para que el derecho y la posesión queden transmitidos efectivamente, dando cumplimiento a las condiciones legales, como la tradición en el Derecho romano y en el Derecho español.

2) La condición legal: dar la prueba de la propiedad (35).

1. El contrato de compraventa español, el contrato normal de venta de cosa específica, existente, propiedad del vendedor y poseída por éste (como el contrato de compraventa latino justiniano según la interpretación común desde los glosadores, que hoy prevalece), es la causa del efecto traslativo del derecho de propiedad de la cosa específica vendida por su propietario, un efecto querido y *contratado* por el vendedor y el comprador, aunque legalmente, por disposición expresa de la ley, a la que necesariamente han de someterse los contratantes, este efecto traslativo no queda *consolidado hasta que* el comprador obtiene la posesión en concepto de dueño de la cosa poseída por el vendedor (arts. 609, 2; 1.095; 1.096 CC), incluso por simple acuerdo de inversión del concepto en que posee el vendedor, es decir, por acuerdo de constituto posesorio, que ha de ser expreso en la venta documentada privadamente (art. 1.463 CC) y que es presumido por la ley cuando la venta se otorga en escritura notarial de la que no resulta o se deduce claramente otra cosa (art. 1.462, 2, CC), presuponiendo que el vendedor sea el poseedor de la cosa, que no sea un tercero el poseedor en concepto de dueño.

Esto es así porque el legislador (el legislador romano y el español que sigue sus principios), coordina la *consolidación* de la transmisión del derecho de propiedad causada por contrato de compraventa *consensual* (no formal) con la *prueba* de la pertenencia del derecho de propiedad en el

(35) «Comentarios al Código Civil y compilaciones forales», dirigidos por M. Albaladejo, tomo XVI, vol. 2.º, arts. 1.214 a 1.253, 1.ª ed. 1981 (confrontada con la 2.ª de 1991). Com. MANUEL SERRA DOMINGUEZ, *Concepto de prueba*, pág. 11. Carga de la prueba, pág. 61.

proceso reivindicatorio (art. 348, 2, frente al art. 448 CC), que permite al verdadero propietario (quien en la demanda afirma serlo cuando otro es el poseedor en concepto de dueño) recuperar la posesión perdida (de la que está privado o desposeído), si demanda y *prueba* que le pertenece el derecho de propiedad (art. 348, 2), desvirtuando la *presunción legal* de pertenencia del derecho de propiedad al *poseedor* en concepto de dueño (art. 448), demandado en cuanto poseedor que niega la pertenencia del derecho de propiedad al demandante, y *legitimado* por la posesión (reconocida por el demandante) para oponerse a la demanda como presunto propietario, salvo prueba en contra, según la ley.

Es de advertir que el valor de la apariencia posesoria como presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad se refiere en el Código Civil al poseedor en concepto de propietario (art. 448), quien tampoco ha de probar esta posesión en el juicio reivindicatorio porque el demandante le ha de identificar como demandado en cuanto poseedor.

La tradición, en sentido técnico estricto, no es más que la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa (art. 1.462, 1, CC) la actuación traslativa o de traspaso de la situación posesoria de la que se deduce legalmente la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448), antes al vendedor *tradente* y después al comprador *accipiente*.

La posesión por el vendedor (más o menos material y aparente) se transmite o traspasa al comprador por y desde el momento de la tradición (más o menos material y aparente): el comprador pasa a ser el *nuevo* poseedor en concepto de dueño en sustitución del *anterior* poseedor.

Mediante la tradición pasa del vendedor que entrega al comprador que recibe, la posesión en concepto de dueño de la cosa, y con la posesión pasa la presunción de pertenencia del derecho de propiedad (art. 448): pasa del vendedor, anterior presunto propietario, al comprador, nuevo presunto propietario.

Aunque la tradición es la *actuación* del cambio de poseedor en concepto de dueño, «*dar la posesión*» es *dar la prueba* por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, para que el comprador obtenga la prueba de que le pertenece el derecho comprado.

Dar la posesión no es dar la propiedad sino *dar la prueba de la propiedad* (art. 448 CC).

Cuando se dice, por Giménez Arnau según cita del conferenciante, que la tradición *ficticia* no es tradición, la afirmación puede parecer cierta si con los alemanes se entiende que la tradición de la posesión inmediata es una forma publicitaria del acuerdo real, pero la afirmación no es cierta si, con los glosadores, se entiende que la tradición no es más que cumplimiento voluntario de la obligación del vendedor de dar la posesión en concepto de dueño y que puede el comprador considerar cumplida esta obligación si

acuerda con el vendedor el constituto posesorio, la inversión del concepto en que posee, por cuanto, desde entonces, el vendedor deja de ser poseedor en concepto de dueño y pasa a ser mediador posesorio, al menos como precarista, resultando propietario el comprador, aunque los terceros no observen un cambio de apariencia posesoria, si puede probarse la posesión en concepto de dueño.

Lo que prueba, por presunción legal, la pertenencia del derecho de propiedad no es la *tradición*, una actuación acordada de cambio de poseedor en concepto de dueño, sino la *posesión* en concepto de dueño (art. 448 CC), una *situación* personal respecto a la cosa, una vez probada esta situación.

La *apariciencia* de pertenencia del derecho de propiedad se predica de la posesión en concepto de dueño, una vez probada; una situación que normalmente comienza con la tradición aunque sea ficticia, incluso por constituto posesorio, pero nunca por una fantástica tradición incorporal.

Esta apariencia probada es determinante de la dispensa de la exhibición del título formal que prueba pertenece el derecho de propiedad al poseedor, es determinante de la dispensa de la inicial prueba del título material opuesto al del reivindicante en su caso (art. 448, al que se opone el art. 348, 2).

Además, extrajudicialmente, la apariencia, probada, es oponible a quienquiera que pueda quedar afectado por la pertenencia del derecho al poseedor.

En este sentido, la posesión tiene una función probatoria-legitimadora.

2. La acción reivindicatoria se dirige contra el demandado poseedor en concepto de dueño que legalmente es el propietario *presunto* por un título material indeterminado y está dispensado de exhibir un título formal (art. 448 CC), y la acción reivindicatoria se actúa por el demandante no poseedor para desvirtuar esta presunción legal alegando y probando un título adquisitivo determinado por el que legalmente es el propietario *verdadero* (art. 348, 2, CC).

Ya en el proceso romano clásico —suponiendo que, antes de la demanda reivindicatoria, hubiera quedado definida en un proceso interdictal la situación estable y no precaria del poseedor en concepto de dueño demandado, o bien que, sin previo proceso interdictal, el demandante designara como injusto poseedor en concepto de dueño al demandado— el demandante como propietario por compra tenía que probar, no ante el magistrado (*in jure*) sino ante el juez (*in iudicio*) su adquisición del derecho de propiedad, bien mediante la prueba testifical de la mancipación, forma solemne del contrato de compra y de la inmediata recepción de la posesión de la cosa (*manu capere*) por entrega del vendedor mancipante (*mancipio dans*), o bien mediante la prueba testifical de la posesión en concepto de dueño de la cosa

como *accipiens* de la *traditio* o entrega no solemne (no por mancipación) del anterior poseedor en concepto de dueño, por causa de contrato de compra (y además, tratándose de cosa *mancipi*, mediante la usucapión, porque mantuvo sin interrupción esta posesión o uso como dueño durante un cierto periodo de tiempo (*usu capere*), no inferior a dos años tratándose de cosa inmueble, como una casa o un campo, o da un año tratándose de cosa mueble, como un esclavo o un animal de labranza).

Esto demuestra la primordial importancia, histórica y actual, de la *posesión* en concepto de dueño, tanto de la posesión del demandado como de las posesiones anteriores (la del demandante y la del causante contractual de éste).

Porque la posesión implica la apariencia de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor, que le legitima como propietario presunto mientras no se pruebe que el verdadero propietario es otro, único a quien corresponde poseer en concepto de dueño.

Esto demuestra la importancia, histórica y actual, de la *tradición* como condición legal complementaria del contrato de compraventa, requisito legal necesario para que se consolide el efecto traslativo del contrato, precisamente porque la tradición es la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa, porque mediante la tradición y desde la tradición el vendedor deja de ser el poseedor actual y el comprador pasa a ser el nuevo poseedor actual, el que actualmente ejercita una posesión que es prueba de la pertenencia del derecho. Así, la actual posesión probada del comprador es prueba de la actual pertenencia del derecho al comprador, como también la anterior posesión probada del vendedor es prueba de la anterior pertenencia del derecho al vendedor.

Frente a esta posición procesal favorable del poseedor demandado, el demandante ha de probar que adquirió el derecho que afirma le pertenece, acaso probando su título de compra, mediante escritura notarial probatoria del contrato y de la tradición cumplida antes de perder la posesión que ostenta el poseedor demandado.

Y si el poseedor no se limita a negar la pertenencia al demandante sino que argumenta probando un concreto título adquisitivo a su favor, el demandante tendrá que probar la nulidad (la ineficacia) de este concreto título frente al título probado por el demandante.

3. De este somero análisis se deduce, con toda claridad, la importancia que la tradición tuvo como forma externa, más o menos aparente y más o menos pública, ante testigos, del cambio de la persona que ostentaba la situación de poseedor en concepto de dueño y, por ello, disfrutaba de la presunción, hoy legal, de pertenencia de derecho, en cuanto al ser demandado por un pretendido propietario le bastaba, en principio, con negar la afirmación de pertenencia del derecho al demandante, quien tenía que car-

gar con la prueba de su adquisición, mediante testigos y muy difícilmente mediante prueba documental.

Hoy, en cambio, la prueba documental, mediante escritura notarial, hace desmerecer el valor probatorio colegitimador de la posesión y con ella la importancia de la tradición y de la subsistencia de la condición legal de la tradición para que se consolide la transmisión del derecho de propiedad vendido.

La escritura notarial no es medio publicitario de la pertenencia del derecho como lo es la posesión probada y, más aún, la inscripción registral probada, pero a efectos probatorios legitima al que exhibe la copia de su escritura notarial de compra y tradición cumplida, mientras no se pruebe en juicio la falsedad de la escritura o la existencia de otro título sustantivo preferente (art. 1.218 y art. 348, 2, CC).

El carácter fundamental del contrato o acuerdo de voluntades traslativas y obligatorias respecto al carácter complementario de la tradición o actuación de la voluntaria (pero necesaria y obligada) transmisión de la posesión en concepto de dueño, resalta claramente cuando un copropietario vende su cuota indivisa del condominio de un solar, por ejemplo, porque en tal caso, a menos que la comunidad de propietarios esté desposeída por un tercero poseedor en concepto de dueño que sería el único propietario presunto por título indeterminado del que no exhibe prueba formal (art. 448 CC), no cabe duda que la mejor prueba del cumplimiento de la obligación de entregar es la escritura notarial de venta, habida cuenta de la presunción legal de estar cumplida la obligación, al menos por acuerdo de constituto posesorio, deducida de la conformación del contrato mediante escritura notarial (art. 1.462, 2, CC), porque la posesión de varios condueños sólo puede ser la posesión plena por cada uno de ellos o por uno en nombre de todos y esta posesión plena es la que ha de ser objeto de tradición, y una tradición no escriturada notarialmente será muy poco significativa de la transmisión de una cuota indivisa del derecho de propiedad, si no concurren todos los condueños poseedores, incluso los no transmitentes de su cuota indivisa en la copropiedad (arts. 445, 450 CC).

3) Adquisición derivativa causal y compra *a non domino*.

Así pues, con el sistema latino, por efecto del contrato, el derecho de propiedad perteneciente al vendedor se transmite y pasa a pertenecer al comprador, y nacen deberes u obligaciones para cada parte contratante, que son correlativas a poderes (facultades) o derechos para la otra parte contratante.

El vendedor (propietario de la cosa que vende) no contrata la *obligación* de transmitir el derecho de propiedad al comprador. El vendedor contrata la *transmisión* al aceptar el comprador su disposición traslativa de un de-

recho que le pertenece y quiere que pase a pertenecer al comprador a cambio de una transmisión de dinero. Desde entonces, queda vinculado y no puede desvincularse unilateralmente, «revocar» su disposición traslativa, aceptada por la otra parte contratante de un contrato recíproco.

En consecuencia, el vendedor queda obligado a hacer cuanto sea menester para que, legalmente, según la ley, el derecho quede transmitido, para que la adquisición por el comprador quede consumada (así, debe entregar la posesión de la cosa en el sistema español), y el vendedor queda obligado a no hacer cuanto se oponga al efecto contratado (así, debe no vender la cosa a un segundo comprador entregándole la posesión que no entregó al primer comprador).

También en consecuencia, el vendedor es responsable de que la transmisión del derecho de propiedad contratada no quede consumada porque no es propietario de la cosa vendida y entregada (responsabilidad por evicción del derecho en juicio petitorio, art. 1.475 CC).

Asimismo, en consecuencia, el vendedor es responsable de que la transmisión de la posesión no quede consumada porque no es poseedor en concepto de dueño, pública y pacíficamente, de la cosa vendida y entregada (responsabilidad por evicción de la posesión en juicio posesorio: art. 1.462, 1, y art. 1.491 CC).

1. En el sistema latino, la transmisión del derecho de propiedad es efecto directo y primario del contrato, aunque no sea un efecto inmediato sino condicionado al cumplimiento de alguna condición legal; no es un efecto indirecto o secundario del contrato, es decir, que no es un efecto del cumplimiento de una intermediaria obligación de transmitir el derecho de propiedad, nacida del contrato como efecto directo y primario de éste.

Por esto, la ineficacia del contrato de venta, la declaración judicial de la nulidad, anulación, resolución o rescisión del contrato, determina la inexistencia de la transmisión contratada ineficazmente. En consecuencia, el vendedor continúa siendo el verdadero propietario de la cosa vendida y entregada. Así que, el vendedor, al ejercitar su acción personal de petición de declaración judicial de la ineficacia del contrato, también pedirá la devolución de la posesión de la cosa de la que continúa siendo propietario. Deberá devolver la posesión el comprador poseedor porque ha claudicado la causa de su aparente adquisición. Es más, el vendedor, al ejercitar la acción personal de ineficacia del contrato también acumulará su petición contra cualquier causahabiente conocido del comprador, para que devuelva la posesión de la cosa, porque el derecho que aparentemente adquirió no pertenecía a su causante (*nemo dat quon non habet, quod nullum est nullum producit effectum...*), conforme al riguroso principio aplicable a las adquisiciones derivativas.

Sin perjuicio de este principio, excepcionalmente, en algunos casos

especiales de *rescisión*, el subcomprador, el que adquirió por reventa, el causahabiente por compra al primer comprador, que de él recibió la posesión de la cosa (a menos que conociera la posibilidad de que su vendedor no fuera propietario por rescisión de su contrato de compra) no está obligado a devolver la cosa al demandante, de manera que éste pierde la propiedad de la cosa específica (*in natura*), como si la hubiera vendido y entregado, como si hubiera sido expropiado, conservando el derecho a recibir su valor o precio en dinero (art. 1.295, 2, CC; caso al que se equipara el supuesto de cuasi rescisión del cuasi contrato del art. 1.897 CC).

Por esto, puede entenderse que el artículo 464 del Código Civil no se refiere a quien es conocido como causahabiente por compra a quien sólo es depositario o comodatario del propietario por contrato, porque entonces procede ejercitar la acción personal nacida del contrato contra el contratante y contra sus causahabientes conocidos, en vez de ejercitar una acción reivindicatoria, que se dirige contra quien no está ligado con el demandante por algún vínculo contractual inmediato o mediato.

2. En cambio, con el sistema alemán, de Savigny y del Código Civil alemán vigente, por efecto del contrato nace para el vendedor la obligación de transmitir el derecho de propiedad al comprador, y en cumplimiento de esta obligación, pero con abstracción de la existencia del contrato y de la obligación, el propietario transmite su derecho de propiedad por efecto de un acuerdo real con el adquirente.

El acuerdo real tiene por causa el contrato que obliga a transmitir el derecho de propiedad, pero la transmisión es efecto del acuerdo real, con abstracción inicial de la causa de éste, aunque sin perjuicio de la acción personal de resarcimiento en dinero, por enriquecimiento sin causa, cuando el acuerdo real resulta que no la tiene y, pese a ello, el derecho de propiedad ha quedado transmitido y ya no pertenece al que dispuso de su derecho por acuerdo real.

El contrato tiene eficacia obligatoria, solamente. El acuerdo real tiene eficacia dispositiva traslativa, por sí solo, aunque tratándose de cosa mueble y del negocio dispositivo Tradición, o tratándose de cosa inmueble y del negocio dispositivo denominado *Auflassung* (con una de las acepciones de la palabra), la consumación del efecto traslativo esté condicionada legalmente —a la obtención de la posesión por el adquirente, incluso por acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído, tratándose de cosa mueble, a la obtención de la inscripción registral tratándose de cosa inmueble—. Es un «principio proclamado», aunque en parte desvirtuado por las «reglas operativas» de aplicación a la realidad.

Con el sistema alemán, la declaración judicial de ineficacia del contrato no implica la ineficacia traslativa del negocio dispositivo. El disponente por acuerdo real no deja de ser propietario, aunque el contrato se declare inefi-

caz. El adquirente por acuerdo real, el nuevo propietario, continúa siendo el verdadero propietario, aunque el contrato se declare ineficaz. La acción de ineficacia afecta al contrato, es una acción personal, entre las partes contratantes, que en el caso de ser estimada judicialmente obliga al comprador y adquirente a retrotransmitir el derecho de propiedad al vendedor y disponente. Pero no obliga a un tercero subadquirente (por acuerdo real con el comprador y adquirente) a que retrotransmita el derecho de propiedad al vendedor y disponente. Sin perjuicio de que éste pueda ejercitar una acción personal contra el comprador y adquirente, que transmitió el derecho al tercero subadquirente, para que se corrija el enriquecimiento sin causa con un resarcimiento en dinero.

4) Dos teorías.

1. Con el sistema español, el contrato de compraventa es el negocio jurídico *causa* de la adquisición por transmisión del derecho de propiedad vendido (art. 609, 2, CC); pero, según la ley, la entrega por el vendedor (art. 1.095 CC) o, en su defecto, la puesta en posesión por el Juez (art. 1.096) es *condición legal (conditio juris)* del efecto traslativo contratado cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño (aunque lo sea con mediador de la posesión) al perfeccionarse en contrato, es decir, *en todo caso de venta excepto* cuando el vendedor está desposeído por un tercer poseedor en concepto de dueño contra quien procede reivindicar para recuperar la posesión de la cosa.

Esta «teoría del contrato y de la condición legal», esta explicación del efecto traslativo del contrato y de su condicionamiento legal complementario, esta teoría de la tradición legalmente *necesaria* (no negocio jurídico constitutivo del efecto traslativo del acuerdo real mobiliario, sino *conditio juris* del efecto traslativo del contrato), tiene un sólido fundamento jurídico doctrinal en la técnica jurídica más general del *supuesto de hecho (Tatbestand)* del efecto jurídico (*Rechtsfolge*), según la norma jurídica (36).

Esta teoría distingue, en el supuesto de hecho negocial, el *negocio jurídico* (el contrato en el Derecho español) y las *condiciones legales* de la eficacia del negocio (la tradición en el Derecho español; dejando aparte del supuesto de hecho a los *presupuestos del negocio*, como son la capacidad de los contratantes (art. 38 LH) y la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor (art. 38 LH) o la posesión del que pretende hacer tradición por constituto posesorio (o mediante el otorgamiento del contrato en escritura notarial) (art. 3 LH y art. 1.462, 2, CC).

Esta teoría permite explicar los efectos del contrato antes del cumplimiento de la condición legal (el *jus ad rem* anterior a la tradición y el

(36) V supra I, 3 2. V libro (2), pág. 562 «Supuesto de hecho».

derecho del comprador en escritura notarial antes de que se practique la futura inscripción *necesaria*, más bien que «constitutiva»).

Por esto, aunque autores como Enneccerus se refieren a los «grados de desenvolvimiento del derecho», resulta más preciso referirse a los «grados de desenvolvimiento del supuesto de hecho de la adquisición del derecho» o a los «efectos correspondientes al cumplimiento sucesivo (*in itinere*) de los diversos elementos integrantes del supuesto de hecho de la adquisición del derecho», para aludir al efecto que produce el contrato perfeccionado, antes de que se cumplan los requisitos complementarios que según la ley pueden quedar cumplidos con posterioridad a la perfección del contrato, aunque sean presupuestos del contrato normal.

Concretamente, para aludir a la eficacia del contrato de compraventa antes del cumplimiento de la condición legal de la transmisión de la posesión en concepto de dueño o antes del cumplimiento de los que serían presupuestos del contrato normal, como la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, la existencia de la cosa o la determinación de la cosa (en cuanto la compraventa normal se refiere a cosa específica, existente, propia del vendedor, en el momento de la perfección del contrato), y a la posibilidad de cumplimiento de estos presupuestos después de la perfección del contrato o a la necesidad de cumplimiento en el momento de la entrega de la cosa.

2. Desde luego, esta técnica jurídica es más precisa que la escolástica técnica causalista de la «teoría del título y el modo», que intentó explicar los mismos efectos, simplistamente, limitándose a calificar el contrato de venta, que es la causa *única* de la adquisición del dominio por el comprador según el conocido texto romano de Paulo (D. 4, 31, 1, pr.), como causa *mediata* de la transmisión del derecho de propiedad y causa *inmediata* de la transmisión de la *posesión* en concepto de dueño (tradición)... desembocando en la «teoría de Savigny» legalizada en el BGB, de la tradición como causa inmediata de la transmisión del *derecho* de propiedad, negocio dispositivo traslativo o negocio de transmisión del derecho real de propiedad, un negocio inicialmente abstraído de su causa inmediata, es decir, del contrato de venta que obliga a realizar el negocio dispositivo Tradición.

Y la «teoría del contrato y la condición legal» es más precisa que la «teoría del título y el modo», que es confusa y que induce a serias confusiones en el Derecho español, histórico y vigente (37).

2.1. Porque, según la jurisprudencia histórica, como puede verse en la Sentencia de 23 de enero de 1989 que recoge las anteriores, el TÍTULO de pertenencia del derecho de propiedad es el *fundamento de la pertenencia del derecho de propiedad* a una persona, el *completo supuesto de hecho que*

(37) V. libro (2), pág. 373, 1) y pág. 563.

fundamenta la adquisición del derecho, que será el contrato de compraventa complementado con la tradición por el vendedor poseedor (art. 1.445 CC) o el contrato de compraventa (cesión) por el vendedor desposeído (art. 1.526 CC). A este sentido histórico jurisprudencial alude la Ley Hipotecaria en su artículo 2.º, párrafos 1 y 2.

2.2. Y porque, legalmente, un MODO o manera de adquirir el derecho de propiedad del TITULAR es el *contrato de compraventa complementado mediante la tradición por el vendedor poseedor*, y no lo es la tradición por sí sola, según el citado texto romano de Paulo (D. 4, 31, 1, pr) y según el epígrafe y la letra del artículo 609 del Código Civil.

Así resulta que *significan lo mismo*, y en este sentido son equivalentes, según la jurisprudencia y la ley, la palabra TITULO (en sentido jurisprudencial y en sentido legal) y la palabra MODO (en el sentido legal del epígrafe del art. 609 CC).

En cambio, según la «teoría del título y el modo», la palabra «título» se *contrapone* a la palabra «modo».

Sin olvidar, además, que en sentido formal «título» (*formal*) es el documento que formaliza el «título» en sentido material o sustantivo, según la jurisprudencia y la ley.

3. Por todo ello, estimo más sencillo y menos expuesto a equívocos el hablar de contrato de compraventa (o de contrato de venta traslativo y obligatorio, o de contrato de venta, o de venta, simplemente) y el hablar de tradición, o, por abreviar, el hablar de «venta y tradición», sin sustituir las palabras «venta» y «tradición» por las palabras «título» y «modo».

Sobre todo porque la doctrina española germanizante acaba por asimilar el concepto de «título» al concepto del contrato alemán (solamente obligatorio) —olvidando el amplio sentido legal y jurisprudencial de la palabra título— a la vez que acaba por asimilar el concepto de «modo» al concepto de la Tradición alemana (negocio dispositivo traslativo) —olvidando el amplio sentido legal y jurisprudencial de la palabra modo—. Aunque la doctrina española germanizante configure la tradición española como un negocio causal, no abstraído de su causa contractual (el contrato solamente obligatorio según los *savignistas*). Sin contar con los que creen que la tradición española es negocio abstracto, o al menos lo es en algunos supuestos (art. 1.897 CC).

Este confucionismo es el origen del cúmulo de imprecisiones que implican muchas expresiones, usuales pero equívocas, portadoras de inseguridad, en la técnica jurídica española.

5) Doctrina española usual: Amorós, García García, Pau Pedrón.

1. Y no se diga que se trata de una cuestión terminológica sin trascendencia práctica. Para demostrarlo estimo que puede ser suficiente traer a

colación un párrafo muy reciente del eminente catedrático de Derecho civil y registrador de la propiedad, Manuel Amorós Guardiola, al que me refiero porque sintetiza algunas secuelas del germanismo dicotómico infiltrado (38).

Literalmente, aunque yo destaque unas pocas palabras con mayúsculas, opina «Debe recordarse que en nuestro Derecho y con carácter general, los derechos reales de carácter convencional o voluntario se adquieren MEDIANTE contrato y tradición (art. 609). Cualquiera que sea la forma en que pueda estimarse cumplido ese requisito traslativo de posesión (cf. arts. 1.462 a 1.464... CC), los derechos reales NACEN civilmente MEDIANTE la concurrencia de esos dos elementos, a diferencia de los derechos de crédito u obligación que —en principio, al menos— NACEN del solo contrato. Una vez NACIDOS válidamente, los derechos reales inmobiliarios llegan al Registro para ser objeto de publicidad y obtener plena eficacia oponible. En el Registro de la Propiedad se inscribe el derecho en unión con su título originador, no EL MERO CONTRATO QUE PRODUCE EFECTOS SIMPLEMENTE OBLIGATORIOS. Una vez formalizada la inscripción, se publica el derecho inscrito con esas circunstancias que resultan de su título contractual en cuanto sean susceptibles de eficacia frente a terceros. La inscripción registral es instrumento de publicidad y oponibilidad, pero normalmente no tiene carácter CONSTITUTIVO por no ser NECESARIA PARA EL NACIMIENTO DEL DERECHO. Dicho sea en términos muy generales y dejando a salvo las excepciones que en la realidad práctica puedan surgir frente a ese principio».

«Pues bien —sigue diciendo Amorós—, en el contrato de préstamo hipotecario y en el nacimiento de la garantía real inmobiliaria estos criterios generales no están vigentes...»

Concluye, más adelante (39): «Al publicarse el Código Civil... la inscripción es requisito necesario para que nazca el derecho de hipoteca y adquiere en este caso valor constitutivo. Desde entonces esa regulación, que pasó a la LH de 1909 y luego a la de 1946, es la que está vigente en nuestro ordenamiento jurídico.»

«La INMENSA MAYORIA de los autores que se han ocupado del tema, tanto los antiguos como los más modernos, han defendido la tesis de la inscripción constitutiva de la HIPOTECA. En esta línea de opinión hay que señalar los nombres de Morell, Jerónimo González, Castán, Pérez y Alguer, Roca Sastre, La Rica, Díaz Moreno, Ballarín, Hermida, De Casso, Francisco

(38) «Publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada». Conferencia en el Seminario sobre «Hipotecas y seguridad jurídica». Edición del Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pág. 21

(39) Conf. cit., pág. 26.

Hernández Gil, Díez Picazo y Gullón, Peña, Lacruz, Camy, Pau y J. M. García.»

«Como excepción a esa doctrina generalizada podemos recordar las opiniones de tres autores, formuladas hace ya bastante años. Según Rafael Núñez Lagos, la inscripción constitutiva sólo es posible en Derecho alemán; en nuestro Derecho, la inscripción funciona como forma del acto, es el último evento y *conditio sine qua non* de una determinada efectividad del mismo.»

Sigue Núñez Lagos diciendo, según nota al pie de Amorós, que «No es posible que el asiento del registro tenga naturaleza constitutiva sin consentimiento en el instante final de la formación del derecho. Una cosa es que se exija un algo más que el mero contrato para producir efectos y otra muy distinta es que este algo sea un acto o negocio constitutivo. La escritura notarial, incluso en materia de derechos reales, es en España un negocio jurídico autónomo (?) (el interrogante lo añade Amorós) y constitutivo. Cierra y completa un ciclo de efectividad. El acto constitutivo viene referido por la técnica jurídica al instante de la prestación del consentimiento y, por tanto, en España al instante de la firma de la escritura pública. La publicidad es una forma solemne del negocio jurídico transmisivo» (“El Registro de la Propiedad español”. Separata de RCDI, núms. 250 y 251. Madrid, 1949, págs. 15, 17 y 26).

Contrapone Amorós, en la misma nota al pie, que «A pesar de tan dogmáticas e injustificadas afirmaciones, el propio autor no tiene más remedio que reconocer que en el caso del derecho de hipoteca la inscripción es NECESARIA (pág. 40)», pero yo advierto que Núñez Lagos no dice que en el caso del derecho de hipoteca la inscripción sea CONSTITUTIVA, porque para él la palabra «constitutiva» y la palabra «necesaria» no son sinónimas, en cuanto considera al *contrato* (de hipoteca) como *acto constitutivo* «negocio jurídico autónomo» escriturado (lo que aclara el signo de interrogación puesto por Amorós), y a la *inscripción* como *conditio sine qua non* de una determinada efectividad del contrato escriturado.

«Para Sanz Fernández —sigue diciendo Amorós—, la inscripción en el Registro del derecho real de hipoteca adquiere el máximo valor posible en nuestro sistema y se hace NECESARIA para que tal derecho real desenvuelva su EFICACIA. Pero, en su opinión —de Sanz, según Amorós— esto no quiere decir que se desplace a la inscripción la fuerza CONSTITUTIVA del derecho; en este caso la inscripción es declarativa y tiene simplemente el carácter de una forma de publicidad NECESARIA e indispensable para el ejercicio y EFECTIVIDAD del derecho (Instituciones de Derecho Hipotecario, Tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, págs. 242 y 243).

«A su vez Ramos Folqués entiende, en relación con esta cuestión —según Amorós—, que si la Ley repetidamente alude a una constitución

consensual de hipoteca, ello quiere decir que utiliza a veces las palabras constitución e inscripción como expresivas de diferentes momentos o valores. El artículo 1.875 del Código seguramente lo que quiso decir es que la hipoteca configurada o establecida por el contrato no queda eficazmente establecida hasta que se opere la inscripción. En definitiva la inscripción es requisito no para la CONSTITUCION sino para la EFICACIA del derecho ("La hipoteca y la inscripción después del Código Civil", RCDI, 1949, págs. 32, 38 y 39. En apoyo de su tesis afirma este autor que la palabra validez del artículo 1.875 del Código no puede tener como contrapartida la de invalidez o nulidad, sino la de *ineficaz*, que quiere decir falta de actividad o de potencia, pág. 39).»

Concluye diciendo Amorós: «Aparte de su carácter extremadamente minoritario, esas opiniones no resisten en la actualidad una revisión crítica, porque se apoyan en errores fácilmente superables. Entender que la inscripción constitutiva sólo actúa en Derecho alemán es una afirmación que debe ser demostrada a la luz del concepto que la doctrina más autorizada formula de esta clase de inscripción registral. Estimar que en la hipoteca sólo tiene valor constitutivo el contrato o negocio originador supone desconocer el significado que a la inscripción atribuyen los artículos 1.875 CC y 145 LH. Por lo demás, afirmar que la inscripción de hipoteca es forma del acto constitutivo, o forma de publicidad del mismo, implica confundir los requisitos de forma y publicidad. Aunque durante algún tiempo esa confusión estuvo presente en no pocos de nuestros autores, la doctrina más reciente ha formulado con nitidez la distinción entre esos dos conceptos radicalmente diferentes (José Manuel García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, págs. 41 y 42). En fin, NI SIQUIERA CABE PENSAR QUE LA INSCRIPCION JUEGA AQUI COMO REQUISITO DE EFICACIA (¿qué tipo de eficacia? También la inscripción meramente declarativa es requisito de oponibilidad o eficacia frente a terceros) cuando el artículo 145 LH le atribuye el carácter de requisito de validez o constitutivo.»

La conclusión de Amorós se apoya en la siguiente nota al pie: «José Manuel García ha criticado con acierto y abundancia de razones esas opiniones disidentes. Estima que la interpretación de Núñez Lagos y Sanz Fernández carece de fundamento por no adaptarse a los preceptos legales vigentes (1.875 CC y 145 LH). Afirma —a mi juicio con plena razón (40)— que la escritura pública es el "*presupuesto*" o "*requisito previo*" para que tenga lugar el *requisito definitivo y final determinante de la existencia del derecho*. La inscripción no es, como creen estos autores, una

(40) Dice AMORÓS, del que transcribo lo que dice José Manuel García. Las comillas y las bastardillas están en el texto que copio.

mera forma de publicidad posterior a la “constitución del derecho”, sino que, por el contrario, la escritura pública es una mera forma negocial anterior a la constitución y existencia del derecho de hipoteca. Lo que ocurre es que *la inscripción no es el único elemento constitutivo* del derecho de hipoteca. De entre los varios elementos que confluyen, *es el elemento característico y final del derecho*, pues hasta entonces no existe el derecho. La escritura pública y la inscripción son dos elementos o requisitos constitutivos de la hipoteca. La escritura es el requisito de la inscripción. *Es un requisito del requisito constitutivo. Hay, pues, dos elementos, escritura pública (o documento público) e inscripción.* Pero mientras la inscripción es el elemento característico de la hipoteca que se explica y tiene su fundamento en la falta de contacto posesorio con la cosa, la escritura pública es el elemento formal del negocio que posibilita la ulterior inscripción y, con ello, la ulterior existencia del derecho (loc. cit. págs. 572 y 573).» Hasta aquí la nota de Amorós citando a J. M. García.

Poco más adelante (41), insiste Amorós: «Como ejemplo de la doctrina más reciente y autorizada sobre esta cuestión, recordemos las siguientes palabras de José Manuel García: ... Sólo queda cerrado el ciclo de existencia o constitución cuando la inscripción se ha producido. Antes no existe derecho real de hipoteca. Antes de la inscripción LO UNICO que existe son unas declaraciones de voluntad de acreedor y deudor tendentes a la constitución de una garantía, es decir, un “acto jurídico”, pero en el que *los derechos que pueda generar ese “acto jurídico”* no se producen hasta la inscripción. Existen las “declaraciones de voluntad” pero no existen *los derechos* resultantes de las mismas. LA EXISTENCIA DEL DERECHO QUEDA EN SUSPENSO (loc. cit., pág. 567).»

Sinceramente, toda esta fraseología contra los «disidentes» opuestos a «la inmensa mayoría», acusados democráticamente, pero también dogmáticamente y *ex cathedra*, de manifestar afirmaciones «tan dogmáticas e injustificadas», que «no resisten en la actualidad una revisión crítica porque se apoyan en errores fácilmente superables», que suponen «desconocer el significado que a la inscripción atribuyen los artículos 1.875 CC y 147 LH», e implican «confundir los requisitos de forma y publicidad... que la doctrina más reciente ha formulado con nitidez», «con acierto y abundancia de razones», toda esta fraseología me parece peligrosa en cuanto pueda llegar a desequilibrar el prestigio público de un conjunto de actividades profesionales y se minimice a una para magnificar la otra, a costa de menospreciar, si no ignorar, toda la doctrina científica acerca del supuesto de hecho (Tatbestand) de un efecto jurídico determinado (Rechtsfolge) y en particular la referente al supuesto de hecho que tiene como requisito o

(41) Conf. cit. pág. 28.

elemento singular *primordial* un *negocio jurídico* contractual que la ley considera *causa jurídica* del efecto jurídico querido por los contratantes, aunque el ordenamiento jurídico imponga que, al menos, algún otro requisito o elemento integrante del supuesto de hecho sea *condición legal* del efecto querido por los contratantes, que incluso puede ser requisito de necesario cumplimiento para que *exista* el efecto jurídico contractualmente querido y causado, de tal manera que el momento de la *perfección* del negocio jurídico puede no coincidir con el momento del «*nacimiento*» o de la «*producción*» del efecto querido, sin perjuicio de que durante el período intermedio se produzca algún efecto jurídico, que puede ser parte del efecto jurídico final.

Claro que, en ocasiones, respecto a algún supuesto de hecho concreto, se discute si algún requisito legal es elemento integrante o constitutivo del negocio jurídico, es decir, necesario para la perfección y existencia del negocio, o, más bien, es elemento integrante o constitutivo del supuesto de hecho del efecto jurídico querido, pero no como elemento integrante o constitutivo del negocio jurídico sino como condición legal del efecto jurídico querido y causado por el negocio.

En el Derecho español que ordena el tráfico jurídico inmobiliario es muy importante diferenciar, de una parte, la *transmisión del derecho de propiedad* sobre una cosa específica, existente, propiedad del transmitente y poseída por el transmitente, de otra parte la *constitución del derecho de hipoteca* por el propietario de la cosa hipotecada.

1.1. Respecto a la aludida *transmisión del derecho de propiedad* estimo desacertada, aunque pudiera ser mayoritaria, la terminología de Amorós cuando dice que el derecho de propiedad se adquiere «MEDIANTE contrato y tradición (art. 609 CC)», al igual que la terminología de la teoría del título y el modo cuando concluye que el derecho de propiedad se adquiere «A CAUSA del contrato y de la tradición». Las estimo desacertadas porque, según la ley, el derecho de propiedad se adquiere A CAUSA o POR EFECTO o «POR CONSECUENCIA» del contrato traslativo de compraventa, aunque «MEDIANTE la tradición» (art. 609, 2, al final, CC).

Amorós opina que, en general, los derechos reales NACEN MEDIANTE la concurrencia de esos dos elementos, mientras que los derechos de crédito NACEN del solo contrato.

La generalización resulta excesiva. El derecho de propiedad que existe y pertenece al vendedor poseedor de la cosa no NACE para el comprador sino que lo transmite el vendedor y lo adquiere el comprador A CAUSA del contrato de compraventa, si se transmite la posesión en concepto de dueño, voluntaria o forzosamente, es decir, MEDIANTE la tradición por el vendedor o, supletoriamente, mediante la puesta en posesión por el Juez. En cambio, un derecho real cuasi posesorio, como el usufructo, ciertamente se

constituye y NACE y lo adquiere el comprador, a causa del contrato de compraventa, si se transmite la cuasi posesión correspondiente al contenido del derecho de usufructo, mediante la cuasi tradición por el vendedor propietario y poseedor constituyente.

Amorós, como se ha visto, entiende que el «mero contrato» de compraventa PRODUCE EFECTOS SIMPLEMENTE OBLIGATORIOS», y entiende que el derecho de propiedad del vendedor poseedor lo adquiere el comprador MEDIANTE la concurrencia de dos elementos, el contrato y la tradición, que, al parecer siguiendo la teoría del título y el modo, configura como DOS CAUSAS de la adquisición, *igualmente* necesarias ambas, aunque una sea «causa próxima o inmediata» del efecto (la tradición) y la otra sea «causa remota o mediata» del efecto (el contrato de compraventa).

En cambio, yo entiendo que el contrato de compraventa es primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio, y por esto entiendo, además, que, según la ley, el contrato de compraventa es la *causa jurídica contractual* del efecto traslativo, de la transmisión del derecho de propiedad, *si* se realiza la transmisión de la posesión del vendedor poseedor al comprador, una transmisión de la posesión en concepto de dueño que no es causa legal de la transmisión del derecho sino que es *condición legal* de la consolidación del efecto traslativo contratado. Así, el contrato y la tradición son requisitos o elementos integrantes o constitutivos del supuesto de hecho del efecto traslativo del derecho de propiedad, pero no son requisitos *igualmente* necesarios, en cuanto, según la ley, el *contrato* es la *causa jurídica* y la *transmisión de la posesión* en concepto de dueño por el vendedor poseedor es la *condición legal* del efecto jurídico querido y contratado, de la transmisión del derecho de propiedad.

1.2. Respecto a la *constitución del derecho de hipoteca* la cuestión terminológica es similar, aunque no sea idéntica.

La clave de la solución consiste en aclarar, según la ley española, si la inscripción es elemento integrante del contrato, necesario para la perfección del contrato, negocio causa de la constitución del derecho de hipoteca, o si la inscripción es elemento integrante del supuesto de hecho de la constitución del derecho de hipoteca pero no es elemento integrante del contrato causa de la constitución del derecho de hipoteca.

Estimo que en el Derecho español la inscripción registral del contrato de hipoteca escriturado notarialmente no es elemento formal o elemento probatorio y publicitario integrante del contrato de hipoteca, sino que es elemento formal, probatorio y publicitario, integrante del supuesto de hecho del nacimiento del derecho de hipoteca, como elemento complementario o adicional al contrato, que se perfeccionó en el momento del otorgamiento y autorización de la escritura, que es forma esencial del contrato, forma

constitutiva del contrato, que conforma y prueba. Antes de la inscripción del contrato de hipoteca escriturado lo que existe es NADA MENOS que un contrato perfeccionado (conformado y probado mediante escritura notarial) que es la causa legal y contractual de un efecto querido, aunque este efecto querido sólo nace si media la inscripción, por lo que, entretanto, el nacimiento del derecho «queda en suspenso».

El contrato es la *causa acordada* de la constitución o nacimiento del derecho de hipoteca, y la escritura notarial es la forma esencial constitutiva del contrato que conforma y prueba. Pero la actuación de la inscripción del contrato que la escritura notarial conforma y prueba, y que la inscripción publicará, es *condición legal* necesaria para que se consuma el efecto contratado, para que el derecho de hipoteca nazca y sea adquirido en la fecha de la inscripción, que no es la fecha del acta de inscripción sino que es la fecha de la presentación de la escritura en el Diario de Operaciones del Registro de la Propiedad.

En este sentido, el contrato es «*causa*» constitutiva del derecho de hipoteca y la necesaria inscripción posterior es «*condición legal*» constitutiva del derecho de hipoteca.

En cambio, la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa vendida, mediante tradición del vendedor poseedor al comprador, es condición legal, en cuanto transmisión de la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, para que se consolide el efecto traslativo que, según la ley, queda causado, y existe, desde el momento de la perfección del contrato, Si desaparece el riesgo de frustración de la querida y acordada transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato no seguido inmediatamente de la transmisión de la posesión porque entretanto podría adquirir la propiedad un segundo comprador de buena fe que recibiera la posesión entregada por el vendedor.

Obsérvese que según el Derecho alemán se inscribe el abstracto acuerdo real de transmisión del derecho de propiedad, un acuerdo que puede ser manifestado ante el registrador, pero que también puede ser manifestado ante el notario y probado ante el Registrador mediante la escritura notarial, de manera que la inscripción, en el primer caso será la inscripción que Núñez Lagos califica como forma constitutiva *del acuerdo real*, mientras que en el segundo caso será forma publicitaria declarativa de un acuerdo real pero constitutiva *del efecto traslativo acordado*, similar a la inscripción española del contrato de hipoteca escriturado notarialmente, pero no idéntica por cuanto el Derecho español no se refiere a un acuerdo real abstracto sino a un contrato primordialmente dispositivo-constitutivo de un derecho real y, consecuentemente, obligatorio.

2. He de insistir en que las secuelas del germanismo infiltrado en nuestra doctrina se manifiestan por doquier y no sólo esporádicamente. Del

mismo autor, Manuel Amorós Guardiola, son otros párrafos que entresaco de su estudio sobre «La causa del crédito hipotecario» (42).

«En los contratos traslativos de derechos reales con posesión (por ejemplo, compraventa de una cosa, en que se pretende la transmisión del derecho de propiedad sobre la misma), del contrato surge, entre otras, una obligación: la obligación de entrega; y sólo como consecuencia de su cumplimiento, es decir, de la tradición o entrega de la cosa vendida, adquiere su dominio el comprador, cualquiera que sea la forma en que la tradición se realice. En todo caso, el contrato es creador de obligaciones.

En el contrato de préstamo hipotecario —sigue diciendo Amorós—, en cambio, no hay obligación de entrega, ya que ésta no se lleva a cabo por no haber contacto posesorio. ¿Cuál es la obligación que resulta entonces del contrato? A mi juicio —dice Amorós— la obligación de inscribir en el Registro ese negocio contractual. Sólo cuando esté inscrito el contrato habrá nacido la hipoteca como derecho real. Antes sólo habrá una obligación de constituir o de completar el proceso constitutivo, que se ha iniciado mediante la celebración del contrato, pero que aún no se ha concluido. A través de dicho contrato las partes pretenden la creación de un préstamo garantizado... El propósito práctico querido por las partes es el nacimiento de ese crédito garantizado, y esa finalidad contractual sólo se consigue cuando el contrato queda inscrito, por eso, aquéllas resultan obligadas como consecuencia del contrato celebrado, a solicitar y conseguir esa inscripción...

Más adelante (43) Amorós dice que «hoy parece que la doctrina mejor se inclina a proclamar la incompatibilidad radical del sistema jurídico español respecto del negocio abstracto (Roca Sastre, Albaladejo, Terraza, Vallet, López Vilas, Escrivá de Romani y De los Mozos)». Y concluye, más adelante (44), «coincido plenamente con la tesis de García García» acerca del que éste llama «principio de negocio causal», «*nuestro sistema es causal y no abstracto*, en el doble sentido de que es necesario la existencia de un negocio obligacional, cuyos vicios repercuten en el título inscribible, y en el de que es necesario que conste en el título inscribible cuál es la causa jurídica del cambio real... Que nuestro sistema es causal ya no ofrece duda en la doctrina actual». Y aquí termina la cita de la opinión de García García a la que se adhiere.

Poco después, insiste Amorós (45) en «recordar» que «en el Registro de

(42) Libro que obtuvo el «Premio de Estudios Hipotecarios» de 1989, convocado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Edición del Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 24.

(43) Ob. cit. (42), pág. 76, núm. 51.

(44) Ob. cit. (42), pág. 79.

(45) Ob. cit. (42), pág. 87.

la Propiedad español se inscribe el derecho (nacido extrarregistralmente) en unión con su título, inseparablemente unido a él, de manera que ambos forman una unidad inescindible desde el punto de vista de la relación jurídica registral y de la titularidad correspondiente. Sin embargo, en los casos de inscripción constitutiva (como es el de la hipoteca), en que el derecho sólo nace cuando está inscrito, se inscribe únicamente el título originador, título de atribución del derecho de garantía, contrato o negocio jurídico unilateral (a reserva, en este último caso, de su posterior aceptación). Pero esa inscripción del título no excluye, sino que postula, la existencia y licitud de la causa que le sirve de justificación jurídica...».

En los párrafos citados, manifiesta Amorós que coincide su criterio con el de José Manuel García García, y este mismo criterio es el que subyace en la conferencia de Antonio Pau Pedrón a que se refiere el presente estudio en su introducción.

Al germanismo dicotómico infiltrado en este criterio me he opuesto en anteriores estudios, y continuo oponiéndome en el presente.

Ahora, en primer lugar, destaco que con tal criterio el contrato de compraventa y el contrato de hipoteca se configuran por Amorós como contratos creadores solamente de obligaciones, como contratos solamente obligatorios, como contratos solamente obligacionales. El germanismo ciega la visión del contrato latino español de compraventa como contrato primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio, e incluso, lo que es peor, ciega la visión del contrato latino español de hipoteca como contrato primordialmente constitutivo del derecho de hipoteca; es decir, ciega la visión del aspecto *real* de dichos contratos.

Así resulta que, según Amorós, «sólo como consecuencia del cumplimiento de la obligación de entregar, es decir, de la tradición o entrega de la cosa vendida, adquiere su dominio el comprador», y *sólo* como consecuencia del cumplimiento de la «obligación de inscribir en el Registro» el negocio contractual de préstamo hipotecario «habrá nacido la hipoteca como derecho real».

Es cierto que nuestro sistema, a diferencia del alemán, *no es abstracto*, pero la diferencia entre nuestro sistema y el alemán es aún más profunda, porque las voluntades contractuales españolas no son solamente obligatorias cuando son de finalidad traslativa del dominio o de finalidad constitutiva del derecho de hipoteca, porque el contrato es entonces, primordialmente, causa del efecto, traslativo o constitutivo del derecho, aunque se requiera el posterior cumplimiento de una condición legal, tradición o inscripción, para que el efecto querido y contratado se consolide (caso de la venta y tradición) o nazca (caso del contrato de hipoteca escriturado y de la inscripción).

Además, en nuestro Registro, como ya he dicho reiteradamente e insistiré más adelante, el Registrador inscribe títulos traslativos del derecho de propiedad, adquirido extrarregistralmente, no derechos inescindibles del título, y el Registrador inscribe contratos de préstamo hipotecario, no títulos constitutivos del derecho de hipoteca, porque el título constitutivo del derecho de hipoteca está integrado por el contrato que es causa constitutiva y por la inscripción que es condición legal constitutiva del efecto querido y contratado.

3. Para terminar de exponer este intento de conciliación de opiniones sólo aparentemente contradictorias, creo conveniente insistir en cuestiones ya consideradas pero que merecen ser traídas a colación resumida.

Hay que distinguir: por una parte los supuestos de hecho de los efectos de transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato de compraventa y de constitución del derecho de hipoteca a causa del contrato típico; por otra parte los supuestos de hecho de los efectos de inoponibilidad de lo no registrado (arts. 32 y 34 LH) y de oponibilidad de lo registrado (art. 38 LH).

En los primeros supuestos de hecho, que imprecisamente podríamos denominar «civiles», según la ley, el efecto jurídico querido se produce *a causa del contrato* o, lo que es lo mismo, *por efecto del contrato*, o *por el contrato*, si se abrevia la expresión, o «*por consecuencia del contrato*» si se utiliza la expresión legal (art. 609, 2, CC). Aunque el efecto jurídico querido se produzca «*mediante*», es decir SI «*media*» el cumplimiento de alguna *condición legal* incluida como elemento integrante o elemento constitutivo del supuesto de hecho del efecto jurídico que la ley considera querido.

Pero la contraposición técnica entre la *causa contractual* del efecto y la *condición legal* del mismo efecto no equivale a la contraposición alemana entre el *contrato* con efecto obligatorio y el diferenciado *acuerdo real* con efecto dispositivo real del que el contrato se considera causa abstraída.

Por esto, para evitar confusiones, estimo que en el Derecho español es más conveniente la contraposición técnica entre *contrato*, sinónimo de *voluntades* contractuales, y *condición legal*, que la contraposición técnica entre contrato causa, sinónimo de causa contractual, y condición legal. Porque permite centrar la atención en la *voluntad*, que es causa del efecto, dejando en segundo plano que el efecto no sea inmediato al contrato sino posterior y *mediato*, ya que ha de mediar el cumplimiento de una condición legal.

IV. ACCION PERSONAL Y ACCION REAL. EFICACIA *ERGA OMNES*, DEL DERECHO REAL Y DE LA PRUEBA DEL CONTRATO ESCRITURADO

1) *Actio*.

Los romanos distinguieron la *actio in personam* de la *actio in rem*.

1. *Actio in personam*.

La expresión *actio in personam*, fundada en un *contractus*, como la *actio ex empto* del comprador, significa que la acción y el procedimiento se dirigen por el actor o demandante contra una persona (*in personam*) que es la otra parte contratante, para que cumpla la obligación contratada, para que haga lo que acordó hacer.

La persona demandada queda determinada por el vínculo personal (*obligatio*) por ser la persona que contrató y asumió la obligación correlativa a la acción del actor.

Son acciones personales, entre otras, la acción para exigir la entrega de la posesión de la cosa comprada al demandado, y la acción para exigir al demandado la devolución de la posesión de la cosa propia del actor cuando no precisa probar la pertenencia del derecho de propiedad reivindicando contra el poseedor en concepto de dueño.

La acción personal por incumplimiento de la obligación se ejecuta sobre la cosa específica que el demandado posee y debe entregar o devolver, que le será tomada. Desde que dejó de ser posible la *litis aestimatio* que implicaba la compra, por el poseedor, de la cosa que debía devolver al actor, que ejercitaba una acción personal o una acción reivindicatoria.

Pero, desde que dejó de ser posible la primitiva ejecución personal por deudas (esclavitud o prisión), si la deuda es dineraria y en el patrimonio del deudor no hay dinero para entregarlo o devolverlo, el obligado responde con sus bienes patrimoniales, que serán vendidos en la medida necesaria para permitir que, con el dinero obtenido como precio de las cosas o derechos vendidos forzosamente, en ejecución de la responsabilidad patrimonial universal, el acreedor cobre el dinero que el deudor le debió pagar y no le pagó porque no lo tenía, o el dinero que representa el valor económico de un derecho personal cuando no se puede imponer su cumplimiento directo.

Todo esto se refiere directamente a la acción personal para exigir el cumplimiento de un deber nacido de un contrato, para exigir el cumplimiento de una obligación contractual (*obligatio ex contractu*).

Pero también puede aplicarse la acción personal para exigir el cumplimiento de un deber que no nace de un contrato, para exigir un *debitum* correlativo a un *creditum* del actor o *creditor*, del acreedor.

En el Derecho romano evolucionado, los deberes que no nacen de un

contrato se considera que nacen de un cuasi contrato si su causa es un acto lícito, de un delito si su causa es un acto ilícito doloso y de un cuasi delito si su causa es un acto ilícito culposo o negligente.

Los glosadores primero y los comentaristas después entendieron que cualquier acción deriva de un *ius* y contrapusieron el *ius in personam*, el derecho personal tutelado por una *actio in personam*, al *ius in re*, el derecho real tutelado por una *actio in rem*.

Finalmente, *todo derecho personal se denomina derecho de crédito*, incluso el nacido de un contrato, y tanto el derecho del vendedor a exigir la entrega del dinero del precio como el derecho del comprador a exigir la entrega de la cosa comprada.

2. La expresión *actio in rem* o *actio reivindicatoria in rem*, fundada en que la cosa es propiedad del actor, significa que éste pretende se declare judicialmente que le pertenece el derecho de propiedad sobre la cosa específica identificada que otra persona posee en concepto de dueño, como propietario aparente o presunto, para que le restituya la posesión, porque sólo el propietario verdadero tiene derecho a poseer la cosa como dueño, para disfrutarla y disponer de ella.

La persona demandada queda determinada por el hecho de ser el poseedor en concepto de dueño de la cosa, *ob rem*, abstracción hecha de cualquier relación contractual o de débito que acaso pudiera existir entre el demandante y el demandado.

El que pretende ser declarado verdadero propietario demanda a la persona que aparece como poseedor en concepto de dueño, como propietario aparente o presunto.

El actor ha de probar que adquirió el derecho de propiedad que dice le pertenece, para desvirtuar la apariencia o presunción de propiedad que ampara al poseedor en concepto de dueño.

Originariamente, aunque el poseedor resultara vencido por el reivindicante y debiera restituirle la cosa, podía evitar la devolución pagando el dinero de la *litus aestimatio*, es decir, comprando la cosa por el precio fijado ante el Juez como estimación dineraria de lo controvertido, privando al verdadero propietario de la cosa de su propiedad, como si se la expropiara.

Pero finalmente la acción reivindicatoria triunfante se ejecuta procesalmente sobre la cosa vindicada, *manu militari, in natura*, de manera que el actor recupera la posesión de la cosa de su propiedad aunque a ello se oponga el poseedor vencido (art. 1.096, 1, CC).

Así pues, la acción real por antonomasia, la acción reivindicatoria, que deriva del derecho de propiedad para defender la pertenencia del derecho, con todas sus facultades integrantes y sus consecuencias, incluidas la facultad de poseer y la realidad de la posesión, se actúa contra el que se atribuye la propiedad y posee en concepto de dueño, quienquiera que sea. En este

sentido, la acción real reivindicatoria se dirige *erga omnes possidentes* (poseedores en concepto de dueño), es decir, se dirige contra una persona determinada o identificada en la demanda por el *hecho* de ser el poseedor en concepto de dueño de la cosa, quinquiera que sea, con independencia de la existencia o inexistencia de alguna relación jurídica personal entre el reivindicante y el poseedor demandado por aparecer como propietario presunto, contra una persona determinada, pero no por un *contractus* o por un *debitum* sino por una situación posesoria, *ob rem*.

Erga omnes, contra todos, pero no contra todos los demás que no sean el reivindicante, sino contra aquel de entre todos los demás a quien el demandante identifica como poseedor en concepto de dueño de la cosa en el momento de la demanda, cualquiera que sea, quinquiera que sea, contra el *propietario aparente o presunto* en cuanto poseedor en concepto de dueño.

Esto es así porque el derecho de propiedad se tiene sobre la cosa sin que nadie deba hacer o no hacer algo para que el derecho pertenezca al dueño de la cosa y éste la posea y disfrute (inmediatividad), porque si alguien, atribuyéndose la pertenencia del derecho de propiedad, le priva de la posesión en concepto de dueño, el propietario puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el despojante, mientras no pierda el derecho de propiedad por la usucapión alcanzada por el poseedor, quinquiera que sea (ergaomnicidad).

En este sentido y no en otro puede hablarse de la inmediatividad y de la ergaomnicidad del derecho de propiedad, por contraposición al derecho personal, que no tiene estas características.

Del derecho de propiedad deriva, para defender la pertenencia del derecho, la acción reivindicatoria, *erga omnes possidentes* en concepto de dueño, *erga omnes propietarios aparentes o presuntos*, la acción del propietario no poseedor (desposeído) contra el poseedor no propietario (pero propietario aparente o presunto). Para lograr la declaración de la pertenencia del derecho de propiedad y, en consecuencia, la recuperación de la posesión, contra quien se atribuye la propiedad y posee como dueño.

Ahora bien, desde el punto de vista opuesto, el poseedor en concepto de dueño que estima es el verdadero propietario y resulta inquietado en el ejercicio de su derecho por otra persona que también estima es el verdadero propietario, aunque puede esperar hasta ser demandado reivindicatoriamente también puede no esperar y ejercitar contra esa otra persona una acción meramente declaratoria del dominio (de la pertenencia del derecho) que no implica recuperar la posesión a diferencia de lo que ocurre con la acción reivindicatoria, que presupone la desposesión del actor e implica la recuperación de la posesión.

Del derecho de propiedad derivan acciones para defender su pertenencia. Se ejercitan por quien afirma ser el propietario, contra cualquier otra

persona que lo niega y se atribuye la propiedad. Con la acción reivindicatoria *erga omnes possidentes*, el propietario *despojados* de la posesión pretende recuperar la posesión de la cosa después y a consecuencia de la declaración de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa, frente al propietario aparente en cuanto es el poseedor en concepto de dueño. Con la acción declaratoria del dominio *erga omnes non possidentes*, el propietario aparente, *inquietado* en la posesión, pretende obtener la declaración judicial de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa para que acabe la inquietación de la posesión de la cosa para retener la posesión pacífica, acallando a quien se jacta de ser el propietario, que intenta o *aspira a ser* el poseedor en concepto de dueño. Son acciones petitorias, paralelas a las acciones interdictales, posesorias, de recobrar y de retener.

Del derecho real parcial deriva una acción *confesoria erga omnes dominis* para defender su pertenencia. Se ejercita por quien afirma que el derecho existe y que le pertenece, contra quienquiera que afirme ser el propietario de la cosa y niegue la existencia del derecho o la pertenencia a quien se la atribuye. Sin perjuicio de que quien afirma ser el propietario pueda ejercitar una acción *negatoria* contra quienquiera que se atribuye la pertenencia de un derecho real parcial aunque no ejercite una acción confesoria.

Es claro que los derechos reales no se pueden definir, simplemente, por su *ergaomnicidad*, como derechos *erga omnes*, sin más, porque la pertenencia de cualquier derecho ha de ser respetada por cualquier otra persona, tanto si la niega como si, además, se la atribuye.

Lo primordial de un derecho *real*, como su mismo nombre latino indica (derivado de *res-rei*, la cosa), es la *inmediatividad* de su ejercicio sobre una *cosa*. Evidente si se trata del derecho de propiedad cuyo contenido de poderes o facultades es pleno, en el sentido del más amplio posible sobre la cosa (absolutividad) de manera que excluye a cualquier poder o facultad de otra persona determinada *ob rem*, por referencia a la cosa, de manera que es *oponible* y excluye a quienquiera que posea o intente poseer la cosa, como dueño o en concepto distinto al de dueño (*erga omnes possidentes* en sentido amplio y no sólo en concepto de dueño). Claro que no excluye la posible existencia de algún derecho real parcial sobre la misma cosa, con un contenido de poderes o facultades limitado y parcial, que puede gravar la facultad de disfrute o la facultad de disposición de la cosa, y que es *oponible* a quienquiera que sea el propietario o posea en concepto de dueño (*erga omnes dominis*).

2) Tutela jurídica del propietario.

1. El ordenamiento jurídico, para salvaguardar la paz jurídica y evitar actos de fuerza, para tutelar al propietario, protege al poseedor en concepto

de dueño, que es quien parece ser el propietario, con una tutela del *hecho de la posesión* y con una tutela del *aparente derecho a poseer*.

1.1. Si alguien, *de hecho*, le inquieta en su posesión o, más aún, se la arrebatada, le priva de ella, le despoja y pierde la posesión, podrá ejercitar una acción interdictal, de carácter posesorio, fundada en el hecho de su posesión probada, que ha sido inquietada o perdida, acción con la que logrará, respectivamente, retener o recobrar la posesión de hecho, si actúa dentro del año siguiente al momento de la inquietación o despojo (art. 1.968, 1.º, CC). En este sentido, «la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores el más antiguo (normalmente, el anterior y no el actual); si las fechas de las posesiones fueran las mismas (o no pudieran precisarse), el que presente título; y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes» (art. 445 CC).

Así, la anterior posesión *probada*, si no ha transcurrido un año desde su pérdida (art. 1.968, 1, CC), es oponible al actual poseedor demandado en proceso interdictal de recobrar, y para la prueba de la posesión anterior puede argumentarse exhibiendo el título formal probatorio de la pertenencia del derecho de propiedad.

1.2. La prueba de la posesión en concepto de dueño, aunque sea por reconocimiento de la contraparte procesal, es muy importante porque del hecho probado de la posesión en concepto de dueño deduce la ley la pertenencia de derecho de propiedad al poseedor (art. 448), lo que determina la favorable posición procesal del demandado, que corresponde al poseedor en concepto de dueño y presunto propietario, frente al reivindicante que ante el Juez afirma ser el verdadero propietario y pretende que así lo declare el Juez para recuperar la posesión en concepto de dueño.

Se aprecia con esto la importancia práctica del interdicto de recobrar la posesión y del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para dificultar una temida reivindicación.

El Código Civil configura como *medios* de prueba a las presunciones (art. 1.215 CC), aunque, más técnicamente, son *elementos* de la prueba (46).

«Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho (básico) de que han de deducirse esté completamente acreditado (probado)» (art. 1.249 CC).

(46) V ob. cit (35) Com MANUEL SERRA DOMINGUEZ, *Presunciones*, págs 557, 571, 575, 592. 596.

«Las presunciones que la ley establece *dispensan* de toda prueba a los favorecidos por ella» (art. 1.250 CC), aunque, más técnicamente, *facilitan* la prueba (47).

«Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba» (art. 1.251, 1, CC).

«El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título (de adquisición del derecho de propiedad) y no se le puede obligar a exhibirlo» (art. 448 CC).

Pero «El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor (en concepto de dueño) de la cosa para reivindicarla» (art. 348, 2, CC), desvirtuando la presunción de pertenencia del derecho al poseedor en concepto de dueño.

Así pues, si alguien pretende ser el verdadero propietario y discute, según Derecho, la presunción legal de que el poseedor en concepto de dueño posee con justo título (es decir, si discute la presunción que, del hecho básico probado de la posesión en concepto de dueño, deduce la ley para amparar al que parece ser el propietario, el presunto propietario por título material no determinado y dispensado de exhibir un título formal) tendrá que actuar como demandante, en juicio reivindicatorio, petitorio de derecho, reconociendo que el demandado es el poseedor en concepto de dueño, manifestando expresamente el título adquisitivo determinado por el que le pertenece el derecho de propiedad y tendrá que probarlo, sobre todo documentalmente, y acaso exhibiendo la copia de la escritura notarial, del título formal que conforma el título material o sustantivo de adquisición.

El presunto propietario en cuanto poseedor en concepto de dueño, reconocido como tal en la demanda, no tendrá que oponer un título sustantivo determinado por el que le pertenece el derecho de propiedad y no tendrá que probarlo exhibiendo un título formal (art. 448 CC). Pero, en su contestación, podrá alegar que el derecho de propiedad le pertenece por un título sustantivo determinado, que tendrá que probar.

En tal caso, el reivindicante tendrá que replicar a la contestación argumentando que respecto a su propio título «válido» el opuesto por el demandado es «nulo», que su propio título legalmente prevalece contra el título opuesto por el demandado, y tendrá que probarlo.

Según la terminología jurisprudencial, el poseedor que opone un título determinado se denomina «poseedor titulado», aunque su título no prevalezca, y el título que no prevalece frente al opuesto por la contraparte se denomina «título nulo». El «título» es el «fundamento de hecho y de De-

(47) V ob. cit. (35) (38). *Presunciones*, págs. 597, 599, 602, 604

recho, de la adquisición del derecho de propiedad» que se alega por el demandante o por el demandado. Se considera o califica como «título nulo», o «título de nula validez», el «título» del vencido, sea el demandado poseedor o sea el demandante no poseedor evicto, acaso porque adquirió el derecho de propiedad pero lo perdió en el momento en que el poseedor en concepto de dueño lo adquirió por usucapión. El título del vencedor es el «título válido». Claro que, más bien, vence el que prueba su título válido respecto al adversario con título nulo.

2 A la eficacia legitimadora de la posesión en concepto de dueño reconocida por el reivindicante, éste puede oponer, para desvirtuarla, la eficacia probatoria del documento público (art. 1.218 CC) o privado (arts. 1.225 y 1.227 CC) que formaliza la adquisición del derecho de propiedad, documento que ha de ser probado por exhibición, de su copia si se trata de escritura notarial o del original si se trata de documento privado fehaciente por su firma reconocida (art. 1.225 CC) desde su fecha cierta (art. 1.227 CC).

Esta eficacia probatoria u *oponibilidad erga omnes* de la prueba consiste en que el contenido documentado y sus efectos sustantivos son oponibles a la otra parte contratante según el documento (o sus sucesores), y a cualquier tercero a quien pudiera afectar de algún modo, favorable o perjudicial, la existencia del contrato y la realidad de los hechos probados documentalmente, así como sus efectos correspondientes, que no pueden ser eficazmente negados mientras no se desvirtúe judicialmente la fehaciencia, el valor probatorio del documento y del contenido documentado, probando su falsedad.

La escritura notarial del contrato de compraventa normal u ordinario es prueba *erga omnes* del contrato de compra (art. 1.218 CC) y de la transmisión de la posesión de la cosa poseída por el vendedor (art. 1.462, 2, CC) y, en consecuencia, es prueba de la efectiva transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa vendida y de la consolidación de la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa comprada y recibida, antes de que el comprador poseedor perdiera la posesión por haberle despojado el actual poseedor en concepto de dueño que es el demandado en juicio reivindicatorio. También prueba el pago por el comprador del dinero del precio no aplazado contractualmente.

La escritura notarial del contrato de cesión del derecho de propiedad del propietario desposeído es prueba *erga omnes* del contrato (art. 1.526 CC), oponible ante todo al tercero poseedor en concepto de dueño.

El propietario titulado formalmente con escritura notarial prueba con ella las manifestaciones de verdad, las declaraciones de voluntad, los actos realizados y los hechos acaecidos ante el fedatario autor de su relato escrito, incluida la autenticidad de las firmas y la certeza de la fecha.

Así, la escritura notarial probada por exhibición de su copia es prueba oponible *erga omnes* de su existencia y de su contenido, de un contenido que puede ser el contrato de compraventa a causa o por consecuencia del cual el comprador adquirió el derecho de propiedad, mediante la tradición por el vendedor poseedor (art. 1.462, 2, CC) o sin mediar tradición cuando el vendedor está desposeído (art. 1.526 CC).

Implica la legitimación como propietario del comprador que exhibe la copia de la prueba fehaciente *erga omnes*. Mientras no sea desvirtuada su fehaciencia o veracidad (art. 1.218 CC) (48).

Cuando la copia de la escritura notarial se presenta en el Registro de la Propiedad y se inscribe el título sustantivo contenido, la prueba documental, pública por razón de su autor pero secreta como el protocolo notarial, queda *publicada*. La publicidad registral es una publicidad jurídica de la prueba documental aportada y del contenido publicado por la inscripción registral.

La publicidad registral implica una eficacia legitimadora, la legitimación como propietario del comprador según prueba fehaciente, calificada y extractada en la inscripción, como acredita el acta de la inscripción firmada por el Registrador (art. 38, 1, LH). Mientras no se declare judicialmente la inexactitud del Registro (art. 38, 2, LH).

La transmisión del derecho de propiedad que publica y prueba la inscripción registral (del título adquisitivo probado mediante la copia de la escritura notarial que lo documenta y prueba) se puede oponer frente a otros porque la inscripción registral es prueba de su contenido, fehaciente mientras no se declare judicialmente su inexactitud, en cuanto el Registrador, en el acta de la inscripción, afirma su concordancia con la prueba documental presentada.

Esta oponibilidad de la fe pública registral, de la inscripción registral probatoria, de la prueba registral, *legítima* al titular registral (incluso al inmatriculante) que la opone a otro, una vez que el legitimado practica su prueba, exhibiendo la certificación registral de la inscripción, que es pública. Esta es la legitimación registral resultante de la prueba por presunción legal deducida de la inscripción registral probada (art. 38 LH).

En este sentido son sinónimas las expresiones fe pública registral y legitimación registral.

Pero la expresión fe pública registral se usa con un sentido estricto para significar la inoponibilidad de lo no inscrito (de lo que no consta registrado con exactitud) a quien adquiere un derecho que transmite su titular registral o que constituye el titular registral del dominio, e inscribe su título adquisitivo, a menos que sea un adquirente a título gratuito o de mala fe, según la Ley Hipotecaria (arts. 23 y 34 LH 1861; arts. 32 y 40, ap. final LH

(48) V. ob. cit (35). Com. FAUSTINO CORDÓN MORENO, págs 119j, 138, 150.

vigente). Principalmente se trata del comprador del derecho de propiedad o del acreedor hipotecario.

La Ley Hipotecaria de 1861, en su artículo 23 (que es el art. 32 de la Ley vigente) dispuso que «Los títulos... (inscribibles) que no estén inscritos en el registro no podrán perjudicar a tercero», y concretó que «para los efectos de esta Ley, se considerará como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato *inscrito*» (artículo 27, sin equivalencia en la Ley vigente), a favor de su causante según el tracto sucesivo registral (art. 20).

Desde entonces, siempre se ha de denominar tercero *inscrito* (o tercero registral o tercero hipotecario) al *segundo* de dos titulares registrales sucesivos según el tracto registral (art. 20), al que no ha intervenido en el acto o contrato *inscrito* a favor de su causante, cuando se *inscribe* su propio título adquisitivo. Nunca se refiere al inmatriculante la denominación legal de tercero. Sobre esto insistiré más adelante.

Obsérvese que el ser *inoponible a tercero la prueba* de un título de pertenencia de un derecho se debe a que el título es ineficaz frente al tercero, de nula validez, porque *el derecho se atribuye por la ley al tercero* y lo pierde aquel a quien antes pertenecía.

3. En resumen:

3.1. La posesión en concepto de dueño, una vez probada, por reconocimiento o confesión del afectado o documentalmente (art. 1.462, 2, CC) o por testigos, es prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor, por título adquisitivo no determinado, en cuanto queda dispensado de la exhibición de un título formal (art. 448 CC). Es prueba oponible a otros, *erga omnes*, pero «puede destruirse por la prueba en contrario» (art. 1.251, 1, CC), adecuada al caso en cuestión.

La apariencia de propiedad que implica la situación pública de posesión en concepto de dueño, por presunción legal legítima al poseedor en concepto de dueño como propietario presunto.

3.2. Si otro pretende ser el propietario verdadero y recobrar la posesión como dueño, la prueba en contrario ha de ser practicada en juicio declarativo reivindicatorio y estimada en sentencia firme (art. 348, 2, CC). Sin perjuicio del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que luego se considerará.

Pero a otros efectos, a la legitimación del poseedor, alegada por éste o por otros, puede oponerse la legitimación resultante de la prueba documental fehaciente, como por ejemplo si se trata de oponer a los acreedores del vendedor o del comprador la venta otorgada por el poseedor actual, probada con copia exhibida de la escritura notarial (art. 1.218 CC) o con el documento original privado (arts. 1.225 y 1.227 CC). Sin perjuicio de la controversia judicial correspondiente si no se quiere reconocer la eficacia probatoria del documento, su fehaciencia.

La escritura notarial, probada por exhibición de su copia, es oponible a otros, *erga omnes*, como prueba de su existencia y de su contenido, mientras no sea desvirtuada su fehaciencia y veracidad. Si su contenido es un título traslativo del derecho de propiedad el adquirente queda legitimado como propietario ante terceros.

La inscripción registral, probada con certificación registral exhibida, es oponible a otros, *erga omnes*, como prueba de su contenido y de sus efectos propios, mientras no sea desvirtuada su fehaciencia o exactitud. Si su contenido es un título traslativo del derecho de propiedad el adquirente queda legitimado como propietario ante terceros (arts. 38 y 41 LH).

3) La expresión *oponibilidad erga omnes* se suele usar con mucha imprecisión y conviene distinguir la oponibilidad del *derecho real* frente a otros (*erga omnes*) de la oponibilidad de la *prueba* frente a otros (*erga omnes*).

El derecho real de *propiedad* es oponible a quienquiera que posea o intente poseer la cosa, en concepto de dueño o en concepto distinto al de dueño, es oponible *erga omnes possidentes* en este sentido amplio, que incluye a quien es poseedor o intenta ser poseedor en concepto de dueño y al que es poseedor o intenta serlo en concepto de titular de un derecho real parcial.

El *derecho real parcial* es oponible a quienquiera que sea el propietario de la cosa, es oponible *erga omnes dominis*, y, desde luego, al poseedor en concepto de dueño aunque no sea propietario.

La *posesión en concepto de dueño es prueba erga omnes* de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor, por presunción legal, mientras no se pruebe que el derecho no le pertenece (art. 448 CC).

La *escritura notarial es prueba erga omnes* de su contenido, mientras no se demuestre su falsedad (art. 1.218 CC).

La *inscripción registral es prueba erga omnes* de la existencia y pertenencia del derecho (art. 38, 1, LH), mientras no se rectifique la inexactitud registral (art. 38, 2, LH).

4) Relación jurídica y derecho.

Conforme al Derecho alemán, desde que así lo concibieron Savigny y su escuela de los pandectistas germánicos, se puede hablar de las acciones personales, derivadas de los derechos personales, nacidos y adquiridos a causa o por consecuencia de negocios personales u obligacionales (contratos), incluidos los de finalidad traslativa del dominio, que producen derechos con efectos *inter partes*, entre los contratantes, relativos; contrapuestas a las acciones reales, derivadas de los derechos reales, adquiridos a causa o por consecuencia de negocios dispositivos reales (acuer-

do real, no contrato), que producen derechos con efectos *erga omnes*, absolutos.

Pero tan absoluta contraposición dicotómica no puede trasladarse al Derecho español, en el que la compraventa es un contrato primordialmente dispositivo y consecuentemente obligatorio, sea dispositivo transmisivo del derecho de propiedad, sea dispositivo constitutivo o dispositivo transmisivo de un derecho real parcial cuasi posesorio, sea dispositivo transmisivo de un derecho incorporal (art. 1.526 CC)

1. Ahora bien, es conveniente distinguir:

La *relación personal*, o relación entre dos personas por causa de un contrato (*ob ligatio*) o de un acto del que nace una vinculación interpersonal (*debitum*).

La *relación real* o relación entre dos personas por razón de una cosa (*ob rem*).

Bien porque se trata de un propietario enfrentado a un poseedor en concepto de dueño, pero no propietario (art. 348, 2, contra art. 448 CC), en una relación de hecho, con un contenido regulado en el título normativo de la posesión (arts. 451-458 CC).

Bien porque se trata del titular de un derecho real parcial enfrentado a quienquiera que sea el propietario de la cosa gravada (*erga omnes dominis*), en una relación muy «objetivada» tratándose de servidumbres prediales «reales» (art. 530 CC), pero también objetiva tratándose de gravámenes de la facultad dispositiva del propietario, por un derecho de ejecución específica, un derecho a enajenar en subasta la cosa ajena (hipoteca, prenda), o por un derecho a adquirir la cosa ajena (tanteo, retracto, reales). Sin olvidar la relación contractual entre el propietario constituyente del derecho real parcial y el primer adquirente de éste.

Sin olvidar que el propietario que ejercita su acción reivindicatoria ha de probar la pertenencia del derecho frente al poseedor (*erga omnes possidentes*) y que el titular del derecho real parcial que ejercita su acción confesoria tendrá que probar su título de constitución y de adquisición frente al propietario gravado (*erga omnes dominis*), quien tendrá contra aquél una acción negatoria de la existencia del derecho real parcial

La relación personal y la relación real implican poderes y deberes para las partes de la relación, de manera que, en principio, a un poder de una parte corresponde un deber de la otra parte, y se denomina *derecho* de una de las partes al conjunto de poderes jurídicos o derechos concretos o facultades inherentes a su situación como parte en la relación jurídica, respecto a la actividad de la otra parte (derecho personal) o respecto a una cosa poseída por la otra parte como dueño (derecho de propiedad del que ha derivado la acción reivindicatoria) o perteneciente a la otra parte (derecho real parcial).

La pertenencia del derecho real de propiedad sobre una cosa puede considerarse jurídicamente publicada en cuanto resulta probada, públicamente, mediante la prueba de la posesión de la cosa en concepto de dueño, porque la ley presume que el dominio pertenece al poseedor en concepto de dueño, salvo prueba en contrario (art. 448 CC).

La pertenencia de los derechos reales parciales de disfrute inmediato de la cosa ajena (usufructo, uso, habitación, servidumbres prediales continuas y aparentes) también puede considerarse jurídicamente publicada en cuanto pueda probarse por presunción deducida de la prueba de la correspondiente cuasi posesión de la cosa (una posesión en nombre propio pero en concepto distinto al de dueño), aunque no amparada por la presunción legal del artículo 448 del Código Civil.

En cambio, la existencia y pertenencia de un derecho real no posesorio (no cuasi posesorio) que limita las facultades del propietario, la de disfrute (servidumbres personales y servidumbres prediales no usucapibles) o la de disposición (hipoteca, tanteo-retracto), no resulta publicada por una posesión o una cuasi posesión, y en este sentido es *clandestina* para el tercero adquirente de la propiedad gravada por un anterior propietario (constituyente del gravamen). De aquí la necesidad social de dar publicidad jurídica registral a la prueba documental de la existencia y pertenencia de estos derechos reales para que resulte inseparable jurídicamente la eficacia *erga omnes dominis* del derecho y la eficacia *erga omnes* de la prueba pública de su existencia y pertenencia resultante del correspondiente título formal probatorio de un título material constitutivo o adquisitivo, lo que exige, principalmente, la inscripción de un contrato constitutivo del derecho o traslativo del derecho constituido anteriormente.

Por contra, los derechos personales, en cuanto sólo son eficaces y oponibles *inter partes*, a la otra parte contratante y a sus sucesores, pero no a personas determinadas *ob rem*, aunque puedan beneficiar o perjudicar a tercero, no requieren una publicidad jurídica registral (*erga omnes*) de la prueba (*erga omnes*) de su existencia y pertenencia. Si acaso consta inscrito el contrato que «constituye» un derecho personal, la inscripción no lo «constituye» como derecho real, a menos que así lo disponga alguna norma del ordenamiento.

2. Ahora bien, en el Derecho español, tratándose de la relación nacida del contrato de compraventa (que es el contrato modelo de los contratos traslativos, del dominio y de otros derechos, reales o de crédito, así como modelo de los demás contratos, no traslativos) los poderes y los deberes correspondientes están orientados a lograr la efectividad de las contratadas recíprocas transmisiones de la cosa y del dinero, la efectividad del cambio de cosa por dinero acordado por las partes.

Es decir, que en cada una de las dos voluntades acordadas, la del

vendedor y la del comprador, lo primordial es el aspecto traslativo (dispositivo por parte de uno y adquisitivo por parte del otro) del derecho de propiedad, sobre la cosa que se transmite al comprador y sobre el dinero del precio que se transmite al vendedor, es decir, el aspecto «*real*» de cada una de las dos voluntades acordadas, y es consecuente el aspecto constitutivo de deberes u obligaciones, con sus correspondientes poderes, facultades o derechos, es decir, el aspecto «*obligacional*» o «*personal*» de cada una de las dos voluntades acordadas.

En este sentido, el contrato de compraventa constituye una relación, primordialmente real, con dos transmisiones recíprocas de derechos de propiedad, del vendedor y del comprador, y consecuentemente obligatoria o personal, con recíprocos deberes, y con sus correlativos poderes, referidos a cada una de las dos recíprocas transmisiones de derechos.

Lo que se dice de la compraventa de cosa puede referirse a la compraventa-cesión de un crédito considerado objeto de tráfico jurídico.

El contrato de compraventa, en el Derecho español, no es el alemán contrato de venta, solamente obligatorio, de finalidad traslativa, que por su finalidad obliga a transmitir el derecho de propiedad de la cosa vendida y el derecho de propiedad del dinero del precio de la compra, sino que es, primordialmente, un contrato *traslativo, directamente*, sin una obligación intermediaria de transmitir (el derecho vendido) por acuerdo real (cumplimiento de un acuerdo obligacional, de un acuerdo que obliga a concertar un acuerdo real). Aunque legalmente es un contrato traslativo *no inmediatamente* cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa específica (no genérica), existente (no futura), que le pertenece (que no es cosa ajena, propiedad de otro), pues en tal caso, que es el caso normal, según la ley, la contratada transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa con el cambio de propietario queda *consolidada mediatamente*, al mismo tiempo que se consuma la transmisión de la posesión con el cambio de poseedor en concepto de dueño, es decir, que, según la ley, está condicionada la transmisión del derecho de propiedad del vendedor a la transmisión de la posesión del vendedor (está condicionado legalmente el cambio de propietario al cambio de poseedor) a la misma persona. Pero es un contrato traslativo inmediatamente, sin mediar tradición, cuando el vendedor está desposeído y vende su derecho *incorporal*.

Las «obligaciones» que nacen del contrato de compraventa tienen por finalidad o están orientadas a que llegue a ser efectivo el intercambio de transmisiones de derechos. El vendedor poseedor está obligado a transmitir su posesión de la cosa al comprador, a darle posesión de la cosa, a entregarle o hacerle tradición de la cosa. El comprador está obligado a transmitir su posesión del dinero del precio al vendedor, a entregarle el dinero, a pagarle el precio, una cantidad de dinero, de cosas fungibles, que se espe-

cifican, y le pertenecen, en el momento de la entrega, que realiza con dinero efectivo o mediante una orden de pago al depositario de su dinero efectivo (acaso de él recibido en préstamo).

3. Pero la adquisición de la cosa por el comprador y la adquisición del dinero del precio por el vendedor tienen por *causa* el contrato en su aspecto *traslativo*, no en su aspecto obligatorio.

El comprador, antes de la tradición de la cosa por el vendedor poseedor, no tiene un derecho de crédito para adquirir la cosa, sino un derecho de propiedad, condicionado legalmente en cuanto al vendedor poseedor aún es el propietario presunto según la ley (art. 448 CC).

El vendedor, antes del cobro del dinero del precio, no tiene un derecho de crédito, para adquirir el dinero, igual que el derecho del vendedor del sistema alemán. El comprador español está obligado a pagar *entregando la posesión* del dinero para que su *propiedad* se transmita al vendedor *a causa* del contrato de compraventa en el que radica el consentimiento traslativo del derecho de propiedad. Mientras que el comprador alemán está obligado a pagar entregando la posesión del dinero para que su propiedad se transmita al vendedor por efecto de un negocio dispositivo traslativo (Tradición), por efecto de un acuerdo real abstraído del contrato de compraventa que es su causa en cuanto es fuente de la obligación de realizar el negocio Tradición.

4. Claro que el contrato de compraventa se refiere a la venta *traslativa* del derecho de propiedad sobre una cosa, más también a la venta *constitutiva* de un derecho real parcial cuasi posesorio (de disfrute) sobre el derecho de propiedad del vendedor, y a la venta traslativa de un derecho real parcial cuasi posesorio anteriormente constituido, y a la *cesión traslativa* de un derecho incorporal o acción, sea un derecho real incorporal como el derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, sea un derecho de crédito hipotecario (art. 1.526 CC), o sea, un derecho de adquisición.

Desde luego, el contrato de compraventa no es el único contrato traslativo, pues también lo son, al menos, el contrato de permuta, el de obra y el de sociedad.

Aparte, existen los contratos típicos de *constitución* de los derechos reales de *garantía* —de prenda (derecho real corporal, posesorio) y de hipoteca (derecho real incorporal, no posesorio), accesorios del crédito garantizado. Contratos que son fuente de obligaciones consecuentes.

Los considerados contratos de *constitución* de los derechos reales de *adquisición* (tanteo, retracto, opción) también son fuente de obligaciones consecuentes.

5. Considerar el aspecto procesal de la contradicción entre la posesión y la inscripción registral resulta muy ilustrativo.

En el juicio declarativo ordinario, si el demandante ejercita la acción

reivindicatoria el demandado es el poseedor en concepto de dueño en cuanto es el propietario *presunto*, por título material no determinado, dispensado de exhibir el título formal, según la ley civil (art. 448 CC), de manera que la carga de la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad que desvirtúa esta presunción corresponde al demandante, que pretende ser declarado judicialmente propietario *verdadero* para recuperar la posesión perdida y evitar que el poseedor durante cierto tiempo, por usucapión, pase a ser el propietario verdadero y pierda la propiedad el actual propietario desposeído.

En cambio, en el llamado procedimiento de ejecución registral posesoria que regula el artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1947, vigente, el ejecutante es el titular registral del dominio, el propietario *presunto*, por título material determinado y concreto, probado mediante copia de la escritura notarial conformadora calificada por el Registrador, y publicado mediante la inscripción, según la ley registral (art. 38, 1, LH), y el ejecutado es el poseedor en concepto de dueño propietario presunto, por título material indeterminado, dispensado de exhibir el título formal, según la ley civil (art. 448 CC). Y en este procedimiento se invierte la normal carga procesal de la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad de manera que prevalece la legitimación del titular registral por la inscripción registral (art. 38, 1, LH), contra la legitimación del poseedor, por la posesión (art. 448 CC), porque el poseedor será judicialmente desposeído a menos que, como demandante, formule «demanda de contradicción» contra el titular registral ejecutante fundada necesariamente en alguna de las causas tipificadas por la ley registral (art. 41, 6, LH), de las que es primordial el «poseer el contradictor la finca... por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular, o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36» de la Ley Hipotecaria (art. 41, 6, 2.ª causa de oposición, LH).

Si el demandado contesta a la demanda (art. 41, 8, LH), el procedimiento se tramita como un incidente (art. 41, 6, LH) y la carga de la prueba corresponde al demandante poseedor que formula demanda de contradicción contra la presunción registral que ha de desvirtuar (art. 38, 1, 2, LH) sin poder fundarse exclusivamente en la presunción posesoria (art. 448 CC).

La sentencia desestimatoria de la demanda de contradicción implica que el titular registral será puesto en posesión judicialmente, aunque esta sentencia no produce excepción de cosa juzgada y queda a salvo el derecho del que fue poseedor para promover juicio declarativo sobre la misma cuestión (art. 41, 9, LH) en el que tendrá que actuar como demandante, con la correspondiente carga procesal de la prueba.

El poseedor contra quien se interponga el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria también podrá oponerse a la pretensión del titular registral fundándose en alguna otra alegación distinta de las tipificadas por dicho artículo (art. 41, 7, LH) pero tendrá que actuar como demandante (a menos que sea demandado por el titular registral) en juicio declarativo ordinario, y no podrá ampararse solamente en su situación posesoria (art. 448 CC), sino que tendrá que probar sus alegaciones.

Así pues, en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el propietario *presunto* según el registro, amparado en la legitimación registral (art. 38 LH) *prevalece* contra el propietario *presunto* en cuanto poseedor en concepto de dueño, amparado en la legitimación posesoria (art. 448 CC), excepto cuando éste es un poseedor *titulado suficientemente*. que alega y prueba un título adquisitivo determinado y considerado suficiente por la ley registral (art. 41, 6, 2.ª causa de contradicción, LH). Es decir, que contra el titular registral ya no le basta oponer la presunción de título adquisitivo material, indeterminado, que le dispensa de exhibir un título formal, sino que, por el contrario, ha de alegar y probar un título adquisitivo determinado, y suficiente según la ley registral.

En este sentido, el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria cumple una función similar a la del desahucio, fundado en un título adquisitivo probado y publicado registralmente.

6. La pretensión de tutela de un derecho se actúa como acción personal o como acción real.

La acción personal se actúa contra una persona obligada por contrato o por débito, vinculada con el actor, probando la relación sustantiva con el demandado y su causa.

La acción real se actúa contra una persona no vinculada con el actor, para que se declare la pertenencia al actor de un derecho real, probando la adquisición del derecho de propiedad, normalmente por título traslativo, o la adquisición del derecho real parcial, normalmente por título constitutivo o traslativo.

De aquí resulta la práctica incompatibilidad de ejercicio entre la acción personal y la acción real, y la práctica prioridad de la primera en cuanto requiere una prueba más simple.

En el Derecho italiano, en el que la venta normal es inmediatamente traslativa del derecho de propiedad aunque no se haya hecho entrega de la cosa, para que el comprador obtenga la posesión de la cosa que el vendedor posee, en principio, puede ejercitar contra el vendedor poseedor la acción personal contractual o bien la acción reivindicatoria, aunque esta alternativa es más bien teórica porque para reivindicar hay que probar la condición de propietario y al invocar el comprador su título de adquisición se expone a la excepción de incumplimiento de su obligación de pagar el precio, opuesta

por el vendedor demandado que aún no ha entregado la cosa y quiere retenerla, si bien tal excepción no se refiere a la ineficacia del contrato sino al incumplimiento de una obligación de entregar dinero nacida del contrato que ya ha producido su efecto traslativo (49).

En el Derecho francés, el comprador, calificado como propietario, puede ejercitar la acción contractual y la reivindicatoria; ambas acciones le permiten obtener la cosa *in natura*. Sin embargo, una regla preterlegal prohíbe la acumulación de la acción personal y la acción real e impone al comprador ejercitar la acción contractual (50).

Según el Derecho romano (arg. D. 6.1.63) (51), el comprador que recibió la posesión entregada por el vendedor y que *luego* es despojado por el vendedor, también podrá ejercitar contra éste la acción reivindicatoria, al igual que si le hubiera despojado un tercero, porque la venta ya surtió todos sus efectos, incluso el de la entrega.

Esto mismo puede predicarse del sistema español actual.

Pero después de la reforma proyectada, antes de que se practique la inscripción del contrato de venta, el comprador no podrá ejercitar la acción reivindicatoria contra el vendedor que contractualmente le hizo entrega (acaso la entrega instrumental del art. 1.462, 2, CC), pero que, después de hacerla, extracontractualmente, le despojó de la posesión (acaso por inversión injusta de su situación posesoria como precarista resultante de la tradición instrumental), se atribuye la pertenencia del derecho de propiedad, niega que pertenezca al comprador y se opone a que sea poseedor en concepto de dueño.

Hay que advertir que si el vendedor tradente ejercita una acción personal de ineficacia del contrato de venta, actúa como parte contratante respecto al comprador, pero puede actuar la acción personal de ineficacia, por acumulación subjetiva, contra el tercero causahabiente del comprador, si es conocido como tal, porque declarada la ineficacia del contrato de venta queda declarado que el vendedor continúa siendo el propietario, habida cuenta del carácter rigurosamente derivativo de las transmisiones del dominio.

Puede parecer que dicho vendedor, como por la ineficacia del contrato de venta continúa siendo el propietario, tendrá que ejercitar la acción reivindicatoria contra cualquier poseedor en concepto de dueño de la cosa que no sea el comprador, y así será cuando se desconozca qué relación jurídica existe entre el comprador y el tercero poseedor actual, pero no cuando el tercero poseedor actual sea conocido como causahabiente del comprador,

(49) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 149

(50) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 145 (4).

(51) V libro (2), pág. 276, com. D. 6.1.63.

acaso por reventa de éste, porque, lógicamente, no procede actuar reivindicando cuando puede actuarse una acción personal, incluso contra tercero, probando el título en que se fundamenta, sin tener que recurrir a probar la propiedad del actor.

7. Se presta a equívocos la denominación de acciones declarativas de la ineficacia de los contratos, por lo que conviene exponer algunas precisiones.

7.1. Teniendo en cuenta el histórico y vigente carácter derivativo de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad, porque nadie puede adquirir un derecho que no pertenece al transmitente salvo excepción legal, la declaración de nulidad de un contrato de compraventa, al que siguió la tradición a favor del comprador, implica que se declara la ineficacia total del contrato y, por tanto, primordialmente, la ineficacia traslativa del derecho de propiedad sobre la cosa vendida y entregada, que, en consecuencia, continuó y continúa perteneciendo al vendedor, aunque la posea en concepto de dueño el comprador o un tercero causahabiente (del comprador) por compra y tradición, denominado tercero adquirente o tercero poseedor en concepto de dueño.

Sólo en este sentido se puede decir que la acción de nulidad del contrato de compraventa es una acción *real*, en cuanto el derecho de propiedad, que pertenece al vendedor según la sentencia que declara la nulidad del contrato, es un derecho oponible a cualquier tercero adquirente poseedor en concepto de dueño.

Por esto, cuando la cosa esta en posesión del comprador que la recibió del vendedor, la acción de nulidad se actuará por el vendedor contra este único poseedor.

Pero cuando la cosa está poseída en concepto de dueño por un tercero causahabiente del comprador, a quien la compró y de quien recibió la tradición, hay que distinguir dos supuestos.

Si el vendedor que hizo tradición *conoce* que el poseedor en concepto de dueño es causahabiente del comprador, por acumulación subjetiva, podrá actuar simultáneamente contra el comprador y contra el subcomprador para que se declare que la propiedad pertenece al vendedor por ser nulo el contrato de venta y haberse revendido la cosa que no pertenecía al revendedor, que era cosa ajena, propia del demandante.

En cambio, si el vendedor que hizo tradición *desconoce* que el poseedor en concepto de dueño es causahabiente del comprador podrá demandar al poseedor en concepto de dueño ejercitando la acción reivindicatoria, fundándola en su título de adquisición, no en la nulidad de la venta. Pero si el poseedor contesta oponiéndose por ser propietario a causa de un determinado título de adquisición, que en el caso analizado sería el contrato de reventa seguida de tradición, el demandante tendrá que replicar pidiendo la

declaración de «nulidad» del «título» de pertenencia del poseedor por haber comprado una cosa no perteneciente al revendedor sino al demandante, para lo que tendrá que probar la «nulidad» del «título» de pertenencia al revendedor, por ser nulo su título de compra al demandante.

Según la jurisprudencia española histórica, cuando el «título» de la aparente adquisición por el comprador es declarado «nulo» también el alegado «título» de pertenencia al subcomprador es declarado «nulo». Esto significa que el «título», es decir, el «fundamento de la pertenencia del derecho» (no el simple título de la teoría del título y el modo), es de «nula validez», es «nulo», no es «válido», cuando la cosa no pertenece a quien la vende y entrega, cuando el derecho de propiedad revendido no pertenecía al revendedor, que resulta ser un vendedor de cosa ajena. Es decir, que el calificativo «nulidad» no se refiere sólo al contrato, o al contrato y a la tradición, sino también a la falta del presupuesto objetivo del contrato traslativo que es la pertenencia del derecho al transmitente.

Lo que se ha dicho de la acción de nulidad del contrato se ha de referir a la acción declaratoria de la nulidad de pleno derecho, pero también a la acción de anulación del contrato anulable, y a la acción de resolución del contrato resoluble.

7.2. Se suele decir que la acción para la declaración de rescisión del contrato rescindible es una acción *personal* para significar que la rescisión del contrato de venta, que obliga al comprador a devolver la posesión de la cosa al vendedor propietario, no perjudica por derivación al subcomprador, a menos que se pruebe que subcompró de mala fe (art. 1.295, 2, CC), porque conocía la causa de la posible rescisión declaratoria de la no pertenencia del derecho al revendedor (subvendedor).

Excepción al principio rigurosa de la adquisición derivativa (nadie da lo que no tiene) que implica una «expropiación» de la cosa *in natura* sustituida por el precio de la reventa al que tiene derecho el propietario «expropiado», sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios. Esta solución no implica que sea abstracta la tradición del vendedor al revendedor. Como tampoco es abstracta la tradición de un cuasi contratante al otro cuasi contratante de un «cuasi contrato de pago y cobro de lo indebido, por error» (art. 1.897, punto segundo, CC). Quedó analizado detenidamente en el estudio tercero de los recopilados en el libro citado en la nota al pie núm. 2.

Obsérvese que la situación del subcomprador que ignoraba la causa de la posible rescisión (art. 1.295, 2, CC) es similar a la del subcomprador de buena fe porque ignoraba la causa de la posible declaración de nulidad, anulación o resolución del título adquisitivo inscrito del revendedor (titular registral del dominio) cuando el subcomprador inscribe su título de compra y entrega (art. 34 LH).

8. En relación con la venta y entrega de cosa ajena procede considerar algunos supuestos específicos, que pueden implicar irreivindicabilidad por el propietario de la cosa vendida por otro como cosa propia.

8.1. El artículo 464 del Código Civil regula la venta y entrega de cosa mueble por el poseedor no propietario que se atribuye la propiedad.

En cuanto a la venta mercantil (reventa por el comerciante) el Código Civil deja subsistente lo ordenado por el Código de Comercio (art. 85 C. de C. y art. 464, p. final CC). El supuesto se configura legalmente como «prescripción de derecho», como si se tratara de una usucapión adquisitiva a favor del comprador, pero instantánea, sin plazo de uso. Se trata, más bien, de una «norma», una «prescripción del Derecho», oponible como excepción a la reivindicación en el caso de compraventa «de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público» con entrega del dinero del precio y de la cosa (compra al contado, cumplida).

Respecto a la venta civil, el principio general, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es la reivindicabilidad de la cosa, *in natura* (art. 464, 1, CC).

Sólo que cuando el propietario perdió la posesión por extravío o por sustracción (robo o hurto) de la cosa que otro posee por entrega del vendedor que la halló o sustrajo, el propietario tendrá que reembolsarle «el precio dado por ella» si quiere que el comprador poseedor se la restituya, anticipándole así la restitución del dinero del precio por el que se la vendió (art. 464, 2, CC).

El Código Civil no condiciona la restitución al propietario cuando el poseedor en concepto de dueño es un causahabiente de quien contrató con el propietario una mediación posesoria, por causa de comodato, depósito, o prenda, por ejemplo, e ilícitamente vendió y entregó como propia la cosa ajena. Antes apunté que el Código Civil no se refiere a esta caso porque más bien se trata del ejercicio por el propietario de una acción personal dirigida contra quien contrató con él y, además, contra su causahabiente conocido, para que sea éste quien restituya la posesión. Puesto que sólo cuando sea desconocida la relación jurídica contractual existente entre el poseedor actual de la cosa y quien se la apropió indebidamente al venderla y entregarla, es cuando el propietario prácticamente no tendrá otra solución que ejercitar la acción reivindicatoria.

8.2. El artículo 1.473, párrafo segundo, del Código Civil, que se limita a aplicar lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 (o sea, por el art. 32 de la Ley Hipotecaria vigente), se refiere a la venta en escritura notarial de la finca que el titular registral del dominio ya ha vendido a un primer comprador mediante escritura notarial de venta y entrega, cuando el segundo comprador, que no compra con mala fe, se anticipa al primer comprador en la presentación de su título formal en el

Registro de la Propiedad. Implica la pérdida del derecho de propiedad por el primer comprador, que lo adquirió por compra y entrega de la finca, porque no aseguró su adquisición inscribiendo el título adquisitivo, dando lugar a que el derecho de propiedad pasara a pertenecer al segundo comprador. Se trata de otro supuesto de venta de cosa ajena que resulta irreivindicable por el que civilmente fue el verdadero propietario y perdió la propiedad.

8.3. También son supuestos de venta de cosa ajena y de pérdida del derecho de propiedad por irreivindicabilidad aquellos en que el poseedor en concepto de dueño es un comprador de buena fe cuyo vendedor tradente parecía haber adquirido por contrato que judicialmente se declara rescindido (art. 1.295, 2, CC) o por cuasi contrato que judicialmente se declara cuasi rescindido (art. 1.897, 2, CC).

8.4. Otros supuestos de venta de cosa ajena con irreivindicabilidad pueden resultar de la aplicación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, que se considerarán más adelante.

9. El Código Civil italiano no incluye un precepto en el que se deduzca, sin perjuicio de la prueba en contra, que el poseedor en concepto de dueño posee con título adquisitivo del derecho de propiedad, similar al artículo 448 del Código español.

9.1. En el Capítulo que trata «De las acciones en defensa de la propiedad», el artículo primero, número 948, sobre la «Acción reivindicatoria», dispone que «El propietario puede reivindicar la cosa de quienquiera que la posea o detente...».

En el libro sexto «De la tutela de los derechos», después del Título I, «De la transcripción», el Título II «De las pruebas», en la «primera» de las disposiciones generales, el artículo 2.697, sobre «La carga de la prueba», dispone que «Quien quiere hacer valer un derecho *en juicio* debe *probar* los hechos que constituyen el fundamento. Quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los que se funda la excepción».

«De la prueba documental» (C. II) y «Del *acta pública*» (S.I.), el artículo primero, núm. 2699, «Acta pública», define que «El *acta pública* es el documento redactado, con las formalidades requeridas, por un *notario* o por otro oficial público autorizado con la atribución de pública en el lugar donde el *acta* se ha formado». Se refiere a la que nosotros llamados *escritura pública*.

A continuación, el artículo 2.700, «Eficacia del *acta pública*», dispone que «El *acta pública* hace prueba plena, hasta la querrela de falsedad, de la procedencia del documento del oficial público que lo ha formado, así como de las declaraciones de las partes y de los otros hechos que el oficial público atestigua ocurridos en su presencia o realizados por él».

Seguidamente trata «De la *escritura privada*», de su eficacia (art. 2.702), de la firma autenticada (art. 2.703) y de la fecha contra tercero (art. 2.704).

9.2. Por otra parte, en el Capítulo «De los *modos* de adquirir la propiedad», el artículo primero, número 922, epigrafiado «*Modos* de adquisición» dispone que «La propiedad se adquiere por ocupación, por hallazgo. . . por efecto de los contratos... y por otros modos establecidos por la ley». Se parece mucho a nuestro artículo 609, 2, CC.

En la Sección «De la ocupación y del hallazgo», el artículo 931 «*Equiparación del poseedor o detentador al propietario*» dispone que «... se equiparan al propietario, según las circunstancias, el poseedor y el detentador «en cuanto a la restitución al propietario de la cosa encontrada (art. 927), a la publicación del hallazgo (art. 928), a la adquisición de la propiedad por el que encuentra la cosa después de transcurrido un año (art. 929) o al premio debido al que la encontró por el propietario que la recupera (art. 930). Puede considerarse un aspecto efectivo de la posesión como apariencia de la propiedad a la que responde el artículo 448 CC.

En el Título «De la posesión», Capítulo I «Disposiciones generales», el artículo 1.142, «Posesión de buena fe» dispone que «Es poseedor de buena fe el que posee ignorando que lesiona el derecho de otro. La buena fe no se estima si la ignorancia depende de culpa grave. La buena fe se presume y basta que existiera en el momento de la adquisición».

En la regulación «De los efectos de la posesión» se incluye la «De los derechos y obligaciones del poseedor en la restitución de la cosa» (S. I), la «De la posesión de buena fe de bienes muebles» (S. II), «De la usucapción» (S. III) y «De las acciones en defensa de la posesión».

En la Sección «De la posesión de buena fe de bienes muebles», el artículo primero, número 1153, «Efectos de la adquisición de la posesión», dispone que «Aquel a favor de quien se enajena un bien mueble por quien no es el propietario adquiere la propiedad mediante la posesión siempre que sea de buena fe en el momento de la entrega y subsista su *título* idóneo para la transmisión de la propiedad» (con lo que adquiere *a non domino*). La propiedad se adquiere libre de derechos de otros sobre la cosa, si éstos no resultan del título y el adquirente es de buena fe. Del mismo modo se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda».

Si bien, según el artículo siguiente, número 1.154, «Conocimiento de la ilegítima procedencia de la cosa», «El que ha adquirido conociendo la ilegítima procedencia de la cosa no puede alegar la errónea creencia de que su transmitente (autore) o un precedente poseedor haya devenido propietario».

La misma Sección incluye el artículo 1.155, «Adquisición de buena fe y precedente enajenación a otro», por el que «Si alguno con sucesivos

contratos enajena a varias personas un bien mueble, aquella que ha adquirido de buena fe la posesión es preferente a las otras, aunque su título sea de fecha posterior». La solución prácticamente coincide con la del artículo 1.473, 1, CC español.

V. PERIODO DE PENDENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICION LEGAL

1) Supuesto examinado.

1. En el Derecho español vigente, cuando la venta y la tradición quedan probadas mediante la misma escritura notarial (art. 1.218 y art. 1.462, 2, CC), NO EXISTE un período intermedio entre la perfección del contrato de venta de una finca y la tradición que consolida la adquisición contratada del derecho de propiedad, es decir, no existe un período de pendencia del cumplimiento de la condición legal del efecto traslativo del contrato.

Este caso es, prácticamente, el *único* caso para los notarios que autorizan las llamadas escrituras de compraventa y para los registradores de la propiedad que inscriben los títulos traslativos escriturados.

En tal caso, lo que importa considerar es el período intermedio entre la autorización de la escritura notarial, que prueba la adquisición del derecho de propiedad por compra a un titular registral, y la presentación de la copia de la escritura en el Registro de la Propiedad, para que la adquisición, consolidada a favor del comprador en el momento de la autorización de la escritura, quede registralmente asegurada contra el riesgo de que llegue a producirse el efecto registral atributivo del dominio a quien se le anticipe a presentar un título formal de *aparente* adquisición a causa de venta mediante entrega (art. 1.462, 2, CC) realizadas por el que, después de haber dejado de ser propietario y poseedor en concepto de dueño, continúa figurando en el Registro como propietario (art. 32 LH y art. 1.473, 2, CC).

2. En el Derecho español vigente, cuando la venta se contrata en documento privado o verbalmente, y no queda inmediatamente seguida de la tradición, existe un período intermedio entre el momento de la perfección del contrato de venta, de una finca o de una cosa mueble, y el momento en que la tradición consolida la adquisición contratada.

La consideración de este caso es importante actualmente, y más aún lo será después de la reforma, cuando la inscripción de la compra de una finca pasc a ser necesaria, como ahora lo es la tradición a efectos de la transmisión del dominio, si se demora la presentación en el Registro de la escritura notarial de compra (como a veces ocurre con la actual escritura de consti-

tución de hipoteca), suponiendo que llegue a otorgarse la compra en escritura notarial.

Para concretar el supuesto de hecho y no complicar el análisis preciso, me voy a referir, como caso muy posible en algunas regiones españolas, a la venta de un campo no inmatriculado, que se dice propiedad del vendedor quien es el poseedor en concepto de dueño, mediante documento privado sin cláusula de constituto posesorio (art. 1.463 CC), cuando el contrato no va seguido inmediatamente de la tradición de manera que ante tercero el vendedor conocido como poseedor en concepto de dueño continúa siendo presunto propietario con libertad de disposición (art. 448 CC), aunque el documento haya pasado a ser de fecha fehaciente porque el vendedor ha fallecido antes de hacer la entrega (art. 1.227 CC).

También habrá que aludir al caso de la venta por un comerciante mayorista a un comerciante minorista según contrato privado concertado en firme entre el representante del vendedor y el comprador, cuando la mercancía genérica vendida aún continúa en el almacén del vendedor y el precio se ha de cobrar después de entregar la mercancía.

En cualquier caso, el comprador no puede exigir la entrega de la cosa si no ha pagado el precio no aplazado contractualmente (art. 1.466 CC), más aún en caso de venta de *cosa mueble*, para la que no suele autorizarse escritura notarial.

2) Derecho vigente.

1. Pedro Gómez de la Serna, en su Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, explica la reforma que la Ley introduce: El contrato de compraventa, por sí solo, no transmite el dominio al comprador y (si el comprador ha pagado el precio no aplazado contractualmente) la tradición posterior *consume* la transmisión; pero no «respecto a todos» (*erga omnes*), cuando el vendedor sea el titular registral del dominio, a menos que el comprador presente a inscripción la copia de la escritura notarial que conforma y prueba su título traslativo adquisitivo (art. 3 LH) antes de que un eventual segundo comprador presente a inscripción su escritura de compra, porque la nueva ley atribuye la propiedad a este presentante segundo comprador, excepto si, en el momento de comprar, *conocía* la existencia del primer *contrato* de compraventa. La ley protege al comprador que confía en que el derecho de propiedad pertenece al titular registral del dominio, si es diligente en la presentación de su escritura en el Registro. La ley perjudica al comprador que confía en que el derecho de propiedad pertenece al titular registral del dominio si, por su negligencia, resulta que un eventual segundo comprador se le anticipa en la presentación registral. Prácticamente, el título de adquisición a causa de compra no surte efecto «respecto a todos» (*erga omnes*) en cuan-

to es inoponible al tercero comprador protegido por el artículo 23 (hoy 32) de la Ley.

2. Sin embargo, según Angelo Chianale (52), al publicarse al Código Civil prusiano de 1794 y el Código Civil austriaco de 1811, la doctrina alemana entendía que, conforme a la teoría del título y el modo y del *jus ad rem*, por efecto del contrato de venta de cosa específica no seguido inmediatamente de su tradición, *respecto a tercero* el vendedor es el presunto propietario en cuanto aparentemente continúe siendo poseedor en concepto de dueño, pero *inter partes* el comprador es el propietario desde el momento de la perfección del contrato.

3. Se puede intentar conciliar la exposición de Pedro Gómez de la Serna y la exposición «alemana» y superar sus diferencias aparentes considerando atentamente la concepción de la *actio* en el Derecho romano, que fundamenta la teoría del título y el modo.

Según el Derecho romano común europeo, el comprador, antes de recibir la entrega de la cosa, puede actuar contra el vendedor *poseedor* ejercitando la acción personal contractual *ex emptio* para que le transmita la posesión de la cosa, pero no puede actuar contra el vendedor *poseedor* ejercitando la acción real, reivindicatoria, porque ésta deriva del derecho de propiedad para que el propietario desposeído pueda recuperar la posesión, y porque no cabe ejercitar una acción real, que exige probar la pertenencia del derecho de propiedad para obtener la posesión, cuando se puede ejercitar una acción personal, que sólo exige probar el derecho contractual a recibir la posesión.

Sin olvidar que el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria en los casos siguientes:

Contra el tercero poseedor, cuando el vendedor está desposeído en el momento de la perfección del contrato de venta, denominado contrato de cesión de la acción reivindicatoria (C. 4.39.9; D. 6.1.63).

Contra el que le vendió la cosa y se la entregó, cuando el comprador perdió la posesión de la cosa recibida y el que le vendió pasó a ser el nuevo poseedor en concepto de dueño, atribuyéndose la propiedad (D. 6.1.63).

Desde este punto de vista puede decirse que durante el periodo de pendencia del posible cumplimiento, voluntario o forzoso, de la obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño de la cosa, que es también el periodo del cumplimiento de la condición legal de la transmisión de la *prueba* por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño, el vendedor, ante tercero conserva la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad y es el propietario presunto según una ley (art. 448 CC), mientras que el vende-

(52) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 3

dor, ante el comprador, ya no es el propietario, según el contrato y las «reglas operativas» legales aplicables.

3.1. El vendedor, ante tercero, parece ser el propietario, es el propietario aparente, es el propietario presunto según una ley (art. 448 CC).

Antes de vender fue el propietario y el poseedor en concepto de dueño.

Pero en el momento de la perfección del contrato dispuso traslativamente de su derecho de propiedad y quedó vinculado irrevocablemente.

Desde entonces, ya no es un poseedor en concepto de dueño con libertad para disponer del derecho de propiedad sobre la cosa y para responder con la cosa de sus deudas a terceros. Ya no lo es aunque objetivamente parezca serlo, en cuanto tiene la cosa bajo su poder físico, de hecho, inmediatamente. Ya no lo es aunque maliciosamente procure ocultar la venta contratada pero no seguida de tradición. Ya no lo es aunque ilícitamente vuelva a disponer del derecho de propiedad, transmitiéndolo o gravándolo, como si le perteneciera y tuviera la libre disposición del mismo.

El tercero no tiene posibilidad de saber si el que tiene la cosa bajo su poder físico, de hecho, inmediatamente, es un poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño, como mediador posesorio del propietario, que es otra persona, el comprador, según resulta de una prueba documental de la pertenencia del derecho de propiedad conforme a otra ley (art. 1.462, 2, CC), una prueba que es precisa pero que no es de posible conocimiento público, a diferencia de la prueba por presunción legal deducida de la posesión, que no es precisa pero se considera que es públicamente conocida (art. 448 CC).

3.2. La situación del vendedor ante el comprador no es la de un aparente propietario, porque el comprador (antes de recibir la posesión), respecto al vendedor es el propietario según el contrato y según las «reglas operativas» legales aplicables.

3.2.1. Por una parte, sufre la pérdida fortuita de la cosa sin por ello quedar exonerado de pagar el precio contratado (*periculum*) (art. 1.185 CC), aunque se subrogue en los derechos del vendedor contra tercero obligado a indemnizar por la pérdida (*commodum*).

También le corresponden al comprador las eventuales minusvalías o plusvalías de la cosa que sean posteriores al momento de la perfección del contrato.

3.2.2. Por otra parte, tiene derecho a los frutos de la cosa desde el momento de la perfección del contrato (art. 1.468, 2, CC), incluso a los frutos pendientes al tiempo de la perfección del contrato (art. 1.095 CC).

3.3. Pero el comprador, por sí solo, no puede tomar posesión de la cosa, ni de los frutos (art. 1.096 CC), de manera que, por sí solo, no puede desvirtuar esta apariencia de pertenencia del derecho al vendedor poseedor.

Además, aunque el vendedor está obligado a entregar la cosa, y los

frutos, desde el momento de la perfección del contrato (arts. 1.445 y 1.468, 2, CC), esta obligación sólo es *exigible* sinalagmáticamente, de manera que el vendedor tiene derecho a *retener* la cosa, aunque como vendedor y no como propietario con libertad de disposición, mientras el comprador no le entregue el dinero del precio, a menos que el pago de éste haya quedado aplazado contractualmente (art. 1.466 CC). Y ambas entregas sólo son exigibles por dicho orden, primero la entrega del dinero y después la entrega de la cosa, salvo acuerdo, contractual o posterior al contrato.

3.4. En consecuencia, si el vendedor no realiza la entrega inmediatamente después de la perfección del contrato, debe conservar la cosa que ha de entregar al comprador, para que no perezca o se deteriore físicamente.

Debe conservar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia y responde con su patrimonio si incumple su deber (arts. 1.094 y 1.104 CC).

Es más, si la cosa se pierde, se presume que la pérdida ocurrió por su culpa y no por causa fortuita, salvo prueba en contrario (art. 1.183).

Si se prueba que tiene la culpa o él no prueba que la pérdida fue fortuita, deberá indemnizar al comprador los daños y perjuicios, incluso teniendo en cuenta el valor de la cosa en el momento de la pérdida, siempre dentro de los límites marcados por la facultad moderadora del Juez (art. 1.103).

Y la misma solución se aplica, aunque pruebe que la pérdida fue fortuita, cuando retrasó la entrega (*mora debitoris* del artículo 1.100, 2, CC) o cuando volvió a vender la misma cosa a otra persona (art. 1.096, 3, CC).

La obligación de conservar incluye la de oponerse a que un tercero le despoje de la posesión de la cosa.

La obligación de conservar incluye también la de no someterse, unilateralmente (sin contar con el comprador) a la acción ejecutiva de sus acreedores que intenten hacer efectiva sobre la cosa su responsabilidad patrimonial universal, subastándola.

3.5. El período de pendencia puede terminar por la imposibilidad del cumplimiento forzoso, cuando la ley atribuye la propiedad a un tercero que es un segundo comprador de buena fe y así se *frustra* la consolidación de la adquisición condicionada del derecho por el comprador (art. 1.473, 1 y 3 pr CC).

3.6. Pero, normalmente, el período de pendencia termina por el cumplimiento, voluntario o forzoso (puesta en posesión por el Juez), de la obligación de entregar asumida por el vendedor, que es el cumplimiento de la condición legal (art. 609, 2, y art. 1.095 CC) que *consolida* la adquisición condicionada del derecho por el comprador.

Por todo esto, ni es acertado entender que el cumplimiento realizado de la condición legal, que la transmisión de la posesión en concepto de dueño,

consuma el efecto contratado, retroactivamente, como si se hubiera realizado el cumplimiento de una voluntaria condición suspensiva, ni es acertado entender que *consolida* el efecto contratado y producido en el momento de la perfección del contrato, como si se hubiera realizado el incumplimiento de una voluntaria condición resolutoria.

Más bien puede decirse que el cumplimiento realizado de la condición legal, de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, *consolida* la adquisición condicionada, desde el momento de la perfección del contrato, adquisición que estuvo sometida al riesgo de frustración por imposibilidad del cumplimiento forzoso resultante de la apariencia legitimadora del poseedor como propietario (art. 448 CC) y de la atribución legal del dominio a un eventual segundo comprador de buena fe (según documento privado o según escritura notarial) que recibiera la posesión (en su caso, mediante tradición instrumental conforme al artículo 1.462, 2, CC) entregada por el vendedor (aparentemente poseedor en concepto de dueño con libertad de disposición) (art. 1.473, 1, y 3, pr. CC). Con este sentido puede decirse que la condición legal *suspensiva* no es análoga a la condición voluntaria suspensiva, si se quiere utilizar la expresión condición legal suspensiva.

3.7. «Principio proclamado» por el Código Civil, principio teórico legal, es que el derecho de propiedad se transmite y adquiere *a causa* o por efecto («por consecuencia» dice la ley) de un contrato traslativo como el contrato de compraventa, pero «mediante la tradición» (art. 609 CC), en el momento de la *transmisión de la posesión* en concepto de dueño de la cosa (art. 1.095 CC).

Sin embargo, las expresadas «reglas operativas» legales aplicables al caso matizan el principio proclamado, de tal manera que, legal y prácticamente, el derecho de propiedad se transmite del vendedor al comprador y lo adquiere el comprador en el momento de la *perfección del contrato* de compraventa, pero *condicionalmente*.

La adquisición condicionada legalmente *se consolidará* si se realiza y en el momento en que se realice la transmisión de la posesión en concepto de dueño al comprador, voluntariamente, mediante la tradición por el vendedor poseedor (art. 1.095 CC), o forzosamente, mediante la supletoria puesta en posesión por el Juez pese a la oposición del vendedor poseedor (art. 1.096 CC).

Pero la adquisición condicionada legalmente *se frustrará*, porque no será posible la supletoria puesta en posesión por el Juez, si el vendedor poseedor, que no hizo tradición al comprador, vuelve a vender la misma cosa a un tercero (segundo comprador), que desconoce la existencia de la primera venta, y le entrega la cosa, ya que éste deviene propietario.

Según el principio fundamental que resulta de aplicar el principio proclamado conforme a las reglas operativas, el comprador adquiere el derecho

de propiedad sobre la cosa comprada, a causa del contrato y en el momento de su perfección, SI se cumple la condición legal, si se le transmite y adquiere la posesión en concepto de dueño que tiene el vendedor propietario poseedor.

El artículo 1.095 del Código Civil, al decir que el comprador, acreedor a la entrega de la cosa, «no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada», de acuerdo con la usual exposición española, tanto de la teoría del título y el modo como del concepto del derecho real y de la acción reivindicatoria considerados derecho y acción oponibles *erga omnes*, *significa* que, hasta el momento de la entrega, el comprador tan sólo puede ejercitar contra el vendedor poseedor una acción personal de entrega y no una acción reivindicatoria, es decir, que no puede ejercitar contra el vendedor una acción que deriva del derecho real de propiedad para recuperar la posesión por lo que, en este sentido, no puede considerarse que sea propietario. Esta «explicación» usual, como ya dije antes, se aclara al considerar la concepción de la *actio* en el Derecho romano, en el que se fundamenta la teoría del título y el modo.

He de insistir en que el contrato de compraventa español es primordialmente *traslativo* y consecuentemente *obligatorio*; en que su aspecto *obligatorio* se manifiesta en la constitución de facultades y acciones personales, entre vendedor y comprador, que integran el mal llamado «derecho de crédito» del comprador contra el vendedor; y en que su aspecto *traslativo* se manifiesta en la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa vendida, que pertenece al vendedor y se quiere pase a pertenecer al comprador, aunque la efectividad plena de la adquisición causada contractualmente, en el momento de la perfección del contrato, queda *condicionada legalmente* a la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa, que es la transmisión de la prueba *erga omnes*, por presunción legal (art. 448 CC), de la pertenencia del derecho de propiedad, antes al vendedor y después al comprador, y que *consolida* la adquisición del derecho, de manera que la adquisición por el comprador, hasta el momento de la actuación de la transmisión de la posesión, es una adquisición *condicionada* por el riesgo de *frustración* en caso de segunda venta de la misma cosa por el vendedor.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la condición legal, de transmisión de la posesión en concepto de dueño del vendedor al comprador, se fundamenta en la apariencia o presunción de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño como prueba oponible a otros (*erga omnes*), una apariencia y presunción que hoy está expresamente configurada como presunción legal (art. 448 CC).

También hay que tener en cuenta que el *conocimiento* de la existencia del contrato de compraventa aún no seguido de tradición —en cuanto se

trata de un contrato que transmite la propiedad al comprador, aunque sea mediante la tradición— excluye la necesidad de una nueva prueba de la existencia del contrato que sea prueba oponible a otro (*erga omnes*), como un documento privado de fecha fehaciente (art. 1.225 CC), oponible a otro (en particular a un segundo comprador en el caso de doble venta).

Desde este punto de vista, la tradición no es requisito *sine qua non* para la prueba de la transmisión contratada por compraventa. La prueba deducida legalmente de la posesión consecuenta a la tradición de la cosa (art. 448 CC) no excluye la prueba directa del contrato causa de la transmisión, por exhibición del documento privado de fecha fehaciente que conforma y prueba el contrato, o por confesión (u otra prueba) del conocimiento de la existencia del contrato.

Obsérvese, además, que la posibilidad del conocimiento del contrato de compraventa de una finca que se ha publicado mediante su inscripción es el fundamento de la denominada inscripción constitutiva que se preconiza, y que el conocimiento extrarregistral (probado) del contrato determina la *oponibilidad* a tercero de lo no registrado (arts. 32 y 34 LH).

3.8. Obsérvese que según el Derecho italiano (art. 1.155 del CC de 1942), en caso de doble venta de cosa mueble con entrega de la posesión al segundo comprador, de buena fe presunta, resulta que el primer comprador *pierde* la propiedad que adquirió en el momento de la perfección del contrato de compraventa, porque la adquiere el segundo comprador.

La solución del caso, la «regla operativa», *prácticamente* es la misma que en el Derecho español (art. 1.473, 1, CC).

Obsérvese, además, que según el Derecho italiano (art. 1.460 CC, 1942) el vendedor que aún no ha entregado la cosa tiene derecho a *retener* la cosa vendida mientras no se le pague el precio, pero con la obligación de *conservar* la cosa (que ya es propiedad del comprador) hasta que la entregue

La solución del caso, la «regla operativa», *prácticamente* es la misma que en el Derecho español (art. 1.466 y art. 1.094 demás referentes a la obligación de conservar, la cosa y los frutos, así como el art. 1.185 y demás referentes al sometimiento a los riesgos de pérdida de la cosa).

3.9. Para precisar las ideas conviene considerar con algún detenimiento los supuestos de doble venta, de pérdida de la posesión que conservaba el vendedor, de la quiebra del vendedor y del embargo de la cosa vendida.

En este análisis hay que huir de la tentación de pensar con ideas propias del sistema alemán, en el que se configuran como compartimentos diferenciados, y en cierto modo estancos, el ámbito de los derechos personales o derechos *inter partes*, que nacen de acuerdos obligatorios exclusivamente, por contratos como el de la venta alemana, y el ámbito de los derechos reales o derechos *erga omnes*, que se adquieren por acuerdos reales inte-

grantes de negocios dispositivos de transmisión del dominio, dicotomía extremada que conduce a deducciones desorbitadas para el Derecho español en el que sólo incorrectamente se puede decir que la tradición produce el paso de un derecho *inter partes* a un derecho *erga omnes*, o el paso de un *jus ad rem* a un *jus in re*, porque el contrato de venta, latino, no obliga a transmitir el derecho de propiedad (como entendió Savigny) sino que transmite el derecho de propiedad, sin obligación intermediaria, aunque se transmita con algún condicionamiento legal. Domat indujo el confusionismo al referirse a los «efectos de las *obligaciones*» para aludir a los efectos de las *vinculaciones* contractuales, es decir, a los «efectos de los contratos».

4. Si el vendedor en documento privado (no en escritura notarial), antes de entregar la cosa al comprador, la vuelve a vender, a un tercero, que será un segundo comprador, y le hace entrega de la cosa, hay que considerar el tratamiento legal específico de la doble venta (art. 1.473 CC), que he estudiado detenidamente con anterioridad (53).

La atribución del dominio al comprador segundo si es el primero que toma posesión se funda en que es el primero en quien se cumple la condición legal adicional al contrato (art. 1.473, 1, respecto a cosa mueble, y art. 1.473, 3, parte 1.ª respecto a finca no inmatriculada) en cuanto el vendedor por segunda vez que aparenta poseer en concepto de dueño (ilícitamente porque ya ha vendido y dispuesto de su derecho) es el propietario *presunto* (art. 448 CC).

Pero esta atribución queda excluida si se prueba que el segundo comprador conocía la existencia de la primera venta y disposición del derecho de propiedad, si se prueba que era un tercero de mala fe porque compró lo que sabía que ya estaba vendido a otro (art. 1.473, 1, y 1.473, 3, 1, CC), de manera que para él su vendedor ya no era un propietario *presunto*, puesto que la presunción legal del artículo 448 queda desvirtuada por el conocimiento de la realidad de la existencia de un contrato de compraventa, *dispositivo-traslativo* y consecuentemente obligatorio, que es oponible a tercero no contratante cuando conoce su existencia así como cuando se le prueba su existencia mediante documento fehaciente, notarial (art. 1.218 CC) o privado (arts. 1.225 y 1.227 CC).

Hay que insistir en la expresada regla operativa y en su excepción.

4.1. La atribución del dominio al segundo comprador exige quede probado que es poseedor en concepto de dueño.

Pero la prueba no se refiere, exclusivamente, como algunos opinan, a que sea primero en la posesión *real*, entendida como posesión *inmediata*. La posesión puede probarse con la prueba del momento de la tradición que es el momento en que se transmite la posesión en concepto de dueño, sea la

(53) V libro (2), pág. 556, 168, 5; 395, 5, 460, V.

tradición real de la posesión inmediata, sea la tradición «ficticia» de la posesión mediata, sea el pacto de constituto posesorio si éste se puede probar, con documento privado que incluya una cláusula de pacto expreso (art. 1.463 CC) o acaso con testigos, aunque este medio de prueba resulte de difícil apreciación. Porque en España no rige el Derecho alemán que exige la tradición *real* de la posesión inmediata o un sucedáneo sustitutivo que es un acuerdo de *cesión* de la acción personal contra el mediador posesorio.

4.2. Hasta aquí lo que se refiere a la regla operativa. Pero, sobre todo, hay que considerar la excepción a la misma, el supuesto de mala fe del comprador, una mala fe que consiste en el conocimiento de la existencia de un primer contrato de venta en el momento de la perfección del segundo contrato de venta.

No se trata del conocimiento de un simple derecho de crédito dinerario, ni del conocimiento de un derecho a recibir la posesión en cumplimiento de una obligación de dar la posesión en concepto distinto al de dueño de la cosa.

Se trata del conocimiento de un contrato de venta por el que el vendedor de cosa específica ha dispuesto de su derecho de propiedad para que lo adquiera el comprador, a quien está obligado a transmitir la posesión en concepto de dueño que es la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al aparente y presunto propietario. Un contrato a causa del cual el comprador pasa a ser el nuevo propietario, aunque ante tercero el vendedor, que continúe como poseedor, aparente ser el propietario, presunto (art. 448 CC). Un contrato que puede ser opuesto a tercero (no contratante) cuando el contrato se prueba con documento de fecha fehaciente (arts. 1.225 y 1.227, CC, porque estamos hablando de documento privado de la primera venta). Un contrato oponible, en particular, a un tercero concreto y determinado que es un segundo comprador de la misma cosa que conoce la existencia del primer contrato de venta (porque se le ha exhibido el documento que lo formaliza o, simplemente, porque ha oído hablar de él), si su conocimiento queda probado, porque la buena fe se presume salvo prueba en contra.

Esta consideración de la mala fe suele pasar desapercibida porque el análisis doctrinal casi siempre se limita a considerar el supuesto de buena fe del segundo comprador, su confianza en la legitimación a favor del poseedor, sin contraponerla a la legitimación a favor del primer comprador resultante del efecto probatorio contra terceros del documento fehaciente exhibido o conocido de otro modo.

Aún más frecuente es olvidar la legitimación documental a favor del primer comprador y tener en cuenta, solamente, la legitimación registral, resultante de la publicidad registral a favor del vendedor, cuando se trata

de un tercero comprador al titular registral del dominio que ya vendió en documento privado no seguido de tradición, si el tercero inscribe su título material documentado en escritura notarial de compra y tradición (art. 1.462, 2, CC).

4.3. Dijo el conferenciante (54) que en el caso de doble contrato de venta (o de doble «contrato de finalidad traslativa oneroso», según la sentencia de 17 de diciembre de 1984) «nuestro Derecho contempla un supuesto muy amplio en que se atribuye a la publicidad registral... una función... constitutiva», al atribuir la propiedad al segundo comprador si inscribe su contrato antes de que lo solicite el primero, según el párrafo 2.º del artículo 1.472, que es aplicable —según el conferenciante— al comprador inmatriculante, porque —según el conferenciante— el artículo 1.473 se refiere a un segundo comprador que contrata y realiza una adquisición *a vero domino*, cuando el vendedor no ha hecho tradición *real* al primer comprador, aunque le haya hecho tradición instrumental conforme al artículo 1.462, 2 CC, de manera que el artículo 1.473 «antepone los medios de publicidad —Registro y posesión— respecto del documento —título de fecha más antigua— como criterio preferencial para atribuir la propiedad a uno de los compradores que ha contratado con el mismo vendedor».

El artículo 1.473 —sigue diciendo— «da preferencia al comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad; si no hay inscripción al primero que adquiriera la posesión real, y si no hay posesión real al primero que documenta su título de adquisición», lo que implica «una relegación de la tradición instrumental», porque el artículo 1.473 «no niega a la escritura pública su eficacia traditoria —el artículo 1.473 (sigue diciendo) no deroga, siquiera circunstancialmente, el artículo 1.462— sino que niega su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad en el caso de doble venta», «porque si el primer comprador hubiese adquirido mediante escritura se habría convertido por ello en propietario» y «entonces no estaríamos en el caso de la doble *venta* sino en el caso de la doble *disposición* de cosa originariamente propia».

A mi juicio, esta opinión es una manifestación más del germanismo imperante en nuestra doctrina porque no tiene en cuenta que según el Derecho alemán sí que puede distinguirse la doble venta (el doble contrato *obligatorio*) de la doble disposición (del doble acuerdo *real* traslativo por sí solo), mientras que según el Derecho español el contrato de compraventa es un contrato primordialmente dispositivo traslativo y consecuentemente obligatorio, aunque la consolidación de la transmisión de la propiedad requiera la transmisión de la posesión en concepto de dueño para que el

(54) V conf. (1), pág. 18. *La función de la publicidad registral en el Derecho vigente.*

vendedor deje de ser el propietario *aparente* y pase a serlo el comprador, en cuanto la posesión en concepto de dueño es la prueba por presunción legal de la propiedad (art. 448 CC).

En el Derecho español la venta es una *disposición* sometida a la condición legal de la transmisión de la posesión, y la segunda venta es una segunda *disposición*, tanto si se otorga antes de hacer tradición al primer comprador como si se otorga después, cuando ya se ha consolidado la transmisión del dominio por venta y entrega al primer comprador, incluso mediante escritura notarial porque el artículo 1.473 no deroga el artículo 1.462, 2 como reconoce el conferenciante.

4.3.1. Según el Código Civil (art. 1.473, párrafo tercero, primera parte), si la finca no está inmatriculada, cuando el propietario poseedor de la finca ha dispuesto traslativamente de su derecho por contrato de venta, verbal o en documento privado, no seguido de tradición, real o ficticia, y atribuyéndose injustamente la libre y plena pertenencia del dominio, aparentando poseer como propietario con libertad de disposición, vende la misma finca a un segundo comprador y se la entrega en concepto de dueño con libertad de disposición, al Derecho no sólo le importa la apariencia de pertenencia del derecho de propiedad deducida legalmente de la posesión (art. 448 CC) —que el vendedor continúa siendo el propietario *presunto* en cuanto es el poseedor en concepto de dueño, según manifiesta— sino que también le importa la existencia de la primera venta que es un contrato dispositivo traslativo del derecho de propiedad, aunque el vendedor continúe apareciendo como propietario *presunto* después de haber vendido, de manera que si un tercero *conoce* esta compraventa dispositiva queda afectado por ella, como si se le hubiere probado por exhibición de una escritura notarial de compraventa (art. 1.218 CC) que desvirtúa la presunción de pertenencia al vendedor, desde su fecha fehaciente, y ya no puede aducir confianza en la apariencia posesoria, en la presunción legal, es decir, que si compra la misma finca al que la vendió no compra de buena fe sino de mala fe, acaso cómplice del fraude al primer comprador, por lo que no adquiere la propiedad aunque obtenga la posesión y pase a ser el propietario *presunto* mientras no se impugne esta apariencia probando la mala fe del poseedor (segundo comprador).

Ahora bien, si la venta primera se otorga en escritura notarial y no se pacta contra lo dispuesto por la ley en el artículo 1.462, 2, el primer comprador adquiere la propiedad por compra y tradición instrumental, mediante el cambio del *animus* de la posesión, pero sin el cambio del *corpus* de la posesión, es decir, sin haber obtenido la posesión inmediata, por lo que le conviene obtenerla lo más pronto posible si el vendedor era el poseedor inmediato (sin mediador posesorio) y pasó a ser mediador posesorio (poseedor en concepto distinto al de dueño, incluso en precario),

en cuanto que si el vendedor, *ilícitamente*, aparentando ser propietario y poseedor *en concepto de dueño* (no simple mediador posesorio) vende la finca a un segundo comprador de buena fe y le hace entrega de la posesión *inmediata en concepto de dueño*, este segundo comprador y accipiente por tradición *real* adquiere la propiedad y, en el mismo momento, la pierde el primer comprador.

4.3.2. La Ley Hipotecaria de 1861, según resulta de la Exposición de Motivos, se refiere al caso en que el vendedor es el titular registral del dominio y el primer comprador es el nuevo propietario de la finca, por compra y entrega probadas mediante escritura notarial (art. 3 LH, cuando era cláusula de estilo en las escrituras de venta la cláusula expresa de constituto posesorio), cuya copia no ha sido presentada en el Registro, por lo que es propietario presunto, según el Registro, quien ya no es propietario y vende a un tercero (segundo comprador), cuando éste presenta en el Registro su copia de la escritura notarial de venta y entrega *aparente* (porque el vendedor ya no es propietario ni poseedor en concepto de dueño) antes de que el primer comprador presente su propia escritura de compra y entrega verdadera.

En este caso, el segundo comprador adquiere la propiedad que pierde el primer comprador negligente, a menos que pruebe que el segundo comprador actuó de mala fe porque conocía la primera venta, conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria vigente.

El tercero a que se refiere dicho artículo no es un inmatriculante sino un tercero respecto a un título inscrito (respecto a una finca inmatriculada), «el que no ha intervenido en el acto o contrato inscrito» a favor de su causahabiente (art. 27 LH 1861), un tercero que, a su vez, inscribe su título de compra sin mala fe, confiado en la apariencia y en la presunción de exactitud del Registro.

Como veremos más adelante, en este sentido abundan las muchas páginas que el ilustre valenciano don Bienvenido Oliver dedica a la llamada «implantación del Registro».

El Código Civil de 1889, que no sigue el sistema del Proyecto de 1851 (anterior a la Ley Hipotecaria de 1861), se limitó a recoger la solución de la Ley Hipotecaria vigente, sin modificarla, en el artículo 1.473, párrafo segundo, que, por tanto, ni se refiere al inmatriculante ni se refiere a una inscripción «constitutiva», contra lo que opina el conferenciante.

La proyectada reforma tendría que modificar el párrafo segundo del artículo 1.473 para referirlo al inmatriculante, con independencia de la Ley Hipotecaria.

El comprador de una cosa mueble que no recibe la posesión del vendedor, quien continúa siendo el propietario *presunto* (art. 448 CC), corre el

riesgo de que se frustre su adquisición si el vendedor vuelve a vender la misma cosa y la entrega a un tercero al que ampara la ley si no es de mala fe, en cuanto confía en la apariencia posesoria y en la legitimación del poseedor (art. 1.473, 1, CC), de manera que el comprador en el momento en que recibe la posesión en concepto de dueño consolida su adquisición contratada.

La tradición, que no es un negocio de disposición sino que es la transmisión de la prueba por presunción legal de la propiedad (art. 1.462, 1, y art. 448 CC), (la transmisión de la situación posesoria base de la presunción legal de propiedad, la transmisión de la apariencia posesoria que legitima como propietario presunto al poseedor en concepto de dueño) *consolida* la adquisición por compra frente al tercero civil comprador.

Sin olvidar el «principio proclamado» de la adquisición por contrato de compraventa mediante la tradición, resulta, de la «regla operativa» para la doble venta, que el derecho de propiedad *se adquiere* a causa o por efecto del contrato de compra, *pero el comprador se ha de asegurar* lo más pronto posible contra el *riesgo* de la frustración de la adquisición, un riesgo que subsiste mientras el vendedor continúa siendo el propietario presunto en cuanto aparece ante tercero como poseedor en concepto de dueño.

El comprador de una finca inmatriculada que recibe la posesión mediante tradición probada con escritura notarial (art. 1.462, 2 CC) de una finca vendida por el titular registral de la propiedad corre el riesgo de perder la propiedad, adquirida por compra mediante tradición, si el vendedor que aún es titular registral vuelve a vender y aparentemente entrega la misma finca a un tercero al que ampara la ley si no es de mala fe, en cuanto confía en la apariencia registral y en la legitimación del titular registral (art. 1.473, 2, y art. 606 CC; art. 38, 1, y art. 32 LH), de manera que el propietario en el momento en que presenta a inscripción la copia de la escritura notarial de compra y entrega queda asegurado contra la pérdida de la propiedad frente a un tercero registral que se anticipa a presentar la copia de su escritura notarial de compra.

4.4. Finalmente, el párrafo tercero del artículo 1.473 decide la controversia entre los dos compradores con el vendedor, «faltando la posesión», a favor del que «presenta título de fecha más antigua» y no sea de mala fe.

El conferenciante, al parecer, interpreta el precepto refiriéndolo al supuesto en que el vendedor continúa poseyendo, de manera que ninguno de los dos compradores ha llegado a poseer.

Pero, a mi juicio, el precepto no se refiere a este supuesto porque si los dos compradores piden la entrega es evidente que por aplicación del artículo 1.096 y de los artículos 1.218 y 1.227 se llegaría al mismo resultado.

Creo que este párrafo se refiere al supuesto en que el vendedor está desposeído porque el poseedor en concepto de dueño es un tercero, de

manera que no puede hacer entrega a ninguno de los dos compradores, según expuse en un estudio anterior con bastante detenimiento (55).

5. Si el vendedor, después de la perfección del contrato y antes de la entrega, queda desposeído de la cosa vendida, según opinión común, él y solo él, podrá ejercitar el interdicto de recobrar o reivindicar contra el tercero poseedor.

Sin embargo, a mi juicio, ha de aplicarse el mismo criterio que estimo aplicable cuando el vendedor estaba desposeído desde antes del momento de la perfección del contrato y el comprador no conoció la desposesión hasta después de la perfección del contrato (dando por supuesto que la desposesión no se manifestó en el contrato).

Así, en caso de desposesión posterior al momento de la perfección del contrato, el comprador (que no opte por pedir la rescisión del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar) prácticamente será cesionario del derecho incorporal del propietario desposeído, de manera que podrá, en nombre propio, ejercitar la acción interdictal de recobrar la posesión actuando contra el poseedor despojante o ejercitar la acción reivindicatoria, por aplicación del artículo 1.460, 2 del Código Civil (56).

Para esto tendrá que probar, contra el poseedor, su contrato de compra (cesión de derecho incorporal) y tratándose de contrato formalizado en documento privado éste habrá de ser fehaciente contra tercero, conforme a los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil, porque el poseedor es un tercero relacionado *ob rem* con el vendedor. También se podrá recurrir a la prueba testifical, dejando aparte la confesión o reconocimiento por el poseedor.

Desde luego, el comprador tendrá derecho a pedir la adecuada reducción del precio (art. 1.460, 2, CC), suponiendo que venza en el procedimiento contra el poseedor.

Esta es la misma solución del Derecho francés y del Derecho italiano (57).

Opino, pues, que el comprador no puede exigir que el vendedor ejercite el interdicto o la reivindicación, pese a la obligación del vendedor de conservar la posesión y pese a que el vendedor fue el poseedor despojado.

Tampoco el vendedor puede exigir que el comprador ejercite el interdicto o la reivindicación.

Si acaso el vendedor quisiera ejercitar la acción interdictal o la acción reivindicatoria debe actuar de acuerdo con el comprador que aún no ha llegado a ser poseedor en concepto de dueño.

(55) V libro (2), págs 566; 460-472

(56) V. libro (2), págs. 472, 5, 566

(57) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 17.

Todo ello sin perjuicio de la indemnización procedente a favor del comprador en caso de evicción, si no logra probar que el vendedor era el propietario al vender, supuesto que pidiera la oportuna cooperación procesal del vendedor.

5.1. Para fundamentar lo que acabo de exponer conviene recordar que cuando el vendedor *manifiesta* que le pertenece la cosa pero que la posee un tercero en concepto de dueño por lo que no puede hacer entrega de la posesión y el comprador acepta comprar sin que el vendedor quede obligado a entregar la posesión de la cosa, no se contrata una venta ordinaria o normal a la que se refiere el artículo 1.445 del Código Civil sino que se contrata una cesión del derecho incorporal de propiedad perteneciente al propietario desposeído a la que se refiere el artículo 1.526 del Código Civil. En tal caso, será el comprador quien podrá ejercitar la acción reivindicatoria para obtener la posesión de la cosa que el tercero injustamente posee en concepto de dueño, y será el comprador quien actuará en nombre propio, como cesionario del derecho de propiedad que pertenecía al vendedor o cedente.

Sin perjuicio de esto, cuando el comprador *conoce* la situación de desposesión del vendedor y ambos no quieren contratar una cesión de derecho incorporal sino una venta de cosa, es decir, del derecho de propiedad y de la posesión de la cosa, el vendedor se obliga a recuperar la posesión de la cosa para entregarla al comprador, aunque puede autorizar a éste para que ejercite la acción reivindicatoria del vendedor (cesión impropia). Este supuesto lo expuse detenidamente en los estudios citados en el libro referenciado en la nota 2.

La cuestión se complica cuando el comprador *desconoce* que compra una cosa poseída en concepto de dueño por un tercero y parece que compra una cosa poseída por el vendedor; sobre todo cuando el contrato se formaliza en escritura notarial, supuesto en el que «la generalidad de los autores», según Pau Padrón, cree que existe una tradición instrumental incorporal. Este supuesto, que es el objeto principal de los estudios citados en el libro referenciado en la nota 2, al que me remito, aquí se considera más adelante (v. 5.2.5).

Para explicar estas soluciones procede recordar que cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa vendida, el acto o la actuación de la tradición puede ser ciertamente inmaterial, incluso muy inmaterial, hasta el punto que puede consistir en un acuerdo de inversión del concepto en que posee el vendedor por pacto de constituto posesorio expreso (art. 1.463 CC) y, aún más, la ley presume que el acuerdo existe, o que la tradición se ha cumplido de otra manera cuando el contrato de venta se otorga en forma de escritura notarial, a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente otra cosa, es decir, que no ha

quedado cumplida la obligación de entregar (art. 1.462, 2 CC), con cuyo cumplimiento queda consolidada la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa (art. 1.095, y art. 609, 2 CC), salvo pacto de reserva del dominio, por ejemplo, hasta que se realice el pago del precio aplazado contractualmente.

Pero siempre, *en todo caso*, la tradición ha de referirse a un *vendedor* que es poseedor en concepto de dueño y quiere transmitir su posesión, más o menos aparente, porque puede ser un poseedor en concepto de dueño aunque exista un mediador de la posesión, quien será un poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño, incluso un precarista. Y, *en todo caso*, la tradición ha de referirse a un *comprador* que quiere, mediante la tradición, adquirir la posesión en concepto de dueño y dar por cumplida la obligación del vendedor de entregarle la posesión de la cosa, que es la *prueba*, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad del vendedor (art. 1.445 y art. 448 CC). En *ningún caso* cabe hablar de tradición cuando es ontológicamente imposible porque el poseedor en concepto de dueño no es el vendedor sino un tercero al que, como poseedor, corresponde la prueba, por presunción legal, de ser el propietario: el poseedor es el *presunto* propietario (art. 448 CC, frente al art. 348, 2 CC).

El verdadero propietario, cuando ha de reivindicar para recuperar la posesión en concepto de dueño que ha perdido porque otro es quien posee y se atribuye injustamente la pertenencia del derecho de propiedad, puede decidirse a vender su derecho de propiedad si el comprador quiere adquirir el dominio perteneciente al vendedor como éste lo tiene, sin la posesión.

Es totalmente ilógico pensar que, en tal caso, si la venta se otorga en forma de escritura notarial existe una tradición ficticia instrumental *incorporal*, una tradición que no transmite la posesión, porque un tercero es quien, entonces, posee la cosa, atribuyéndose la pertenencia del derecho de propiedad, y quien continúa poseyéndola después de la venta. Por definición ontológica la tradición es, en todo caso, transmisión de la posesión de la cosa.

En el supuesto considerado, el propietario desposeído vende su derecho de propiedad que ocasionalmente no está acompañado con la posesión de la cosa, es decir, vende su *derecho incorporal* y lo transmite y queda transmitido inmediatamente, sin mediar una imaginaria o fantástica tradición incorporal o transmisión de *posesión incorporal*, porque desde tiempos remotos tal contrato de venta se conoce como contrato de cesión de la acción reivindicatoria o contrato de cesión del *derecho incorporal* del propietario desposeído, al que se refiere el artículo 1.526 del Código Civil, que no obliga a dar posesión de una cosa, porque es ontológicamente imposible en el momento de la perfección del contrato, por contraposición al artículo 1.445 que obliga al vendedor poseedor a dar posesión de la cosa que posee.

Claro que la sentencia recaída en el juicio reivindicatorio declarará si el vendedor dispuso de cosa propia que no poseía o vendió cosa ajena poseída por su propietario.

Pero la sentencia estimatoria de la reivindicación por el cesionario ni es *constitutiva* de la adquisición por el cesionario, ni es *condición legal* de la adquisición por el cesionario con una eficacia consolidadora análoga a la del cumplimiento de la obligación de hacer tradición, porque sólo es una sentencia *declarativa* de la adquisición por el cesionario a causa o por efecto del contrato y desde el momento de su perfección.

Es necesario recordar que la tradición es la actuación de la voluntaria transmisión de la posesión en concepto de dueño, de la situación posesoria de la que se deduce por la ley la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448 CC), y la ley (art. 609, 2, al final, art. 1.095, art. 1.445 CC) ordena que la pertenencia del derecho de propiedad y la posesión en concepto de dueño no se disocien al vender, a efectos probatorios de la pertenencia del derecho, no sólo a efectos del ejercicio del derecho, porque dar la posesión es dar la prueba de la propiedad, para que el comprador tenga su propia prueba de la pertenencia del derecho de propiedad cuando le resulte difícil probar su concreto título de compra.

Así se comprende que cuando la propiedad y la posesión ya están disociadas al perfeccionarse la venta, porque la prueba de la propiedad mediante la prueba de la posesión corresponde a un tercero, el legislador no impone al vendedor el que transmita la posesión para que resulte transmitida la propiedad, forzándole a reivindicar para recuperar la posesión y luego hacer tradición, sino que, por el contrario, estima normal que la venta no seguida de la tradición imposible para el vendedor desposeído transmita el derecho inmediatamente (como la venta normal en el Derecho francés e italiano) de manera que sea el comprador quien reivindique y obtenga la posesión, actuando en nombre propio, como cesionario del derecho de propiedad del que deriva la acción reivindicatoria (en vez de actuar en nombre ajeno, como simple autorizado para ejercitar la acción reivindicatoria de un derecho de propiedad que continúa perteneciendo al vendedor), para desvirtuar la presunción de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor (art. 348, 2, contra art. 448 CC).

Claro que el cesionario, frente al poseedor en concepto de dueño, ha de probar la anterior pertenencia del derecho al cedente y la actual pertenencia del derecho al demandante cesionario, sobre todo mediante documento de fecha fehaciente contra tercero (el poseedor) (art. 1.526, 1 CC), en especial mediante escritura notarial formalizadora del contrato de cesión.

Es decir, que cuando el vendedor es el poseedor, aunque la venta sea verbal, la posesión en concepto de dueño por el comprador —consecuente a la entrega por el vendedor— permite al comprador probar su propiedad

en cuanto propietario presunto (art. 448 CC), pero si el vendedor está desposeído y es un tercero el que posee en concepto de dueño como propietario presunto (art. 448), para que el contrato de venta pueda ser probado contra el tercero poseedor, conviene que se formalice en escritura notarial (art. 1.526, 1 CC).

Esta es una cuestión puramente *civil*, pero choca con erróneos prejuicios registrales, según vengo insistiendo desde hace años sin que se oponga una argumentación seria y fundada (58).

Y sigo insistiendo porque el análisis histórico y lógico de esta cuestión sirve para comprender mejor otros conceptos cuestionados.

Por una parte, ayuda a comprender la naturaleza jurídica del contrato latino de venta, que primordialmente es traslativo y sólo consecuentemente es obligatorio, un contrato que vincula a las partes contratantes a todos los efectos, traslativos y obligatorios, en el que lo primordial es el acuerdo de voluntades dispositivas y adquisitivas, más que la obligación de entregar cuando el vendedor no está desposeído.

Por otra parte, ayuda a comprender la naturaleza jurídica de la tradición como transmisión voluntaria, aunque obligada, de la posesión en concepto de dueño, que no sólo permite ejercitar el derecho sino que es la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad según presunción legal que admite la prueba en contrario (art. 448 CC), por lo que cuando el vendedor es el poseedor la transmisión de la posesión es condición o requisito legal adicional al contrato, necesario para que se consolide la transmisión del derecho que se ha contratado, del vendedor propietario presunto en cuanto poseedor al vender, al comprador propietario presunto en cuanto poseedor después de la tradición.

Además, ayuda a comprender que si el titular registral cedente del derecho de propiedad incorporal podía ejercitar su acción reivindicatoria en juicio declarativo ordinario y actuar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para *recuperar* la posesión, también el titular registral cesionario podrá ejercitar la acción reivindicatoria y actuar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para *obtener* la posesión en concepto de dueño y poder ejercitar el uso y disfrute normal de la cosa frustrando su usucapión por el poseedor no propietario.

5.2. Cuando el conferenciante dice que «el Código Civil exige para el nacimiento de los derechos *reales* la tradición, *en todo caso* —aunque sea de forma ficticia», al parecer, quiere significar que un contrato de venta por el propietario desposeído no transmite el dominio, por sí solo, antes de que el vendedor recupere la posesión y se la entregue al comprador, pero si tal

(58) V libro (2), pág. 555. Contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal contrato de cesión de la acción reivindicatoria.

venta se otorga en escritura notarial y el vendedor es el propietario, formalizar la escritura equivale a cumplir una tradición ficticia o, más bien, equivale a una tradición *incorporal*, según la fantástica teoría del Profesor Lacruz y la resolución de 25 de enero de 1990 a las que me he opuesto con razonamientos que estimo suficientes y no desvirtuados con argumentación coherente (59).

El conferenciante, al parecer, quiere resaltar su idea al decir que «están expresamente excluidos del Registro por el artículo 9 del Reglamento Hipotecario los títulos no seguidos de la tradición —la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble»—. «Mejor dicho, la obligación de transmitir el dominio —si tal obligación incumbiera al vendedor— o la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir un derecho real parcial.»

Si se admitiera este argumento, quedaría relegado a un segundo plano lo dispuesto por el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, la de 1861 y la vigente, cuando dice que «En los Registros... se inscribirán: 1.º Los *títulos* traslativos... del dominio..., significando que se inscriben *Títulos*. Pero es claro que la ley *no* alude a los títulos en el sentido usual de «título» (contrato de venta, sólo) contrapuesto a «modo» (tradición), sino en el sentido histórico, legal y jurisprudencial de «título» como *fundamento de la pertenencia del derecho* de propiedad, adquirido por la venta y mediante tradición cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño, pero adquirido sólo por el contrato de venta, sin mediar tradición, cuando se trata del derecho de propiedad perteneciente al vendedor que está *desposeído* (art. 1.526 CC) (60).

Además, admitir tal argumento significaría hacer caso omiso, sin ningún comentario expreso, de una afirmación del legislador Pedro Gómez de la Serna que es clara, terminante y reiterada, con fundamento histórico y ontológico (61).

Téngase en cuenta que el artículo 9 del Reglamento Hipotecario es de rango normativo inferior al artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que es el precepto interpretado por su legislador Pedro Gómez de la Serna y en el que fundamenta su afirmación de la posibilidad de inscribir la que denomina cesión de la acción reivindicatoria (62).

No creo que la necesidad del cumplimiento de la tradición se pueda deducir solamente de un precepto del Reglamento (art. 9) sino que ha de

(59) V libro (2), pág. 559. Interpretación expuesta del contrato de cesión de la acción reivindicatoria.

(60) V. libro (2), pág. 563. Título. Sentido jurisprudencial. Título traslativo inscribible.

(61) V. libro (2), págs 122-129.

(62) V. libro (2), pág. 123.

fundamentarse en algún artículo de la Ley. Acaso podría entenderse que el artículo 2.º de la Ley, al hablar de *título*, se refiere al *contrato*, y que el artículo 3.º de la Ley se refiere a la escritura que prueba el contrato y el acto de *tradición*. Pero la interpretación de Gómez de la Serna es clara en el sentido de que título es el fundamento de la adquisición del derecho y que éste es el título inscribible, incluso el contrato solamente cuando el vendedor está desposeído y ontológicamente es imposible la tradición, que la ley civil no exige. Además, en 1861 no existía el artículo 1.462, 2 del CC de 1889, pero eran cláusulas de estilo notarial la de constituto posesorio cuando el vendedor era el poseedor y la de cesión de acciones, *ad cautelam*, referida a los supuestos de vendedor desposeído, que se incluían en las escrituras notariales necesarias para inscribir (art. 3.º LH).

Obsérvese también que el artículo 9 del Reglamento vigente no puede interpretarse desconectado del artículo 7 del Reglamento vigente, que se remite al artículo 2.º de la Ley, por lo que ninguno de los dos puede interpretarse en clave alemana, como si el contrato de venta fuera un negocio simplemente obligatorio, que sólo obligara a transmitir el dominio y a otras prestaciones obligatorias o personales, como si la transmisión del dominio se realizara por el negocio dispositivo tradición, algo que el mismo conferenciante parece haber desechado según se ha visto con anterioridad (63).

5.2.1. El Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1861 (RD 29 junio 1861), en su artículo 1.º disponía que «Conforme a lo dispuesto en los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se transmita el dominio (art. 2, 1.º, LH) o se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan... los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan (art. 2, 2.º LH), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma índole —real—, como adquisiciones de fincas pertenecientes a la mitad reservable de los mayorazgos, concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, aguas, pastos y otro semejantes, o bien cualquier acto o contrato legítimo que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales».

El Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1909 (D. 6 agosto 1915), pasó a decir, en su artículo 14, que «Conforme a lo dispuesto en los artículos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se transmita el dominio o se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga... los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza —real—, así como cualquier acto o contrato que, sin tener nombre

(63) V. supra, Introducción, 3), 2.

propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales».

Impregnado de germanismo dicotómico, el Reglamento vigente (D. 14 febrero 1947), pasó a decir, en su artículo 7, que «Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley (omitiendo así la referencia a los párrafos 1.º, 2.º y 3.º), no sólo deberán inscribirse los títulos en que —se transmita el dominio o— se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga... los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros —títulos— relativos a derechos de la misma naturaleza —real—, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

5.2.2. Por otra parte, el Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1861, en su artículo 3.º, decía que «La obligación de transmitir a otro el dominio de cualquier inmueble o —un— derecho real, o de constituir sobre uno u otro algún derecho de la misma índole —real—, no estará sujeta a inscripción. Tampoco lo estará la obligación de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los dos artículos anteriores, a menos que, en uno u otro caso, sea garantida dicha obligación personal, por medio de otra real».

El Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1909 pasó a decir, en su artículo 18, que «No son inscribibles la obligación de —transmitir el dominio o— de constituir, transmitir, modificar o extinguir un derecho real sobre cualquier inmueble o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar el cumplimiento de tales obligaciones».

Impregnado de germanismo dicotómico, el Reglamento vigente pasó a decir, en su artículo 9, que «No son inscribibles la obligación —de transmitir el dominio o— de constituir, transmitir, modificar o extinguir... un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualesquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación, cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley».

Es fácil observar que el artículo 9 del Reglamento vigente generaliza lo dispuesto por los artículos equivalentes de Reglamentos anteriores, al declarar no inscribibles «cualquiera otras obligaciones o derechos personales...».

5.2.3. Esta generalización reglamentaria de 1947 induce a considerar que el Reglamento de 1861 (art. 1.º) y el Reglamento de 1870 (art. 4.º), referidos al precontrato de venta que, según la doctrina entonces contemporánea, obliga a transmitir el dominio en cuanto obliga a celebrar en el futuro un contrato de venta, se refieren también al contrato de venta no seguido de tradición y tanto al supuesto en que el vendedor es el poseedor de la finca, lo que sería lógico, como al supuesto en que el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño.

Quienes así piensan, sin darse cuenta, están pensando en el sistema alemán, dicotómico, en que el contrato de venta sólo es obligatorio, fuente de obligaciones y concretamente fuente de la obligación de transmitir el dominio, pero no es traslativo del derecho de propiedad porque la transmisión del derecho es efecto de un negocio jurídico distinto, dispositivo del derecho, sea el negocio Tradición de cosa mueble, sea el negocio *Auflassung* de cosa inmueble. En Alemania, es evidente, no se puede inscribir el contrato de venta, aunque se puede anotar la demanda en la que se pretende que el vendedor cumpla su obligación de transmitir el derecho de propiedad, una anotación (*Vormerkung*) que permitirá inscribir la transmisión aunque no concurra el acuerdo real, el consentimiento material del vendedor, en virtud de la sentencia estimatoria. Esta es una «regla operativa» que desvirtúa el «principio proclamado» de la necesidad de un acuerdo real diferenciado del contrato.

Pero en España el sistema es otro. La escritura notarial que prueba el contrato de venta pero que no prueba su consumación mediante la tradición por el vendedor *poseedor* de la finca no es inscribible como venta pura y simple, porque de la misma escritura resulta expresamente que los contratantes no quieren que el otorgamiento del contrato en escritura notarial equivalga al cumplimiento de la obligación de entregar y no quieren que equivalga al pacto de constituto posesorio, es decir, que no quieren que dicho otorgamiento implique la transmisión de la posesión en concepto de dueño por simple acuerdo de inversión del concepto en que posee el vendedor, por lo que, verdaderamente *no* quieren que, de momento, quede consumada la transmisión del dominio. Esto es claro y nunca lo he puesto en duda; si alguien no lo ha entendido así acaso será porque no llegué a expresar claramente mi pensamiento.

Desde luego, también pienso que si el vendedor *poseedor* de la finca no hace entrega de ella conforme a lo contratado y a la ley, el comprador podrá demandar al vendedor para que le transmita la posesión o se allane a que el Juez le ponga en posesión (art. 1.096 CC), así como también para que la transmisión de la posesión, si no se llega a ejecutar la sentencia, quede probada mediante escritura notarial y así la transmisión del derecho pueda quedar inscrita (art. 3 LH). En tal caso, sin duda alguna, la demanda es

anotable, para evitar que el comprador quede perjudicado si su vendedor vuelve a vender la misma finca a un tercero (segundo comprador) y le hace entrega, aunque sea mediante la denominada tradición instrumental (art. 1.462, 2, y art. 1.473 CC).

Hasta aquí creo que todos estamos de acuerdo.

5.2.4. Pero ya no estamos de acuerdo cuando se trata de un vendedor que está desposeído por un tercero que posee la finca en concepto de dueño.

Tiene toda la razón el legislador Pedro Gómez de la Serna cuando manifiesta en 1862, con interpretación auténtica, que el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en su párrafo 1.º, al que lógicamente no puede oponerse el artículo 3.º del Reglamento de 1861, incluye la posibilidad de *inscribir* el contrato de venta por el titular registral que está desposeído porque existe un tercero poseedor usucapiente, es decir, cuando la tradición es ontológicamente imposible, por cuanto la ley entonces vigente (el Código de Justiniano, libro 4, título 39, ley 9), como la ley hoy vigente en su lugar (el Código Civil, artículo 1.526) no obliga al vendedor a entregar una cosa que no posee ni puede poseer mientras no deje de poseerla un tercero a quien corresponde la prueba por presunción legal de que le pertenece el derecho de propiedad, una prueba por presunción deducida de la posesión (art. 448 CC), a la que se contrapone otra prueba por presunción deducida de la inscripción (art. 38 LH) que es prevalente según la ley (art. 41, 6, causa 2.ª de la demanda de contradicción, según analicé con mucho detalle en el estudio 2.º de los incluidos en el libro a que se refiere la nota 2 al pie de este estudio).

El titular registral desposeído cuando vende otorga la cesión de su derecho incorporal de propiedad (el derecho no acompañado de la posesión, que tiene un tercero), con la acción reivindicatoria correspondiente para que el comprador adquiera la posesión de la cosa; a menos que expresamente se obligue a recuperar la posesión de la finca para entregársela al comprador, contratando así una cesión *impropia* y no una cesión propiamente dicha.

El Código Civil distingue, por una parte, la *venta de cosa poseída por el vendedor*, una venta que obliga al vendedor a que entregue al comprador la posesión de la cosa (art. 1.445 CC), para que el derecho de propiedad quede transmitido en el mismo momento en que queda transmitida la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad (art. 440 CC) y, por otra parte, la *cesión* por el verdadero propietario de su derecho incorporal de propiedad, que ontológicamente excluye que el vendedor quede obligado a entregar una cosa que no posee, de manera que, al corresponder la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho al poseedor (art. 448), convendrá que el comprador pruebe su compra, traslativa del derecho, mediante escritura notarial o documento privado fehaciente (art. 1.526, 1, CC) y que inscriba su título de compra sin tra-

dición otorgado por el titular registral del dominio, desposeído por el usurcapiente, para que la cesión pueda perjudicar a tercero registral (art. 1.526, 2, CC).

La escritura notarial será prueba del contrato y de su efecto traslativo, fehaciente contra tercero civil, sobre todo contra el poseedor en concepto de dueño.

La inscripción registral del cedente es prueba que lo legitima como verdadero propietario, por el título concreto y determinado inscrito a su favor, contra un poseedor que es propietario presunto por título indeterminado, de manera que, en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el titular registral prevalece contra el poseedor en concepto de dueño *no titulado suficientemente* porque no posee «por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción que deba perjudicar al titular inscrito según el artículo 36», un poseedor que para oponerse tendrá que demandar al titular registral y probar su título alegado (LH, art. 41, 6, causa 2.^a de oposición por el poseedor en su «demanda de contradicción contra el titular registral y contra la exactitud del Registro, contra la presunción del artículo 38, p. 1.^o y p. 2.^o de la LH).

La inscripción registral de la cesión a favor del cesionario hará constar claramente que el vendedor está desposeído y que se inscribe un contrato de cesión de derecho incorporal (art. 1.526, 2, CC), con lo que no se interrumpirá el tracto registral de los titulares del dominio, y el cesionario quedará protegido por el principio de legitimación (art. 38, 1 y 2 LH) frente al poseedor (art. 41, 6, causa 2.^a LH) y por el principio de fe pública registral en cuanto su inscripción será oponible a tercero registral (art. 32 y art. 34 LH).

En cambio, con el criterio germanista que olvida la configuración legal del contrato latino de compraventa traslativa y obligatoria, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de enero de 1990 niega la posibilidad de que el cesionario inscriba su título de adquisición traslativa del derecho de propiedad, no condicionada a la transmisión de la posesión, y sólo autoriza a que se practique una anotación (64).

Es cierto que en el caso concreto de la resolución citada el tercero poseedor es un poseedor al parecer titulado, es decir, que podría oponer un título determinado en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (p. 6, causa 2.^a), pero su título material está denunciado ante la jurisdicción penal como *falso*, y su título formal es un documento *privado* que ni siquiera se ha intentado, al parecer, formalizar en escritura notarial o, al menos, nunca se ha presentado en el Registro para su inscripción.

(64) V. libro (2), págs 505 y sigs

La referencia de la resolución a una posible anotación es bastante imprecisa, a mi entender.

No cabe estimar que la resolución propugna que el comprador anote una demanda contra el vendedor titular registral (art. 38, 2 LH) alegando que un tercero posee la cosa como dueño contra la presunción legitimadora registral en la que confiaba el comprador (art. 38, 1 LH) y pretendiendo que el vendedor demande al poseedor para recuperar la posesión y cumplir la obligación (que se cree existe) de entregar la cosa, porque esta interpretación olvida que en el caso considerado el comprador *conoce* que el vendedor está desposeído y contrata la adquisición de un derecho de propiedad que es incorporal por cuanto la posesión la tiene un tercero, y que se formaliza en escritura notarial un contrato que es *legal* (art. 1.526, 1 LH), por lo que su inscripción no atenta al principio de legalidad como prevé el legislador (art. 1.526, 2 CC), si se practica como inscripción de una cesión de derecho incorporal al hacer constar claramente que el vendedor está desposeído.

No parece claro que la resolución propugne que el comprador ha de pedir la anotación de la demanda que formalice como simple cesionario impropio, o sea, como cesionario del ejercicio de la acción reivindicatoria derivada del derecho de propiedad perteneciente al titular registral del dominio, vendedor, frente al poseedor contra tabulas, contra un tercero que es el propietario presunto legalmente en cuanto poseedor en concepto de dueño, que no alega ni exhibe título determinado de adquisición (art. 448), con presunción que contradice la presunción de pertenencia del derecho al vendedor amparado por la legitimación registral (art. 48, 1 LH), pese a que no consta contradicha por anotación de demanda de rectificación interpuesta por el poseedor (art. 38, 2 LH), quien tampoco ha presentado para inscribir su título, que, además, está denunciado como falso puniblemente.

Con esta segunda interpretación el cesionario demanda al poseedor en nombre del vendedor, como cesionario impropio de la acción reivindicatoria del vendedor, así como también al vendedor, eventualmente, por si la sentencia firme declara que no es el propietario sino que lo es el poseedor, o sólo demanda al poseedor con reserva de eventuales acciones contra el vendedor.

Téngase en cuenta que el «enemigo» del comprador, en estos casos, no es el vendedor que no entrega sino el poseedor que puede usucapir, y que el vendedor queda obligado a colaborar con el comprador demandante que le requiere al efecto, sin perjuicio de que, en caso de evicción, se registre la sentencia desestimatoria de la reivindicación y el comprador pueda reclamar contra el cedente su responsabilidad por haber vendido una finca que no le pertenecía, una finca ajena (art. 1.475 CC).

5.2.5. Distinto es el supuesto en que el comprador *desconoce* la desposesión del vendedor en el momento de perfeccionarse la compraventa en

escritura notarial y llega a conocerla después, porque *aparentemente* ésta será una escritura de venta de cosa poseída por el vendedor, de aparente aplicabilidad del artículo 1.445 y del artículo 1.462, 2, del Código Civil con prueba de la pertenencia del derecho fundada en la posesión por el vendedor, pero *en realidad* será una escritura de cesión del derecho del propietario desposeído al que es aplicable el artículo 1.526 y no el artículo 1.445 del Código Civil, con prueba de la pertenencia del derecho de propiedad fundada en documento fehaciente, en el que se documenta el título adquisitivo del cedente y en el que se documenta el título adquisitivo del cesionario (art. 1.526, 1 CC), y porque en este caso de venta en escritura notarial el comprador *no* puede pedir la rescisión del contrato ejercitando la opción del artículo 1.460, 2 del Código Civil, de manera que sólo puede reivindicar contra el tercero poseedor (S. 20 de enero de 1912), según analicé en estudio anterior, al que me remito (65).

Me parece que el conferenciante confunde la venta de cosa con la cesión del derecho de propiedad del propietario desposeído porque cuando media una escritura notarial *parece* que se trata, *en todo caso*, de una venta consumada mediante tradición, aunque para entenderlo así haya que recurrir en el supuesto de desposesión del vendedor a la fantástica idea de la existencia de una tradición instrumental *incorporal*, de una tradición que no es una transmisión de la posesión, como he expuesto con mucho detenimiento (66), incluso contra la resolución de 25 de enero de 1990 (67).

Creo que todo el equívoco doctrinal arranca del germanismo infiltrado que no permite ver que en España no se aplica el Derecho alemán, que el contrato de compraventa latino es traslativo y obligatorio, no sólo obligatorio como en Alemania, y que cuando el vendedor está desposeído, como el contrato es traslativo y no obliga a transmitir la propiedad, no cabe una anotación similar a la Vormerkung alemana; una anotación de demanda que estimo que sólo es posible cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y el comprador le demanda el cumplimiento de la obligación de entregar la posesión, de transmitir la prueba por presunción legal de la pertenencia, mientras que la anotación alemana cumple la función de suplir la falta del consentimiento real para la transmisión de la finca, de suplir la falta de acuerdo real, de suplir la inexistencia de Auflassung.

5.2.6. Después de la reforma propugnada desaparecerá, en cuanto a fincas se refiere, la necesidad de distinguir, a efectos traslativos del dominio, el contrato de compraventa ordinaria de cosa poseída por el vendedor

(65) V. libro (2), pág. 568; págs. 366 y sigs.

(66) V. libro (2), pág. 563, tradición instrumental incorporal; pág. 559, interpretación expuesta.

(67) V. libro (2), págs. 505 y sigs.

que le obliga a transmitir la posesión al comprador (art. 1.445 CC) y el contrato de cesión de derecho incorporal que no obliga a transmitir la posesión porque la tiene un tercero (art. 1.526 CC); y se podrá apreciar con claridad que lo esencial del contrato de compraventa español no es la *obligación* de transmitir el derecho, propia del Derecho alemán, sino la *voluntad* de transmitir el derecho, aspecto primordial del contrato y no elemento primordial de un negocio dispositivo distinto del contrato, voluntad que se refiere tanto al derecho de propiedad de la cosa poseída por el vendedor como al derecho de propiedad de la cosa poseída por un tercero en concepto de dueño.

5.2.7. El conferenciante, con «la generalidad de los autores», mantiene una interpretación germanizante del artículo 1.462, 2, del Código Civil, fundada en la configuración por el Código Civil alemán del negocio dispositivo traslativo del derecho de propiedad de cosa mueble que denomina Tradición, integrado por el acuerdo real traslativo y por la transmisión de la posesión.

Según el Código alemán cuando el enajenante *es* el poseedor *inmediato* o poseedor *real*, en concepto de dueño, el pacto de constituto posesorio es una forma de tradición *ficticia*, no es una forma de tradición real, sólo es un acuerdo *sustitutivo* de la forma de tradición *real*.

Según el Código alemán cuando el enajenante *no es* el poseedor inmediato la forma de tradición real se sustituye por un acuerdo de cesión de acciones, aunque sólo sea tácito o ficticio, distinto del acuerdo real, a su vez distinto del contrato de venta.

Si el enajenante es poseedor *mediato*, la forma de tradición real se sustituye por un acuerdo de cesión de la acción *personal* del propietario (vendedor, tradente) contra su mediador posesorio, que es el poseedor inmediato: caso de la cesión de la acción contra el arrendatario.

Si el enajenante está desposeído porque un tercero es el poseedor inmediato en concepto de dueño contra el que procede ejercitar la acción reivindicatoria, la forma de tradición real se sustituye por el acuerdo de cesión del ejercicio de la acción *real* reivindicatoria del propietario desposeído obligado a transmitir la propiedad por acuerdo real y mediante una forma de tradición real, que en este caso es imposible.

Para los autores españoles germanizantes, el artículo 1.462, 2 del Código Civil significa que el «otorgamiento» del documento escritura notarial (no el otorgamiento del contrato escriturado), *en todo caso, equivale* a la tradición, a menos que de la escritura resulte o se deduzca claramente que no se quiere esta equivalencia.

Si el vendedor es poseedor *mediato* la escritura notarial es una «forma de tradición *ficticia* instrumental», por acuerdo de cesión de la acción personal contra el mediador posesorio.

Si el vendedor está desposeído la escritura notarial es una «forma de tradición *incorporal* instrumental *equivalente* a la tradición *real* a efectos de transmisión del derecho de propiedad, aunque no transmita la posesión.

La interpretación latina del artículo 1.462, 2, del Código Civil, la interpretación que yo mantengo y denomino latina para facilitar la exposición, se funda en la interpretación por los glosadores y por los notarios medievales, expuesta en la Suma del Arte Notarial de Rolandino, del pacto de constituto posesorio como pacto de transmisión de la posesión en concepto de dueño por simple acuerdo entre el vendedor poseedor en concepto de dueño y el comprador, que implica un cambio en el *animus possidendi*, con dos modalidades.

El vendedor, tradente por pacto de constituto posesorio (art. 1.462, 2), puede ser un poseedor *inmediato* en concepto de dueño. Después del pacto continúa siendo poseedor inmediato pero en concepto distinto al de dueño, de precarista al menos, como mediador posesorio del comprador que es poseedor *mediato* en concepto de dueño.

El vendedor, tradente por pacto de constituto posesorio (art. 1.462, 2), puede ser un poseedor *mediato* en concepto de dueño, con un mediador posesorio que es el poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño, como puede ser un arrendatario. Después del pacto el vendedor ya no es poseedor mediato, el comprador es el nuevo poseedor mediato, y poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño continúa siendo el arrendatario, que fue mediador posesorio del vendedor y ahora es mediador posesorio del comprador.

El propietario desposeído que vende no puede hacer tradición porque no es poseedor, ni inmediato ni mediato, puesto que el poseedor inmediato en concepto de dueño es un tercero que se atribuye la pertenencia del derecho de propiedad y está amparado por la ley como propietario aparente y presunto (art. 448 CC).

Ahora bien, el propietario desposeído que vende a un comprador que *conoce* su situación de desposesión, aunque la venta se formalice en escritura notarial no realiza una tradición *incorporal*, una transmisión de la posesión *incorporal*, porque la posesión es ontológicamente corporal, siempre, aunque sea mediata.

Pero el comprador adquiere inmediatamente, por el contrato solamente, el *derecho* de propiedad *incorporal*, es decir, el derecho de propiedad sobre la cosa que otro posee en concepto de dueño, porque lo que contrata no es una venta normal que obliga al vendedor a transmitir la posesión de la cosa que posee (art. 1.445 CC), sino una venta especial que se denomina cesión de derecho *incorporal* y que no obliga a transmitir la posesión (art. 1.526 CC).

La escritura notarial de venta por el propietario *poseedor* es prueba ante

tercero (art. 1.218 CC) de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad por contrato de compraventa normal y mediante la tradición, al menos por pacto presunto de constituto posesorio; es prueba de la transmisión y adquisición de la posesión si se prueba que el vendedor era poseedor (art. 1.462, 2 CC). Además, el comprador, en cuanto se le reconozca o pruebe que es poseedor en concepto de dueño, será propietario presunto y el vendedor habrá dejado de ser el propietario presunto a menos que continúe siendo poseedor inmediato y ante tercero simule ser poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC).

En cambio, la escritura notarial de venta por el propietario *desposeído*, cuando en ella se manifiesta su situación de desposesión, es prueba ante tercero (art. 1.218 CC) de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad por contrato de cesión de derecho incorporal, una prueba oponible a tercero cuando la prueba por presunción legal deducida de la posesión corresponde a un tercero (art. 448 CC), una prueba oponible a tercero y concretamente oponible a este tercero poseedor en concepto de dueño (art. 1.526, 1 CC).

5.2.8. Por si pudiera suscitar alguna dificultad de comprensión e incluso de contraposición con lo ya expuesto, conviene precisar el sentido del denominado usufructo de una acción.

El Código Civil, en su artículo 486, dispone que «el usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarlo y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada —es decir, recuperara la posesión inmediata de la cosa reivindicada—, el usufructo se limitará a solo los frutos, quedando el dominio para el propietario», que será poseedor en concepto de dueño con un mediador de la posesión en concepto de usufructuario.

Este «usufructuario de una acción reivindicatoria», según la terminología del Código Civil, no es un cesionario de la acción reivindicatoria, no es un comprador del derecho incorporal del propietario desposeído, sino que, simplemente, es un cesionario del *ejercicio* de la acción reivindicatoria del propietario de la finca gravada con el usufructo, quien le autoriza para que le represente judicialmente en defensa de los intereses de uno y de otro. Este usufructuario, para obtener la posesión que le permita ejercitar su derecho de disfrute, no tiene acción propia contra el poseedor en concepto de dueño a quien considera no propietario, sino que sólo puede obligar al propietario verdadero a que le ceda el ejercicio de su acción reivindicatoria, otorgándole un poder para pleitos y facilitándole los elementos de prueba de que disponga. Se trata de una cesión *impropia*, pero no con el fin de que el cesionario adquiera la propiedad sobre la cosa, sino sólo con el fin de que

el cesionario pueda ejercitar su derecho de disfrute sobre la finca del propietario verdadero.

6. El vendedor puede caer en quiebra o ser embargado.

6.1. Si cae en quiebra, el vendedor en documento privado de mercaderías que aún están en su almacén de géneros y presuntamente son de su propiedad libre y responsable (art. 448 CC), es opinión común que el comprador, frente al tercero acreedor del vendedor, en ningún caso podrá excluir la cosa comprada de la masa de la quiebra porque no es propietario de ella.

Pero, a mi juicio, habrá que matizar la solución teniendo en cuenta que el comprador es el propietario ante la otra parte contratante y puede oponer a terceros el contrato probado con documento fehaciente, así como, en su caso, el pago probado fehacientemente del precio, aunque no pueda probar si el dinero continúa existiendo en la masa de la quiebra.

Aunque también se ha de considerar, entre otras circunstancias del caso concreto, la posible retroacción de la declaración de quiebra y las acciones ejercitables por los acreedores que consideren fraudulenta la venta.

Obsérvese que el vendedor quebrado debe manifestar a su acreedor dinerario que la cosa está vendida y que su acreedor podrá subrogarse en el crédito dinerario del vendedor que aún no ha cobrado el precio del comprador solvente, o podrá ejercitar su crédito contra el dinero del precio ya cobrado por el vendedor, que existe en la masa de la quiebra.

Forzar al comprador a concurrir para recobrar el dinero del precio de una cosa que aún está en la masa de bienes no parece que deba ser la única solución y, desde luego, no es la más justa si el comprador es solvente y es de buena fe notoria y no un probable defraudador.

Se plantea un problema de prueba de la venta, y habrá que considerar si el quebrado dice ser el propietario de la cosa o reconoce haberla vendido, y si es exigible la entrega porque ha cobrado el precio.

Se ha de tener en cuenta, al estudiar el supuesto, que el Código de Comercio se refiere al comprador que cae en quiebra, pero los principios y las reglas operativas aplicables también serán adecuadamente aplicables al supuesto del vendedor que cae en quiebra.

También que, al entrar en vigor el Código de Comercio de 1885 (desde el 1 de enero de 1886) estaba vigente el sistema anterior al Código Civil de 1889: para que por causa de contrato de compraventa quedara consolidada la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa vendida eran condiciones legales tanto la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa como el pago del dinero del precio no aplazado contractualmente.

Se distinguía entonces, como distingue el Código de Comercio (art. 909, núm. 8 y núm. 9), la venta «al contado», que implica la reserva

del dominio mientras no se paga el precio no aplazado de la cosa entregada, de la venta «al fiado» (es decir, con precio aplazado, sin garantía o con alguna garantía), que no implica tal reserva, de manera que la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa consolida la transmisión del dominio, aunque sin perjuicio de la rescisión del contrato y de la transmisión del dominio, si queda impagado el precio aplazado no garantizado.

Por esto, el Código de Comercio dispone que «Las mercaderías... que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno» (en depósito) «y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla, siempre que cumplierse las obligaciones anejas a los mismos» (art. 908 C. de C.).

En consecuencia, dispone el mismo Código (art. 909) que «Se considerarán... (de dominio ajeno):

8.º Los géneros vendidos al quebrado (comprados por el quebrado) a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, interin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos.

9.º Las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho entrega material de ellas en sus almacenes o en paraje convenido para hacerla, y aquellas cuyos conocimientos o cartas de portes se le hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador.

En los dos casos, de este número 9.º y del 8.º, los Síndicos podrán detener los géneros comprados o reclamarlos para la masa, pagando su precio al vendedor.»

Es decir, que los Síndicos pueden consolidar la adquisición contratada pagando el precio, de los contratados al contado y recibidos, así como de los comprados al fiado y aún no recibidos (recibiéndolos). Pero pueden frustrar la adquisición contratada no pagando el precio, devolviendo los comprados al contado ya recibidos, y no recibiendo los comprados al fiado aún no recibidos. El quebrado aún no ha consolidado la adquisición del dominio y los Síndicos deciden consolidar la adquisición, si la reciprocidad es posible.

El Código Civil, al menos para la venta civil, derogó la expresada *reserva de dominio* resultante del pacto de compra «al contado», pero dispuso que mientras el vendedor no recibe el dinero del precio no se le puede exigir la entrega de la cosa (art. 1.466 CC).

Por otra parte, el Código Civil, al tratar «De la concurrencia y prelación

de créditos» y del «concurso de acreedores» (art. 1.913), dispone que «Con relación a determinados bienes muebles» (propiedad) del deudor, «gozarán de preferencia» «los créditos por... precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor (en concurso, que recibió su entrega como comprador) hasta donde alcance el valor de los mismos» (art. 1.922, 1.º CC).

Se refiere el Código Civil a la cosa mueble que el concursado compró y recibió del vendedor, con lo que adquirió la propiedad, pero que aún no pagó. Supuesto que *no* es igual al de compra al fiado por el quebrado, que el Código de Comercio refiere a mercaderías aún no entregadas al comprador quebrado.

6.2. Si el vendedor de cosa mueble, que la conserva en su poder al sufrir el ser embargado por un tercero acreedor, no logra excluir del embargo la cosa vendida, de la que acaso ha cobrado el dinero del precio, el comprador en documento privado de fecha fehaciente, a mi juicio, podrá interponer con éxito una tercería de dominio condicionado, fundado en un contrato de compra, con efecto traslativo *inter partes* contratantes, probado mediante documento cuyo contenido es oponible a tercero, que en este caso es un acreedor embargante (art. 1.227 CC).

Puede aplicarse a este caso la observación hecha a propósito del supuesto de quiebra del vendedor.

7. En resumen, a mi juicio, el comprador, antes de recibir la entrega de la cosa que debe realizar el vendedor poseedor, es el propietario *inter partes*, respecto al vendedor obligado a entregarle la posesión de la cosa, y también es el propietario respecto a los terceros a quienes individualmente oponga la prueba documental fehaciente del contrato, si pagó el precio o está dispuesto a pagar conforme al contrato.

La situación es similar a la del comprador del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, porque el comprador adquiere el derecho de propiedad, que pertenece al vendedor, en el momento de la perfección del contrato, pero frente al tercero poseedor (o frente a otros terceros) ha de probar su adquisición, lo que puede lograr mediante el documento que formaliza la compra y es de fecha fehaciente respecto a terceros, conforme a los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil, según el artículo 1.526, párrafo primero, del mismo Código. Y esto es así porque la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho resultante de la posesión en concepto de dueño la tiene el tercero poseedor (y no el vendedor) antes de la venta y después de la venta.

3) Reforma.

Las conclusiones que se alcancen respecto a la situación del derecho de propiedad en el período intermedio entre el momento de la perfección del contrato de compraventa y el momento de la tradición son muy importantes

para comprender, después de la reforma, la situación del derecho de propiedad en el período intermedio entre el momento de la perfección del contrato de venta conformado por la escritura notarial y el momento de la presentación de su copia en el Registro de la Propiedad, tanto cuando la inscripción llega a practicarse con cierto retraso, como cuando no llega a otorgarse la escritura notarial o deja de presentarse, supuestos estos que hay que prever como posibles.

Claro que la no presentación a inscripción es independiente del cumplimiento de la obligación de entregar la posesión en concepto de dueño y que la tradición podrá haberse consumado por constituto posesorio instrumental presunto, salvo pacto, conforme a la ley (art. 1.462, 2 CC) aunque la escritura no haya accedido al Registro, y podrá ocurrir que la tradición se haya consumado después de contratada la venta en documento privado o verbalmente.

En tales casos, la función de la tradición como cambio de poseedor quedará cumplida a efectos de la prueba por presunción legal de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño, que será el comprador, salvo prueba en contrario (art. 448 CC), es decir, salvo prueba de que es otro quien figura como propietario según la inscripción registral legitimadora (art. 38, 1 LH), que será preferente después de la reforma.

Desde luego, la presunción de pertenencia del derecho al poseedor en concepto de dueño, en principio, habrá de ser tenida en cuenta a efectos del ejercicio de las acciones interdictales, fundadas en la posesión en concepto de dueño probada, pero perdida, y no en la pertenencia del derecho de propiedad, y habrá de ser tenida en cuenta a efectos de la usucapión ordinaria a favor del poseedor por compra y entrega subsiguiente, si la ley reformadora no dispone otra solución.

La situación será similar a la que hace muchos siglos aparecía en Roma cuando el propietario quiritarario de una cosa *mancipi* la vendía y entregaba sin formalizar la *mancipatio*, que sólo podía ser suplida con una adicional usucapión, de dos años tratándose de un inmueble, como una finca rústica o una casa, o de un año tratándose de una cosa *mancipi* mueble, como un esclavo o un animal de labranza. De manera que, entre tanto, coexistían un propietario quiritarario (el vendedor) y un propietario bonitario (el comprador), poseedor usucapiente según contrato oponible a la reivindicatoria del vendedor por excepción *ex empto*.

Desde este punto de vista, la tradición no queda suplida por la inscripción a *todos* los efectos de aquélla (no sólo a los efectos del ejercicio del disfrute de la finca).

Más aún, convendrá aclarar en la reforma si el poseedor por contrato de compra no inscrito podrá ejercitar una acción reivindicatoria, denominada

o no acción publiciana, contra el tercero que le arrebate la posesión y la conserve por más de un año, que es el plazo de prescripción de la acción interdical por despojo.

Desde luego, habrá que reconsiderar la usucapión contra tabulas (art. 36 LH) y el procedimiento para obtener la posesión el titular registral (art. 41, causa 2.^a de las que pueden fundamentar la «demanda de contradicción» del Registro).

Hay que disminuir el tono grandilocuente de la inscripción «constitutiva» de la transmisión del derecho de propiedad para limitarse a pensar en una inscripción necesaria, sin perjuicio de algunas reglas operativas «especiales» respecto al principio proclamado, con bastantes problemas conexos a resolver en la ley de reforma.

Por esto, insisto, tiene gran interés considerar los supuestos en que, antes de la tradición, el vendedor, que era propietario y poseedor en concepto de dueño, quedó desposeído por un tercero poseedor actual, fue declarado en quiebra o sufrió el embargo de un tercero acreedor dinerario, o volvió a vender la misma cosa, a un tercero comprador (al segundo comprador de la cosa). Aplicando el principio proclamado de la necesidad de la tradición, pero aplicando también las reglas operativas, que podrán interpretarse sin someterlas exclusivamente al principio proclamado sino coordinándolas con otros principios que deban ser tenidos en cuenta.

Recuérdese, como ya dije, que NO se trata de la escritura notarial que formaliza y prueba la venta y la tradición, al menos por constituto posesorio (art. 1.462, 2 CC), porque en este caso no cabe hablar de período intermedio. Se trata, sobre todo, de la venta en documento privado con fecha fehaciente, que es un contrato oponible a tercero, sea un tercero poseedor por despojo, sea un tercero acreedor del vendedor, sea un tercero comprador de la misma cosa.

VI. EL ARTICULO 1.160 DEL CODIGO CIVIL

1) Interpretación germanizante dicotómica y rechazo.

El artículo 1.160 del Código Civil, incluido en el Libro IV, Título I (De las obligaciones), Capítulo IV (De la extinción de las obligaciones), Sección 1.^a (Del pago), dispone que «En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe».

Este precepto, aplicado al contrato de compraventa, a la obligación de dar del vendedor, se ha interpretado como un argumento decisivo para

configurar el sistema español (68) considerando, con óptica savignista, que la transmisión del derecho de propiedad requiere:

- «1. Que el tradente sea propietario.
2. Que se lleven a cabo los actos de entrega o traspaso de la posesión.
3. Que exista una concorde voluntad de las partes de transmitir el dominio.
4. Y que la tradición esté fundada en una justa causa.»

«Este mecanismo —se dice— parece ser el de nuestro Código Civil. El artículo 1.160 se refiere a los requisitos 1 y 3. Los artículos 609 y 1.095 fundamentan los requisitos 2 y 4. Ahora bien, ello implica que el artículo 1.160 encierre un *dare traslativo*».

«Dos líneas argumentales, se añade, justifican la afirmación que el *dar* del artículo 1.160 es un *dare transmisivo*. En primer lugar, los antecedentes históricos. En segundo lugar, la mención de la *libre disposición* y la *capacidad de enajenar* del enajenante deudor, necesarias para que el pago sea válido.»

Me apresuro a oponer que el artículo 1.160 no puede ser interpretado como *determinante* del sistema español, sino que debe ser interpretado *subordinadamente* al principio fundamental del sistema latino español. El artículo 1.160 no proclama un principio sino que es una regla operativa que no desvirtúa el principio.

En el sistema alemán se diferencian legalmente los requisitos 3 y 4, el acuerdo real y el acuerdo obligacional que es su causa. Pero en el sistema latino no se diferencian dos acuerdos pues sólo existe *un acuerdo*, el contrato, aunque tiene *dos aspectos*: el primordial aspecto traslativo y el consecuente aspecto obligatorio.

En el sistema alemán, el requisito 3, el acuerdo real, es elemento primordial del negocio dispositivo, y el requisito 2 es la forma publicitaria del acuerdo real, ambos integrantes del negocio dispositivo Tradición, mientras el requisito 4 es el contrato causa abstraída del negocio dispositivo (integrado por los requisitos 3 y 2).

Pero en el sistema latino, romano y español la tradición es el requisito 2, no el 2 más el 3; y no cabe abstraer el requisito 3 respecto del 4, porque no son requisitos diferenciados.

En cuanto al requisito 1, la pertenencia del derecho de propiedad al enajenante es un presupuesto objetivo de la voluntad dispositiva, que en el sistema alemán es una de las dos voluntades integrantes del acuerdo real (requisito 3), mientras que en el sistema latino es un aspecto de cada una

(68) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (LUIS). *Pago y transmisión de propiedad (El artículo 1.160 del Código Civil)*, 1990, Ed. Civitas, S. A., pág. 12

de las dos voluntades integrantes del acuerdo contractual (requisito 3 más requisito 4).

1. En cuanto a los antecedentes históricos, el precepto español no es formulación actualizada de un precepto romano.

Su origen está en una opinión de Pothier, anterior a la aprobación del Código Civil francés, según la cual «cuando la obligación es de dar, el pago consiste en la entrega y traslación del dominio de la cosa debida; se sigue que para que el pago sea válido es preciso que la persona que lo haga sea capaz de transferir el dominio de la cosa pagada..., y, dueño de la cosa entregada...».

La opinión de Pothier pasó a ser el artículo 1.238 del Código Civil francés, el artículo 1.098 del Proyecto de Código Civil español de 1851, el artículo 1.240 del Código Civil italiano de 1865, y el artículo 1.160 del Código Civil español de 1889, todos ellos con diversos matices que no afectan a la esencia de su contenido (69).

En el Código francés y en el Código italiano de 1865, al igual que en el Proyecto de Código español de 1851, el contrato de compraventa *normal* —la venta de cosa específica (no genérica, ni futura) propia del vendedor (no ajena)— es traslativo del dominio por sí solo, en el mismo momento de su perfección, por lo que la capacidad de enajenar del vendedor y la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, han de referirse al contrato y no a la tradición que es pago de la obligación de transmitir la posesión pero no es condición legal del efecto traslativo contratado.

Por ello, los intérpretes franceses (del art. 1.238 CC francés) e italianos (del art. 1.240 CC italiano de 1865) aplicaron el precepto que acoge la opinión de Pothier solamente a los contratos de venta que son *especiales*, porque no son traslativos inmediatamente: porque se vende cosa *genérica*, que el vendedor y el comprador especifican por acuerdo existente en el momento de la tradición; porque se vende cosa *ajena*, que debe ser propia del vendedor en el momento de la tradición; porque se vende cosa *futura*, que debe existir en el momento de la tradición; porque se entrega cosa *distinta* de la cosa vendida, por dación en pago acordada entre el *tradens* y el *accipiens*; porque no es el vendedor sino un tercero el que entrega cosa propia... Es decir, consideraron el precepto como una regla operativa.

Desde luego, el artículo 1.160 se refiere a estos supuestos especiales en el sistema español.

2. Pero falta saber si también se refiere a la venta *normal*, de cosa específica, propia del vendedor, existente, no poseída por un tercero en concepto de dueño, que en el sistema español no es inmediatamente traslativa del dominio.

(69) Ob cit (68), págs 13 y sigs.

En este punto se ha de considerar que, con el sistema español, la tradición es la transmisión de la posesión en concepto de dueño por voluntad del *tradente* y del *accipiente*, el cambio del poseedor; como en los sistemas francés e italiano.

El que, en el sistema español, tal actuación traslativa de la posesión sea, además, el cumplimiento voluntario de la obligada condición legal de la consolidación del efecto traslativo del contrato de compraventa normal, no significa que la tradición implique un acuerdo real del *tradente*, capaz de enajenar y propietario de la cosa en el acto de la entrega, y del *accipiente*, sencillamente porque la tradición es una actuación voluntaria pero obligada, que puede ser cumplida aún contra la voluntad de las partes contratantes, supliendo la voluntad de cumplimiento mediante la puesta en posesión por el Juez (art. 1.096 CC, que está inmediatamente a continuación del art. 1.095 que es el único considerado por la doctrina usual), o bien mediante la consignación judicial (art. 1.176 CC, incluido en la misma sección «Del pago»).

Por tanto, insisto, la exigencia por el artículo 1.160, en el momento del pago, de la capacidad para enajenar y de la libre disposición de la cosa, sólo puede referirse a los mismos supuestos a que se refieren el precepto francés y el precepto italiano que son su origen histórico.

La capacidad para enajenar es un presupuesto *subjetivo* de la voluntad de enajenar (*alienare*, disponer) y la libre disposición de la cosa es presupuesto *objetivo* de dicha voluntad de enajenar (disponer), que alude a la pertenencia del derecho de propiedad y a la libertad de disponer, incluyendo en ésta la inexistencia de prohibición de disponer opuesta a la libre disposición y, a mi juicio, la existencia de una venta (primera venta) que *vincula* la voluntad dispositiva del vendedor, quien ya no puede lícitamente volver a vender (segunda venta) la misma cosa a un tercero, porque ya no es libre para disponer vendiendo.

2) Supuestos de aplicación: ventas especiales.

1. El párrafo segundo del artículo 1.160 regula dos cuestiones muy importantes.

1.1. Cuando paga el vendedor entregando, según lo contratado, una cosa mueble *genérica*, se ha realizado una especificación, que es el cumplimiento de una condición legal de la transmisión del dominio, antes o en el momento en que se cumple la tradición.

Por esto «si las cosas (muebles, genéricas) *fungibles* se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo (de tener que pagar el precio aun cuando la cosa perece fortuitamente) al comprador hasta que se han pesado, contado o medido» porque hasta entonces no puede pasar a ser el propietario de cosa especificada, «a no ser

que éste (comprador) se haya constituido en mora» de recepción, que le hace correr el riesgo del perecimiento fortuito del género en poder del vendedor.

La venta mercantil, por empresario comerciante, de cosa mueble, concretamente de «género» a especificar, normalmente irá seguida de tradición real, que no excluye formas de tradición como la de entrega del resguardo de depósito de la mercancía en poder de un tercero o la de entrega de la llave del depósito donde están las mercancías, o la de entrega del contenedor de las mercancías, etc., pero excluye, en principio, la tradición por pacto de inversión del concepto en que posee el vendedor o pacto de constituto posesorio.

Si la cosa mueble genérica es *fungible*, lo normal es que sea consumida por el comprador, más o menos inmediatamente, después de ser recibida.

Durante el *periodo intermedio* entre la entrega y el consumo, si el tradente entregó cosa de la que no podía disponer porque no era de su propiedad sino que era cosa ajena, suponiendo que la cosa sea identificada, el verdadero propietario podrá reivindicarla de quien la posea (según el párrafo primero del artículo 464 del Código Civil, aunque este precepto se refiere primariamente a cosa específica).

Pero (según el párrafo final del mismo artículo, conforme al art. 85 del Código de Comercio) «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto a las mercaderías adquiridas». Una prescripción de Derecho, por la ley, y no una prescripción de hecho, con un plazo de uso que tendría que ser probado: en el caso regulado, basta probar el contrato y las circunstancias requeridas, cuando el vendedor dispuso de cosa ajena.

Después de *consumida* la cosa, el que era verdadero propietario ya no podrá reivindicarla actuando contra el poseedor por compra, a menos que intente probar su mala fe porque *conocía* que la cosa era ajena cuando la compró o antes de consumirla; pero podrá ejercitar una acción personal para que el vendedor le entregue el precio percibido y le indemnice los daños y perjuicios.

1.2. Cuando paga el comprador entregando *dinero*, que es cosa genérica, fungible, instrumento de cambio cuando se trata de una cantidad de dinero del que se considera su valor en cambio y no el valor intrínseco de las monedas (que las haría objeto de permuta o de cambio de monedas por dinero), entonces el dinero queda especificado en el momento de la entrega, según lo contratado, y esta especificación es el cumplimiento de una condición legal de la transmisión del dominio del dinero y se realiza en el momento en que se cumple la tradición de la posesión del dinero que es otra condición legal de la transmisión del dominio del dinero.

Al tratarse de cosa fungible, lo normal es que el dinero quede consumi-

do, más o menos inmediatamente, por el vendedor pagado, por el que lo cobra.

Al tratarse un instrumento de cambio, lo normal es que el dinero percibido, más o menos pronto, quede confundido con el dinero que el vendedor tenía al percibirlo e ingresarlo en su patrimonio, de manera que no será identificable como cosa especificada.

Durante el período en que el dinero cobrado puede ser identificado, si el comprador entregó dinero del que no podía disponer porque no era de su propiedad sino dinero ajeno, que halló o sustrajo o se apropió indebidamente (acaso siendo depositario), parece que, en principio, el propietario podría reivindicarlo de quien lo posea, pero «la moneda en que se verifique el pago de las mercaderías compradas al contado en tiendas o establecimiento públicos no será reivindicable» (art. 464, p. final, CC y art. 86 C. de C.) y se presume que tales compraventas son al contado (art. 87 C. de C.).

Después de consumido (o confundido) el dinero, el que era su verdadero propietario ya no podrá reivindicarlo por ser imposible la identificación del objeto de la acción real, pero podrá ejercitar una acción personal para que el comprador (no propietario del dinero, que con él pago al vendedor) le reintegre una cantidad de igual valor y le indemnice los daños y perjuicios que le causó, y podrá dirigirse contra el vendedor que lo cobró para intentar probar que lo consumió de mala fe.

2. La *existencia* de la cosa es un presupuesto objetivo de la adquisición de la propiedad, para quien la está haciendo existir y para quien se la compra.

La ley permite la venta de cosa *futura*, o sea, de cosa inexistente en el momento de la perfección de la venta, pero su efecto traslativo queda pendiente del cumplimiento de la condición legal, de la existencia de la cosa, antes del momento de la transmisión de la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad (arts. 1.160; 1.460, 1; 448 CC).

Aquí sólo cabe hacer algunas observaciones concretas, como las siguientes.

La venta de cosa futura está relacionada con el contrato de prestación de servicios y con el contrato de obra, para la construcción, fabricación o elaboración artesana de la cosa, así como con la declaración de estar la obra en construcción o la edificación terminada.

La venta de un solar o terreno sobre el que se está construyendo una casa no ofrece dudas en cuanto se vende el suelo sobre el que se está edificando, pero la venta de un local o de una vivienda integrantes en régimen de propiedad horizontal de un edificio en construcción que ha causado las correspondientes inscripciones separadas de las unidades integrantes del edificio en construcción presenta dificultades de configuración.

Desde luego no puede conformarse documentalmente como una compra-

venta normal al igual que si se tratara de un local o una vivienda de un edificio terminado de construir, susceptible de entrega por constituto posesorio instrumental (art. 1.462, 2 CC).

Quizá podría configurarse como una venta especial referida a la participación indivisa en la propiedad de los elementos comunes actuales, como son el solar y la parte de estructura ya construida, así como en los futuros, y a la propiedad exclusiva de los elementos privativos existentes acaso y de los futuros, según contrato de obra a ejecutar por el vendedor constructor o concertado por el promotor de la edificación, en cuanto dicho local o vivienda del edificio en construcción conste registrado separadamente y así exista registralmente como objeto de contrato de hipoteca inscribible, pues aunque la hipoteca es un derecho real no posesorio cuya constitución ontológicamente excluye la posibilidad de tradición, es un derecho a ejecutar judicialmente la finca en subasta pública que puede terminar con una «venta» al mejor postor de la finca formalizada en escritura notarial o con un auto de adjudicación en pago al ejecutante.

Esta conformación habrá de acomodarse a las circunstancias del caso, pero no puede considerarse que existe un contrato de cesión de derecho incorporal porque se vende, al menos, un porcentaje o participación indivisa del solar, como cuando un comunero vende su cuota indivisa de alguna finca sobre la que se está construyendo una obra, si todos y cada uno de los condueños poseen la finca común, no cuando la finca está poseída por un tercero en concepto de dueño (arts. 445, 450 CC).

Y para asegurar al comprador contra los riesgos del denominado fraude inmobiliario convendría manifestar en la escritura algo más que no sea limitarse a decir que el edificio se encuentra en construcción, aunque sólo sea referenciar la licencia de obra, acordar que cierta parte del precio se pagará en el momento de la entrega y toma de posesión, que se realizará mediante acta de entrega cuando esté certificada la terminación de la obra de conformidad con la licencia. Incluso iniciar la descripción de la finca separada con la palabra «futura» vivienda (o futuro local) del edificio en construcción...

Lo dicho puede aplicarse al denominado cambio de solar por obra, usualmente configurado como la permuta de un solar, que es cosa existente, por unos determinados locales o viviendas del edificio a construir, que se entregarán una vez terminados de conformidad según acta de entrega, pactando acaso una condición resolutoria de la transmisión del solar en caso de incumplimiento; sin perjuicio de contratar la reserva de la participación indivisa del solar que ha de corresponder a los locales o viviendas en la propiedad horizontal del edificio; pero sin olvidar las complicaciones que pudieran surgir si el prestamista que ha de financiar la construcción exige que se constituya una sola hipoteca sobre todo el edificio, sin distribuir la responsabilidad entre sus componentes.

Es importante resaltar que la situación *especial* del objeto del contrato puede ser *desconocida* por el que cree adquirir una vivienda ya terminada si no se le manifiesta claramente en el momento del otorgamiento, sobre todo cuando se formaliza la venta o la permuta en un documento privado redactado por el vendedor o permutante.

En este caso podría aplicarse el análisis que expuse a propósito de la venta de cosa no poseída por el vendedor, según que el comprador *conozca* o *desconozca* la desposesión de quien le vende; análisis que también procede aplicar en el supuesto de venta de cosa ajena según que el comprador *conozca* o *desconozca* que la cosa no pertenece al vendedor sino a un tercero.

Porque dicho análisis, la distinción entre el *conocimiento* y el *desconocimiento* de la especialidad del supuesto contractual, es aplicable a cualquier contrato de compraventa que no sea el normal (de cosa existente, específica, propia del vendedor y poseída por éste) porque tiene por objeto una cosa que en el momento de la perfección del consentimiento no existe pero puede existir (cosa futura), o no está determinada suficientemente y falta especificarla (cosa genérica), o pertenece a un tercero y ha de ser adquirida (cosa ajena), o está poseída en concepto de dueño por un tercero poseedor usucapiente y sólo puede venderse o, mejor dicho, cederse el derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído (cosa propia no poseída).

3. Respecto a la llamada *venta de cosa ajena*, naturalmente, hay que distinguir el sistema alemán y el sistema latino.

3.1. Según el *sistema alemán*, el contrato de compraventa sólo es obligatorio, no es traslativo aunque sea de finalidad traslativa, sólo obliga a transmitir la propiedad pero no la transmite, de manera que la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, en el momento de la perfección del contrato de venta, no es presupuesto objetivo del contrato, y puede venderse cosa ajena, aunque el comprador ha de conocer que la cosa no pertenece al vendedor porque así se lo ha de manifestar el vendedor que conoce tal circunstancia.

La transmisión del derecho de propiedad es efecto del negocio dispositivo de transmisión, del acuerdo real, seguido de la transmisión de la posesión de cosa mueble o seguido de la inscripción si la cosa es inmueble, aunque el acuerdo real mobiliario, normalmente, se infiere de la transmisión real de la posesión, de manera que, en principio, es necesario que el enajenante de cosa mueble sea el propietario en el momento de la transmisión de la posesión en concepto de dueño. Si bien, según otro principio, quien recibe la posesión en concepto de dueño, por efecto del acuerdo real adquiere la propiedad, que deja de pertenecer al que lo fue hasta que transmitió la posesión, en aquellos supuestos en que la ley así lo dispone para dar

seguridad al tráfico jurídico de bienes, considerando la confianza en la apariencia de pertenencia del derecho deducida de la posesión en concepto de dueño.

3.2. Según el *sistema latino* el contrato de compraventa es primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio: es un acuerdo de dos voluntades recíprocamente traslativas, aun cuando la ley exija el cumplimiento de algún requisito adicional, posterior al contrato.

Es más, en el sistema italiano el contrato de compraventa *normal*, el de cosa específica propiedad del vendedor, es traslativo inmediatamente, porque la ley no exige en tal caso el cumplimiento del adicional requisito histórico-romano de la transmisión de la posesión en concepto de dueño que es la transmisión de la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, al vendedor antes de la tradición y al comprador después de la tradición. La transmisión del derecho es inmediata y no *mediante* la tradición de la posesión.

Pero en el sistema italiano el contrato de compraventa en supuestos *especiales* no transmite inmediatamente sino mediante el cumplimiento de algún requisito legal, como ocurre en el supuesto de venta de *cosa ajena*, que no pertenece al vendedor en el momento de la perfección del contrato, de manera que falta un presupuesto objetivo para que el derecho pueda transmitirse (como también falta el presupuesto objetivo de la existencia de la cosa cuando se vende cosa futura, inexistente en la actualidad de la perfección del contrato).

3.3. Según el sistema latino *español*, cuando el vendedor *conoce* que vende cosa ajena, que no posee, ha de manifestarlo al comprador, porque no se trata de una venta normal de cosa propia del vendedor y poseída por éste, y, si el comprador la consiente, la ley exige que el vendedor sea propietario de la cosa en el momento de entregar su posesión (art. 1.160 CC), porque en este momento el vendedor transmite la posesión *en concepto de dueño* de la cosa y así manifiesta, al menos tácitamente, que es el propietario por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC). Sin perjuicio de que el comprador, al contratar, pueda exigir alguna futura prueba del título determinado por el que el vendedor adquirirá el derecho de propiedad después de la perfección de la venta.

Puede ocurrir que el vendedor manifieste que es el propietario de la cosa que posee en concepto de dueño, que crea ser el propietario al contratar y al entregar la cosa, cuando *desconoce* que no es el propietario verdadero aunque sea el propietario aparente y presunto en cuanto es el poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC).

Si el comprador que recibió del vendedor la entrega de la posesión en concepto de dueño, posteriormente, es despojado de la posesión por un

tercero que se atribuye la propiedad, podrá reivindicar para recobrar la posesión, con el auxilio procesal del vendedor, y si es vencido por el poseedor podrá exigir que el vendedor responda por su incumplimiento del contrato, porque no era propietario al vender ni al entregar (art. 1.475 CC). Responsabilidad del vendedor que se agrava cuando entregó cosa ajena actuando de mala fe porque conocía que no era dueño de la cosa que entregó como propia, cuando no manifestó al comprador y silenció que no era el verdadero propietario aunque era el propietario presunto (art. 448 CC).

Si el comprador que recibió del vendedor poseedor la entrega de la posesión en concepto de dueño es inquietado en su posesión por un tercero que se jacta de ser el propietario verdadero (acaso manifestando que el vendedor sólo era un poseedor usucapiente y no el propietario por usucapición) no podrá exigir que el vendedor le pruebe que era el propietario al entregarle la cosa, con otro medio que no sea la posesión, cuando no lo exigió al comprar, ni podrá exigir que el vendedor actúe contra el tercero para acallararlo.

Para acabar con la situación de incertidumbre tendrá que ser él mismo quien demande al tercero, mas no ejercitará una acción reivindicatoria, porque no posee el tercero sino el demandante; tendrá que ejercitar una acción declaratoria del dominio, con el auxilio procesal del vendedor que es su garante (otor) de que el derecho le pertenecía al entregarle la posesión en concepto de dueño, y el vendedor responderá ante el comprador si el demandado resulta vencedor porque la sentencia firme declara que era el verdadero propietario cuando el comprador realizó la entrega de la cosa ajena como si fuera propia.

Si el comprador, en el proceso reivindicatorio o en el proceso declaratorio del dominio, puede probar que después de la entrega se ha cumplido la usucapición a su favor, en el supuesto de que se probara que el vendedor no era el propietario al realizar la entrega, y obtiene sentencia estimatoria de su pretensión de ser declarado verdadero propietario, podrá actuar contra el vendedor para que le indemnice los daños y perjuicios que haya sufrido por no ser el vendedor propietario de la cosa al realizar la entrega, suponiendo que el comprador desconocía esta circunstancia, que acaso el vendedor le ocultó, con mala fe.

Se ha de considerar que en la contratación inmobiliaria es normal que el comprador exija al vendedor alguna otra prueba de la pertenencia del derecho que no sea la posesión en concepto de dueño solamente, y es usual la manifestación y exhibición de la escritura notarial que conforma y prueba su título adquisitivo material, e incluso que éste consta inscrito y publicado en el Registro de la Propiedad.

Según el sistema latino francés e italiano el vendedor queda obligado a

entregar la posesión en concepto de dueño de la cosa pero no queda obligado a transmitir el derecho de propiedad sobre la cosa. Mas no porque si quedara obligado a transmitir el derecho sería nula la venta de cosa ajena cuando el comprador conoce el hecho y acepta el contrato, contra el principio proclamado de que la venta es traslativa inmediatamente, sin mediar tradición. Sino porque el vendedor, al perfeccionarse el contrato, normalmente dispone traslativamente de cosa propia y excepcionalmente dispone traslativamente de cosa que conoce no le pertenece y se obliga a adquirir antes de transmitir la posesión en concepto de dueño, porque la ley admite este supuesto de compraventa excepcional o *especial*.

El Derecho español, para este supuesto de *compraventa especial*, refiere el presupuesto objetivo de la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor al momento de la entrega (art. 1.160 CC) y no al momento de la perfección del contrato, porque las partes así lo quieren y la ley lo admite teniendo en cuenta que al transmitir la posesión en concepto de dueño es cuando se transmite al comprador la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448 CC).

Procede considerar que la venta de cosa ajena, cuando ambos contratantes conocen esta realidad, no es una venta voluntariamente condicionada a la adquisición del derecho de propiedad sino que es una venta condicionada *legalmente*, sometida al requisito adicional de que el vendedor queda obligado a adquirir el derecho de propiedad porque ha de ser propietario en el momento de la transmisión de la posesión en concepto de dueño.

Supuestos especiales de venta de cosa ajena se han considerado al analizar la acción reivindicatoria y los casos en que se excluye la reivindicabilidad de la cosa vendida por el no propietario por aplicación de principios que han de considerarse excepcionales, aunque puedan ser muy importantes o frecuentes, en cuanto implican una excepción al principio general de la adquisición derivativa y causal en el tráfico jurídico de bienes, sobre todo por contrato de compraventa.

3) Código Civil italiano de 1942.

En el Código Civil italiano vigente desde 1942 no tiene equivalente el artículo 1.240 del Código Civil de 1865, precepto inspirado en Pothier, similar al artículo 1.160 del Código Civil español de 1889, aunque varios artículos regulan el pago al acreedor incapaz (art. 1.190), el pago por un incapaz (art. 1.191), el pago mediante entrega de *cosa ajena* (art. 1.192), el pago al acreedor aparente (art. 1.189), el pago por un tercero (art. 1.180).

1. Ahora bien, al regular la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida, el artículo 1.465, con el epígrafe «contrato con efecto traslativo o constitutivo» dispone que «en los contratos que transmiten la propie-

dad de una cosa determinada o bien constituyen o transmiten derechos reales, el perecimiento de la cosa por causa no imputable al enajenante no libera al adquirente de la obligación de satisfacer la contraprestación, aunque la cosa no le haya sido entregada.

La misma disposición se aplica en el caso en que el efecto traslativo o constitutivo se difiere hasta el cumplimiento de un término.

Cuando el objeto de la transmisión sea una cosa determinada por el género, el adquirente no queda liberado de la obligación de satisfacer la contraprestación *si el enajenante ha hecho la entrega o si la cosa ha sido individualizada*.

El adquirente, en todo caso, queda liberado de su obligación si la transmisión estaba sometida a condición suspensiva y la imposibilidad sobreviene antes de que se verifique la condición».

2. Al regular la venta, el artículo 1.472, que trata de la «venta de cosa futura» dispone que «En la venta que tiene por objeto una cosa futura la adquisición de la propiedad se verifica en cuanto la cosa llega a existir. Si el objeto de la venta son los árboles o los frutos de una finca, la propiedad se adquiere cuando se cortan los árboles o se separan los frutos».

3. Además, el artículo 1.478, que trata de la «venta de cosa ajena» dispone que si en el momento del contrato la cosa vendida no era propiedad del vendedor, éste queda obligado a procurar la adquisición al comprador. El comprador deviene propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de la misma.

Seguidamente, el artículo 1.479, para el caso de «buena fe del comprador» dispone que «el comprador puede pedir la resolución del contrato si cuando lo convino ignoraba que la cosa no era propiedad del vendedor y si entretanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad...»

A continuación otros artículos tratan del «peligro de la reivindicación» (art. 1.481), de la «cosa gravada con garantía real u otro vínculo» (art. 1.482), de la «evicción total de la cosa» (art. 1.483), de la «evicción parcial» (art. 1.484), de la «llamada en causa al vendedor» (art. 1.485), de la «responsabilidad limitada del vendedor» (art. 1.486), etc.

Con su sistema de contrato de compraventa *normal* inmediatamente traslativo, el Código Civil italiano precisa que en las compraventas *especiales*, que no pueden ser traslativas inmediatamente porque se vende cosa genérica, cosa futura o cosa ajena, la propiedad se adquiere en el momento en que se cumpla la condición legal *especial*, el presupuesto objetivo necesario, en que la cosa queda especificada, llega a existir o se adquiere y pasa a ser propia del vendedor.

4. En el Derecho español cabe entender que el momento del cumplimiento de la condición legal *especial* afecta a la transmisión entre las partes contratantes. En este sentido, el artículo 1.452, 3 CC dispone que «Si las

cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el *riesgo* al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora» de *especificación*.

En cuanto a tercero, el artículo 1.160 del Código Civil español se refiere al momento del cumplimiento de la condición legal *normal*, al momento de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, que es el momento de la transmisión de la propiedad presunta (art. 448 CC).

VII. ASEGURACION REGISTRAL DE LA ADQUISICION CONSOLIDADA

Respecto a la aseguración registral de la adquisición consolidada, si se tiene en cuenta lo ya expuesto en estudios anteriores y en éste, sólo parece oportuno recordar la perspectiva histórica de algunas cuestiones puntuales pero fundamentales.

1) Reforma de 1861.

Por Decreto de 8 de febrero de 1861 se dispuso que «El proyecto de Ley Hipotecaria presentado por el Gobierno de S. M. a las Cortes se publicará desde luego como Ley en la Península e Islas adyacentes» (art. 1.º), y que «Esta Ley empezará a regir dentro del año siguiente a su promulgación en el día que señale el Gobierno de S. M.» (art. 2.º). Por Real Decreto de 21 de junio de 1861 se aprobó el Reglamento General para la ejecución de la Ley Hipotecaria.

1. El legislador de 1861, inspirado en el coetáneo sistema registral prusiano de inoponibilidad a tercero inscrito de lo no inscrito en el folio real (principio de publicidad) formuló una «*Ley de terceros*» causahabientes del titular registral del dominio, principalmente a causa de un contrato de compra o a causa de un contrato de hipoteca, con título adquisitivo inscrito; formuló una Ley para *asegurar* la firmeza de la adquisición del derecho de propiedad vendido y transmitido por el titular registral del dominio al comprador cuyo título adquisitivo queda inscrito, y para asegurar la firmeza de la adquisición del derecho de hipoteca constituido por el titular registral del dominio al acreedor hipotecario cuyo contrato de hipoteca queda inscrito, a menos que se probara que dichos terceros habían contratado de mala fe porque en el momento de la perfección del contrato sabían que el derecho de propiedad no pertenecerá al vendedor o hipotecante tal como aparecía en el Registro.

1.1. Según el primordial artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 (que es el art. 606 del Código Civil y el art. 32 de la Ley Hipotecaria

vigente), «*Los títulos... (inscribibles) que no estén inscritos... no podrán perjudicar a tercero*»... causahabiente del titular registral, si se inscribe su título adquisitivo.

La aclaración que adiciono al texto legal resulta de los artículos 27 y 20: «Para los efectos de esta Ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito» (art. 27), a favor del que «*transfiera o grave*» el dominio o derecho de que se trate (art. 20).

1.2. Por otra parte, «*los títulos inscritos... surtirán efecto... en cuanto a (dicho) tercero... desde la fecha de la inscripción*» de los mismos (según el art. 25) que es... la fecha del asiento de presentación... (según el art. 28).

Esta es la interpretación *prusiana* del *principio de publicidad* y del *concepto de tercero* al que es oponible lo inscrito pero es inoponible lo no inscrito en el folio real, en el que la inscripción *no sustituye* a la tradición como condición legal necesaria para la consolidación de la transmisión del derecho de propiedad a causa o por efecto del contrato de compraventa.

2. Por otra parte, aunque suele olvidarse, el legislador de 1861 formuló una Ley por la que el «*antiguo Registro*», es decir, la Contaduría de *Hipotecas*, quedó *sustituido pero continuado* por el «*nuevo Registro*», que es el actual Registro de la *Propiedad*.

2.1. En este sentido son terminantes las Disposiciones transitorias para la que se llamó «*implantación*» del nuevo Registro, las del Título XIII de la Ley de 1861, que tratan «De la liberación de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes» (arts. 347 a 388), las del Título XIV, «De la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas —es decir, de los *contratos* otorgados y no inscritos— antes de la publicación de la presente Ley» (arts. 389-410), y las del Título XV, acerca «De los *libros* del Registro anteriores a esta Ley y su relación con los nuevos» (arts. 411 a 416, último de la Ley aprobada el 3 de julio de 1860).

A estas Disposiciones Transitorias legales hay que añadir las del Reglamento de 1861, que quizá sean más ilustrativas desde la perspectiva actual, las del Título XIII, que trata «Del efecto de las *inscripciones* hechas en los antiguos Registros (arts. 307 al 315) y las del Título XIV, que son «Disposiciones relativas a la inscripción de los *títulos* no registrados al publicarse la Ley» (arts. 316 al 333, último del Reglamento).

2.2. Es harto sabido que surgieron muchas dificultades para la creación de la Dirección General de los Registros, el nombramiento de los nuevos Registradores, la confección de los nuevos libros, etc. que impidieron *implantar* el nuevo Registro y que entrara en vigor la nueva Ley dentro del plazo de un año previsto en el Real Decreto de 8 de julio de 1861, hasta que por Real Decreto de 11 de junio de 1862 se puso envigor la nueva Ley desde 1.º de enero de 1863, y aun entonces la implantación no fue total sino transitoriamente *parcial* pues quedaban excluidos de apli-

cación inmediata preceptos tan importantes como los artículos 17, 20, 34, 35 y otros más.

2.3. Hasta que la Ley de 21 de diciembre de 1869 autorizó al Gobierno para llevar a cabo su propuesta de reforma de la Ley Hipotecaria de 1861, que fue publicada en las Gacetas de 30 de octubre a 12 de noviembre de 1870 y entró en vigor el día 1.º de enero de 1871, a la vez que el nuevo Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 29 de octubre de 1870.

2.4. Según el artículo 17 de la Ley «Inscrito en el registro (“nuevo”) cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble». Así, la inscripción 1.ª de una finca en el nuevo Registro impedía el acceso al nuevo Registro de los títulos de fecha anterior al registrado con la inscripción 1.ª, lo que era y continúa siendo un efecto *formal* o de procedimiento (no un efecto sustantivo o de atribución de la pertenencia del derecho de propiedad), pero conforme con el principio sustantivo del artículo 23, complementado por el artículo 27, y con la configuración legal y reglamentaria del Registro de la Propiedad como *continuator* de la Contaduría de Hipotecas.

2.5. Según el artículo 20 de la Ley «... será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave», lo que de hecho obstaculizaba la implantación del nuevo Registro y su inscripción 1.ª

«Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente (del que habría podido tomarse razón en la Contaduría de Hipotecas), y, en su defecto, conforme a lo prevenido en los artículos... «referentes al expediente judicial de información posesoria». Concretamente, según el artículo 397, «El propietario que careciere de título de dominio escrito —lo que era muy frecuente—, deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesión —en concepto de dueño, es decir, su presunta pertenencia del derecho de propiedad— ante el Juez de primera instancia del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del promotor fiscal si tratase de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario o la de los demás partícipes en el dominio, si pretendieren inscribir un derecho real...».

En relación con el artículo 20, hay que tener en cuenta bastantes Disposiciones transitorias, que conviene espigar.

Según el artículo 316 del Reglamento de 1861 «Entendiéndose publicada la Ley Hipotecaria desde el día que oportunamente se señale para que empiece a regir... (que no fue hasta 1.º de enero de 1863, y con carácter

parcial), todos los actos y contratos que hasta dicho día se verifiquen se sujetarán a la legislación anterior».

Según el artículo 307 del mismo Reglamento «Las inscripciones de los antiguos registros surtirán, en cuanto a los derechos que de ellos consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de alguno de los requisitos que exigen los artículos 9 y 13 de la Ley bajo la pena de nulidad y no se lleguen a trasladar a los nuevos registros».

Según el artículo 312 del mismo Reglamento «Todos los que tengan a su favor inscripciones en los registros antiguos, que carezcan de alguna de las circunstancias que exigen los artículos 9 al 13 de la Ley, podrán solicitar que se trasladen a los nuevos registros, con la adición expresada en el artículo 21 de este reglamento, aunque no se haya verificado acto ni contrato que exija una nueva inscripción» en el nuevo registro.

Según el artículo 389 de la Ley «Los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito (en la Contaduría de Hipotecas) bienes o derechos (adquiridos en virtud de títulos) que según ella se deben inscribir, podrán inscribirlos (en el nuevo Registro de la Propiedad)».

Así pues, desde 1.º de enero de 1863 en que entró en vigor la Ley con su Reglamento y quedó implantado el nuevo Registro, aunque con suspensión temporal de la vigencia de algunos artículos, la inscripción 1.ª de compra en el *nuevo* Registro de la Propiedad NO podía ser la inscripción de un título de compra de fecha posterior a 1862. Para que este título se pudiera inscribir debía constar inscrito previamente el título de adquisición por el vendedor, de fecha anterior a 1863, o, en su defecto, un título supletorio de información posesoria.

2.6. Claro que como el *nuevo* Registro era *continuador* del antiguo Registro de la Contaduría de Hipotecas, la inscripción 1.ª en el *nuevo* Registro de un título de compra de fecha *posterior* a 1862 podía fundamentarse en la previa inscripción existente en el antiguo Registro del título de adquisición del dominio por el vendedor, aunque no se trasladara al nuevo Registro. Si se utiliza la terminología hoy usual, la *última* toma de razón del dominio en el *antiguo* Registro cumplía la misma función que cumple una inscripción *primera*, «inmatriculadora», en el actual Registro de la Propiedad, de manera que la inscripción 1.ª según su número ordinal en el nuevo Registro cumplía entonces la misma función que cumple hoy una inscripción «*segunda*», 2.ª según su número ordinal, en el actual Registro de la Propiedad. Es decir que, el comprador de la inscripción 1.ª en el *nuevo* Registro era un tercero respecto al título inscrito a favor del vendedor en la *antigua* Contaduría de Hipotecas (art. 307 RH 1961, en relación con los artículos 20, 23 y 27 de la LH 1861).

Además, la inscripción 1.ª en el *nuevo* Registro también podía ser simple *traslado* de la última inscripción del dominio en el *antiguo* Registro

correspondiente al título de adquisición del dominio por el vendedor (art. 312 RH 1861), de manera que, incluso formalmente, la inscripción a favor del comprador sería una inscripción 2.^a, y el comprador sería un evidente tercero respecto al título por el que adquirió el vendedor, registrado en el nuevo Registro mediante la inscripción 1.^a de simple traslado.

Es más, la inscripción 1.^a en el *nuevo* Registro también podía ser la inscripción del título adquisitivo del vendedor, de fecha anterior a 1863, que hasta entonces pudo haber sido registrado en la Contaduría de Hipotecas pero no lo había sido. Dicho título anterior o *antiguo* podía registrarse por inscripción 1.^a en el nuevo Registro (art. 389 LH 1861). Pero entonces el titular registral según la inscripción 1.^a no era un tercero conforme al artículo 27 de la Ley. Esta inscripción 1.^a sólo era la inscripción *previa necesaria* para que pudiera inscribirse, con inscripción 2.^a, el título del comprador de fecha posterior a 1862, o sea, el título del tercero asegurado.

Así pues, la inscripción a favor del comprador de su título «nuevo» (posterior a 1862) debía fundamentarse en la inscripción previa del título «antiguo» (anterior a 1863) por el que el vendedor adquirió el dominio, en la inscripción de un *título antiguo probado documentalmente y publicado registralmente*, bien por su inscripción «antigua» en la Contaduría de Hipotecas, trasladada al nuevo Registro o no trasladada al nuevo Registro, o bien por su «nueva» inscripción 1.^a en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de suplir la falta de título «antiguo» del vendedor mediante expediente de información posesoria, *publicado* por su inscripción 1.^a en el nuevo Registro, que era previa y necesaria para la inscripción 2.^a del título «nuevo», a favor del tercero comprador.

Todo ello con el fin de apoyar la atribución del dominio al «nuevo» comprador en una suficiente *prueba documental de la pertenencia del dominio al vendedor*, que fuera «antigua» y *publicada registralmente* para evitar el grave riesgo de las escrituras «nuevas» falsas o simuladas y para fundamentar la *aseguración* del tercero comprador en su confianza en la apariencia registral de pertenencia del dominio al vendedor, porque esta aseguración podía hacer *perder la propiedad* a quien fue el verdadero propietario hasta el momento de la presentación en el Registro del «nuevo» título de compra seguidamente inscrito, si no se conseguía probar que el comprador era de mala fe porque al contratar conocía que el vendedor no era el verdadero propietario sino que, en su caso, lo era, pero sin título formal probatorio, el poseedor en concepto de dueño; quien podía esperar a ser demandado en juicio reivindicatorio, amparado en la presunción legal de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño, hasta que la protección al tercero del artículo 23 (hoy 32) de la nueva Ley Hipotecaria de 1861 le enfrentó al riesgo de perder la propiedad

si no se apresuraba a documentar su título material de pertenencia y a registrarlo.

Este es el espíritu *prusiano* de la Ley Hipotecaria de 1861, que trata de proteger al que es tercero respecto al previo *contenido* registral del folio real.

Algunos autores (Manuel Amorós Guardiola, José Manuel García García, Antonio Pau Pedrón) entienden que el artículo 23 de la Ley de 1861 procede del sistema francés y se refiere también al «inmatriculante» respecto a una previa situación de *vacio registral*, de manera que el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código Civil, en caso de doble venta, sustituye la tradición como «modo» de adquirir por la inscripción.

Pero este es un error de interpretación que resulta evidente si se recuerda la historia de la implantación de la Ley Hipotecaria de 1861, y que el Código Civil, conforme a lo dispuesto en su artículo 606 —que reproduce el artículo 23 de la Ley de 1861— y en su artículo 608 —que mantiene la vigencia del sistema *registral* de la Ley de 1861 reformada en 1869— ha de interpretarse coherentemente, de manera que el párrafo segundo del artículo 1.473 no puede ser un precepto discordante, que excepcione lo dispuesto por su artículo 609, párrafo segundo, al final, sustituyendo por la inscripción del contrato de compraventa la previa necesidad de la tradición por el vendedor poseedor en concepto de dueño (no por el vendedor desposeído, que ésta es otra cuestión) Sin perjuicio de la reforma *civil-hipotecaria* introducida por su artículo 1.857 en cuanto se refiere a que la inscripción del contrato de constitución del derecho de hipoteca es necesaria para la eficacia del contrato.

El Código Civil no cambia los principios vigentes de tradición necesaria y de inscripción declarativa y aseguradora.

El artículo 1.473, 2 tenía un precedente en el Proyecto de Código Civil de 1851 que estaba inspirado en el sistema de Luzuriaga, de tradición no necesaria (sistema francés), pero de inscripción necesaria de fincas (sistema sajón).

2.7. El artículo 20, con la reforma de la Ley en 1969, dispuso que «El no hallare inscrito el dominio de un bien inmueble o derecho real a favor de la persona que lo transfiera o grave, sin estar tampoco inscrito a favor de otra, no será motivo suficiente para suspender la inscripción o anotación preventiva si del título presentado o de otro documento fehaciente resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio antes del día 1.º de enero de 1863 (fecha de entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861); pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición (por el vendedor transferente en su caso) tomándolas de los documentos necesarios al efecto...».

El título «antiguo» por el que adquirió el vendedor antes de la entrada

en vigor de la Ley de 1861 ya no queda inscrito con una inscripción 1.^ª que precede en el tiempo y en el folio real a la inscripción 2.^ª del título «nuevo» del que compra. El título nuevo de compra queda registrado en una inscripción 1.^ª Es decir, que una sola inscripción publica las pruebas de dos transmisiones sucesivas, de manera que la segunda transmisión, la del vendedor al comprador, no está precedida en el tiempo y en el folio real por otra inscripción, y así el comprador *no* es un tercero a efectos de la aseguración del artículo 23, teniendo en cuenta la definición legal de tercero según el artículo 27, preceptos ambos que continuaron vigentes, pese a la reforma de 1909, hasta que la reforma de 1944-1946 omitió la definición del artículo 27 de la Ley de 1861 y dio el número 32 al que hasta entonces fue el artículo 23, para acercarlo al artículo 34 precedido del artículo 33, de la Ley de 1861 y de la Ley vigente.

Así pues, desde 1871, ya vigente, la reforma de 1869, la inscripción 1.^ª del artículo 20 de la Ley de 1869, que es hoy la inscripción 1.^ª del artículo 205 de la actual Ley de 1946, pasó a ser una inscripción inmatriculadora, pero no pasó a ser una inscripción a favor de un tercero inscrito y asegurado conforme al artículo 23 de la Ley de 1861, que es el artículo 32 de la Ley vigente.

Esto, sin perjuicio del efecto formal de cierre del Registro resultante del artículo 17, en la Ley de 1861 y en todas las posteriores, incluida la vigente.

Para facilitar la perspectiva histórica de esta situación con la compulsión de preceptos, conviene traer a colación los siguientes artículos que no requieren comentario adicional.

De la Ley Hipotecaria de 1869.

Según el artículo 411 «Los asientos contenidos en los libros de Registro existentes en las Contadurías de Hipotecas producirán los efectos que les correspondan según la legislación anterior al día 1.^º de enero de 1863.

Si los referidos asientos se han trasladado o se trasladaren a los libros de Registro abiertos con arreglo a lo prescrito en la ley de 8 de febrero de 1861, producirán los efectos que la misma les atribuye, con las modificaciones establecidas en la presente...».

Según el artículo 412 «Si existiere algún libro de los expresados en el primer párrafo del artículo anterior que no se hubiere cerrado con arreglo a lo prescrito en la ley de 8 de febrero de 1861, se cerrará con las formalidades siguientes...». (Pero hasta muchos años después no se ordenó su traslado a los Archivos históricos.)

Según el artículo 413 «Los Registradores que no hubieren completado, reformado o hecho de nuevo, si hubiere sido necesario, los índices existentes en los Registros de las respectivas Contadurías de Hipotecas, deberán verificarlo en el término de... Durante el referido término... continuarán...

haciendo anotaciones preventivas por falta de índices...». Lo que no pudo cumplirse en la mayor parte de los Registros por el defectuoso estado de los libros e índices de las Contadurías, que tenían que ser referenciados en los libros del «nuevo» Registro. (Así, estaban plagados de anotaciones preventivas por falta de índices los libros del «nuevo» Registro, abiertos desde 1863.)

Según el artículo 416 «En toda inscripción, anotación preventiva o cancelación que se haga en los nuevos libros de finca o derecho inscrito bajo cualquier concepto en los libros antiguos, se citará el número, folio y nombre del libro en que se halle dicho asiento...». Algo que, en general, no pasó de ser un buen propósito.

Según el artículo 315 del Reglamento de 1870 «Para los efectos de la Ley hipotecaria y de este reglamento, se entenderá que son libros o Registros *antiguos* los anteriores a 1.º de enero de 1863, y *modernos* los posteriores a aquella fecha», lo que interesaba tener presente para comprender algunas disposiciones.

De la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909 interesa destacar unos cuantos artículos:

Según el artículo 20 «Para inscribir o anotar los documentos en virtud de los que se transfiera o grave el dominio o la posesión de bienes inmuebles o derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen...

No obstante (según el párrafo tercero), podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos otorgados por personas que hubiesen adquirido el derecho sobre los mismos bienes con posterioridad al 1.º de enero de 1909, siempre que justifiquen su adquisición con documentos fehacientes y no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.

Estas inscripciones no surtirán efecto contra (más bien "respecto de") tercero hasta después de transcurridos dos años contados desde la fecha en que fueron hechas...», limitación que no constaba en la Ley de 1869.

Según el artículo 401 «Los asientos de dominio hechos en la extinguida Contaduría de hipotecas... no surtirán efecto si los interesados... no solicitan la traslación... en el plazo de cinco años, contados desde la promulgación de la ley de 21 de abril de 1909».

Según el artículo 402 «Transcurridos los plazos expresados... caducarán de derecho los mencionados asientos y no podrá ya verificarse traslación alguna».

Pero, según el artículo 507 del Reglamento, «... los documentos antiguos de que se hubiere tomado razón en las Contadurías de Hipotecas,

podrán ser inscritos, cuando proceda, con sujeción al párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley», es decir, como títulos inmatriculadores.

En este sentido, el artículo 87 del Reglamento dispuso que «Conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley, podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción: 1.º Los documentos comprendidos en el artículo 3.º de la ley anteriores al 1.º de enero de 1909, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento. 2.º Los otorgados desde 1.º de enero de 1909, siempre que el transmitente justifique con documentos fehacientes la adquisición anterior a dicha fecha de la finca o derecho que se trate de inscribir...

Y según el artículo 90 del Reglamento «La limitación de dos años consignada en el párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley, relativa a los documentos anteriores a 1.º de enero de 1909, no alcanzará a las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos anteriores a 1.º de enero de 1863».

Según la vigente Ley (redactada por Decreto de 8 de febrero de 1946), conforme al artículo 20, párrafo tercero, «Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el expreso derecho (de dominio) y no se acredite fuere inscribible con arreglo al artículo 205, los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta Ley».

Según el artículo 205 (antes p. 3.º del artículo 20 de la LH de 1909) «Serán inscribibles sin necesidad de la previa inscripción los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, siempre que no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona y se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista de los documentos presentados.

En el asiento que se practique se expresarán necesariamente las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas de los mismos documentos o de otros presentados al efecto».

Y según el artículo 207 (antes p. 4.º del art. 20 de la LH de 1909) «Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efecto respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha».

El vigente Reglamento de 14 de febrero de 1947, en su artículo 290, dispone que «Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley, podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción:

1.º Los documentos comprendidos en su artículo 3.º que sean anteriores en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento»... Lo que ex-

cede de lo dispuesto por el artículo 205 de la ley que se refiere, en todo caso, a «los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos...».

Y el artículo 302 del Reglamento también se excede al disponer que «La limitación de dos años, consignada en el artículo 207 de la Ley, no alcanzará a las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos públicos anteriores a 1.º de enero de 1909».

No obstante, procede advertir que ninguno de estos preceptos ha alterado el concepto de tercero del artículo 32 de la Ley de 1946 tal como resultaba de los artículos 23 y 27 de la Ley de 1861, aunque la reforma de 1944-1946 omitiera la definición legal del artículo 27.

Ni se ha demostrado que el artículo 1.473, párrafo 2.º, del Código Civil implica la reforma de la solución dada a la doble venta por la legislación registral en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, que es el artículo 606 del mismo Código Civil, un Código que en su artículo 608 deja subsistente la legislación *del Registro de la Propiedad* (aunque en el artículo 1.875 modifique la legislación *civil* al configurar como necesaria la inscripción del contrato de constitución del derecho de hipoteca conformado y probado mediante escritura notarial).

Que el artículo 32 de la Ley vigente, al igual que el artículo 23 de la Ley de 1861 se refiere, siempre, a un tercero respecto a un contrato inscrito antes y no a un inmatriculante lo demuestra, además, el mismo artículo 207 de la Ley vigente, que fue el párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley de 1909 (como el artículo 205 de la Ley vigente fue el párrafo tercero del artículo de la Ley de 1909).

2.8. En 1861, al legislador le preocupaba que, pese a la calificación del registrador, pudieran acceder al registro títulos nulos, como los títulos falsos o simulados para lograr la inscripción 1.ª, previa a la del comprador tercero asegurado por el artículo 23 (hoy 32). Por esto dispuso que «La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes» (art. 33 HL 1861 y LH vigente).

Pero también aplicó al caso el principio general del artículo 23 (hoy 32) al disponer en el artículo 34 que «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello no se invalidarán en cuanto a tercero (como el que compra a quien es dueño según la inscripción 1.ª del folio real) una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante (y se declare que éste no es el verdadero propietario) en virtud de título anterior (en fecha, al de la inscripción 1.ª en su caso) no inscrito, o de causas que no resulten del mismo registro» (o sea, de la inscripción 1.ª, en su caso), según título inscrito...

«Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley (es decir, un año después de haber transcurrido el período de implantación del nuevo registro, porque el precepto se consideraba peligroso en cuanto podía hacer perder la propiedad al verdadero propietario si llegaba a inmatricularse un título falso, simulado con este fin usurpador) y no será aplicable en ningún tiempo al título... —de información posesoria— inscrito, a menos que la prescripción (adquisitiva) haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiere dicho título» de información posesoria.

Por otra parte, según el artículo siguiente, el artículo 35 de la Ley de 1861, «La prescripción no perjudicará a tercero, si, requiriendo justo título, no se hallare éste inscrito en el registro», es decir, que sólo perjudicará a tercero inscrito la usucapión ordinaria consumada contra tabulas con justo título inscrito en el registro.

«El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo se calificará el título y se contará el tiempo, con arreglo a la legislación común.»

Como ya se ha expuesto, la peligrosidad del artículo 34 y la del artículo 35 se quiso paliar en 1862 dejando en suspenso su entrada en vigor, así como la de los artículos 17, 20 y otros más, excluyéndolos de la «implantación» del nuevo Registro que empezó el 1.º de enero de 1863.

En la reforma de la Ley en 1869, para evitar tales peligros se retocaron los artículos 34 y 35.

Según el nuevo artículo 34 «... los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho de otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro o (esta es la reforma) si la inscripción se hubiere notificado o hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieran reclamado contra ella en el término de treinta días», regulándose a continuación esta notificación, en el mismo artículo, que añadió en el párrafo final que «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito».

El artículo 35 reformado pasó a decir que «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla.

Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito en el Registro.

El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común», como ya decía la Ley de 1861.

La reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 retocó el artículo 34, no el 35.

Según el artículo 34 de 1909 «... los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

Tampoco se invalidarán dichos actos o contratos con respecto a las citadas personas, aun cuando después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anteriormente inscrito, si la inscripción hecha a favor de aquél se hubiere notificado a los que en los veinte años precedentes hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta días», regulando esta notificación en párrafos siguientes.

Reiterando que «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito».

La reforma de 1944 modificó el artículo 34 y sustituyó el artículo 35 de la Ley de 1909 por los actuales artículos 35 y 36, que no cabe considerar ahora. Pero ya estudié el artículo 36 en relación con el artículo 41, 6, 2.ª causa de contradicción, en el segundo de los estudios incluidos en el libro citado como antecedente, al que me remito.

El artículo 34, vigente, pasó a disponer que «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

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

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente», en congruencia con la referencia del párrafo primero al que adquiere «a título oneroso».

2.9. Para comprender bien el sistema *prusiano* coetáneo a la Ley de 1861 y la «implantación» del nuevo Registro como continuación del antiguo Registro es indispensable leer con mucho detenimiento y atención lo que expone don Bienvenido Oliver y Esteller, un protagonista excepcional, en

las 931 páginas del tomo primero, único editado hasta hoy, de su «Derecho inmobiliario español» (70).

Y para percatarse de la talla jurídica del autor nada mejor que leer su biografía y su bibliografía en el «Hecto-Anuario 1861-1869» (71), del que tomo lo que sigue.

Se cita, más o menos de pasada, quizá sin haberle leído, a este gran español y valenciano (1836-1912), que fue doctor en Derecho civil y canónico (1859, con una tesis sobre censos), Licenciado en Filosofía y conocedor de los idiomas francés, inglés y alemán, «que tanto le ayudarían en sus trabajos de investigación jurídica».

Primero trabajó como Abogado en Valencia, en un gran bufete de la ciudad. En 1861 «Ganó el número dos de las seis plazas de *auxiliares* convocadas en la Dirección General del Registro de la Propiedad que se creó en dicho año». En 1863 pasó a ser Vicesecretario de la Audiencia de Barcelona por sus conocimientos acreditados como Oficial auxiliar de la Dirección del Registro de la Propiedad. En 1870 ingresó como *Oficial-Letrado* en la Dirección General de los Registros, cargo entonces asimilado al de Magistrado de la Audiencia Territorial de Madrid. Cuatro años después fue nombrado *Subdirector*, desempeñando el cargo de Director General de los Registros en ausencias y vacantes de los Directores Generales, en incesante cambio por razones políticas, de manera que «representaba el elemento estable de aquel Centro».

Por su iniciativa comenzaron a publicarse en la Gaceta de Madrid las resoluciones de la Dirección General de los Registros. Autor de las exposiciones de motivos de los proyectos de la Ley Hipotecaria y Reglamentos para su ejecución de Cuba y de Puerto Rico (en 1867 casó en Barcelona con una distinguida portorriqueña y vivió durante un año en Puerto Rico ejerciendo la Abogacía). En 1886 fue encargado de redactar los títulos del proyecto de Código Civil correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca, pero sus proyectados artículos quedaron sin aprovechar por razones políticas del momento. En 1889 publicó un «Breve sumario del proyecto del Código Civil de Alemania y del proyecto para su planteamiento». En 1892 publicó el tomo I de su «Derecho inmobiliario español», quedando en manuscrito los seis tomos restantes. Entre 1899 y 1901 fue *Director General* de los Registros y del Notariado. Se jubiló en 1906.

Luego se consagró a su bufete de consultas y dictámenes y a la confección en estrecha colaboración con el Padre Fita S.I. de la monumental obra

(70) Ob. cit. (3)

(71) *Hecto-Anuario del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1861-1961 Cien años de aplicación de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1962, págs. 109-122.

«Cortes de los Antiguos Reinos de Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña», de la cual al tiempo de su óbito ya habían visto la luz once tomos editados por la Real Academia de la Historia. Ya en 1876 había publicado, en cuatro tomos, su «Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa». Y había ingresado en la Academia de la Historia con un discurso sobre «La Nación y la realeza en los Estados de la Corona de Aragón» (1884).

Días antes de su fallecimiento terminó los cuatro tomos inéditos de su «Filosofía del Derecho positivo» (1912).

En el «Hecto-Anuario 1861-1961» puede leerse una somera referencia a los *Principios hipotecarios* considerados por don Bienvenido Oliver, con expresión tomada del Derecho prusiano vigente en 1861, antes de que don Jerónimo González inspirara los suyos en el Código Civil alemán vigente desde 1900, con su dicotomía del contrato de compraventa solamente obligatorio y del acuerdo real dispositivo traslativo abstracto.

Parece muy difícil, por no decir prácticamente imposible, descubrir hoy algún Mediterráneo que, desde su ingreso en la Dirección General de 1861 hasta su jubilación en 1906, no hubiera descubierto don Bienvenido Oliver, situado en su privilegiada atalaya de la Dirección General de los Registros, acerca de la teoría y de la práctica aplicación de la Ley Hipotecaria de 1861 y de la reforma de 1869, de la génesis del nuevo Registrò y de su implantación evolutiva, si se tiene en cuenta su conocimiento del idioma alemán, además del francés, del inglés y de la familiar lengua valenciana, su formación jurídica e histórica, y su acceso fácil a las fuentes de información contemporáneas, doctrinales y prácticas, así como su laboriosidad probada e incansable.

Lo que procede, ahora, es leer con detenimiento el único tomo editado de su «Derecho inmobiliario español», y quizá procurar que se editen los otros seis tomos, si no se han perdido para siempre..., y estar prevenido contra las interpretaciones fundadas en el savignysmo del Código Civil alemán de 1896, en el que tanto se inspiró don Jerónimo González y continúan inspirándose sus seguidores, con olvido del Derecho prusiano vigente al tiempo de gestarse la española Ley Hipotecaria de 1861, un Derecho prusiano que don Bienvenido Oliver conocía de primera mano, porque sabía alemán y leía los textos que citaba.

Sin desconocer la importancia de la investigación histórica, tampoco hay que polarizarse en preferenciales o exclusivas influencias belgas, ginebrinas... que «marean la perdiz» y hacen olvidar que el sistema prusiano del folio real y del principio de publicidad o de la inoponibilidad a tercero de lo no inscrito, sin ser la inscripción sustitutiva de la tradición, tuvo que conciliarse en España, por razones históricas y políticas, comunes y forales, con la prevención y temor del propietario sin título formal, amparado en la

posesión en concepto de dueño como prueba pública, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad de una finca, que podía quedar enfrentado al titular registral del dominio de la misma finca con una amañada prueba documental pública notarial publicada registralmente.

2) Aseguración registral.

Después de este repaso de la evolución legislativa, conviene resumir lo que sigue para precisar la eficacia sustantiva de la inscripción registral, sin perderse entre los árboles del bosque, para reconocer su identidad unitaria.

1. Los artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, resulta obvio recordarlo pero útil, primariamente, pero no exclusivamente, son aplicables al inmatriculante que *vende* o que *hipoteca*; puede decirse que, sobre todo, amparan, protegen o *aseguran la adquisición* del derecho de propiedad (sin cargas) por *compra* al titular registral del dominio (sin cargas), cuando el comprador confía en la exactitud del Registro, presenta su título formal y se inscribe su título material, *en cuanto le atribuyen la pertenencia del derecho* de propiedad (sin cargas), pese a que no pertenece al vendedor (o le pertenece con cargas) en los supuestos siguientes:

1.º Por aplicación del artículo 23.

Cuando el titular registral vendedor *no es el dueño* porque antes de la venta lo fue pero dejó de serlo desde que transmitió el dominio a un tercero adquirente anterior al comprador o desde que, por usucapión consumada, adquirió el dominio el tercero poseedor en concepto de dueño (art. 23 LH 1861; arts. 32 y 36,1 LH vigente).

También cuando el titular registral vendedor *no es el dueño con libertad de disposición traslativa* de la finca porque cualquier propietario de ella dejará de serlo en cuanto quede adjudicada a tercero en subasta forzosa por ejecución de un embargo trabado pero no anotado (art. 23 LH 1861; art. 32 LH vigente), o según el Derecho anterior al Código Civil, artículo 1.875, por ejecución de una hipoteca contratada pero no inscrita (art. 23 LH 1861; pero ya no el art. 32 LH vigente).

2.º Por aplicación del artículo 23, en el supuesto específico del artículo 34.

Cuando el titular registral vendedor *no es el dueño porque nunca lo fue* según resulta de una sentencia que, primariamente, declara la nulidad o la resolución del título material inscrito a favor del vendedor o del título material inscrito a favor de un causante del vendedor en línea de tracto sucesivo ascendente, y que, en consecuencia, también declara la no pertenencia del derecho al vendedor (art. 34 LH 1861 y LH vigente).

2. Por otra parte, desde una perspectiva formal y no sustantiva, también queda amparado el tercero comprador cuando el vendedor *es* el propietario pero la *inscripción* a su favor es *formalmente nula* porque omite o expresa

con inexactitud sustancial alguna de sus circunstancias, según resulta de una sentencia judicial (arts. 30, 31, 32, LH 1861; el último sustituido por el vigente artículo 40, párrafo final, referente a la rectificación del Registro inexacto, no sólo por nulidad del título material inscrito según el artículo 34 de la Ley, sino también por error en la inscripción del título material).

En todos estos casos, el comprador queda asegurado y «sin temor a reivindicaciones inesperadas» (72).

El artículo 32 y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria vigente se refieren, principalmente, a la *inoponibilidad al comprador de la no pertenencia del derecho de propiedad al vendedor*, en el momento de la perfección de la venta, cuando el anterior titular registral del dominio lo vendió al actual titular registral del dominio.

El artículo 32 se refiere a un *título* material no inscrito (probado por un título formal) que *fundamenta la pertenencia* del derecho de propiedad a una persona que no es el titular registral actual.

El artículo 34 se refiere a una *sentencia* firme (probada por testimonio) que *declara fundada la pertenencia* del derecho de propiedad a una persona que no es el titular registral actual, como consecuencia de la declaración de la nulidad o de la resolución del título adquisitivo inscrito a favor del vendedor o del título de adquisición por algún titular registral anterior, por causa que no consta claramente en el mismo historial registral de la finca, en una inscripción (por ejemplo, de compra sometida a condición resolutoria), o en una anotación de demanda (de declaración de nulidad o de resolución y de rectificación del Registro).

Ahora bien, la inoponibilidad de lo no inscrito al tercero comprador que ha inscrito no quiere decir que el derecho de propiedad pertenece a otra persona (al reivindicante) y que su pertenencia no es oponible al actual titular registral.

La inoponibilidad de lo no inscrito al tercero comprador que ha inscrito su título quiere decir que una norma civil determinaría la *pertenencia* del derecho al reivindicante, por un título de *adquisición* que se prueba mediante escritura notarial, una prueba que es oponible a tercero (arts. 1.218, 1.445, 1.462, 2 CC), si a esa norma civil atributiva de la pertenencia del derecho no se contrapusiera otra norma civil-registral que determina la *pérdida* del derecho de propiedad que adquirió el reivindicante, en cuanto *atribuye la pertenencia del derecho de propiedad* al actual titular registral del dominio que confió en la exactitud del Registro, en la prueba publicada por el Registro de la pertenencia del derecho al anterior titular registral en el momento de la perfección de la venta si en ese momento no resulta del mismo Registro su posible inexactitud.

(72) Ob. cit. (3), pág. 51.

Una norma atribuye la adquisición del derecho a una persona por un supuesto de hecho (que resulta probado mediante la exhibición de la copia de una escritura notarial), pero otra norma, que prevalece, *atribuye la posterior adquisición* del mismo derecho a otra persona, con la correspondiente *pérdida* del derecho para el adquirente *anterior*, por haberse cumplido otro supuesto de hecho, la inscripción del título de venta del anterior titular registral del derecho al actual titular registral del mismo; sin perjuicio de la prueba de la posible mala fe del comprador que habría impedido su adquisición, porque la buena fe o confianza del comprador en la exactitud del Registro es otro hecho integrante del supuesto de hecho exigido para la pérdida del derecho antes adquirido por otra persona.

Según resulta de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, el artículo 32 vigente contempla muy especialmente dos supuestos.

Por una parte, se refiere a la *venta* de una finca inmatriculada, que se ha perfeccionado y consumado, pero no se ha inscrito *antes* de la venta por el mismo vendedor (titular registral del dominio todavía, aunque ya no es el verdadero propietario) a un tercero, es decir, a un segundo comprador que desconoce la existencia de la adquisición por el primer comprador y que inscribe su título de compra, quien adquiere el derecho de propiedad a la vez que lo pierde el primer comprador que lo había adquirido pero que no había asegurado registralmente su adquisición extrarregistral. Es el supuesto del artículo 1.473, párrafo 2.º, del Código Civil.

Por otra parte, se refiere al *embargo* trabado pero no anotado *antes* de la venta por el embargado al actual titular registral comprador.

Claro es que el artículo 32 no se limita a regular estos supuestos y con su terminología y técnica legislativa general incluye todos los títulos traslativos del dominio y no sólo el de venta, así como todos los títulos de constitución y todos los de transmisión de derechos reales parciales y no sólo el de constitución de hipoteca, para asegurar al tercero su adquisición del dominio (libre de cargas no registradas) o su adquisición del derecho real parcial (que es carga del dominio registrado).

Ahora bien, el artículo 32 presupone la exclusión de los títulos traslativos por sucesión hereditaria y por donación del no propietario, porque el heredero no es un tercero sino un sucesor, y porque el donatario no merece una protección que haría perder su derecho al propietario verdadero y que se fundamenta en la protección a la confianza en la apariencia registral y también en que el derecho *real* de propiedad de la *cosa* que se «expropia» al propietario verdadero queda económicamente cambiado o sustituido por el derecho *real* de propiedad del *dinero* que representa el valor de la cosa «expropiada», pagado o debido por el beneficiario de la expropiación a aquel que vendió cosa ajena.

Y no es acertada la referencia por el actual artículo 34 de la Ley

Hipotecaria a la adquisición por «título oneroso» (que no constaba en la Ley Hipotecaria de 1861) para excluir al donatario, porque parece impedir la aplicación del precepto al tercero acreedor hipotecario, lo que ha obligado, desde una perspectiva germanista, a que se realizara un estudio sobre «La causa del crédito hipotecario», por Manuel Amorós Guardiola (73). Bastaría el párrafo tercero del actual artículo 34 que no perturba el sentido de la Ley Hipotecaria de 1861.

Se ha de tener en cuenta, además, el efecto de cierre del Registro respecto a «títulos atrasados», que fueron inscribibles hasta un momento anterior al que ya no lo son por no haber accedido en tiempo oportuno al Registro, un efecto que resulta del principio de *prioridad* formal (art. 17 LH 1861 y vigente) y del principio sustantivo de adquisición derivativa recogido en el principio de *tracto* sucesivo formal (art. 20 LH 1861 y actual), según preceptos que anteceden en el texto de la Ley al fundamental principio de inoponibilidad a tercero formulado por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, que es el artículo 32 vigente.

3) Unidad del concepto de tercero.

1. Conviene resaltar la unidad del concepto de *tercero asegurado* por la Ley Hipotecaria vigente con sus artículos 32 (23 en la LH de 1861) y 34, en relación con el artículo 27 de la Ley de 1861, porque se suele leer el artículo 34, y aun el artículo 32, no con la clave prusiana de 1794 sino con la clave alemana de 1896, y se contraponen «tercero latino» a «tercero germánico», sin tener en cuenta la evolución y las recíprocas influencias de los sistemas registrales europeos, advertidas por Díez Picazo (74), sin haber considerado, por una parte, que Bienvenido Oliver contraponía el sistema *francés* de la compraventa traslativa por sí sola (clandestina) y de la publicidad registral sin folio real (tercero francés), al sistema *alemán* o germánico de la compraventa traslativa de finca mediante tradición (Prusia) o mediante inscripción (Sajonia) y de publicidad registral con folio real (tercero prusiano y sajón), ni, por otra parte, que Núñez Lagos contrapuso el sistema del principio de publicidad, tanto el francés como el prusiano, al sistema de inscripción *sustantiva* aludiendo al actual sistema alemán dualista, del contrato de compraventa sólo obligatorio y del *acuerdo real dispositivo-traslativo abstracto inscrito* en el folio real, con antecedentes germánicos en cuanto a la sustitución de la tradición por la inscripción (Sajonia), pero inspirado en la interpretación errónea o tendenciosa del

(73) Premio «Estudios Hipotecarios» de 1990. Editado por el CNRP Imprenta S José.

(74) DÍEZ PICAZO (LUIS). «Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas». *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, 1989, tomo I, vol I, pág. 27

Derecho romano peculiar de la escuela pandectista alemana de Savigny, que disecciona el contrato de compraventa primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio, romano («latino» por contraposición al «germano o alemán» de Savigny).

2. Es muy ilustrativo tener en cuenta lo dispuesto por el vigente Código Civil italiano de 1942, porque permite desvanecer algunos equívocos sin más que proceder a su atenta lectura.

En su Libro sexto, que trata «De la tutela de los derechos», el Título I, «De la transcripción», Capítulo I «De la transcripción de los actos relativos a los bienes inmuebles», el artículo primero, el 2.643, enumera los «Actos sujetos a transcripción», incluyendo: «1) Los contratos que transfieren la propiedad de bienes inmuebles». 2) Los contratos que constituyen, transfieren o modifican el derecho de usufructo sobre bien inmueble, el derecho de superficie y los derechos del cedente y del enfiteuta»...

En el mismo Libro, el Título III «De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación (que son los privilegios, la prenda y la hipoteca) y de la conservación de la garantía patrimonial», en el Capítulo IV «De las hipotecas», el artículo primero, el 2.808, sobre «Constitución y efectos de la hipoteca», dispone que «La hipoteca atribuye al acreedor el derecho a expropiar, incluso contra el tercero adquirente, los bienes vinculados en garantía de su crédito y a ser satisfecho con preferencia con el precio obtenido con la expropiación. La hipoteca puede tener por objeto bienes del deudor o de un tercero y *se constituye mediante inscripción* (no transcripción) en los registros inmobiliarios. La hipoteca es legal, judicial o voluntaria». Es decir, que la hipoteca voluntaria *se constituye a causa y por efecto del contrato pero mediante la inscripción*.

Hay que destacar, en el Libro sexto, el artículo segundo del Título «De la transcripción», el 2644, que con el epígrafe «Efectos de la transcripción», dispone:

«Los actos enunciados en el artículo precedente (que antes he traducido parcialmente) no tienen efecto contra los terceros que por cualquier título han adquirido derechos sobre los inmuebles, fundados en un acto transcrito o inscrito *antes* de la transcripción de los mismos actos» enunciados.

«Realizada la transcripción, no puede tener efecto contra quien ha transcrito, ninguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos contra su autor, aunque la adquisición resulte de fecha anterior.»

Este artículo es similar al artículo 23 de la Ley Hipotecaria española de 1861 (art. 606 del Código Civil y art. 32 de la Ley Hipotecaria vigente), sólo que, por no seguir el sistema de folio real, en Derecho italiano no existen preceptos similares a los artículos 17 y 20 de la Ley española de 1861.

Pero además se transcriben *sentencias* declarativas de la extinción por

prescripción o de la adquisición por usucapión alguno de los derechos registrables (art. núm. 2651), y «Demandas referentes a actos sujetos a transcripción», con especiales «Efectos de las respectivas transcripciones respecto a los terceros», según el artículo número 2652, del que interesa resaltar el apartado 1) y el apartado 6), traducidos a continuación.

1) Se deben transcribir «las demandas de resolución de los contratos..., las demandas de rescisión, las demandas de revocación de donaciones, excepto...».

«Las sentencias que estimen tales demandas no perjudican los derechos adquiridos por los terceros fundados en un acto transcrito o inscrito antes de la transcripción de la demanda.»

6) Se deben transcribir «las demandas dirigidas a que se declare la nulidad o a que se resuelva la anulación de actos sujetos a transcripción y las demandas dirigidas a impugnar la validez de la transcripción.

Si la demanda se transcribe cinco años después de la fecha de la transcripción del acto impugnado, la sentencia estimatoria no perjudica los derechos adquiridos por cualquier título por los terceros de buena fe fundados en un acto transcrito o inscrito antes de la transcripción de la demanda. Sin embargo, si la demanda está dirigida a que se resuelva la anulación por causa distinta de la incapacidad legal, la sentencia estimatoria no perjudica los derechos adquiridos por terceros de buena fe fundados en un acto transcrito o inscrito antes de la transcripción de la demanda, aunque ésta se haya transcrito antes de que hayan transcurrido cinco años desde la fecha de la transcripción del acto impugnado, siempre que en este caso los terceros hayan adquirido a título oneroso.»

Es un artículo similar al 34 de la Ley Hipotecaria vigente (art. 808 CC).

3. Teniendo en cuenta todo lo dicho, ha de admitirse, en el sistema español:

En primer lugar, que el artículo 34 es aplicación del artículo 32, de raigambre prusiana desde 1861. De manera que el artículo 34 no hace innecesario el artículo 32 como ha llegado a decirse.

En segundo lugar, que el artículo 34 se refiere indudablemente a las sentencias declarativas de la ineficacia del contrato de compra por el tercero inscrito, cuando la demanda ya consta anotada, pero también cuando la causa de la ineficacia consta en inscripción anterior según el texto literal del precepto.

Esto es claro si se refiere a la causa de resolución, concretamente a la constancia en la inscripción de una compra del pacto por el que el efecto traslativo del contrato, seguido de tradición, quedará resuelto si se cumple o realiza el hecho pactado como condición resolutoria, de manera que el vendedor volverá a ser el propietario como si no hubiera vendido y entregado la cosa, con alcance retroactivo, según sentencia declarativa en el

supuesto de que el comprador o un tercero que resultaría perjudicado se oponga a reconocer el cumplimiento de la condición y la resolución del efecto contractual traslativo del derecho de propiedad. A este supuesto se refiere el artículo 37, 2, 1.º, de la vigente Ley.

En cambio, la solución legal no parece a primera vista admisible si se refiere a alguna causa de *nulidad* claramente registrada, porque al Registro sólo deben tener acceso, mediante inscripción, los títulos de los que el Registrador ha calificado la validez (de los actos dispositivos dice el art. 18 de la LH), una validez no dudosa sino indudable, ya que debe denegar la inscripción de los actos o contratos indudablemente nulos (art. 33 LH) y en caso de duda acerca de la nulidad debe suspender la inscripción, sin perjuicio de practicar la correspondiente anotación de suspensión de la inscripción solicitada (art. 19 y art. 42, 9, LH).

Pero la palabra «nulidad» no es unívoca en nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina.

La misma Ley Hipotecaria de 1861 no parece muy precisa cuando en su artículo 65 dispone que «Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la *nulidad* de la *obligación* en él constituida (sic). Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad»; pero es que, por razones históricas el sentido jurisprudencial de la palabra «nulidad» no coincide con el significado legal de la palabra nulidad, referida a la acción declaratoria de la nulidad de pleno derecho de un contrato o a la acción de anulación, acción de nulidad dice el Código Civil (art. 1.301), si se trata de un contrato anulable.

La jurisprudencia tradicional se refiere en los procesos reivindicatorios a la «validez» del título del vencedor frente a la «nulidad» o «nula validez» del título del vencido, con un cierto relativismo comparativo de las pruebas aportadas por las partes contendientes para acreditar sus respectivamente alegados títulos materiales (no formales) de adquisición del derecho de propiedad de pertenencia discutida, como expuse en este mismo estudio. Según este criterio jurisprudencial es *título nulo* el título de aquel a quien *no pertenece* el derecho de propiedad.

4. Desde este punto de vista, por ejemplo, el título de compra al titular registral del dominio que reconoce estar desposeído es un título «legal», conforme a la Ley del Código Civil, conforme al artículo 1.526 que trata de la venta o cesión de derechos incorporeales, porque el derecho de propiedad del propietario desposeído es un derecho de propiedad incorporal legalmente cesible desde hace muchos siglos, según confirma el Código de Justiniano (C. 4, 39, 9) que es el histórico antecedente legislativo del artículo 1.526 del Código Civil.

Y este título «legal» de cesión (traslativo por sí solo del derecho de propiedad cuando pertenece al vendedor cedente), es un título «válido» mientras una sentencia firme no declare que es «nulo» el título inscrito a favor del *titular registral vendedor* cedente, es decir, mientras una sentencia firme no declare que no le pertenecía el derecho de propiedad cuando lo cedió, bien porque era nulo su contrato adquisitivo por alguna causa de nulidad contractual, bien porque era nulo el acto o contrato por el que parecía ser propietario su aparente transmitente y, en consecuencia, tampoco era propietario el vendedor cedente.

Como ya dije en estudio anterior a éste (75), el Registrador que califica la escritura notarial de venta por el titular registral del derecho de propiedad en la que manifiesta estar desposeído de la finca porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, no puede «poner en duda», «dudar» de la «validez» del contrato de cesión que se ha presentado para su inscripción, sin «poner en duda», sin «dudar» de la «validez» del título inscrito a favor del cedente, sin dudar de la *pertenencia* del derecho de propiedad al cedente por un título que está amparado por la publicidad registral en su aspecto probatorio legitimador (art. 38, 1 LH), duda que debe rechazar mientras no conste anteriormente presentado y pendiente de despacho un mandamiento de anotación de la demanda o un título traslativo otorgado por el titular registral, con fecha fehaciente anterior a la del título del cesionario del derecho incorporal.

Si el Registrador inscribe el título de cesión del derecho de propiedad incorporal del titular registral desposeído ha de expresar claramente en la inscripción que inscribe un título de venta o cesión de derecho incorporal, no un título de venta (normal) por el propietario *poseedor*; de manera que, sin incumplir la legalidad, sometiéndose a la legalidad civil (art. 1.526 Código Civil) y registral (art. 38, 1; y art. 2, 1 LH), practicará una inscripción de transmisión del derecho de propiedad, incorporal eventualmente, de la que resultará que acaso, en un juicio declarativo, también eventualmente, podrá declararse que el cedente, en el momento de la perfección del contrato, era el verdadero propietario conforme a lo publicado por el registro, o no era el verdadero propietario pese a lo publicado por el registro, porque el poseedor en concepto de dueño en la realidad extrarregistral era el verdadero propietario, quizá por usucapión consumada contra el titular registral de dominio.

Así, los terceros adquirentes del derecho de propiedad inscrito a favor del *cesionario* no podrán alegar desconocimiento de la causa de la «nulidad» del título del cesionario, es decir, que no era el verdadero propietario porque *el cedente no era el verdadero propietario cuando cedió*, y no

(75) V. libro (2), pág. 542, 4; pág. 543, 5; pág. 547, 2

podrán oponerse a la correspondiente rectificación registral, aunque no se haya anotado una demanda de contradicción de la exactitud del registro.

Conviene observar a este propósito que no causa asiento registral la petición de ejecución posesoria que, fundada en el artículo 38, 1, de la Ley Hipotecaria y actuada conforme al artículo 41, 6, 2.ª, de la misma Ley, plantea el propietario presunto según el Registro contra el poseedor en concepto de dueño y propietario presunto según la apariencia posesoria (art. 448 CC).

Esta petición viene a ser el procedimiento contrario a la petición de rectificación registral que, conforme al artículo 38, 2, de la misma Ley, puede plantear el propietario presunto según la apariencia posesoria (art. 448 CC) contra el propietario presunto según el Registro (art. 38, 1 LH), *pidiendo o no pidiendo la anotación de su demanda*.

4) Principio de publicidad o de inscripción publicitaria.

Finalmente procede recordar que las expresiones legitimación registral y fe pública registral no designan conceptos definidos por el legislador de 1861, pero forman parte, desde hace muchos decenios, del repertorio terminológico de la doctrina española inspirada en el Código Civil alemán vigente desde 1900 (no en el Código Civil prusiano de 1794 que tuvo en cuenta el legislador de 1861) por lo que se han de reconsiderar con atención.

1. La expresión *legitimación* registral designa el efecto *probatorio* de la inscripción, por *presunción legal* de la exactitud del Registro sin perjuicio de la prueba en contra (art. 38, 1 LH), que será, en su caso, la presunción legal de pertenencia del derecho de propiedad al titular registral del dominio o de pertenencia del derecho real parcial a su titular registral.

En este estudio se ha comparado con el aspecto probatorio de la posesión en concepto de dueño, o sea, con la legitimación posesoria (art. 448 CC), y con el aspecto probatorio y de fehaciencia de la escritura notarial, o sea, con la fe pública notarial o legitimación notarial (art. 1.218 CC).

Este efecto probatorio y de fehaciencia de la inscripción registral, la legitimación registral, se denomina por la doctrina coetánea a la Ley de 1861 efecto o principio de *oponibilidad de lo registrado* a cualquier tercero, denominado *tercero afectado*, y perjudicado en su caso, tanto si es un tercero registral inscrito como si es un tercero sin título inscrito, en cuanto la prueba por presunción legal deducida de un Registro jurídico publicitario excluye la posibilidad de que el titular registral pueda alegar desconocimiento del historial jurídico registral de la finca, y excluye que cualquier tercero no registral (sin título inscrito) pueda alegar desconocimiento de lo probado mediante exhibición de certificación registral, sin perjuicio del *reconocimiento* del contenido del Registro cuando no medie procedimiento judicial.

Con este sentido, la Ley de 1861 dispuso que «Los títulos inscritos... surtirán su efecto *en cuanto a* tercero... desde la fecha de la inscripción» (art. 25), que será «la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma» (art. 28, equivalente al art. 24 vigente).

El contenido del artículo 25 de la Ley de 1861 prácticamente ha quedado sustituido por el del artículo 38, que formula el principio de legitimación registral.

2. La expresión *fe pública* registral designa el efecto *sustantivo* de la inscripción, el efecto *atributivo* de la pertenencia del derecho de propiedad, y de los derechos reales inscribibles, en ciertos supuestos definidos por la legislación registral, concretamente por el artículo 32 (que era el art. 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 y es el artículo 606 del Código Civil) y por el artículo 34 (también en la Ley de 1861), que forman parte de la legislación civil común en España según el artículo 608 del Código Civil.

Estos dos artículos, el 32 y el 34, son los que mayor atención merecen, porque en ciertos supuestos de compra de cosa *a non domino* (es decir, de cosa ajena al vendedor), disponen que la cosa pasa a ser propiedad del comprador, por imperativo legal oponible como *excepción* a la acción reivindicatoria, implicando una *irreivindicabilidad*.

Este efecto sustantivo de la inscripción registral, que la doctrina española actual denomina efecto o principio de la fe pública registral, se denominaba por la doctrina coetánea a la Ley de 1861 efecto o principio de *inoponibilidad* de lo no registrado al tercero registral asegurado, por contraposición a la *oponibilidad* de la prueba registrada, o de la inscripción registral o de lo registrado, al tercero afectado.

5) Prueba oponible a tercero y derecho real.

1. La eficacia *probatória* de la inscripción respecto a tercero, la oponibilidad a tercero del contenido probado de la inscripción, como por ejemplo la oponibilidad a tercero de las cláusulas registradas del contrato de préstamo hipotecario, no se ha de confundir con la eficacia *sustantiva* del derecho y de la acción real oponible *erga omnes possidentes* en concepto de dueño, que en el caso del derecho de hipoteca y de la acción real hipotecaria faculta al acreedor hipotecario a actuar la adjudicación y atribución, al mejor postor en subasta pública, del derecho de propiedad de la finca, cualquiera que sea su propietario (*erga omnes dominis*), quien queda expropiado y pierde la propiedad de la cosa aunque sea un tercero adquirente por compra al constituyente de la hipoteca, porque en el momento de la constitución del derecho de hipoteca quedó declarada su voluntad dispositiva traslativa del derecho de propiedad a favor de quienquiera que fuese el adjudicatario, conforme a lo contratado, dentro de los límites legales que tipifican el derecho real.

2. Claro que no es fácil calificar qué cláusulas del contrato de crédito hipotecario conforman el derecho real de hipoteca y, por tanto, son oponibles a cualquier propietario de la finca hipotecada y a cualquier otro acreedor no preferente al acreedor garantizado. Las escrituras de constitución no precisan qué cláusulas conforman el derecho real de hipoteca y necesariamente han de constar en la inscripción, o bien qué cláusulas han de quedar excluidas de la inscripción. Es frecuente que la parte acreedora imponga sus cláusulas al hipotecante, aunque no sea el deudor, y que la escritura se redacte según minuta elaborada por la parte acreedora, y que algunos asesores opinen que todas las cláusulas deben constar en la inscripción porque el contrato constituye una unidad indivisible, y opinen que cualquier cláusula una vez que consta en la inscripción ya es oponible a cualquier futuro propietario y a cualquier tercero acreedor; porque —se dice— la inscripción es *conformadora* y constitutiva o cuasi constitutiva del derecho real.

Todo esto merece una profunda reconsideración y reforma legislativa, que es la única solución coherente, de acuerdo con los principios que el legislador adopte.

Pero entretanto conviene aclarar, al menos, que si consta en la inscripción alguna cláusula contractual que no se puede subsumir lícitamente en el supuesto de hecho correspondiente de alguna de las normas que tipifican la acción hipotecaria como una acción real oponible a tercero propietario, dicha cláusula podrá ser alegada y probada en juicio declarativo para que surta el efecto convenido entre las partes contratantes y aún respecto a tercero adquirente del crédito y respecto a tercero comprador de la finca que asumió la deuda, en cuanto pasaron a ser parte activa o parte pasiva de la relación crediticia, pero dicha cláusula, en principio, no podrá surtir efecto real, es decir, contra tercero propietario que *no* asumió la deuda, en procedimiento de ejecución sumario de la acción real hipotecaria.

3. No se confunde el principio de publicidad en su aspecto probatorio, es decir, la eficacia PRESUNTIVA de la inscripción, como prueba pública o publicada, con el principio de publicidad en su aspecto sustantivo, es decir, con la eficacia ATRIBUTIVA de un derecho que, en su caso, perjudica al propietario «verdadero» en cuanto le hace perder su propiedad, pérdida oponible como excepción a la acción reivindicatoria (similar a la excepción que podría oponer el poseedor que adquirió la propiedad por usucapión consumada, aunque sin plazo de uso, como si fuera por «usucapión o prescripción adquisitiva *instantánea*»), diferencia ésta que responde al distinto fundamento de una y otra excepción). Ambas son atribuciones *legales*, pese a la falta de propiedad del vendedor, y no atribuciones contractuales, presupuesta la propiedad del vendedor.

Pero tampoco se ha de confundir el principio de publicidad con la atribución *por la ley* de eficacia *real* a un derecho para que sea oponible

al propietario de la cosa gravada, quienquiera que sea (*erga omnes dominis*), un derecho nacido o constituido a causa de un negocio jurídico dispositivo, genérico (como el de compraventa o permuta) o específico para el derecho «nuevo», en el sistema legal de derechos reales, cerrado (*numerus clausus*) o «entreabierto» (*numerus apertus*).

3.1. Ante la disparidad de opiniones doctrinales y cuestiones planteadas judicialmente, la Ley Hipotecaria tuvo que aclarar, en su artículo 11, que no perjudica a tercero, propietario a causa de compra de la finca, la constancia en la inscripción del aplazamiento del pago del precio no garantizado por pacto de hipoteca o por pacto expreso de condición resolutoria de la transmisión, en el sentido de que en el eventual caso de impago del precio y ejercicio de la acción rescisoria del contrato de compraventa, conforme al artículo 1.124 del Código Civil, por ser una acción de ineficacia personal y no real no prevalece contra el tercero propietario por compra, a menos que, al comprar, hubiere procedido de mala fe (art. 1.295, 2 CC), que ha de ser probada, sin que implique mala fe el simple conocimiento del aplazamiento del pago del precio, que sólo es una de las circunstancias del supuesto de hecho para el ejercicio de la acción, fundamentada en el *impago* del precio; sin perjuicio de las presunciones legales, de mala fe en el momento de contratar (art. 1.297, 2 CC). Supuesto que estudié con cierta extensión en otra ocasión (76).

Para que la acción rescisoria perjudique a tercero propietario por compra *sin tener que probar su mala fe*, antes de la compra tendrá que constar *anotada* la prohibición de disponer ordenada a solicitud del demandante (art. 42, 4.º LH).

3.2. Análogamente, cuando el comprador (de una finca inmatriculada) mediante documento privado o verbalmente, no ha recibido la entrega del vendedor titular registral y poseedor, si quiere evitar el tener que probar, en su caso, la mala fe de un posible segundo comprador (art. 1.473, 2 CC), al demandar al vendedor para que cumpla su obligación de entregar la posesión en concepto de dueño de la finca, podrá pedir que se ordene la práctica de una anotación de prohibición de disponer (art. 42, 4.º LH), porque el vendedor ya ha dispuesto de su derecho de propiedad al vender al demandante y sólo se demanda que, mediante la tradición o, en su defecto, la puesta en posesión por el Juez, se transmita al comprador la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad que implica la posesión en concepto de dueño, por presunción legal (art. 448 CC).

4) Derecho alemán de inscripción *sustantiva abstracta* en el Código Civil de 1896, frente al Derecho prusiano de inscripción *publicitaria*

1. Como ya dije con anterioridad (77), el Código Civil alemán va más allá que el español para asegurar la adquisición en el tráfico jurídico de cosas.

1.1. Por una parte, la declaración de ineficacia, originaria o sobrevenida, del contrato obligatorio de venta, no determina la ineficacia del negocio dispositivo de transmisión causado por la venta pero abstraído causalmente de ella, cualquiera que sea el negocio dispositivo: Auflassung inmobiliaria, Tradición mobiliaria, Cesión de créditos y acciones.

Así, la declaración de ineficacia de la venta, que fue seguida del negocio Tradición, tan sólo implica el deber personal del comprador de *devolver* la *propiedad* al vendedor, mediante un nuevo negocio dispositivo de Tradición, y si no es posible tal devolución, porque ya dispuso el comprador mediante Tradición a otra persona que adquirió en firme, entonces implica el deber de resarcir al vendedor del perjuicio correspondiente al enriquecimiento sin causa del comprador que vendió e hizo Tradición (como resultado de la abstracción inicial del negocio dispositivo Tradición del que era su causa el contrato de Venta que se declara ineficaz).

Aún más, la condición voluntaria, resolutoria o suspensiva, se configura como pacto obligatorio, que afecta al contrato de Venta pero no afecta al acuerdo real del negocio dispositivo inmobiliario (Auflassung), aunque puede ser anotada la condición inmobiliaria para que afecte la condición al posterior titular registral del dominio.

1.2. Por otra parte, adquiere en firme el titular registral del dominio pese a la ineficacia del negocio de transmisión abstracta (Auflassung) realizado (como transmitente) por el anterior titular registral que no era el verdadero propietario al disponer traslativamente. El nuevo titular registral adquiere *a non domino* (parágrafo 892) como medida de protección al que compra confiado en la apariencia registral, en la presunción de exactitud del Registro.

Asimismo, adquiere en firme el que por Tradición es poseedor en concepto de dueño pese a que no fuera propietario el poseedor anterior, disponente por Tradición. El nuevo poseedor adquiere *a non domino* (parágrafos 923 y 925) como medida de protección al que compra confiado en la apariencia posesoria, en la presunción de ser propietario el que es poseedor en concepto de dueño y como dueño dispone por Tradición. A este caso es similar el de la venta de mercaderías en el Derecho español (art. 464, 4; no en casos de venta civil según nuestro Tribunal Supremo).

2. Obsérvese:

2.1. En el sistema alemán, por ser el negocio dispositivo de transmisión de una finca un acuerdo real con forma «constitutiva» de inscripción,

(77) V. libro (2), págs. 399 y sigs.

no sería aplicable una disposición equivalente al artículo 32 LH, precepto que sí tiene equivalente en los sistemas francés e italiano, porque en ellos, como en el nuestro, la inscripción no es «constitutiva» de la «transmisión» por causa de venta del propietario (en aquellos aún sin transmisión de la posesión, a diferencia del nuestro).

Asimismo, en el sistema alemán, por el carácter abstracto del negocio de transmisión, no sería aplicable una disposición equivalente al artículo 34 LH, precepto que sí tiene equivalente en el sistema italiano, en el que las resoluciones judiciales no transcritas o anotadas durante un cierto número de años no pueden ser opuestas a tercero inscrito.

Por el contrario, en el sistema alemán sí que tiene equivalente el precepto del artículo 40, párrafo final, de la LH, porque lo primordial en Alemania es el principio de exactitud de la inscripción, añadido al de constitución de la transmisión mediante la necesaria inscripción del acuerdo real y al de la abstracción del negocio de transmisión de inmuebles respecto al contrato causa.

Este principio de exactitud tiene efectos procesales (legitimación, similar a la del artículo 38 LH) y efectos sustantivos (fe pública registral), en relación con los errores de la inscripción constitutiva y abstracta y en cuanto a los vicios del *acuerdo real*, siempre que puedan quedar desvinculados de los correspondientes vicios de la voluntad obligacional (que es su causa) no ya teóricamente sino en la realidad práctica.

La abstracción causal subsiste cuando se incorpora un derecho de hipoteca a un título valor, lo que implica consecuencias que no pueden ser trasplantadas al sistema español. Es más, una promesa o reconocimiento de deuda garantizada con hipoteca incorporada a un título valor se considera abstraída del negocio obligatorio (que, en la realidad, es la causa o fuente de la obligación «prometida» o reconocida, de la que está abstraída formal y sustantivamente).

En el Derecho español, la acción de nulidad y la acción de resolución no perjudican a tercero registral, y la acción rescisoria no perjudica a tercero civil, a menos que sean de mala fe probada.

En ambos supuestos, el tercero adquiere por compra *a non domino*, pero no porque la adquisición sea abstracta respecto al contrato causa, de manera que sólo sea posible corregir el enriquecimiento sin causa mediante una *condictio*, sino porque dicha ineficacia no afecta derivativamente, a tercero *civil* en el caso de rescisión (art. 1.295), a tercero *registral* en el caso de nulidad o resolución (art. 34 LH), a menos que se pruebe su mala fe, su conocimiento de la «causa» de la ineficacia.

La declaración judicial, en cualquier caso, implica para el demandado como parte civil el deber de devolver la *posesión*; pero cuando la devolución no es posible porque la *propiedad* corresponde a un tercero comprador

que no sea de mala fe probada (arts. 1.295 CC y 34 LH), la parte civil ha de «devolver» el dinero del precio que cobró al tercero, e indemnizar los perjuicios si la vendió ilícitamente o en fraude del derecho ajeno (art. 1.291, 3, 4).

2.2. «Dicho todo lo anterior, estimo oportuno aludir, *de jure condendo*, a la conveniencia de *sustituir* por la inscripción a la tradición, con el mismo alcance de *condición legal* suspensiva del efecto transmisivo del contrato de venta —de manera similar a como el Código Civil configuró la inscripción de la constitución (art. 1.875) (pero no de la transmisión) del derecho de hipoteca— o bien a la conveniencia de proceder a una reforma más profunda del sistema vigente, civil y procesal (en consideración a la prueba de la pertenencia del derecho), en el que la inscripción del título (de compra seguida de tradición, en su caso) no es constitutiva de la transmisión, aunque sea determinante de su firmeza en caso de doble venta (art. 1.473, 3; y art. 32 LH) o en caso de ineficacia del título por el que adquirió el transmitente (art. 34 LH)...»

Así decía en mi estudio de junio de 1989.

Ahora bien, conviene evitar que cualquier reforma normativa agrave el germanismo dicotómico infiltrado en la terminología de la doctrina española y desvirtúe el vigente sistema español de tráfico jurídico inmobiliario a causa del contrato de compraventa.

Valencia, junio de 1992

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG

NOTA BIBLIOGRAFICA (Textos citados en notas al pie)

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *Publicidad registral de los préstamos hipotecarios*, 1991, notas 38-41. *La causa del crédito hipotecario*, 1990, notas 42-45, 73.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, RAFAEL: *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, 1980, nota 14.

CORDINI, GIOVANNI: *Convegno di Pavia...*, 1991, nota 21.

CORDÓN MORENO, FAUSTINO: *Comentarios .. de Albadalejo, sobre la prueba*, 1991, nota 48.

CHIANALE, ANGELO: *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, 1990, notas 4, 16, 17, 25, 49, 50, 52, 57.

D'ORS, ALVARO: *Creditus y contractus*, 1956. *Creditum*, 1983, nota 7.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, 1988, nota 40.

- GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO: *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa...*, 1991, notas 2, 6, 11-13, 15, 18, 19, 26-28, 31, 32, 36, 37, 51, 53, 55, 56, 58-67, 75-77.
- MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, LUIS: *Pago y transmisión de propiedad (El artículo 1.160 del Código Civil)*, 1990, notas 68, 69.
- MEZQUITA DEL CACHO, JOSÉ LUIS: *Sobre Registradores y Notarios*, 1991, nota 34.
- MOISSET DE ESPANES, LUIS: *El Código Civil paraguayo de 1987*, 1991, notas 22-24.
- OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: *Derecho inmobiliario español, 1892-1896*, notas 3, 70-72.
- PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios*, 1991, notas 1, 8-10, 54. *La comparación en el Derecho registral*, 1986, notas 20, 33.
- SERRA DOMINGUEZ, MANUEL: *Comentarios .. de Albadalejo, sobre presunciones*, 1991, notas 35, 46, 47.

Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado

SUMARIO: I. CONCEPTO Y EFECTOS.—II. EFICACIA REAL DEL APLAZAMIENTO DEL PRECIO.—III. REQUISITOS DE LA RESOLUCION POR IMPAGOS: 1. REQUERIMIENTO O INTIMACIÓN AL PAGO. 2. ALLANAMIENTO DEL DEUDOR. 3. CONSIGNACIÓN. 4. INEXISTENCIA DE TERCEROS TENEDORES.—IV. INSCRIPCIÓN DE LA CONDICION RESOLUTORIA.—V. POSPOSICION DE CONDICION RESOLUTORIA A HIPOTECA FUTURA.—VI. EFECTOS DE LA RESOLUCION RESPECTO DE CARGAS POSTERIORES.—VII. CANCELACION: A) EXTINCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA POR CADUCIDAD DEL DERECHO SIEMPRE QUE NO IMPLIQUEN UNA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA. B) CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EN GARANTÍA DE UN PRECIO APLAZADO REPRESENTADO POR LETRAS DE CAMBIO. C) EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE GRAVAMENES.—VIII. POSIBILIDAD DE APLICACION DE LA CONDICION RESOLUTORIA EXPLICITA O EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO A OTROS CONTRATOS DISTINTOS DE LA COMPRAVENTA.

I. CONCEPTO Y EFECTOS

En la compraventa la obligación principal del deudor es la de pagar el precio —como obligación correlativa a la del vendedor de entregar la cosa vendida—, hasta el punto de que cosa y precio constituyen propiamente la causa onerosa del contrato de compraventa (arts. 1.274 y 1.445 CC), sin la cual el contrato sería otro distinto (donación, arrendamiento, permuta, etc.).

Tal prestación pecuniaria en que el pago del precio consiste debe satisfacerse, salvo pacto, en el momento de la entrega por el vendedor de la cosa en armonía con el carácter sinalagmático de las obligaciones derivadas del contrato, de conformidad con el artículo 1.500 CC. Pero el mismo artículo prevé la posibilidad de que se pacte un aplazamiento al pago del precio, en cuyo caso surge para el comprador una obligación añadida —y distinta del pago del precio— como es la de pagar los intereses, siempre que

así se prevea expresamente o la cosa vendida produzca fruto o renta (art. 1.501 CC). Tratándose de inmuebles y aunque a efectos fiscales se presuma tal producción de renta (art. 34 LIRPF 6-6-1991), no surgirá la obligación de pagar intereses sino cuando probadamente produzcan fruto o renta o cuando así se pacte expresamente.

En principio, dicho aplazamiento del precio en el contrato de compraventa tiene meros efectos personales como resulta de los artículos 1.124 y 1.504 CC.

El artículo 1.124 CC establece en su primer párrafo que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe».

Pues bien, el contrato de compraventa es contrato oneroso —la causa de compraventa es para cada contratante la prestación del otro (artículo 1.274 CC)— y negocio jurídico sinalagmático por naturaleza en cuanto generador de obligaciones recíprocamente condicionadas —entrega de cosa determinada a cambio de precio cierto (art. 1.445 CC)—.

Por eso es plenamente aplicable la facultad resolutoria reconocida en el artículo 1.124 CC para el caso de incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio aplazado.

El artículo 1.504 CC (del cual la STS de 30 abril 1991 considera como mera especialidad de la regla general del art. 1.124 CC) reitera la facultad de resolver el negocio que incumbe al vendedor por falta de cumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio, si bien atribuye efectos más radicales cuando tal posibilidad se prevé de una manera expresa, al establecer: «En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin que no sea requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término».

Posteriormente veremos la forma de operar de esta condición resolutoria expresa a estudiar el artículo 59 RH tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia.

No obstante, debe hacerse notar cómo la resolución tiene lugar «aun cuando se hubiera estipulado... la resolución del contrato», lo cual significa a *contrario sensu* que también en caso de que nada se hubiera pactado expresamente tendrá lugar la resolución (si bien carecerá de plena eficacia real como veremos posteriormente). Es decir, dentro del ámbito del artículo 1.504 caben todas las compraventas de inmuebles con precio aplazado —se haya pactado o no expresamente la condición resolutoria, con los particulares efectos que en este caso tiene frente a terceros inscritos—.

Se trata por tanto de una aplicación concreta de la facultad de resolver

las obligaciones contenidas en las obligaciones recíprocas, que en el caso de la compraventa de inmuebles tiene un régimen especial, en la medida que, por un lado, es más benigno (para el deudor, al permitirle pagar interin no sea requerido, y la vendedor, al permitirle su ejercicio extrajudicial), pero, por otro lado, es más riguroso (en cuanto que hecho el requerimiento no puede el Juez conceder nuevo término, no está autorizado a señalar plazo a diferencia de la regla general del art. 1.124, párr. 3.º).

Supone, por tanto, el reconocimiento legal de la posibilidad de ejercicio extrajudicial y automático de la facultad de resolución en caso de compraventa de inmuebles con precio aplazado para el caso de incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio aplazado, esto es, se trata de un supuesto de autotutela del vendedor.

En cualquier caso, la facultad de resolver no entraña una propia condición en la medida que la eficacia de la obligación no depende de un suceso futuro o incierto ni de un suceso pasado que los interesados ignoren (art. 1.113 CC), sino que depende de la voluntad del deudor de cumplir su obligación de pagar el precio aplazado.

De ahí que la doctrina, a veces, la denomine simplemente cláusula o facultad resolutoria. La RDGRN de 30 de mayo de 1980 la califica de «mera facultad de resolución contenida en el contrato de compraventa» (para negar su carácter de derecho real, aunque, como veremos, gane eficacia *erga omnes* por la inscripción).

El que utilice la denominación de condición resolutoria implícita, más que a su carácter de propia condición se debe a sus efectos resolutorios, ya que a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2.º del citado artículo 1.124 CC: «El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos».

Es decir, caso de optar por la resolución, la cláusula resolutoria tiene los mismos efectos que una verdadera condición resolutoria en el sentido de que «los interesados deberán restituirse lo que hubieran percibido» (art. 1.123 CC).

DÍEZ-PICAZO (1) al estudiar la relación jurídico-real condicionada, se plantea como dudosa la eficacia retroactiva o *ex tunc* del cumplimiento de las condiciones sobre derechos reales. Entiende que las condiciones más que al derecho real en sí afectan a la relación obligatoria de la que derivan, de manera que aun cuando la situación de pendencia atribuye ciertos derechos (v.gr., acción conservativa de derechos) e incluso deberes (deber de custodia, no oposición al cumplimiento de la condición, etc.), ello se debe a que

(1) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t II, 1978, pág. 730

ya puede hablarse de relación jurídica, aunque ésta todavía no sea jurídico-real, sino simplemente obligatoria.

Y admite que una vez cumplida la condición suspensiva sus efectos se retrotraigan a la fecha de celebración del negocio (art. 1.120 CC) dada la posibilidad de acceso al Registro. Y sin embargo, considera discutible tal retroactividad cuando se trata de condición resolutoria basándose en los artículos 513, párrafo 2.º, y 546, párrafo 4.º, CC, «de los cuales se puede extraer la conclusión no sólo de la plena admisibilidad de este tipo de condiciones, sino también la de que, por lo menos en la duda, la condición resolutoria es un evento que marca el fin de la relación con efectos *ex nunc* y sólo para adelante y no, en cambio, *ex tunc* o hacia atrás».

Sin embargo, podría matizarse que:

a) El mismo argumento que utiliza para afirmar la retroactividad de la condición suspensiva y, consiguientemente, de la plena aplicación del artículo 1.120 CC, esto es, el argumento de la inscribibilidad, es también aplicable a la condición resolutoria (art. 11 LH).

b) Los artículos 513.2.º y 546.4.º CC lo único que confirman es la posibilidad de pactar la extinción del usufructo o de la servidumbre en caso de cumplimiento de la condición resolutoria prevista en el título constitutivo, lo cual, ciertamente, no tiene efectos retroactivos. Pero ello no es óbice para afirmar en todo caso la no retroactividad (tampoco él lo hace, pues deja un margen a la duda), ya que tal retroactividad sí tiene lugar si la condición se configura como afectante a la relación obligatoria generadora del derecho real.

Así ocurre con la compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria; en ella no es que se pacte que el derecho de dominio se extinguirá en caso de falta de pago del precio aplazado, sino que se pacta —o a falta de pacto lo prevé la Ley para todo supuesto de obligaciones recíprocas, como son las generadas por la compraventa— que en caso de falta de pago del precio aplazado quedará resuelto el contrato mismo que generó tal derecho de propiedad.

Que la resolución del artículo 1.124 CC es de carácter retroactivo o *ex tunc*, con la consecuencia de reintegro para contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, es afirmado por la jurisprudencia (SSTS de 14 noviembre 1962, 21 noviembre 1963, 23 febrero 1964 y 16 octubre 1967).

Lo confirma recientemente la STS de 31 de mayo de 1985, que establece —al regular los efectos de la falta de pago del precio aplazado en la compraventa de un buque— lo siguiente:

«La resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a

cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiera celebrado, efecto que opera *ex tunc* y que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiera tenido existencia, sin perjuicio, claro es, de los derechos de terceros adquirentes de *bue fe* (...).

La resolución del contrato supone la extinción de la relación contraída no sólo para el futuro, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones por razón del negocio (...). Y consecuentemente condena no sólo al comprador a devolver el buque, sino también al vendedor a restituir los pagos efectuados por el comprador.

Ahora bien, los efectos de esta resolución, aunque retroactivos o *ex tunc*, determinarán la restitución de las prestaciones (devolución de la posesión del inmueble y devolución del importe percibido) siempre que no existan terceros adquirentes de buena fe perjudicados, cuyos derechos se dejan a salvo en el propio párrafo 4.º del artículo 1.124 CC en relación con el artículo 1.295 CC, de manera que si la restitución del inmueble no es posible por hallarse en poder de terceros de buena fe, en tal caso sólo produce la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Por eso, para que tenga plenos efectos *ex tunc* y plenos efectos reales, y por tanto la resolución retroactiva del negocio perjudique a cualquier adquirente del bien, será precisa la inscripción en el Registro de la Propiedad (confrontar último inciso del art. 1.124 CC). Mientras tanto no es que tenga efectos *ex nunc*. Los tiene *ex tunc* o retroactivos, pero la Ley no permite que sean oponibles a terceros de buena fe.

II. EFICACIA REAL DEL APLAZAMIENTO DEL PRECIO

Sólo cuando se garantiza como hipoteca o condición resolutoria expresa (art. 11 LH).

En efecto, para que la facultad resolutoria —ínsita en todas las obligaciones recíprocas y especialmente en la compraventa de inmuebles con precio aplazado (art. 1.504 CC)— y la consiguiente restitución de prestaciones perjudique siempre a terceros, es preciso su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Así lo establece —además del último inciso del citado art. 1.124 CC— el artículo 11 LH, a cuyo tenor: «La expresión del aplazamiento de pago, conforme al artículo 10, no surtirá efectos en perjuicio de tercero a menos

que se garantice aquel con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas».

El artículo 10 LH exige, en efecto, hacer constar en la inscripción la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago del precio, si bien tal constancia —como vemos luego aclara el citado art. 11— no tiene trascendencia frente a terceros, a menos que se garantice el aplazamiento del precio con hipoteca o condición resolutoria.

Por eso el artículo 51.7.º RH, al regular las cargas que deben arrastrarse en el cuerpo de la inscripción como resultantes de asientos anteriores, establece que «en ningún caso se indicarán en la inscripción los aplazamientos de precio no asegurados especialmente».

Por tanto, la expresión del aplazamiento del precio en el Registro tiene distinta trascendencia según esté o no asegurado especialmente tal aplazamiento:

a) En caso de precio aplazado no asegurado especialmente —simplemente mencionado en la inscripción—, las acciones que correspondan al vendedor frente al comprador para obtener el pago del precio —como es la propia acción resolutoria de los arts. 1.124 y 1.504 CC— tendrán puro alcance personal, de manera que no se harán efectivas en perjuicio de tercero inscrito.

Ello no quiere decir que la expresión del aplazamiento del precio sea una mención en sentido técnico, sino una expresión exigida legalmente que no tiene efectos frente a terceros ni debe arrastrarse como carga.

Así lo reconoce la RDGRN de 24 julio 1991, que ante la solicitud hecha por el titular registral de que se cancelase la expresión registral del aplazamiento del precio por tratarse —según el recurrente— de una mera mención, establece que: «El reflejo en el Registro de la Propiedad del aplazamiento del precio tiene su fundamento en el artículo 10 LH que exige que se haga constar la forma en que se hubiera hecho o convenido el pago. Se trata por tanto de una circunstancia exigida legalmente que cuando no está garantizada con hipoteca, condición resolutoria u otra garantía legal no produce efectos frente a tercero y sirve para concretar con más exactitud el negocio causal a que obedece la adquisición. No tiene, pues, la expresión sin más del aplazamiento del precio el carácter de mención en sentido técnico y por eso no es de aplicación el artículo 98 LH ni el 353 RH a efectos de proceder a su cancelación».

b) Por el contrario, en caso de precio aplazado garantizado especialmente —con hipoteca o condición resolutoria explícita— se impide que aparezca la figura del tercero hipotecario o tercero protegido.

Así lo sanciona el artículo 37 LH al establecer que: «Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Se exceptúan de esta regla: 1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro (...)».

Al publicarse por el Registro la facultad que tiene el vendedor de resolver la compraventa en caso de impago por el comprador del precio aplazado, se impide que el tercero alegue a su favor la fe pública registral, de manera que la acción de resolución de la compraventa —aun sin perder su carácter personal, pues se dirigirá contra el deudor anterior propietario de la finca y no contra el tercero poseedor— ganará eficacia real, pues podrá hacerse efectiva en perjuicio incluso de dichos terceros poseedores.

Ahora bien, al tercero le interesa conocer no sólo el aspecto sustantivo de la condición resolutoria (en qué casos y cómo ha de operar la condición resolutoria), sino también su aspecto cuantitativo o económico (por qué importe puede resolverse el título del transferente y consiguientemente el suyo).

En efecto, la eficacia real de la inscripción de la condición resolutoria —en cuanto al tercero quedará afectado por la resolución del título del transferente— exige determinar con precisión la parte del precio aplazado de que responde cada inmueble en caso de ser dos o más los vendidos. No es sino una manifestación más del principio hipotecario de determinación o especialidad que exige la precisa determinación del derecho inscribible.

La RDGRN de 20 de abril de 1989 precisamente recogió un supuesto en que se establecía un precio conjunto para todas las fincas vendidas —a pesar de estar garantizado el pago como condición resolutoria—, si bien (aunque entendiendo que en circunstancias normales era precisa tal distribución) estimó que a pesar de ello en el caso concreto podía inscribirse por haber transcurrido el plazo de caducidad para el ejercicio de la condición resolutoria pactado en la escritura, de manera que lo procedente era inscribir la compraventa sin condición resolutoria, ya que entonces tal pacto había devenido improcedente.

Si el precio aplazado se representa en letras de cambio, será preciso además que exista concordancia entre la cantidad atribuida a cada finca y la representada en la letra de cambio, de manera que el principio de especialidad no quedaría cumplido si, por ejemplo, vendiéndose tres fincas y distribuido el precio aplazado entre las letras, se pactase que la falta de pago de la única letra daría lugar a la resolución de la venta, pues en realidad no habría distribución.

III. REQUISITOS DE LA RESOLUCION POR IMPAGO

Interpretación restrictiva del artículo 59 RH por ser una excepción a la prohibición de pacto comisorio.

La inscripción de la condición resolutoria en el Registro de la Propiedad tiene dos grandes efectos:

a) *Eficacia real*.—Como hemos visto, la facultad de resolución de la compraventa, que se da por el mero hecho de existir precio aplazado (art. 1.504 CC), adquiere eficacia frente a tercero por la inscripción de la condición resolutoria expresa.

b) *Automatismo de la reinscripción*.—Pero además mediante la inscripción se consigue que la facultad de resolución —que opera de pleno derecho según establece el citado art. 1.504 CC— provoque la reinscripción del inmueble a favor del vendedor, con un automatismo que no tendría si se tratara de la facultad genérica de resolución ínsita en la compraventa con precio aplazado, la cual exigiría declaración judicial en el correspondiente juicio declarativo (cfr. art. 59 RH).

Sin embargo tal automatismo es visto con disfavor por un sector doctrinal, en la medida que constituye un régimen de autotutela en favor del acreedor que podría incidir en la prohibición de pacto comisorio.

En efecto, en nuestro Derecho son válidos todos los pactos que no sean contrarios a las leyes (art. 1.255 CC), y en este sentido es principio general y tradicional de nuestro ordenamiento la prohibición del pacto comisorio.

Significa la prohibición —en rigor falta de legitimación— que tiene el acreedor para quedarse con la cosa dada en garantía en caso de impago de la deuda garantizada. Viene sancionado en el artículo 1.859 CC, a cuyo tenor «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas».

Dicha prohibición de pacto comisorio excluye no sólo los pactos expresos de disposición de la cosa dada en garantía a favor del acreedor en caso de falta de pago de la deuda garantizada, sino también todos los negocios indirectos que puedan llevar a la contravención de la misma.

Así, las RRDGRN de 10 de junio de 1986 y 29 de septiembre de 1987 establecen la no inscribibilidad de la opción de compra en funciones de garantía constituida a favor del acreedor hipotecario para el caso de impago de la deuda garantizada dado el carácter imperativo de los preceptos sobre ejecución extrajudicial.

Igualmente, la RDGRN de 5 de junio de 1991 confirma la calificación denegatoria de Registrador de una escritura de adjudicación en pago de deuda con *pacto de retro*, en las que el deudor firmaba dos letras de cambio a favor del adjudicatario, reservándose la facultad de retraer la propiedad

del inmueble una vez acreditado el pago de las letras a su respectivo vencimiento. La DGRN establece que si bien el Código Civil admite expresamente la hipótesis de la compraventa con pacto de retro (art. 1.507 CC), rechaza enérgicamente «toda construcción en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor» —arts. 6, 1.859 y 1.884 CC— (tan sólo parece admitirla en el caso del *empevorament* catalán, como igualmente hace, en base a su finalidad propia y raigambre histórica, la STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 1991 y confirma la propia evolución legislativa, pues la Ley de la Generalitat de 13 de diciembre de 1991 ha venido a sancionar la figura, si bien suprimiendo toda referencia al *empenyorament* por entender que no necesariamente encubre un préstamo usurario).

En este contexto de prohibición de pacto comisorio puede considerarse como excepción la cláusula resolutoria explícita del artículo 1.504 CC, que —como se dijo anteriormente— es un verdadero supuesto de autotutela por el vendedor, al que se permite el ejercicio extrajudicial, automático y anticipado de su crédito sobre el propio inmueble transmitido, a la manera de un crédito singularísimamente privilegiado.

Por este carácter excepcional es por lo que la doctrina entiende que debe ser objeto de interpretación restringida, de manera que no podría extenderse a supuestos que no estuvieran expresamente admitidos (art. 4, párr. 2.º, CC).

Sobre tal base de interpretación restringida, la jurisprudencia ordinaria y registral viene exigiendo los siguientes requisitos:

1. REQUERIMIENTO O INTIMACION AL PAGO

Lo explica la STS de 30 de abril de 1991:

«Ante la situación de incumplimiento dinerario a cargo del adquirente, la actuación resolutoria del vendedor no se produce de una manera automática, sino que es preciso que el comprador sea requerido judicialmente o por medio de acta notarial al efecto, pues entonces desaparece para el comprador la última oportunidad de dar una vía resolutoria al contrato mediante el pago del precio adeudado al prohibirse la concesión de un nuevo plazo dilatorio. De esta manera el vendedor tiene expedita la trayectoria para instar la resolución contractual, con independencia de que sea total o parcial, y tales requerimientos deben ser necesariamente anteriores a la demanda (...)».

Tal requerimiento debe efectuarse al comprador, que es frente a quien el vendedor ostenta la facultad de resolución, sin que los terceros poseedores

tengan que ser notificados, pues por la inscripción la condición resolutoria no hace sino ganar eficacia *erga omnes*, impedir que surja el fenómeno de inoponibilidad de lo no inscrito frente a tercero inscrito (arts. 32 y 37 LH).

Así, la RDGRN de 17 de septiembre de 1985 establece que «la notificación al comprador para que se allane a resolver la obligación contraída ha de ser realizada a este último solamente por quien se encuentra obligado a cumplir la prestación al vendedor, sin que el hecho de que aparezcan nuevos titulares registrales como consecuencia de ulteriores actos del comprador, sin intervención del acreedor, cambie la situación para éste —*res inter alios acta*—, quedando afectados dichos terceros dado el contenido del Registro».

La forma de requerimiento será la prevista en el Reglamento notarial, siendo válidas en ausencia de la persona del comprador la notificación efectuada a las personas previstas en aquél, como es la verificada al portero (citada RDGRN de 17 septiembre 1985).

Lo importante es que no se trate de un mero requerimiento de pago, sino una propia notificación tendente a hacer saber al comprador la voluntad del vendedor de resolver el contrato y que dicha notificación sea fehaciente —notificación judicial o notarial— (sin que baste, v.gr., una carta con acuse de recibo, según STS de 25 junio 1977).

En caso de vendedores en régimen de *pro indiviso* que vendieron conjuntamente con precio aplazado garantizado con condición resolutoria, corresponde a todos los vendedores el ejercicio de la resolución o a uno de ellos con el consentimiento de los demás requisito similar al que respecto a ciertas acciones reales (v.gr., reivindicatoria) exige la jurisprudencia. Así, la STS de 28 de febrero de 1980 establece que en caso de que los bienes vendidos pertenecieran en comunidad a los vendedores «no legitima a cualquiera de éstos, con exclusión de los demás, para declarar resuelto por sí solo dicho contrato, porque lo que pretenden realizar no es un acto de disfrute o utilización de la cosa común ni tampoco un acto de administración, sino un acto de verdadera disposición como lo es el recuperar las fincas (...), y por ello todos han de ser los que manifiesten por requerimiento judicial o notarial su voluntad de dar por resuelto dicho contrato».

2. ALLANAMIENTO DE DEUDOR

Se exige resolución judicial en caso de alegación por el deudor de incumplimiento por parte del vendedor o pago. En efecto, el requerimiento o notificación a que nos hemos referido debe ser incuestionado por el comprador, bien porque se allane expresamente a la resolución del contrato, bien porque no se oponga a ella.

Por el contrario, si el deudor se opone a la resolución no cabrá el ejercicio extrajudicial de la misma, sino que se entrará en una fase de controversia que deberá ser resuelta por los Tribunales.

Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de noviembre de 1979, posición que acogió la Dirección General de los Registros en RDGRN de 29 de diciembre de 1982, la cual establece:

«Que según la STS de 16 de noviembre de 1979, si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido al mismo, sino que se opone categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los Tribunales; y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria.

A la vista de la doctrina jurisprudencial, en los casos en que el comprador requerido manifieste que falta uno de los presupuestos de la resolución —en el supuesto de hecho se alegó pago por novación— se plantea una cuestión de hecho cuya prueba no corresponde apreciar al Registrador, sino que es materia del Juez o Tribunal competente».

3. CONSIGNACIÓN

Además del requerimiento y de que el deudor no se allane, será preciso acreditar la consignación de las cantidades que deban ser devueltas, consecuencia lógica del carácter retroactivo de la cláusula resolutoria, ya que resuelto el contrato debe restituirse la cosa vendida, pero también el precio pagado por el comprador hasta el momento del incumplimiento (cfr. art. 1.295 CC).

Sin embargo, existe una posición doctrinal contraria a esta interpretación de los requisitos de allanamiento y consignación, de la que destacamos a MARTÍNEZ SANCHIZ y MARTÍNEZ GIL, Notarios ambos (2 y 3).

1) La posición notarial podría resumirse en los siguientes puntos:

1.º La cláusula resolutoria no es un propio derecho real ni una condición en sentido técnico, sino una facultad resolutoria reconocida al vendedor.

Tal facultad resolutoria no es una garantía del precio aplazado, sino una garantía de la equivalencia de las prestaciones

2.º No cabe, en consecuencia, aplicar por analogía a la cláusula reso-

(2) MARTÍNEZ SANCHIZ, «El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia registral», *Anuario Derecho Civil*, octubre-noviembre 1989.

(3) MARTÍNEZ GIL, «La condición resolutoria en la compraventa de inmuebles», Conferencia en el Colegio Notarial de Madrid, 13 febrero 1992

lutoria preceptos dirigidos a la hipoteca como la asignación a que se refiere el artículo 175.4.º RH.

3.º La resolución —una vez notificada— opera automáticamente, de manera que incluso cuando el Tribunal Supremo considera necesario acudir a la vía judicial por existir oposición del comprador la sentencia se considera declarativa de una resolución ya producida.

El citado automatismo no sólo se deriva del artículo 1.504 CC, sino también del artículo 1.123 CC (aplicable a la materia más que el artículo 1.295 CC).

4.º En consecuencia, dado que la resolución es automática, deberá procederse a la reinscripción inmediatamente, con los solos requisitos exigidos por el artículo 1.504 CC y 59 RH —notificación y título—, sin añadir ninguno más, ni siquiera la consignación.

La devolución del precio por el vendedor y de la posesión por el comprador son tan sólo aspectos obligacionales —obligaciones derivadas de la pérdida del dominio— que quedan al margen del Registro.

5.º Se critica la campaña existente en la doctrina y la jurisprudencia que tiende a limitar los efectos del artículo 1.504 CC por dos vías: exigiendo la resolución por el Juez si las partes no llegan a un acuerdo, y admitiendo la posibilidad de conceder nuevo plazo al demandado, a pesar de que exista requerimiento, para que pueda pagar antes de decretar la resolución. Todo ello se considera fruto de la indebida aplicación de la doctrina del artículo 1.124 CC al régimen del artículo 1.504 CC.

Consecuencia de ello es que la jurisprudencia registral haya llegado a exigir para verificar la reinscripción derivada de la resolución una voluntad deliberadamente rebelde al pago por el comprador (RDGRN de 29 diciembre 1982). Frente a ello, M. SANCHIZ y MARTÍNEZ GIL defienden que el requisito subjetivo de la voluntad rebelde debe ser entendido en sus justos términos como equivalente a incumplimiento propio y verdadero, de manera que no sólo procederá a la resolución en caso de incumplimiento doloso por el comprador, sino también en caso de incumplimiento culposo o imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación.

Como consecuencia de todo ello se critica la generalización que del requisito de la voluntad deliberadamente rebelde hace la RDGRN de 29 de diciembre de 1982, ya que —a su entender— la STS de 16 de noviembre de 1979 (a la que aquélla se remite) se refiere únicamente al supuesto de compraventa desprovisto de pacto resolutorio expreso.

A su entender, cuando existe pacto resolutorio expreso la situación se invierte, de manera que la resolución se producirá automáticamente: es la oposición y no la resolución la que necesita el pronunciamiento judicial, pues de lo contrario se infringiría el artículo 1.256 CC (la oposición no confirmada judicialmente no paraliza la resolución).

6.º Para no dejar desprotegido al comprador, podría arbitrarse una reserva de rango a favor del mismo —durante ciento ochenta días— durante la cual podría anotar el comprador la demanda contraria a la resolución.

7.º La consignación sólo es necesaria cuando existan terceros, pero más que por existir una pretendida subrogación de los terceros en las cantidades devueltas, por existir una concurrencia de varios acreedores sobre un mismo crédito.

Tal consignación deberá hacerse con las «deducciones que en su caso procedan», terminología literal del artículo 175.6.º RH (deducciones que no podrán ser otras que la cláusula penal).

M. SANCHIZ y MARTÍNEZ GIL entienden que sólo debería exigirse consignación:

— si existen terceros interesados, más que en base a una pretendida subrogación en las cantidades (pues técnicamente no existiría subrogación en la medida que la resolución destruye la relación jurídica, en la que nadie puede subrogarse), en la mera existencia de varios acreedores con derecho a cobrar (art. 1.176 CC);

— siempre que exista cantidad restituable, esto es, siempre que no se haya pactado una retención en concepto de pena o cláusula penal. Esta cláusula penal sería oponible:

a) al comprador que lo ha pactado, pues si puede renunciar al saneamiento por evicción (art. 1.477 CC), con más razón podrá renunciar a la consignación de lo que haya de recibir;

b) a los terceros, pues aun cuando en principio pudiera pensarse que es excesivo deshacer una garantía estatuida en beneficio de terceros, dotando a un convenio liberatorio de consecuencias reales, la licitud del pacto anticonsignación se justifica por el hecho de que, al pactarlo, también el comprador ve menguada su propia pretensión.

8.º Cabría renuncia a la moderación de los Tribunales, pues si la facultad moderadora sólo existe respecto al incumplimiento parcial (no en caso de incumplimiento total —art. 1.154 CC—) puede preverse convencionalmente para lo menos —incumplimiento parcial— lo que la Ley prevé para lo más.

II. Frente a la posición notarial cabría, sin embargo, argumentar que:

1.º Aunque se trata de una facultad resolutoria más que propio derecho real, la analogía con los derechos reales no puede desconocerse dada la eficacia *erga omnes* que con la inscripción de la cláusula resolutoria se obtiene, lo que ya fue puesto de manifiesto en la RDGRN de 25 de octubre

de 1979, que admitió el pacto de posposición de condición resolutoria e hipoteca futura «dada la identidad de razón que se aprecia en ambos supuestos y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º CC».

Esta misma analogía con la hipoteca ha sido reconocida en cuanto a la posición del tercero, al reconocer el derecho a hacer efectivo su crédito o derecho real sobre el sobrante —en el caso de la condición resolutoria sobre el precio devuelto por el vendedor— en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990.

2.º El automatismo de la condición resolutoria, que operaría sus efectos desde el momento de la notificación, ha sido matizada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sigue exigiendo la voluntad deliberadamente rebelde —o al menos voluntaria— al pago, y en este sentido niega la resolución:

a) en los casos de compraventas de inmuebles con precio aplazado sin cláusula resolutoria expresa, cuando el comprador —al ser requerido— manifiesta su voluntad de pagar el resto (STS de 13 octubre 1989);

b) en los casos en que existe cláusula resolutoria expresa si existe oposición al comprador a la resolución. A pesar de que se entiende que en tales casos la resolución se opera automáticamente y no por la «facultad» de resolver que otorga el artículo 1.124 CC, se estima que «si la declaración de resolución se impugna por la otra parte queda sometida al examen y sanción por los tribunales, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por vía judicial» (STS de 4 abril 1990). Luego si el propio Tribunal Supremo no declara la resolución a pesar de darse los requisitos del artículo 59 RH, menos se puede practicar la reinscripción sin intervención judicial si existe oposición del comprador.

3.º La pretendida reserva de rango, además de ser un concepto de escaso arraigo en nuestro Derecho, carece de base positiva, pues contradice los principios hipotecarios de prioridad (art. 17 LH) y especialidad (arts. 9 LH y 51 RH) en la medida que gozaría de preferencia por un tiempo predeterminado la posible anotación de la demanda interpuesta por el comprador, incluso frente a títulos presentados con mayor diligencia. Además de suponer una quiebra del sistema de prioridad, no sería viable desde un punto de vista procesal, en la medida que no se advierte qué acción puede ostentar el comprador: no es al comprador al que incumbe ejercitar una acción de moderación de la pena, sino al vendedor instar una acción de indemnización de daños contra la que el comprador puede reconvenir la moderación de la pena —pero no al revés—. Es al perjudicado al que corresponde pedir la resolución con el resarcimiento de daños (cfr. art. 1.124.2.º CC), y frente a este último resarcimiento puede oponerse la

moderación (art. 1.154 CC). Pero de todas ellas sólo la acción de resolución instada por el vendedor tiene, si no carácter real —no deja de ser personal, ejercitable contra el comprador y no contar el tercero—, sí al menos la trascendencia real que permite la anotación (art. 42.1.º LH). Por el contrario, las otras —resarcimiento de daños o reconvención por cumplimiento parcial o moderación de la pena— tienen puro alcance personal y por tanto no son anotables en el Registro de la Propiedad.

4.º En cuanto a la consignación, que se pretende que sólo opere cuando existan terceros y con deducción de la cláusula penal pactada, debe tenerse en cuenta que la condición resolutoria no puede ser interpretada extensivamente (art. 4.º2 CC) dado el carácter excepcional del artículo 1.504 CC, frente al régimen general de prohibición del pacto comisorio (art. 1.859 CC), máxime cuando tales cláusulas forman parte de contratos de adhesión en los que la posición del vendedor puede imponerse frente al comprador. En este sentido, ciertas cláusulas penales por las que se pacta que el vendedor hará suyas la totalidad o casi la totalidad de las cantidades satisfechas por el comprador junto con el dominio del inmueble (casi siempre revalorizado) podrían ser abusivas y, consiguientemente, nulas de pleno derecho (en base al art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 julio 1980).

5.º La protección de los terceros (objeto del Registro de la Propiedad según la RDGRN de 11 abril 1990), y en concreto del derecho de los mismos a hacer efectivo su crédito sobre las cantidades devueltas (v.gr., acción subrogatoria del art. 1.111 CC), debe llevar a la interpretación restringida de la figura y no a la no admisión de la operatividad de las penas pactadas sin que exista una previa declaración judicial (en consecuencia, desde el plano registral, exigiendo la consignación total).

6.º Finalmente, en cuanto a la renuncia por el comprador a sus derechos de saneamiento por evicción o al derecho a la recuperación del precio satisfecho o a la moderación de la pena por los Tribunales, se acerca tanto a la figura del abuso del derecho que cualquier profesional del Derecho o funcionario público siente recelo a su admisión, pues la efectividad de tales renunciaciones exigen un presupuesto, el conocimiento de causa (cfr. art. 1.477 CC), que no es apreciable por el Registrador, pues exige una fase de prueba de la que carece el procedimiento registral.

No cabe olvidar cómo el fundamento mismo de la calificación registral es la seguridad jurídica y fomento de la contratación inmobiliaria; en definitiva, la protección del consumidor inmobiliario (hasta el punto de que en otra ocasión he definido las faltas insubsanables como «aquellas que determinan que una relación jurídica, tal como está configurada, pueda perjudicar nunca al tercero, entendiéndose por tal no sólo el del art. 34, sino también el del art. 32 LH, esto es, en términos menos técnicos al consumi-

dor inmobiliario a que se refiere la Ley de Protección al Consumidor en relación con la Ley Hipotecaria).

Y en este sentido debería aceptarse el carácter de falta insubsanable de aquellos contratos que infrinjan las condiciones del artículo 10 de la citada Ley de Protección al Consumidor —que ella misma sanciona con nulidad absoluta—, entre las que figuran las cláusulas abusivas, las que impliquen la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario o las renunciaciones a derechos reconocidos en la Ley.

III. La jurisprudencia hipotecaria —al amparo de las notas de calificación registral— ha acogido alguno de estos criterios restrictivos en la interpretación de los efectos de la cláusula resolutoria:

1.º Frente a la RDGRN de 3 de junio de 1961 que exige consignación a los solos efectos de cancelar derechos inscritos si hay terceros, la RDGRN de 17 de noviembre de 1978, tras insistir que el pacto resolutorio entraña un sistema de autotutela que debe ser examinado con todo tipo de cautelas, exige la consignación existan o no terceros, aunque sin excluir la posibilidad de la cláusula penal.

2.º Posteriormente, la extensión objetiva de la consignación la consagra la RDGRN de 29 de diciembre de 1982, que exige al Registrador comprobar también que se han realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación del valor del bien devuelto o el importe de los plazos que haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una cláusula penal, poniendo en su caso a disposición del comprador todas las letras de vencimiento posterior (ídem RRDGRN de 16 y 17 septiembre 1987 y 4 febrero 1988, esta última justificando la consignación en favor de todos los titulares implicados).

3.º Lo interesante es destacar cómo las recientes resoluciones de la DGRN de febrero de 1990 y octubre de 1991 acerca de la condición resolutoria han significado (en contra de lo que pudiera parecer) un paso más en la restricción de la operatividad de la figura a través de varios cauces:

a) Reiterando la necesidad de consignación total para que pueda registralmente operarse la reinscripción.

Las RRDGRN de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 afirman que «la consignación global es presupuesto de la operatividad registral de la resolución precisamente porque se realizó extrajudicialmente (...)».

En este sentido, se afirma que «la reinscripción a favor del vendedor presupone la previa o simultánea consignación de las cantidades que éste hubiera recibido del comprador en virtud del contrato resuelto (arts. 1.124 y 1.295 CC, citándose este art. y no el 1.123 CC como aplicable).

b) Afirmando la imposibilidad de pactar la devolución del principal sin decir nada acerca de los intereses cuando éstos se hubieran garantizado con la propia condición resolutoria.

La RDGRN de 8 de octubre de 1991 y siguientes —aunque admiten la posibilidad de dar cobertura con la condición resolutoria de los intereses y no sólo al precio como literalmente se deduciría del artículo 1.504 CC— afirman que «es indudable la necesaria consignación en caso de resolución tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues unos y otros integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, sin que sea suficiente establecer que el vendedor consignará el precio pagado en el momento de ejecutar la resolución.

c) Estableciendo la existencia de una subrogación de los terceros en las cantidades que devuelva el vendedor, hasta el punto de que es en virtud de tal subrogación (y no para crear falsas expectativas en los terceros) por lo que la DGRN propugna la inscripción de las cláusulas penales (aunque desde el plano registral, insisto, sea necesaria la consignación total).

«Ciertamente —dicen las RRDGRN de 5, 6 y 7 febrero 1990—, como a efectos registrales es suficiente con la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor y ésta no quedará afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda legítimamente al comprador o a sus sucesores en la titularidad del bien rescatado, podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución respecto a los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble (...)».

Tal subrogación —forzada según la posición notarial dada la inexistencia de las notificaciones que toda subrogación exigiría (cfr. arts. 1.205 ó 1.527 CC)— está plenamente justificada para proteger los derechos de terceros, función esencial del Registro de la Propiedad.

Así en las citadas resoluciones se reconoce que «cuando a la posible acción resolutoria por pacto explícito se le confiere eficacia real, es lógico también que para la efectividad de ésta se tengan en cuenta los intereses de los que participan en la titularidad del bien».

Consecuencia de ello —a mi entender— es que serán estrictamente necesarias para verificar la reinscripción tanto la notificación a los acreedores y titulares posteriores del ejercicio de la resolución como la notificación de la propia consignación a su favor efectuada, pues sin tales notificaciones la subrogación no tendría efecto.

IV) No obstante, las citadas resoluciones han desaprovechado la ocasión para reconocer abiertamente la existencia de una posible posición abusiva del vendedor frente al comprador, máxime cuando se trata de contratos tipo en los que el comprador raramente conoce la real trascendencia que puede llegar a alcanzar la figura (cfr. art. 1.288 CC). Al menos lo dejan entrever al recortar los efectos que en su configuración se querían atribuir a la condición resolutoria (v.gr., exigiendo la consignación global —incluida intereses—, reconociendo la subrogación de los terceros, interpretando con cautela la figura, etc.).

Sin embargo, de forma innecesaria (pues se podía haber limitado la afirmación al caso concreto planteado sin generalizar) la DGRN afirma que «los limitados medios de calificación de que dispone el Registrador impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley —de protección al consumidor—. Y añade: que no puede identificarse la facultad discrecional de resolución a que esta norma —al igual que el art. 1.256 CC se refiere con la resolución por impago— cuando realmente lo que el Registrador consideraba abusivo era la inversión de la carga de la prueba en detrimento del comprador.

En cualquier caso, aún estamos a tiempo para que en este particular punto —la defensa del consumidor inmobiliario por el Registrador y la posibilidad de abstenerse ante posibles abusos determinantes de una nulidad absoluta del negocio— la DGRN rectifique y adecue su posición a otras más acordes con anteriores manifestaciones suyas.

A este respecto, conviene recordar cómo ha defendido la denegación de determinadas renuncias abusivas, como es la renuncia al pago parcial del crédito hipotecario y a la consiguiente cancelación parcial de la hipoteca —por ir en contra del interés público y el desarrollo del crédito territorial (DGRN de 27 enero 1986)— o como ha admitido en otros casos la invocación del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores (v.gr., RDGNR de 7 septiembre 1988 en materia de intereses preferenciales fijados por el mismo banco acreedor).

Sería una pena abandonar la dirección anterior cuando es un principio constitucional el de que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51 de la Constitución) y en el fondo el propio sentido de la institución registral.

4. INEXISTENCIA DE TERCEROS TENEDORES

El último requisito (junto a la intimación o requerimiento, no oposición por el deudor y consignación global de la parte del precio pagada por el comprador) consiste en la necesidad, en caso de que el precio aplazado se

hubiera incorporado a letras de cambio, de acompañar al título las letras de vencimiento posterior.

Así, la RDGRN de 17 de septiembre de 1987 establece que «al igual que sucede en materia de hipoteca cambiaria en que para proceder a la ejecución hipotecaria se requiere que el acreedor presente tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria, en los casos en que se haya pactado en una compraventa en que la falta de pago de una letra da lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas, giradas como instrumento de pago del precio estipulado».

IV. INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

La condición resolutoria será inscrita siempre que se haya pactado expresamente —cláusula resolutoria expresa—, pues de lo contrario tan sólo existirá la facultad de resolución derivada del carácter sinalagmático del contrato de compraventa de efectos puramente personales (condición resolutoria tácita).

Para que se entienda que hay cláusula resolutoria expresa —y sea por tanto inscribible— no son necesarias fórmulas sacramentales: no se precisa emplear precisamente la expresión «pactan condición resolutoria expresa», ya que basta que esté clara la voluntad inequívoca de los contratantes de pactarla expresamente (así la RDGRN de 29 diciembre 1963). Por ejemplo, si se estipula que el contrato quedará resuelto de pleno derecho en caso de falta de pago del precio aplazado por el comprador a su vencimiento.

Cuando se pacta la cláusula resolutoria, el acta de inscripción —breve resumen final de la inscripción exigido por el art. 51, párr. 10, RH— expresará no sólo el derecho del adquirente, sino también la condición resolutoria a favor del transmitente. («En su virtud, inscribo el dominio de esta finca a favor de X y la condición resolutoria a favor de Y, en los términos expresados».)

Además, en estos casos el Registrador practicará la inscripción de conformidad con el artículo 51, párrafo 6.º, esto es, haciendo expresión circunstanciada de todo lo que según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente. En concreto, dicho artículo exige que «se copiarán literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden establecidas en el título». Pero añade: «No se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real».

Este es precisamente el tema de fondo con relación a la condición

resolutoria: el determinar si la condición resolutoria debe inscribirse literalmente en base al principio de unidad negocial o si, por el contrario, debe prevalecer el principio hipotecario de calificación y consiguiente denegación de lo que en la configuración de la cláusula resolutoria tiene alcance puramente personal, lo que obligará a discernir en qué casos estamos ante estipulaciones que carecen de trascendencia real y no son inscribibles.

Vamos a analizar los extremos de la condición resolutoria en que se concreta la discusión:

a) La inscripción de la condición resolutoria se extenderá al precio aplazado, no a prestaciones accesorias como IVA o ITE.

En efecto, el artículo 1.504 CC regula la eficacia de la cláusula resolutoria en las compraventas de inmuebles para el caso «de falta de pago del precio en el tiempo convenido».

Ello es consecuencia, como vimos, del carácter sinalagmático del contrato de compraventa, de manera que si se rompe el equilibrio contractual se faculta al vendedor para resolver la venta. Tal ruptura del equilibrio contractual tan sólo se da cuando se incumple cualquiera de las prestaciones que constituyen la causa del contrato, esto es, la entrega de la cosa vendida o la falta de pago del precio (cfr. art. 1.445 CC).

Así se aclara por la RDGRN de 24 de marzo de 1987, que hace al respecto dos importantes aclaraciones:

1.^a Que la facultad resolutoria no deriva de la falta de pago de las letras de cambio —caso de que se hubieran girado—, sino del incumplimiento de las obligaciones causales para cuyo pago fueron aquellas puestas en circulación.

2.^a Que los impuestos que gravan la operación —como pueda ser el antiguo ITE o el IVA— constituyen una prestación accesoría del negocio celebrado, sin que formen parte de la estructura típica del mismo, de manera que su impago no puede ser determinante de la resolución del contrato. «Tal resolución automática —dice la citada RDGRN de 24 marzo 1987— sólo queda justificada por la frustración del fin básico perseguido, por la quiebra del equilibrio fundamental tal como subjetivamente fue configurado, pero no en aquellas hipótesis en que el propósito determinante de la negociación queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias».

b) ¿Cabe resolución por impago de intereses?

Así planteada la cuestión, se discute doctrinalmente si los intereses forman o no parte del precio y en consecuencia si su impago puede determinar la aplicación de la cláusula resolutoria expresa.

En principio el tenor literal del artículo 1.504 CC parece limitarse al precio en sentido estricto y no, por tanto, a los intereses, que —como ya

vimos— constituyen una obligación que no siempre corresponde satisfacer al comprador y por tanto es distinta del precio.

En este sentido, garantizar el pago de los intereses con condición resolutoria expresa sería tanto como incorporar un pacto comisorio al préstamo que todo aplazamiento del precio supone en favor del comprador, en contra de la regla general de prohibición del mismo.

Sin embargo, la RDGRN de 5 de febrero de 1990 y siguientes han entendido que el interés forma parte del precio:

«Cuando la compraventa se realiza pactando el aplazamiento del pago del precio y la retribución de los intereses no quiebra por ello la unidad negocial de la operación concluida; no cabe hablar de un contrato de venta al contado seguido de un acuerdo accesorio desligado cabalmente del anterior por el que se conviene el aplazamiento del precio a cambio de un interés; el negocio es único y se halla trascendido en su globalidad por el elemento plazo; el plazo retribuido configura sustancialmente el equilibrio jurídico y económico de la operación (...).»

Y en consecuencia admite la posibilidad de extender la cobertura de la cláusula resolutoria a los intereses estipulados como consecuencia del aplazamiento.

Lo mismo ocurre con las RRDGRN de octubre de 1991 sobre esta materia —revocando Auto TSJC de 13 abril 1991 que había interpretado lo contrario, esto es, que los intereses no podían garantizarse con cláusula resolutoria.

Igualmente, la STS de 22 de enero de 1991 admitió la resolución de la compraventa pese a que el requerimiento incluía partidas no incluidas estrictamente en el concepto de precio pendiente de pago (se trataba de una resolución por impago por el comprador de una letra de cambio, de los gastos de comunidad y de los intereses y gastos que en el contrato de compraventa se había comprometido a pagar).

En todo caso, aun admitiendo la inscribibilidad de los intereses garantizados con la cláusula resolutoria, lo que no cabe es pactar para caso de resolución la consignación de sólo el precio, sino que también deberán ser consignados los intereses.

Así, las RRDGRN de 8 de octubre y siguientes establecen como indudable «la necesaria consignación, en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues uno y otro integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida; y que ciertamente el título calificado no es suficientemente claro al respecto al establecer que el vendedor consignará el precio pagado».

c) Las cláusulas penales en la condición resolutoria: no deberían inscribirse, muchas de ellas abusivas, dada la posibilidad de moderación por los tribunales y por carecer de transcendencia real.

Como ya vimos anteriormente, el efecto característico de la condición resolutoria explícita es la restitución de las prestaciones —devolución del inmueble y del precio—, de tal manera que la relación obligatoria se extingue como si nunca hubiera tenido lugar (STS de 31 mayo 1985).

Junto a esta obligación de restitución pueden exigirse además la indemnización de los perjuicios causados. Como dice el artículo 1.124, la facultad de resolver las obligaciones faculta al perjudicado para escoger entre el cumplimiento de la obligación o la resolución, con el resarcimiento de daños en ambos casos.

Es esta indemnización de daños la que puede pactarse anticipadamente a través de una cláusula penal, ya que en tal caso la pena sustituye la indemnización del daño (art. 1.152, párr. 1.º, CC).

Pero en cualquier caso la cláusula penal no deja de tener una naturaleza extrínseca a la propia condición resolutoria, cuya esencia es operar con efectos retroactivos la restitución de las prestaciones. La indemnización de los perjuicios causados, su posible cuantificación anticipada a través de una cláusula penal o su moderación por los Tribunales (vía art. 1.154 CC) tiene un alcance secundario y puramente personal, sin trascendencia frente a terceros, a los cuales lo único que afecta es el efecto de la restitución de las prestaciones, que es la que habrán de soportar ellos caso de ser adquirentes del bien.

De ahí que, en principio, la cláusula penal tenga un alcance puramente obligacional y no deba ser inscribible (en contra de su inscribibilidad, véase Autos TSJC de 10 enero 1990 y 13 abril 1991).

Esto es así en la medida que la pena prevista en la cláusula penal tan sólo sustituye a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento, nunca puede sustituir la propia restitución de prestaciones.

Así lo explica la STS de 3 de octubre de 1985 referente a un supuesto de contrato de permuta de solar por obra futura, en que ante el incumplimiento del constructor adquirente le impone la obligación de satisfacer el importe en dinero correspondiente al valor de los pisos que se había comprometido a entregar, además de la pena por incumplimiento que las partes hubieran pactado por cada día de retraso, sin que tal pena pueda sustituir a la indemnización impuesta, ya que el valor que debe pagar el constructor como prestación sustitutoria «no constituye la indemnización de los daños y perjuicios a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 1.152 CC, sin que la cláusula penal exonere al deudor del mencionado cumplimiento sustitutorio».

Es decir, cuando la indemnización es consecuencia de la imposibilidad de llevarse a cabo la obligación principal, la cláusula penal no tiene aplicación: su ámbito es exclusivamente la regulación de los perjuicios ocasionados por el mal cumplimiento de la obligación principal, esto es, un

ámbito secundario y de alcance puramente personal en cuanto en nada importan al tercer adquirente.

Consecuencia de todo ello sería la no inscribibilidad de las cláusulas penales.

A favor, sin embargo, se pronuncia la RDGRN de 6 de febrero de 1990 para no producir la ruptura de la unidad negocial, argumento escaso pues en base al mismo no tendría sentido la función principal de la calificación registral como selección de los pactos de alcance real y exclusión de los meramente obligacionales (arts. 98 LH y 7 RH).

En todo caso, aunque la cláusula penal sea inscrita, sus efectos no operarían en caso de existir terceros titulares de derechos inscritos dado que, conforme al artículo 175 RH, párrafo 6.º, «las inscripciones de venta de bienes sujetas a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en establecimiento bancario o caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que con las deducciones que en su caso procedan haya de ser devuelto».

Así lo confirma la RDGRN de 2 de febrero de 1988, para la cual no es posible verificar la reinscripción a favor del vendedor por cumplimiento de la condición resolutoria cuando existe una anotación de embargo posterior, ya que se precisaría la consignación prevista en el citado artículo 175 RH, debiendo ser completa la devolución de prestaciones».

«Como ya declarara la RDGRN de 29 de diciembre de 1982, si bien al amparo del artículo 1.504 CC la resolución prevista para el caso de impago del precio estipulado en la venta puede operarse de modo automático y extrajudicial por voluntad unilateral del vendedor, dicho automatismo y extrajudicialidad no puede predicarse totalmente respecto de las consecuencias accesorias estipuladas como es la efectividad de la cláusula penal prevista, cuya exigibilidad debe ajustarse a las disposiciones del Código Civil que prevén la posibilidad de su corrección judicial en caso de incumplimiento parcial o irregular (arts. 1.152.2.º y 1.154).

Por ello la devolución de las prestaciones que fueron objeto del contrato resuelto deberá comprender también aquellas cantidades abonadas por el comprador y afectadas por la cláusula penal estipulada, las cuales también quedarán alcanzadas por el efecto subrogatorio anteriormente aludido, si bien de una forma provisoria en tanto no se declare judicialmente la plena exigibilidad de aquella cláusula penal».

Igualmente, la RDGRN de 17 de septiembre de 1987 había establecido la necesidad de la «consignación de acuerdo con el artículo 175.6.º RH del valor de bien vendido o del importe de los plazos, que con las deducciones que procedan haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base

a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección prevista en el artículo 1.154 CC».

En definitiva, aunque la jurisprudencia registral se inclina por la inscribibilidad de la cláusula penal (RDGRN de 5 febrero 1990), lo es en base al principio de unidad negocial y para no inducir a confusión a terceros adquirentes sobre la extensión de su derecho a subrogarse en las cantidades consignadas, consignación total que siempre será exigida por el Registrador «porque la consignación global es únicamente presupuesto de la operatividad registral de la resolución precisamente porque se realizó extrajudicialmente, pero no implica que pertenezcan al comprador en su integridad y de modo definitivo todas esas cantidades; por consecuencia de las previsiones contractuales, debidamente actuadas judicialmente, el derecho del comprador puede quedar reducido por la misma Ley del contrato a una parte de aquéllas, y será exclusivamente dicha parte la que quedará afectada a las cargas o gravámenes recayentes sobre el bien que deban extinguirse al operarse la resolución».

V. POSPOSICION DE CONDICION RESOLUTORIA A HIPOTECA FUTURA

Podría discutirse que la condición resolutoria, que no es un verdadero derecho real (como ya vimos, excluye expresamente la RDGRN de 30 mayo 1980), sino una mera facultad de resolución potestativa del vendedor, pueda tener un tratamiento —siquiera en algún aspecto— similar a un propio derecho real.

Sin embargo, el hecho de que tal facultad resolutoria adquiera eficacia *erga omnes* por la inscripción ha llevado a que en la práctica, con amparo jurisprudencial, se dé el mismo tratamiento a la condición resolutoria que a la hipoteca en sede de reserva de rango, al menos cuando se trata de posponer la condición resolutoria pactada en la compraventa a la hipoteca futura que pretende concertar el comprador (el cual quiere que goce de prioridad respecto a la facultad resolutoria).

Así, la RDGRN de 25 de octubre de 1979 definitivamente admite la posibilidad de aplicación analógica de la técnica de la posposición a las condiciones resolutorias, al establecer que «el artículo 241 RH aparece literalmente referido al supuesto exclusivo de posposición entre hipotecas, pero su aplicación resulta viable igualmente a una condición resolutoria pospuesta dada la identidad de razón que se aprecia en el supuesto contemplado y de acuerdo con el artículo 4.1.º CC, a ser semejante en nuestro Derecho el juego de la hipoteca preferente respecto a las segundas y posteriores (art. 131 LH) y el derivado de dicha hipoteca respecto a la condición resolutoria».

En consecuencia admite la posposición de la condición resolutoria a hipoteca futura siempre que por imperativo del principio de especialidad se indiquen las líneas generales de la hipoteca futura en los términos exigidos por el artículo 241 RH.

Consiguientemente, caso de ejecución de la hipoteca posterior que se ha antepuesto a la condición resolutoria, deberá cancelarse ésta, de conformidad con los artículos 131.17 LH y 233 RH, que equipara —como objeto de cancelación— a las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, con las «inscripciones anteriores puestas al crédito del actor».

En rigor, la posposición que hace el vendedor de su facultad resolutoria respecto de la hipoteca futura supone la renuncia anticipada a su ejercicio para el caso de ejecución de la hipoteca.

O como dice ROCA SASTRE para el caso de resolución anterior a la ejecución de la hipoteca, una exclusión convencional de la retroacción de la condición resolutoria, de manera que la resolución se desenvuelve normalmente salvo en lo que a la hipoteca antepuesta respecta, la cual subsistirá íntegramente respecto del vendedor que ha readquirido la propiedad (el cual asumirá la condición de hipotecante por deuda ajena).

VI. EFECTOS DE LA RESOLUCION RESPECTO DE CARGAS POSTERIORES

Suponiendo que no se hubieran cumplido los requisitos del artículo 59 RH en la forma interpretada por la jurisprudencia, se produciría la cancelación automática de todas las anotaciones, cargas e inscripciones —incluso de dominio— posteriores, sin necesidad de mandamiento judicial.

De ahí la necesidad de la consignación exigida por las RRDGRN de 2 y 4 de febrero de 1988, aplicables siempre, pero con más razones cuando existen terceros.

Lo que no cabe es la resolución voluntaria y anticipada para dejar sin efecto un embargo trabado: la RDGRN de 5 de abril de 1990, para un supuesto de permuta de solar por obra futura, garantizado con condición resolutoria expresa y ante el embargo trabado sobre la titularidad del cesionario, considera que no es posible forzar la cancelación del embargo en virtud de una nueva escritura suscrita por los contratantes en la que dan por resuelto anticipadamente el contrato de permuta: «Si bien es cierto que cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución explícita en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comporta la extinción del embargo y la cancelación de la correspondiente anotación preventiva, ello sólo es posible cuando se produzca en los términos registralmente constatados, pero no así en la que tenga lugar anticipadamente por

mutuo disenso, caso en el que la anotación debe quedar subsistente hasta tanto se agote su propia eficacia o concurran las vicisitudes resolutorias a las que se hallaba supeditado el derecho embargado».

VII. CANCELACION

La regla general es que la condición resolutoria debe cancelarse por consentimiento de su titular, esto es, mediante escritura pública de cancelación otorgada por el vendedor en la que dé carta de pago del precio aplazado o sentencia firme dictada en el correspondiente juicio declarativo, de conformidad con lo previsto en los artículos 82 y 174, párrafo 3.º, LH.

En concreto, si se trata de un inmueble que constaba inscrito con carácter ganancial a nombre de dos cónyuges casados en régimen de gananciales, el consentimiento cancelatorio debe prestarse por ambos cónyuges, salvo que se tratara de un inmueble adquirido por uno de ellos para su sociedad conyugal, supuesto en el que bastará el consentimiento de quien figuraba como titular para su sociedad de gananciales, sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge por analogía con lo dispuesto en el artículo 178, párrafo 5.º, RH para los casos de hipoteca en garantía de un crédito en el que se permite la cancelación por el cónyuge titular, aun cuando figure inscrita para la sociedad conyugal de aquél.

Ahora bien, ¿cabe la cancelación por extinción del derecho inscrito de conformidad con el artículo 79 LH?

A) EXTINCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA POR CADUCIDAD DEL DERECHO, SIEMPRE QUE NO IMPLIQUEN UNA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA

En efecto, en la práctica se ha tratado de configurar la condición resolutoria como un supuesto encuadrable dentro de los que en Derecho registral se denominan de «cancelación sin consentimiento del titular registral por caducidad del derecho» y que se recogen en el artículo 174, párrafo 1.º, RH, a cuyo tenor:

«La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción será título suficiente para cancelarla si resultara de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido».

Paralelamente, el artículo 353 RH, al regular las certificaciones de cargas, establece en su párrafo 3.º que no se incluirán en la certificación las inscripciones de «cualesquiera derechos que hubieren caducado con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

Pues bien, en la jurisprudencia registral se han seguido dos orientaciones, aunque luego veremos que no son radicalmente contradictorias.

La RDGRN de 11 de diciembre de 1974 rechazó la inscripción del siguiente pacto: «La cancelación se practicará con carácter automático transcurrido el plazo convenido, bien con ocasión de practicarse cualquier asiento relativo a la finca, bien al expedirse certificación de cargas». Y lo rechazó en base al carácter excepcional del artículo 353 RH (antiguo 355) que no cabría aplicar a supuestos distintos de los previstos en él, «como sucede en el examinado en el recurso, en el que la caducidad del derecho que en su día se pretende sea cancelado, tiene lugar por voluntad de las partes y no con arreglo a lo dispuesto en la LH, tal y como establece el mencionado precepto legal (...), aparte que ello supondría una extraña anomalía respecto a la forma en que aparece regulado el principio de rogación en las disposiciones legales».

La RDGRN de 28 de noviembre de 1978, sin embargo, admitió una cláusula en la que se pactó la posibilidad de cancelación de la condición resolutoria, una vez extinguida o caducada, por haber vencido el plazo de su vigencia y haber prestado anticipadamente su consentimiento la persona favorecida por la inscripción registral, «pues es la misma publicidad registral la que indica que se ha extinguido el derecho inscrito (...); lo que se trata de evitar es que una certificación comprenda como contenido registral vigente una facultad que, según los mismos asientos del Registro, está extinguida — y en esto se diferencia de la RDGRN de 11 diciembre 1974 que versaba sobre cancelación automática por caducidad del asiento— y al deberse cancelar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 79.2.º y 82.2.º LH procede la aplicación del artículo —hoy— 353 RH, a no ser que exista algún obstáculo que lo impida (...), como sería el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el artículo 254 LH».

En definitiva, cabe la cancelación de la condición resolutoria explícita en la compraventa sin necesidad de consentimiento del titular registral —vendedor— siempre que así se hubiera estipulado en la compraventa inscrita, pero no como un supuesto de cancelación automática del asiento (pues lo impide el carácter rogado del procedimiento registral), sino como un supuesto de cancelación por extinción del derecho inscrito en base a un consentimiento anterior prestado por el titular.

B) CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EN GARANTÍA DE UN PRECIO APLAZADO REPRESENTADO POR LETRAS DE CAMBIO

Lo dicho anteriormente en orden a la cancelación de la condición resolutoria por extinción de derecho inscrito cuando así se pactó ha sido generalizado a ciertos supuestos en los que está plenamente acreditada la extinción del derecho inscrito, sin necesidad de pacto expreso.

Es el caso del precio aplazado representado por letras de cambio en los que se permite la cancelación de la condición resolutoria mediante acta notarial en la que se acredita por el deudor haber satisfecho la totalidad de la cantidad aplazada y tener en su poder las letras de cambio que se reseñaron en la escritura, aunque nada se hubiera pactado respecto de la posibilidad de cancelación por esta vía.

Así lo admite la RDGRN de 30 de mayo de 1980, por analogía con el artículo 156 LH que autoriza la cancelación parcial de las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso, en virtud de una mera acta notarial de inutilización de los títulos, ya que «si es admitida esta notable singularidad para la cancelación de un derecho real como es la hipoteca, más justificación la tiene en un supuesto como es el de la condición resolutoria, que no es más que una estipulación pactada en un contrato de compraventa».

Lo que siempre debe estar plenamente acreditado es que las letras que se han pagado e inutilizado corresponden en número y serie a las que quedaron aplazadas en pago en la compraventa. Es decir, debe existir una plena identificación de las letras, sin la cual no cabe tal cancelación por mera acta notarial ni aun cuando así se hubiera pactado (RRDGRN de 3 y 4 diciembre 1986).

¿Qué ocurre si se extravían alguna de las cambiales?

En la práctica se viene admitiendo la posibilidad de certificación bancaria que justifique el pago de las letras de cambio extraviadas, incorporada al acta notarial de exhibición de las letras. No obstante, GARCÍA GARCÍA pone de manifiesto la incorrección de esta forma de cancelación en caso de extravío de letras dado el carácter excepcional y subsidiario que tiene el procedimiento del acta notarial y por la falta de fehaciencia de la certificación bancaria, de manera que lo correcto en caso de extravío sería acudir a la escritura de cancelación otorgada por el vendedor o, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial —bien el declarativo, bien el de liberación de gravámenes si la acción ya hubiera prescrito—.

C) EXPEDIENTE DE LIBERACIÓN DE GRAVÁMENES

En efecto, mientras que al declarativo podría acudir en cualquier momento, al expediente de liberación de cargas regulado en los artículos 209 y 210 LH exige que el derecho haya prescrito con arreglo a la legislación civil según la fecha del Registro.

Es decir, deberán haber pasado más de quince años, a contar del último vencimiento del precio aplazado, pues la acción para pedir la resolución prescribe a los quince años de conformidad con el artículo 1.964 CC.

Ello es consecuencia de que la condición resolutoria —como hemos visto dice expresamente la RDGRN de 30 mayo 1980— no es un propio derecho real, sino una facultad del vendedor de carácter personal, aunque por la inscripción adquiere oponibilidad frente a cualquier adquirente del bien.

Así lo confirma la STS de 20 de octubre de 1977 con carácter general respecto de la facultad resolutoria del artículo 1.124 CC, de la cual el artículo 1.504 no es sino una especialidad de la regla general (cfr. STS de 30 abril 1991, ya estudiada anteriormente).

D) CANCELACIÓN DE LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS
EN GARANTÍA DE PRECIO APLAZADO CUANDO LA SOCIEDAD
VENDEDORA ESTÁ DISUELTA Y LIQUIDADA

Cuando la sociedad está disuelta y liquidada, la cancelación de la condición resolutoria puede tener lugar:

a) a través del correspondiente juicio declarativo o de liberación de cargas;

b) mediante escritura de cancelación otorgada por la persona especialmente facultada para ello —uno de los liquidadores— si entendemos, para facilitar la concordancia con la realidad extrarregistral, que el poder permanece vigente pese a la extinción de la sociedad;

c) mediante la rectificación de la inscripción de liquidación en el Registro Mercantil, posición esta adoptada por el Auto del TSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 1990, para lo cual:

«La tesis del mantenimiento o subsistencia del poder tres años después de haberse liquidado y extinguido la sociedad anónima se enfrenta con insalvables obstáculos legales y no se justifica ni aun teniendo en cuenta la finalidad aseguradora de derechos de terceros, pues reconocida la realidad de la extinción de la sociedad, el juego de la representación se desvanece, ya que no se puede representar una sociedad inexistente, no siendo aplicables a las personas jurídicas los artículos 280 y 290 CC. Cuando una sociedad que tiene operaciones pendientes ha sido objeto de liquidación y cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil, no se extingue en la realidad jurídica material, sino formalmente. Debe, en consecuencia, rectificarse la apariencia formal que reflejan los asientos del Registro para armonizarla con la necesidad material de actuar».

VIII. POSIBILIDAD DE APLICACION DE LA CONDICION RESOLUTORIA EXPLICITA O EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO A OTROS CONTRATOS DISTINTOS DE LA COMPRAVENTA

La RDGRN de 26 de abril de 1991 (y con anterioridad la RDGRN de 16 octubre 1989) se plantea esta posibilidad y opta por su admisión a otros contratos onerosos —en que la causa es la contraprestación de la otra parte—, como ocurre en el contrato de vitalicio o cesión de inmuebles a cambio de la obligación de prestar alimentos, en los cuales cabría facultar a los transmitentes para resolver el contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones por el cesionario:

«El hecho de que únicamente para la compraventa se contemple la condición resolutoria explícita en garantía del pago del precio no significa que dicha garantía haya de constreñirse a este contrato, con exclusión de aquellos otros igualmente onerosos en los que por el contenido y características de las prestaciones interdependientes (especialmente cuando se transmitan inmuebles a cambio de ciertas obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa que no sea dinero) resulte igualmente fundada su admisión. Al contrario, la aplicación analógica de las normas cuando existe identidad sustancial entre los casos considerados (art. 4.º CC), el carácter de la compraventa como prototipo de los contratos onerosos, la previsión expresa de aplicación de sus normas a contratos afines cuando fuere procedente (art. 1.541 CC), la amplia previsión del párrafo 2.º del artículo 11 LH, la fundamentación jurídica de la resolución en la recíproca condicionalidad de las prestaciones respectivas, la libertad de estipulación reconocida en nuestro Ordenamiento (art. 1.255 CC), la admisión del juego real de las condiciones (arts. 9 y 23 LH) y la admisión de la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas (art. 847 CC) determinan la procedencia de la condición resolutoria explícita en otros contratos onerosos (...)).».

Consecuencia de su admisibilidad en razón de los argumentos expuestos, la condición resolutoria explícita en garantía de la contraprestación pactada en otros contratos onerosos distintos de la compraventa se regularían en su ejercicio analógicamente por las normas antes expuestas, especialmente en lo relativo a las facultades moderadoras del Juez si el adquirente se opone a la efectividad de la resolución en los términos pactados, lo que desde un plano registral exige siempre un previo requerimiento judicial o notarial del pago sin oposición por el adquirente, así como en lo relativo a la consignación global de las cantidades percibidas si existen acreedores o terceros inscritos con posterioridad siempre que esto sea posible (en el caso del contrato de vitalicio procederá la restitución de las

cantidades percibidas en cuanto excedan de lo que es estrictamente derecho de alimentos dado el carácter consumible e inembargable de éstos).

Lo que nunca sería posible es arbitrar la garantía excepcional de la condición resolutoria para asegurar prestaciones accesorias.

Así lo ha puesto de manifiesto la RDGRN de 16 de septiembre de 1987, que entiende que la excepción que supone el artículo 1.504 CC a la prohibición del pacto comisorio sólo está justificada cuando se frustre el fin básico perseguido por las partes, pero no en aquellos supuestos en que el fin esencial de las partes queda consumado, pero no sus prestaciones accesorias (v.gr., impago de intereses o impuestos).

Tampoco tendría justificación suficiente el pacto de reserva de dominio para garantizar prestaciones accesorias, ya que existiría una evidente desproporción entre el vendedor —que recibe el precio pero no transmite el dominio— y el comprador —que cumple con su obligación principal pero no recibe la propiedad hasta que cumpla la obligación accesorias—. Es decir, el pacto de reserva de dominio sólo se justifica para garantizar el precio aplazado, esto es, la obligación principal del deudor-comprador o cualquier otra prestación principal. En los demás supuestos carecerá de justificación causal y por tanto será nulo y no inscribible.

La única forma de asegurar prestaciones accesorias sería constituir una hipoteca, en cuanto que cualquier obligación lícita puede ser garantizada por hipoteca (art. 1.861 CC).

En conclusión, los supuestos excepcionales de condición resolutoria explícita y pacto de reserva de dominio son aplicables en cualquier contrato oneroso, y no sólo en la compraventa, siempre que traten de garantizar la contraprestación principal.

El mismo argumento debemos utilizar para otros contratos atípicos como el de permuta de solar por obra futura, que falto de regulación legal ha sido admitido por la jurisprudencia.

En todos ellos, el cumplimiento de la obligación principal del adquirente a título oneroso podrá ser garantizada por condición resolutoria, como hemos visto admite la RDGRN de 16 de octubre de 1989.

Ahora bien, podría obtenerse el mismo fin a través de la imposición de un pacto de reserva de dominio en tanto no se satisfaga la obligación principal, pacto de dominio que para ser justo y equilibrado, como vimos anteriormente, debería ir complementado con una prohibición de disponer impuesta al transmitente que se reserva el dominio.

La posibilidad de pacto de reserva de dominio en el contrato atípico de permuta por obra futura es expresamente admitida por la STS de 5 de julio de 1989, a cuyo tenor «se trata de una permuta especial en la que uno de los permutantes transmite al otro —salvo pacto de reserva de dominio— la propiedad del solar edificado del que es dueño, mientras que el segundo

constructor asume la obligación de entregar a aquél locales o pisos del edificio, que se compromete a construir sobre dicho solar, calificándose de permuta de solar por obra futura o contrato atípico.

(...) Exige que se individualicen suficientemente los pisos o locales a recibir como contraprestación, que si se constituye un régimen de propiedad horizontal el dueño del solar participe en la constitución de la misma y que se contemplen los supuestos de incumplimiento defectuoso, en cuyo caso es posible la resolución vía artículo 1.504 CC y, en general, del artículo 1.124 siempre que el constructor no haya construido, en cuyo caso deberá acudir a las normas sobre la accesión industrial o invertida de nuestro artículo 361 CC, al margen de las particulares garantías que para este evento se hayan convenido (v.gr., pena pecuniaria por retraso en la entrega, etc.)».

En estos casos, como decimos, cabría pactar una reserva de dominio, lo que conllevaría una limitación institucional de la facultad de disposición al adquirente constructor, pudiendo completarse con una prohibición de disponer convencional impuesta al transmitente del solar que se ha reservado el dominio.

Lo que no admitimos —al igual que no lo admitimos respecto de la compraventa con precio aplazado— es la prohibición de disponer como cláusula autónoma —es decir, desvinculada del pacto de reserva de dominio— impuesta al adquirente, ya que entorpecería el tráfico jurídico, sin añadir nada a figuras como la estudiada de la condición resolutoria explícita o pacto de reserva de dominio.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO
Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad

A propósito de un caso de transformación temporal de acciones ordinarias en preferentes sin voto, con opción a recuperarlo (*)

I

El último sábado de febrero se reunió la Junta general de accionistas de la sociedad..., cuyo orden del día contenía un punto relativo a la *transformación* de un 20 por 100 de las acciones ordinarias, hasta ahora la única clase emitida por dicha compañía, en acciones de dividendo preferente *sin voto*, en los términos que finalmente refleja el acuerdo que a continuación se transcribe:

«Ofrecer a los señores accionistas la posibilidad de transformar sus actuales acciones nominativas, ordinarias, de 500 pesetas nominales cada una, con derecho a voto, en acciones preferentes sin voto que otorgarán derecho a un dividendo especial equivalente al 50 por 100 del que se acuerde repartir para las acciones ordinarias y que no será en ningún caso inferior a 100 pesetas. Resultará de aplicación a dichas acciones lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de Sociedades Anónimas y además gozarán de un derecho de opción a volverse a convertir en acciones con voto por quintas e iguales partes mediante sorteo al final de los años 6.º, 7.º, 8.º, 9.º y 10, a contar desde el momento en que se produzca el estampillado correspondiente a la transformación objeto de la actual oferta y a lo largo de un mes a contar de las fechas de dichos sorteos.

El número máximo de acciones objeto de la transformación ofrecida será el 20 por 100 de las actualmente emitidas, es decir, 1.472.800.

(*) Este artículo está destinado al homenaje jubilar del profesor Justino Duque

El plazo para solicitar la transformación será de un mes a contar de la fecha en que se publique el correspondiente anuncio en *BORME* y en los boletines de cotización de las Bolsas de T y Z.

Si se recibieran solicitudes de transformación en número superior al máximo previsto, se observarán las siguientes reglas:

1.^a Atribución de las acciones sin voto solicitadas con el límite de una acción sin voto por cada cinco acciones ordinarias que se posean.

2.^a Si sobrasen acciones se atribuirán en proporción a las acciones solicitadas y no atendidas según la regla 1.^a, con redondeo en su caso a la baja.

3.^a Las restantes acciones que correspondieran a fracciones no enteras se asignarán de una en una, por orden de mayor a menor número de acciones solicitadas y no atendidas, según las reglas anteriores.

La transformación se llevará a cabo mediante estampillado de las acciones actualmente en circulación y con intervención de la sociedad o sociedades de valores de Bolsa que la compañía designe, expidiéndose en favor de los titulares de las acciones transformadas los documentos acreditativos de su nueva titularidad.

Todos los gastos que se deriven de la operación serán satisfechos por la sociedad.

Las acciones sin voto a que se refiere este acuerdo constituirán una serie, denominada "sin voto serie A", e irán numeradas de la uno a la que corresponda en función del resultado de la conversión y se documentarán como las actualmente existentes.

Solicitar la admisión de las acciones sin voto en que se transformen las actuales ordinarias tras la conversión, a cotización oficial en las Bolsas de Valores de T y Z y en el sistema del mercado continuo.

Facultar a la Comisión delegada permanente del Consejo de Administración para que lleve a cabo todos los actos necesarios para la más plena ejecución del presente Acuerdo, fije las condiciones de la operación en todo lo que no se haya previsto en el presente Acuerdo y para la inscripción del mismo en los Registros competentes, pudiendo incluso alterar, por así requerirlo los citados organismos, el contenido de este acuerdo en lo que fuere preciso.

E igualmente para que otorgue todos los documentos públicos y privados que sean necesarios a la más plena efectividad del presente acuerdo, así como para que, a propia determinación, pueda dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativo al capital social, determinado el número de acciones ordinarias y el número de acciones sin derecho a voto que compongan el mismo tras la conversión realizada».

Junto a este acuerdo llamativo, la Junta adoptó otros varios, entre los que se incluyen reformas de los estatutos sociales, una de las cuales (cuya admisión o rechazo por las instancias que deben prestar el visto bueno a esas modificaciones estatutarias desconocemos) resulta aún más original, pues previene que todas las acciones sin voto deberán ser tratadas en una OPA, en idénticos términos que las acciones revestidas de esa facultad que ahora trata de amputarse a una parte de las ordinarias.

II

El tema de la admisibilidad o rechazo de la fórmula accionarial diseñada en este acuerdo exige tener claro desde el primer momento que bajo la misma cifra de capital social existente con anterioridad se pretende ahora una reestructuración de las posiciones de socio acordada en una Junta constituida de conformidad con el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas y dirigida a producir una supresión del derecho de voto respecto de un 20 por 100 de las acciones integrantes de dicho capital a cambio de la concesión a esas mismas acciones de un dividendo preferente, sin que del acuerdo se desprenda voluntad de los socios de alterar en lo demás el contenido de derechos que venían disfrutando previamente las acciones ordinarias. No obstante la apariencia formalmente irreprochable de este acuerdo mayoritario, se suscitan numerosos problemas en relación a la suficiencia formal de la decisión de la Junta y su compatibilidad en el fondo con los principios inspiradores de la sociedad anónima.

Las cuestiones principales que esta situación plantea podrían resumirse provisionalmente en los puntos siguientes:

1.º Si con independencia de su método de creación las acciones llamadas «sin voto serie A» son verdaderas acciones sin voto o se trata más bien de una figura distinta y, en concreto, si se trata de acciones en sentido estricto o son títulos de participación de otro carácter (cuestión de calificación).

2.º Si los principios inspiradores de la sociedad anónima en nuestro Derecho permiten la libre creación de acciones sólo temporalmente desprovistas del voto u otras modalidades de acciones que configuran dicha facultad en forma distinta a la legalmente contemplada por el ordenamiento (cuestión de tipicidad).

3.º Si es cierto o no que tras la conversión de una parte de las anteriores acciones comunes en acciones preferentes sin voto se mantiene inalterada la posición jurídica que previamente disfrutaban las acciones ordinarias (cuestión de caracterización de las respectivas categorías).

4.º Si en esas circunstancias la división de las primitivas acciones

comunes en dos categorías diferentes con respecto al ejercicio del voto y a la percepción de dividendos se satisface o no mediante un solo acuerdo mayoritario (cuestión de perjuicio y votación separada).

5.º Si es posible dar nacimiento a una categoría de acciones desprovistas (de manera definitiva o transitoria) del derecho de voto por vía de simple transformación de otras ordinarias preexistentes (cuestión sobre la equivalencia del método de creación de las acciones sin voto).

III

1. Según es sabido, en nuestro Derecho la calificación de los actos y negocios jurídicos se determina preferentemente por su causa, entendida usualmente como la función económico-social típica que con carácter general cumple en todos los casos la figura jurídica de que se trate dentro de la vida real. Y es bien sabido igualmente que en el sentir de la doctrina que ha mostrado mayor sensibilidad para estos temas esa causa típica no debe aislarse del propósito práctico que anima a los particulares a celebrar tales actos o negocios en cada caso singular, determinando en consecuencia la necesidad de integrar a aquella finalidad abstracta (comprar, prestar, asociarse, etc.) con *la intención concreta* que en cada supuesto mueve la voluntad de quienes participan en el acto o negocio (criterio prioritario de interpretación de los contratos a tenor del art. 1.281 CC), lo que exige, en definitiva, la disposición del intérprete a reconocer en todos esos supuestos una cierta *relevancia causal* a los motivos, tal como de modo muy convincente patrocina la doctrina civilista ahora recordada (DE CASTRO, MORALES MORENO).

a) Situado el tema en estos términos, se puede aceptar que la función económica general que en todos los casos explica el uso de las acciones sin voto ofrece un doble carácter o fisonomía, ya que esas acciones vienen a institucionalizar, de un lado, el fenómeno del absentismo de los accionistas, facilitando al propio tiempo el financiamiento público de la sociedad mediante la recolección de un capital de riesgo que nutrirá sus recursos propios y cuya devolución se aplaza hasta la fase de liquidación, no siendo en consecuencia lícito el reembolso de tales acciones (como de cualquier otra) hasta tanto no se hayan satisfecho completamente los derechos de los acreedores mediante restitución de los llamados recursos ajenos.

Pero admitir que las acciones sin voto pueden satisfacer contemporáneamente esa doble finalidad es algo muy distinto a reconocer la licitud del uso independiente de esas dos funciones como si se tratara de piezas aisladas que pueden funcionar jurídicamente de forma autónoma, resultando por

tanto admisibles la una sin la otra. En este sentido, la configuración de tales acciones como un producto que puede servir alternativamente y de manera separada, a conveniencia de la sociedad, para fines de obtención de capital de riesgo o simplemente para reforzar el control que los administradores de la compañía (o, en su caso, los accionistas dominantes) venían disfrutando en la sociedad no es, ni mucho menos, tan nítida como pudiera sugerir la lectura de algunas opiniones doctrinales que, sin mayor profundización en las repercusiones prácticas de ese fenómeno, pudieran alegarse como pieza de justificación de la admisibilidad de la figura. No lo es, sencillamente, porque a causa de la prohibición de emitir acciones carentes de cobertura patrimonial, que hoy sanciona el artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas, resulta imposible desde un punto de vista jurídico crear acciones sin voto, a menos que su importe nutra contemporáneamente la cifra del capital. No se nos oculta, como es obvio, que las ahora analizadas poseen esa cobertura anticipadamente; pero se nos reconocerá que no existiendo en la operación comentada ningún propósito de obtener financiación, aquella función conjunta de las acciones sin voto resulta ostensiblemente dissociada mediante un uso alternativo del Derecho, cuya justificación nos parece más que discutible en tanto no se despeje una interrogante previa que ni el acuerdo referido ni aquellas posiciones doctrinales abordan suficientemente, a saber: si el reforzamiento del control de una sociedad, entendido como objeto *a se*, constituye un interés jurídico protegido por la Ley de Sociedades Anónimas. Y en este punto, aunque se puede aceptar que la consagración positiva de las acciones sin voto favorece en mayor grado el reconocimiento de tal propósito práctico, no es menos cierto que dicha orientación aparece supeditada a la exigencia institucional de facilitar la financiación de la sociedad, porque cuando tal exigencia general no concurre el principio general que cabe deducir de la Ley mencionada es justamente el opuesto, a saber: el legislador no sólo no considera el reforzamiento del control social como interés jurídicamente protegible en sí mismo, sino que rechaza claramente esa protección cuando autoriza a limitar el número máximo de votos que pueden expresar un solo socio o los pertenecientes al mismo grupo (art. 105). Si esta prevención frente a un control excesivo rige incluso respecto de acciones provistas de la facultad de votar y con cobertura patrimonial igualmente indiscutida, y dicho dato añadimos que éste es —por lo demás— el único caso en que la Ley permite romper la ecuación entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto (argumento *ex art. 50.2 LSA*), creemos que también se comprenderá mejor hasta qué punto el reforzamiento de dicho control, al margen de los supuestos inequívocamente institucionalizados por el legislador, no es nunca un interés que nuestro Ordenamiento considere protegible por sí mismo; y en consecuencia, el uso del artículo 105 para esos fines (del que tan abundantes ejemplos

ofrece la práctica española) debería impedir —dicho sea siquiera de pasada— la inscripción de aquellas cláusulas estatutarias en las que por la composición y estructura del accionariado de la sociedad de que se trate resulte manifiesto que la limitación del voto se establece para un fin contrario al perseguido por la Ley.

b) A nuestro juicio, las consideraciones anteriores son suficientes para entender el silencio que sobre este punto central guarda tanto el acuerdo comentado como el entendimiento que de esos temas manifiestan algunos ambientes profesionales. Pues en todos los casos en que las sociedades no precisan nuevos recursos financieros es bastante lógico conjeturar que las modificaciones de este estilo que pretendan llevarse a cabo sobre previas acciones ordinarias se explican de modo preferente (para no decir exclusivo) desde aquellas motivaciones orientadas al reforzamiento del control; lo entendemos así por más que abriguemos alguna duda (que no es del caso recordar) sobre la utilidad de una estrategia que, a nuestro parecer, bien puede suceder que se vuelva contra quienes la diseñaron. Pero dejando a un lado cuestiones de estricta apariencia personal, atendiendo una vez más y solamente a la intención de quienes van a ser parte en esos *negocios novatorios* que ahora intentamos calificar y tomando en consideración, en fin, el sentido de la causa tal como la misma se regula en el Código Civil (art. 1.274), es manifiesto que el juego de las contraprestaciones, de las promesas expresadas y los valores entendidos que presiden el diseño de este tipo de modificaciones jurídicas dirigidas a cambiar el régimen de las antiguas acciones ordinarias debe analizarse con especialísima prudencia; porque, como sucede en el caso que comentamos, sus consecuencias prácticas no llegan a percibirse a primera vista en la medida en que los acuerdos se nos muestran en apariencia notoriamente equilibrados. Lo que sucede es que las apariencias pueden ser engañosas, sin olvidar que la modificación del estatuto jurídico de las acciones de una anónima no es un asunto de carácter bilateral, sino que implica el cambio de un organismo plurilateral, abierto en consecuencia a la entrada de otras personas, y de modo muy especial cuando —como sucede en las sociedades cotizadas— las acciones en cuestión forman parte de un mercado impersonal y público. Por lo demás, aunque ahora dejemos igualmente de lado esa consideración (en la medida de que si la transformación fuera legítima por Ley común la interrogante a despejar sería únicamente la de su compatibilidad con la disciplina del mercado de valores) al considerar, siquiera como hipótesis de trabajo, que la ablación temporal del voto a unas acciones que antes lo tenían es un puro tema sinalagmático perteneciente a la vida social interna y al ámbito de las relaciones socio-sociedad, todavía nos quedaría por mencionar un aspecto de la transformación apuntada que contradice la esencia general de la causa como requisito del contrato, entendida ahora al

modo más empírico de la correspondencia o justificación del negocio. Porque siendo manifiesto que todo contrato supone la renuncia a ciertas cosas para conseguir otras y que cualquier negocio representa un programa de derechos y obligaciones que trata de compensar las ventajas con los riesgos, bien puede decirse —en el plano estrictamente bilateral antes comentado— que la modificación a realizar en un 20 por 100 de las acciones ordinarias carece en el caso planteado —y para decirlo a la manera anglosajona— de suficiente *consideration*. Lo entendemos de ese modo porque aun cuando en apariencia (luego veremos si efectivamente las cosas son así) cada parte obtiene en ese cambio de régimen sus propias *ventajas*, los riesgos de la operación más bien brillan por su ausencia en ambos lados de una relación jurídica que, bien miradas las cosas, no es tanto la relación socio-sociedad cuanto la muy distinta que se establece o media entre los administradores de esta última (cuya posición no se nos negará mantiene algún componente de fiducia como «representante leal», ex art. 127 de la Ley) y la mesa de accionistas desinteresados de la gestión.

Vista la cuestión desde este ángulo, parece que el socio que transforme (en todo o en parte) sus títulos anteriores en acciones sin voto va a percibir por una sola e idéntica aportación social (ya realizada con anterioridad y que en otro tiempo no se retribuía tan generosamente) un dividendo sensiblemente mayor, sin el riesgo de abdicar definitivamente de aquel componente político de la acción y con la garantía suplementaria de que si *medio tempore* existiera una OPA sobre la sociedad, cobrará por sus títulos el mismo dinero que se pague a los accionistas con voto; naturalmente suponiendo —cosa que nosotros no compartimos— que la cláusula al respecto prevenida en los estatutos reformados resultara oponible a los terceros tras su inscripción en el Registro Mercantil. Y si ese cambio de régimen lo miramos después desde el lado de los actuales ejercientes del control, bien puede decirse que tras la modificación aludida no sólo resultarán únicamente ventajas para ellos, sino que respecto de esos detentadores del control, más allá de las apariencias, se puede asegurar rotundamente que esa mejor posición la alcanzan sin riesgo ninguno: no sólo por la influencia de aquella cláusula estatutaria para desalentar penetraciones hostiles de terceros, sino porque la esperanza de mejora del dividendo que sugiere la modificación que se propone a los socios (como luego veremos, esperanza discutible), sumada a la de una próxima recuperación del voto contribuirán a limar posibles descontentos o la sensación de agravio comparativo entre los accionistas (que después se mencionarán al hablar del perjuicio de la categoría), permitiendo entre tanto disponer de mayor poder con el mismo número de votos; todo ello sin otro riesgo, en principio, que el retorno a la posición de partida cuando pocos años después las acciones en cuestión recuperen la

facultad de votar temporalmente perdida. Pero para ese momento es posible que estén ya suficientemente conjurados algunos intentos hostiles de entradas no queridas y ahora preocupantes; y es manifiesto, en cualquier caso, que se ha ganado un margen de tiempo (entre seis y diez años) para mejorar pausadamente y sin amenazas la antigua situación de control. Así pues, y desde cualquier punto de vista que se mire, tal es la finalidad más ostensible de la transformación que se pretende; finalidad que desprovista —según se ha dicho— de cualquier propósito de reforzamiento financiero de la sociedad, bien puede resumirse en un intento más que discutible de incrementar la ya bien nutrida panoplia de «blindaje societario» de la compañía en cuestión. Pero este propósito, que ahora pretende ponerse en práctica sin asumir contemporáneamente el coste económico necesario para robustecer ese control por la vía más natural y legítima que la Ley abre para todos los posibles interesados en él (esto es, aumentando a su costa la participación accionarial que disfrutaban en la compañía), resulta una práctica difícil de cohonestar con los principios inspiradores de los mencionados artículos 50 y 105 de la Ley de Sociedades Anónimas; y por su mediación, nos parece también escasamente compatible con los del Código Civil, empezando por el que proclama que la causa del negocio ha de existir y debe ser lícita (art. 1.275). Si las aportaciones sociales ya existentes podrían haberse retribuido mejor —según se deduce del incremento del dividendo que se propone— y la sociedad ha de establecerse *en interés común* de los socios —según exige rotundamente el artículo 1.666 de dicho texto legal—, habrá que preguntarse además por qué razón, en cumplimiento de esa perspectiva causalista, no se ha incrementado antes el dividendo. De momento dejaremos solamente planteada la cuestión, a reserva de lo que sobre este punto diremos en otro apartado.

c) Una vez identificado el sentido de la operación desde el criterio interpretativo que se desprende de la intención común de los intervinientes y analizada su más que discutible compatibilidad con las exigencias esenciales de la causa del negocio jurídico cualquiera que sea la manera que esta causa se mire (esto es, tanto en la significación objetiva o subjetiva que acostumbra a barajar el *Civil law* como desde la concepción más empirista anglosajona bajo la que el *Common law* entiende la llamada *consideration*), parece que estamos en mejores condiciones de determinar cuál puede ser la verdadera naturaleza de un negocio que, según hemos anticipado, presenta de entrada evidente *carácter novatorio*. Naturalmente, el concreto alcance de esa novación será mayor o menor, dependiendo de que las acciones a las que se priva temporalmente del voto mantengan la condición de tales (es decir, sigan atribuyendo la cualidad de socio) o que la modificación que tal pérdida supone transforme lo que antes eran inequívocamente títulos de participación social en un instrumento de inversión más próximo a las obligaciones.

Hacemos esta última consideración porque, como de todos es sabido, nuestra Ley reconoce hoy ciertos valores intermedios, y de modo especial las denominadas obligaciones convertibles y las indicadas (por lo demás fenómenos acumulables entre sí), que al margen de finuras técnico-jurídicas no se diferencian demasiado, desde un punto de vista económico, del instrumento financiero que ahora pretende configurar la sociedad adoptante del acuerdo que motiva estas reflexiones. A nadie se le ocultarán, por otro lado, las ventajas que habría tenido diseñar un instrumento convertible de este tipo, porque a pesar de no disfrutar esas obligaciones de voto hasta que se convierten, su consideración como título potencial de participación social ha determinado que el legislador imponga su condición de destinatario nato de una OPA, cosa que, por cierto, no sucede con las acciones sin voto en ninguna de sus formas, para las que pretende inventarse ahora ese carácter que la Ley no les concede mediante una reforma *contre legem* de los estatutos sociales (argumento *ex art.* 1 RD de 26 julio 1991 que regula la materia); y por lo demás, como todo el mundo sabe, las obligaciones convertibles gozan también y al mismo tiempo de otros derechos típicos de la condición de socio, como puede ser el de suscripción preferente, en la medida que desde su emisión queda predeterminado un capital aumentado para darles cobertura. Ciertamente es, desde luego, que carecen esas obligaciones convertibles de otros derechos no menos significativos del socio (poder de convocatoria y asistencia a las Juntas, derecho de información, representación proporcional, etc.), pero no creemos que sea esa ausencia de prerrogativas de control lo que explica que la administración de la sociedad, tratando de reforzar el suyo, haya sido tan escrupulosa en este caso con unos derechos del accionista que, a la postre, resultan facultades más bien instrumentales respecto de un voto cuya supresión temporal —asunto mucho más importante desde la perspectiva del control— se asume decididamente. A nuestro parecer, si la novación pretendida no ha seguido el camino de transformar un 20 por 100 de las acciones ordinarias en obligaciones convertibles, se debe sencillamente a dos razones: la primera, porque una alteración de ese carácter tiene muy poca «presentación», ya que por escasa que sea la disposición de un accionariado disperso a colaborar en la vida social no le faltará —tratándose de una sociedad independiente de carácter local y mucho arraigo en plaza— una cierta *affectio societatis*, así como también una clara percepción popular, muy presente en este tipo de inversores, de que no es lo mismo ser obligacionista que socio o condeño de la empresa; y en segundo lugar, es manifiesto también que aquella transformación habría obligado a acordar una reducción del capital intermedia, abriendo cauce de ese modo a un derecho de oposición de los acreedores sociales que en el sector económico en que aquella compañía se mueve son eventualidades que nunca se han visto con buenos ojos.

Así pues, damos por descontado que con la transformación de referencia no se trata de privar a nadie, ni siquiera parcialmente, de la condición de accionista y que, por tanto, lo que se pretende *no es una novación extintiva*, sino otra alteración más débil de carácter simplemente modificativo, por más que afecte a un asunto tan importante como la pertenencia a una u otra categoría de acciones. Y esto pasa efectivamente por el mantenimiento de la naturaleza accionarial de la participación social que ahora trata de reestructurarse. Que el título resultante sean acciones sin voto típicas o atípicas y que en función de su respectivo carácter resulten finalmente admisibles o no dentro de las posibles categorías de acciones que permite nuestro Ordenamiento «es otra historia» —como se dice en el lenguaje coloquial—, cuya adecuada valoración hace necesario situar parcialmente el enfoque del tema en un diferente plano de tratamiento.

2. Cualquier observador desapasionado que sin mayor reflexión se acerque a la lectura del Acuerdo de la Junta general recogido en los antecedentes, se formulará seguramente ciertas interrogantes mentales similares a las siguientes: ¿No es cierto, como regla general (y según nosotros mismos hemos expuesto anteriormente), que el voto es un derecho consustancial a la cualidad de accionista? Porque de ser así resulta obvio que frente a una categoría de acciones desprovistas para siempre de esa facultad —cosa que inequívocamente reconocen los arts. 90 y sigs. de nuestra Ley— resultan de mejor condición aquellas otras acciones sin voto que incorporan una opción a recuperarlo y que se configurarían, por tanto, como acciones destinadas a retornar naturalmente a la expresión más genuina de la condición de socio. En segundo lugar, ¿existe alguna norma que prohíba dar nacimiento a este segundo tipo de acciones? Y por último, supuesto que la Ley regula la figura de las obligaciones convertibles que no disfrutando inicialmente la referida facultad acceden al voto cuando, como sucede en este caso, se ejercita la opción incorporada al título, ¿qué inconveniente puede haber entonces para aceptar como admisible en Derecho un instrumento análogo?

a) Tratando de dar respuesta a tales interrogantes, podemos empezar perfectamente por la planteada en último lugar, ya que nos permite proseguir sin solución de continuidad el hilo del discurso antes interrumpido sólo provisionalmente, al tiempo que nos da ocasión de precisar un poco más el tema de la naturaleza y calificación de los respectivos instrumentos. Porque de lo que ya llevamos dicho y de lo que inmediatamente se apuntará resulta manifiesto que la comparación entre una acción sin voto y una obligación convertible, seguramente válida a ciertos efectos, desemboca sin embargo en un *falso argumento de analogía* cuando por el afán de propiciar una

transposición indiscriminada de posibles equivalencias económicas a terreno jurídico se prolonga la validez de aquella similitud a planos de valoración que derechamente niega el ordenamiento. Es seguro, en efecto, que para disponer de instrumentos transitorios sin voto, pero capaces de llegar a tenerlo al cabo de cierto tiempo, tanto monta emitir convertibles como acciones sin voto; y es claro también que unas y otras conferirán además el derecho de suscripción preferente. Pero aquí acaba la simetría entre ambos instrumentos, que ya *no son análogos* en los que toca a su configuración como valores aptos para formar parte del capital social ni en su tratamiento en una OPA ni, por supuesto, con respecto al disfrute de otros derechos del socio. Lo que sucede es que las verdades a medias y las analogías parciales son muy útiles para asentar la validez de lo que un sector de la doctrina denomina, a partir sobre todo de ASCARELLI, el *negocio indirecto*, modalidad negocial que nuestros tratadistas miran con alguna reserva mayor desde la aportación de DE CASTRO, sobre todo ante el temor de que procurando alcanzar por otra vía lo que tiene un camino propio y perfectamente transitable mediante el recurso a la institución positiva que para esa concreta función dispone el Ordenamiento, el uso a esa vía alternativa pueda encubrir un fraude de la Ley. Ciertamente, no intentamos nosotros avanzar ahora incondicionalmente en esa dirección, pero se nos aceptará —cuando menos— que para la función práctica que pretendía la sociedad de referencia al configurar tan originales acciones sin voto la decisión de transformar antiguas acciones ordinarias en obligaciones convertibles con plazos de conversión coincidentes con las fechas previstas para optar a la recuperación del voto habría sido una solución institucional irrepachable si no fuera porque de esa alternativa —una vez más— sólo interesaban las ventajas, pero no han querido asumirse los inconvenientes.

b) Las consideraciones anteriores ya permiten avanzar algunas dudas sobre la admisibilidad de esta modalidad de acciones con opción a recuperar el voto en nuestro Derecho. Es cierto que ningún texto de la Ley de Sociedades Anónimas prohíbe (*rectius* expresamente) su existencia. Pero como diría el clásico, *verba legis non sunt lex*, sino que Ley es únicamente *quod principia demostrant*. En este sentido, el argumento de que todo lo que no esté expresamente prohibido resulta legalmente permitido, es seguramente incorrecto y manifiesta un cierto contenido retórico que siendo algo bastante consustancial con el *legal reasoning* sólo es legítimo en la medida que oriente derechamente en la búsqueda de aquellos principios inspiradores de la institución y siempre naturalmente que no incluya otras desviaciones sofisticadas. Porque con el mismo estilo retórico de pensamiento jurídico podríamos preguntar nosotros (para intentar apoyar la posición contraria a la ahora criticada) si a falta de prohibición expresa pueden crearse infinitas categorías de acciones, entre ellas diferentes acciones sin voto o con voto

de quita y pon, en las que la modulación de dicha facultad se acomode al más absoluto capricho o, si se prefiere, a la conveniencia fugaz o transitoria de la sociedad emisora; categorías de acciones que, puestos a proseguir con interrogantes incómodas, preguntaríamos todavía si pueden estar compuestas cada una de un solo título (cosa que tampoco la Ley prohíbe) o que predeterminan un sistema de voto a plazos en que dicha facultad se va disfrutando y perdiendo en tantas ocasiones cuantas permita el resultado de dividir la duración efectiva de la sociedad por los periodos de pérdida y recuperación previstos de antemano; etc. Probablemente no tiene demasiado sentido prolongar este ejercicio hipotético que seguramente confunde más que aclara la cuestión planteada y que nos recuerda aquella frase de un conocido historiador francés cuando decía que puede ser muy instructivo hacerse preguntas, pero que a veces es muy difícil contestarlas.

Lo que sucede es que el Derecho ha de dar respuesta a las preguntas y debe tratar además de evitar aquellos planteamientos desequilibrados que entorpecen el correcto planteamiento de un problema. A tales fines, dicho tratamiento no puede ser otro que aquel desde el cual resulta posible identificar los principios generales y criterios de valoración que presiden la regulación positiva de cada institución. Y en este punto nos parece a nosotros bastante claro que desaparecida la vieja categoría de la *societas unius negotii* y transformando el contrato de sociedad en una institución de naturaleza *duradera*, la definición de cualquier categoría de acciones debe presentar de antemano ciertos rasgos de permanencia y estar potencialmente destinada a perdurar lo que dure la vida de la propia sociedad. Nos parece que esto es así al menos en nuestro Derecho, donde la previsión de una categoría de acciones *ad tempus* (como las llamadas «acciones rescatables» que lucían en el Anteproyecto que precedió al texto definitivo de la Ley vigente) no logró alcanzar finalmente carta de naturaleza al publicarse el Texto Refundido de la nueva Ley. Este elemento de hermenéutica jurídica no sólo tiene el valor de un precedente negativo en perspectiva histórica, sino que aporta además un criterio de interpretación lógica actual en el sentido de que, pudiendo llegar a crearse nuevas clases de acciones tantas veces como lo haga necesario la vida de la sociedad, tales categorías accionariales deben *en principio* estar destinadas a pervivir —según anticipábamos— el tiempo que alcance la vida de la sociedad; porque entre nosotros —mientras no se nos demuestre indubitadamente lo contrario— la condición de accionista, aun en la diferente configuración que a dicha cualidad confieran las diversas categorías de acciones, no se concibe como un conjunto de atributos de quita y pon, determinante de *status* jurídicos puramente transitorios. Puede haber ordenamientos, como sucede en el inglés, en que esa condición esté destinada a ser más corta que la vida de la sociedad; y sociedades hay con necesidades decrecientes de capital para la que tiene

algún sentido prevenir desde la fundación una amortización anticipada de puestos de socio. Pero como se comprenderá, se trata en ambos casos de una situación algo distinta de la ahora considerada, una situación que también resulta difícil de admitir en nuestro Derecho y en la que —en fin— la condición de socio se pierde íntegramente sin modificación parcial u ocasional de sus primitivos atributos. Por eso nos parece más digno recordar, como testimonio directo de los interesados acrecienta nuestras dudas sobre admisibilidad de la figura que proponen, que en el extenso *dossier* que se nos ha sido aportado sobre la práctica de las acciones sin voto en los distintos Ordenamientos europeos y norteamericanos no se haya recogido ninguna experiencia de *acciones sin voto reversibles*, para no seguir hablando ahora de acciones con votos de quita y pon o de votos *interrumpidos*, como en nuestro caso.

c) Desde esta perspectiva cobra un nuevo sentido la validez de aquella argumentación de ver en la opción para recuperar el voto que disfrutaban las acciones transformadas de la sociedad en cuestión un factor favorable a su admisibilidad, en la medida que garantizarían un pronto retorno de los títulos ahora novados a la posición ordinaria de accionista. Tal estimación contradice desde luego la idea de la permanencia de los rasgos definidores de la categoría a que antes aludíamos como criterio general de ordenación, aspecto que aún se comprueba mucho mejor si se tiene presente que funcionando nuestra sociedad desde hace muchos años con sólo acciones ordinarias y recuperado ese mismo carácter posiblemente por todas o la mayoría de las transformadas entre seis y diez años después de su novación, las llamadas «acciones sin voto serie A» resultan ser, por cierto, un paréntesis absolutamente efímero en la vida de una sociedad que fue constituida en 1889. Llamamos la atención, por lo demás, sobre la rotulación que pretende darse a esas acciones (serie A) por cuanto parece sugerir la próxima aparición de otras series más típicas (y seguramente también más duraderas) que hacen planear todavía mayores dudas sobre el encuadramiento de unas y otras dentro de la misma categoría y permiten dudar más radicalmente de la consideración de las primeras como verdaderas acciones sin voto, es decir, como una modalidad de las mismas simplemente atípica pero no prohibida. A nuestro juicio, los argumentos en contra de esa calificación suben de punto cuando se advierte que tales acciones no sólo son atípicas, sino que sobre todo *no son acciones sin voto*. Empíricamente podrá decirse que tales acciones carecen de voto *actual*, pero no será fácil aceptar jurídicamente que no tienen derecho de voto en absoluto, ya que ostentan de antemano un derecho adquirido de carácter potestativo a poder disfrutarlo por la sola voluntad de su titular, que además se configura a término fijo y predeterminado (*certus an y certus quando*). Y ese atractivo o «caramelo» que la llamada «ingeniería financiera» pone a este intento de transformación

de acciones ordinarias en acciones sin voto traiciona rotundamente aquella calificación de acción sin voto, evidenciando que tales instrumentos, después de haberlo tenido disponen todavía de un derecho de voto en formación, generador de expectativas jurídicas muy precisas, cuya protección —por cierto— la sociedad no ha diseñado con el mismo cuidado; seguramente porque no pretende frustrarlas y piensa dar curso a la opción con la máxima buena fe una vez resuelto el problema que ahora le preocupa. Pero no es dudoso que esa característica separa directamente las acciones en cuestión de aquellas otras acciones sin voto en las que están pensando la Ley, en las cuales la recuperación de dicha facultad (*incertus an e incertus quando*), lejos de ser un derecho potestativo del socio individual se configura como un *mecanismo de garantía* de carácter colectivo y propio de la categoría en su conjunto, que funcionará para todos sus componentes al mismo tiempo y siempre de igual manera en caso de frustración de la preferencia sobre las ganancias que dicha categoría tenga reconocida.

Al llegar a este punto se comprueba también mucho mejor en qué medida lo que los interesados tratan de presentar ahora como un simple fenómeno de atipicidad admisible esconde en realidad una decisiva alteración de los factores de equilibrio sobre los que el legislador ha construido la coexistencia de las acciones sin voto con respecto a las ordinarias. Las ordinarias son tales en la medida que disfrutan de una facultad que nunca tendrán aquéllas, que, por su parte, compensan la pérdida del voto con mayor derecho sobre las ganancias y el privilegio de no soportar las pérdidas en los términos previstos en el artículo 91 de la Ley. Tal es el *standard* de privilegios y postergaciones correlativas que definen el marco de diferencias admisibles entre ambas categorías. Pero cuando nos encontramos con unas acciones que van a disponer de voto en breve espacio de tiempo, que mientras tanto pueden llegar a recuperarlo *ex lege* si no se satisface la preferencia y que van a disfrutarlo en cualquier caso, incluso cuando dicha preferencia se respetó religiosamente y aunque otros accionistas hayan tenido que sufrir mientras tanto en solitario la amortización de sus títulos por reducciones de capital acordadas *medio tempore*, llegaremos muy sencillamente a la conclusión de que, sumada la posibilidad de recuperación automática del voto *ex lege* (función de garantía) con la recuperación prevista *ex voluntate* (derecho de opción o potestativo), las presuntamente atípicas acciones sin voto serie A de la sociedad de marras esconden en realidad un superprivilegio que rompe el balance jurídicamente aceptable entre ambas categorías, transformando durante ese mismo período de tiempo las mal llamadas acciones ordinarias en *acciones auténticamente postergadas*.

d) La ilicitud de esta postergación no alcanzamos a verla desde la contemplación de los principios inspiradores de la sociedad anónima que

marcan los límites inmanentes al juego de la autonomía privada en este tipo social por dictado expreso del artículo 10 de su Ley reguladora; y tratándose además en nuestro caso de una novación de un contrato de masa en el que el accionariado disperso en Bolsa puede adherirse o no a la transformación pretendida, pero nunca contribuir a conformar el contenido del negocio por su autónoma voluntad, deberemos concluir que si aquellos principios inspiradores de la sociedad anónima no existieran (y en lugar de ser la regulación de este tipo social un régimen de *disposiciones normativas* fuera un marco legal dispositivo) habría que llegar también a idéntica conclusión negativa por aplicación de las reglas de la *buena fe y justo equilibrio* de las prestaciones que para el control del contenido de los negocios de adhesión previene el asimismo artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Hacemos esta última afirmación porque siendo conscientes de que los Ordenamientos más evolucionados excluyen del ámbito de aplicación de la legislación sobre el control de las condiciones generales el referente a los negocios incluidos en el contrato de sociedad (v.gr., en Alemania), entendemos que esa exclusión tiene que ver con la idea de quien invierte la riqueza no puede ser económicamente un consumidor y, sobre todo, porque la regulación societaria aporta mediante aquellas disposiciones normativas sus propios límites inmanentes frente a condiciones impropias o abusivas. Pero allí donde esos límites no existen, vuelven naturalmente por sus fueros las normas generales sobre protección de la llamada «parte más débil» (que en el caso de las sociedades cotizadas no es otra cosa que el público inversor ajeno a las instancias de control que predeterminan el contenido de los acuerdos, luego vinculantes para un accionariado disperso), de modo muy especial si —como sucede en nuestro Derecho— la Ley general no excluye de su ámbito de aplicación aquellos negocios jurídicos propios de las relaciones intrasocietarias.

Pero al margen de esa posible aplicación supletoria de otras disciplinas de Derecho común, el excedente de privilegio que acompaña a estas acciones sin voto *ad tempus*, frente al régimen típico de las acciones sin voto en sentido estricto, debe enjuiciarse con la máxima prevención porque, aparte de introducir el fantasma de posibles fenómenos de desigualdad entre las distintas categorías de acciones sin voto (fenómenos difíciles de sopesar de antemano), ni uno solo de los textos de la Ley de Sociedades Anónimas da pie para considerar conforme a la estructura del tipo social que entre las acciones comunes u ordinarias y las acciones sin voto *secundum legem* sea posible la articulación de un *tertius genus* que funciona *preter legem*, es decir, primero como acción ordinaria, después como acción sin voto y que, tras recuperar éste, vuelve finalmente a convertirse en acción común. Tal reversibilidad de la posición jurídica de esas acciones no parece incompa-

tible con el modelo típico positivamente sancionado por el legislador porque traiciona el régimen legal que preside el estatuto jurídico de cada una de las dos categorías mencionadas. Realmente lo que aquí existe es sólo una suspensión temporal del voto, suspensión que para las ordinarias la Ley sólo autoriza en caso de demora en el pago de dividendos pasivos como compensación al incumplimiento de deber de aportación (art. 44). Y la recuperación de dicha facultad traicionan también el estatuto de las acciones sin voto por la sencilla razón de que en esas acciones tal repercusión del voto es un fenómeno jurídico que la Ley contempla y regula de una determinada manera, concretamente también como compensación al incumplimiento, en este caso por parte de la sociedad, de su deber de satisfacer el dividendo preferente mínimo. Por eso decíamos que el diseño legal para regular la recuperación del voto se configura como una suerte de *cláusula de garantía*, que no como un superprivilegio que por la autonomía de la voluntad permita superponer a una preferencia ya adecuadamente satisfecha la sobrecompensación de retornar a la condición ordinaria. En realidad, no se sabe bien si las acciones en cuestión son una mezcla de acciones sin voto y sin él o derechamente ninguna de las dos cosas; y como quiera que el artículo 50 de la Ley no autoriza a romper la ecuación entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto salvo en las concretas manifestaciones que ella misma regula (arts. 90 y sigs., por un lado, y 105, por otro), parece bastante claro que los principios que inspiran la regulación de este tipo social no tratan de fomentar híbridos de acciones con voto y sin él ni tampoco, como regla general, la atipicidad con respecto a la disciplina del voto.

3. De lo dicho anteriormente no sólo se deduce que en las acciones sin voto *ad tempus* concurren algunos elementos que, más allá de la simple atipicidad, presentan perfiles *contra legem*. Además de ello no es exacto en absoluto que tras la transformación se mantengan inalteradas la posición jurídica común que disfrutaban las ordinarias, cosa que —por otro lado— es bastante normal cuando vienen a multiplicarse las categorías de acciones que con intereses contrapuestos conviven en la sociedad. Para apreciar las consecuencias que esa transformación introduce en la posición jurídica de las primitivas acciones ordinarias nada mejor que repasar el contenido de derechos de las respectivas categorías, haciendo hincapié, sobre todo, en los singulares privilegios que van a recibir las transformadas.

a) Tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas el año 1989, ninguno de los socios ordinarios puede pretender un derecho adquirido a que la sociedad se abstenga de crear acciones privilegiadas sin voto. Pero seguramente le asiste cuando menos lo que podríamos llamar un efecto reflejo del Ordenamiento jurídico en el sentido de que tales acciones sin

voto se ajusten al marco de la Ley y no se configuren de manera injustificadamente lesiva para sus intereses. Hacemos esta última afirmación porque ya queda dicho que en el caso de las acciones sin voto *ad tempus* que ahora trata de articular la sociedad, bien analizada la correlación o balance entre las primitivas acciones ordinarias y las preferentes con voto meramente suspendido, se observa que las últimas aparecen adornadas de un *superprivilegio* que no acompaña a las acciones sin voto en sentido estricto (o acciones sin voto para siempre), tal como positivamente vienen contempladas en los artículos 90 y siguientes de la Ley. Podríamos añadir a este respecto que si el rasgo distintivo de una categoría es —según se ha dicho expresivamente por la doctrina— «aquel *quid* de más o menos o de diverso que diferencia a una clase respecto de otra u otras» (MIGNOLI), bien podemos concluir que en el caso de las diferentes acciones de nuestra sociedad las llamadas acciones ordinarias serían conjuntamente preferentes (por el voto) y postergadas (por el dividendo y el régimen de la reducción por pérdidas) respecto de las acciones sin voto en sentido estricto; postergación que sube de punto respecto de aquellas otras que sólo carecen de voto de manera transitoria, ya que al cabo de poco tiempo, sin haber sufrido eventuales reducciones por pérdidas y habiendo percibido en todos los casos los dividendos en cuantía superior —y en los supuestos normales hasta de doble carácter (ordinario y preferente)— volverán además a disfrutar el voto, lo que constituye una suerte de ventaja añadida —naturalmente no indefinida, pero a la postre, y según veremos, tampoco la única— en la que estriba precisamente aquel *quid* de más y de diverso que caracteriza su estatuto jurídico tanto frente a las ordinarias como a las preferentes sin voto en sentido estricto.

b) Junto a este posible excedente de privilegio ofrecen las acciones sin voto *ad tempus* ahora consideradas algunos más. El primero de ellos —asimismo muy evidente— consiste en ser valoradas como si lo tuvieran en ocasión de una OPA por aplicación del artículo correspondiente de los Estatutos reformados si consideramos que tal cláusula puede efectivamente entrar en funcionamiento. Nosotros no lo creemos así porque atenta derechamente contra el postulado de paridad de tratamiento entre los accionistas, que no sólo es un principio inspirador general de todo el Derecho de sociedades, sino que aparece explícitamente incorporado además a la disciplina positiva que con carácter de *orden público* regula las ofertas públicas de adquisición desde el Real Decreto de 26 de junio de 1991. En efecto, varios de sus textos imponen la necesidad de tratar por igual a los titulares de valores de la sociedad afectada por la OPA que se encuentren en iguales circunstancias; y en consecuencia, prohíben también, esta vez interpretados a *contrario sensu*, dar idéntico tratamiento a quienes se encuentren en situaciones distintas (v.gr., art. 10 del Reglamento de OPAs). Pero cualquier-

ra que sea el resultado que corre este intento de reforma de los Estatutos, no es dudoso que por el solo hecho de proponerlo para su aprobación en la Junta los responsables de su convocatoria han dejado constancia inequívoca de su disposición a promover este trato discriminatorio, de cuyo alcance dudamos sean plenamente conscientes el resto de los accionistas.

c) Pero es que, sin necesidad de insistir mucho más en este privilegio desproporcionado, al reflexionar sobre el verdadero alcance de la opción a recuperar el voto entre el sexto y décimo año a partir de la novación que se pretende, no podemos dejar de advertir el nuevo factor de discriminación que esa opción introduce, no ya frente al resto de los accionistas con voto, sino incluso en la posición jurídica de aquellos socios desinteresados de su ejercicio que no logren transformar en acciones sin voto todas sus anteriores acciones ordinarias. Porque en este caso, que también es el más probable, por una misma aportación antecedente y ya efectuada se van a encontrar con una titularidad accionarial de doble fisonomía y muy diferente alcance. Hacemos esta afirmación porque estamos convencidos que con una información adecuada sobre las consecuencias de la transformación pretendida todo el accionariado disperso de la sociedad ajeno a la gestión debería aspirar a que se le convirtieran en acciones sin voto el ciento por ciento de las que componían su previa participación accionarial ordinaria. Si esa transformación no va a tener consecuencias desfavorables en una OPA —y a los efectos de asistir como convidado de piedra a las Juntas de trámite (o alternativamente ceder su representación en las mismas a los gestores), resulta claramente preferible cobrar más dividendos por la abdicación de un derecho en cuyo ejercicio se está de antemano desinteresado y que no se perderá definitivamente—, nos parece que la solicitud de transformación de acciones ordinarias en títulos sin voto resultará seguramente masiva. Y siendo esta la decisión más racional —no ya en aplicación de una sofisticada lógica económica, sino conforme al más elemental sentido común— hemos de llegar a la conclusión de que si efectivamente viniera a ponerse en marcha la transformación que se pretende, la operación desembocará forzosamente en un prorrato. Pues bien, en estas condiciones fácilmente puede llegar a suceder que un mismo socio, incluso seguramente muchos de ellos, por más que estén íntegramente desinteresados en la gestión, acaben ostentando una doble titularidad accionarial y reciban diferente trato por idéntica aportación y un mismo comportamiento abstencionista, a saber: recibiendo, de un lado, una importante compensación económica por aquella categoría de acciones desprovista del voto, lo que sobre no suponerle ninguna lesión a un interés inexistente le ahorrará el esfuerzo de delegar el voto singularmente en cada Junta; mientras que por las acciones ordinarias que mantengan sin transformar y sustentadas por una aportación de igual cuantía no recibirán compensación alguna, a pesar de sufrir ante cada nueva

reunión de la Asamblea la prestación por firmar gratis, a conveniencia de los depositarios de esas acciones ordinarias, las correspondientes papeletas de representación. Que sobre la misma aportación la Ley admita resultados tan profundamente contradictorios nos parece francamente temerario y debe rechazarse por absurdo.

Vistas las cosas de ese modo, se advierte, por lo demás y en mayor grado, hasta qué punto esas mal llamadas acciones sin voto por vía de transformación no son realmente cosa muy distinta de una suerte de delegación de voto anticipada, de carácter permanente y además muy bien retribuida, por todo el tiempo que dure aquella suspensión transitoria de la facultad de votar. Por este lado, una vez más, se insinúan nuevos factores de contradicción con la estructura legal del tipo social, en la medida en que la normativa española sobre delegaciones de voto se configura como un asunto de *ius cogens* vinculado al «orden público» corporativo o societario y en consecuencia de carácter inderogable aunque medie la voluntad conconde de las partes.

d) Dejando a un lado esta última perspectiva, que reforzaría la calificación *contra legem* de la referida transformación, nos queda por comentar la última y, a nuestro parecer, más decisiva alteración que aquella modificación introduce en la posición jurídica de las primitivas acciones ordinarias. Porque es manifiesto que disociada la función financiera (consecución de nuevos recursos) y los objetivos de control que conjuntamente dan sentido a la institucionalización de una categoría de acciones sin voto, la utilización de esta clase de acciones para reforzar la influencia societaria sin aportar contemporáneamente nuevos medios económicos a la sociedad obliga a suponer, *ceteris paribus*, que la rentabilidad que se logre de los recursos sociales no va a variar sustancialmente; y en consecuencia, el superdividendo que nutre la preferencia de acciones temporalmente desprovistas del voto sólo puede provenir de una de estas dos fuentes, a saber: de una disminución de las ganancias que venían percibiendo los accionistas ordinarios o de una descapitalización de la sociedad o pérdida de sustancia patrimonial en beneficio exclusivo de los referidos titulares de aquel dividendo preferente. Por cualquiera de ambas vías, los que queden como socios ordinarios o, si se prefiere, el núcleo común de los accionistas por la parte que no logren transformar en acciones sin voto está subvencionando con la aportación antecedente el superdividendo de las acciones efectivamente transformadas. Y si esto no es un tracto claramente discriminatorio, por no decir rayano en la clásica prohibición del llamado *pacto leonino*, mucho nos gustaría saber qué entiende el Derecho de sociedades por discriminación.

4. Por lo demás, aun cuando no se compartieran las ideas anteriores sobre la ilicitud de la novación pretendida por su contradicción con los

principios inspiradores del tipo social, en aquellos aspectos que miran concretamente a la definición del *contenido* de derechos y la ponderación de postergaciones y privilegios legalmente admisibles a la hora de configurar los rasgos distintivos que respectivamente caracterizan a las acciones ordinarias y a las preferentes sin voto, nos parece que una vez analizada la incidencia que sobre la posición de las antiguas acciones ordinarias supondrá la aparición de esta nueva clase de acciones, será más fácil admitir también que aquella ilicitud existiría asimismo por puras razones de *forma* o, si se prefiere, por la concreta instrumentación dada a esa transformación mediante un acuerdo social al que seguramente faltan elementos de claridad e información suficiente antes y durante la celebración de la Junta y eventualmente una aceptación mayoritaria por los perjudicados de las consecuencias discriminatorias que tal acuerdo lleva consigo.

a) Supuesto que los privilegios que van a disfrutar la nueva categoría de acciones transitoriamente desprovista de voto no sólo rompen el justo equilibrio de preferencias y postergaciones previstas en la Ley, sino que manifiestan claros elementos de discriminación, hay que preguntarse si tal proceder queda suficientemente servido, en el plano procedimental, con el acuerdo y la opción previstas en la Junta general, o si más bien dicha operación pediría la estricta observancia de lo prevenido en el número 3.º del artículo 148 de la Ley de Sociedades Anónimas sobre protección de los derechos diferenciales de cada categoría de acciones y en aplicación del sistema más complejo de adopción de acuerdos en régimen de votación separada. Por el camino podemos intentar además dar alguna respuesta a una cuestión que habíamos dejado sin explicación en un apartado anterior, y en concreto a la pregunta de por qué razón no se ha mejorado antes en favor de todos los accionistas un dividendo que ahora van a disfrutar en mayor grado y alguno de los socios solamente.

Este último tema enlaza con la identificación de la sociedad como un contrato establecido, según decíamos, en interés común de los socios y que por la misma razón causal repudia el también aludido pacto leonino, convención prohibida, cuyo fantasma planea sobre esta operación por el desplazamiento de las pérdidas a los accionistas ordinarios y de las ganancias a los que transformen sus acciones en preferentes sin voto, según se desprende de la novación analizada; y fantasma, en fin, cuyo solo recuerdo parece que debería haber exigido extremar de antemano unas cautelas formales que ahora no se aprecian y sobre las que volveremos en seguida. Lo que sucede es que probablemente ese mayor dividendo no habría sido posible repartirlo a todos los socios sin comprometer, más de lo que ahora se compromete, el patrimonio social; o no habría sido cuando menos repartible en idéntica medida a la que esa mayor cuota de ganancias se concede ahora

a una sola parte de los accionistas. Pero interesa dejar claramente sentado que, bien miradas las cosas, tal proceder no es la solución más justa aunque dicha mejora esté abierta parcialmente a todos los accionistas; la solución más justa habría sido mejorar el dividendo de cada una de las acciones en la menor cuantía que autorice el reparto igualitario de la cantidad que está previsto destinar a satisfacer la preferencia de los accionistas desprovistos de voto sin mengua del patrimonio. Lo contrario supone que la Administración está reforzando el control a costa del acervo común.

Y el segundo tema formal que nos interesaba comentar nos coloca, por su parte y una vez más, ante un aprovechamiento de dos diferentes vías institucionales, de cada una de las cuales se asumen las ventajas pero no los inconvenientes. Porque a efectos de instrumentar un cambio del estatuto jurídico de los socios que supone consecuencias para cada accionista *uti singuli* y del que contemporáneamente van a derivar dos categorías de acciones, cada una de las cuales se perjudica y se beneficia a su manera, el Ordenamiento jurídico sólo conoce dos vías alternativas: o el consentimiento unánime de todos los afectados, o el sistema de doble acuerdo y votación separada. En nuestro caso se ha articulado —hemos de reconocer que muy brillantemente— un sistema híbrido que suplementa un acuerdo mayoritario simple con una cierta recuperación del régimen de consentimiento individual en ocasión de la solicitud de transformación de las viejas acciones, dando por supuesta una muy discutible interpretación del silencio, según la cual de *qui tacet consentire videtur*; y en consecuencia, que quien no reclama el cambio de sus acciones ordinarias por otras sin voto está asumiendo el perjuicio que aquella transformación puede reportarle.

b) La corrección de este proceder es difícil de destruir a primera vista. Y mucho nos tememos que más de uno pensará que nuestra aproximación al tema en el sentido de considerar como *vicio de forma* la falta de votación separada se interpretará, más que como una exigencia de respeto a los dictados de la Ley, como una suerte de prurito formalista que viene a traicionar sin justificación la verdadera realidad del sustrato accionarial que en ese momento toma un acuerdo que va a afectar por igual a todos los socios. A estos efectos hemos de reconocer que efectivamente las condiciones de transformación y las reglas de prorrateo son idénticas para todos (lo que podría sugerir que no existe discriminación); y hemos de convenir igualmente que adoptado ese acuerdo mayoritario por la única categoría de acciones existentes a la fecha de la Junta general que decide la transformación, son también en apariencia todos y además los mismos socios que nutren aquella categoría precedente —y que eventualmente también integrarán después (en todo o en parte) la nueva que pretende crearse— los que de manera subjetivamente indivisible —como corresponde a la unidad de cada persona— otorgan su adhesión inequívoca a una determinada fórmula

de transformación. Permitásenos, sin embargo, aportar algunas sugerencias que autorizan a dudar una vez más de la consistencia de ambas argumentaciones, empezando por un aspecto que comparten una y otra y que asimismo ya fue anticipado de pasada. Nos referimos ahora al hecho de que en una sociedad abierta como es por naturaleza la sociedad anónima, y mucho más cuando se trata de una sociedad cotizada en Bolsa, el perjuicio colectivo de cada categoría no es un asunto exclusivo de los socios presentes, sino que compromete el *status* de los accionistas futuros, quienes tienen el interés de no tener que llegar a padecer las consecuencias de acuerdos de la Junta o reformas de los Estatutos que no se hayan adoptado con el respeto más escrupuloso de una legalidad de la que va a dar testimonio la inscripción de tales acuerdos o reformas en el Registro Mercantil. Y desde este punto de vista, un consentimiento individual, sobre todo si sólo se configura como tácito o presunto, ofrece seguramente menores garantías que la discusión colectiva de cada una de las categorías implicadas en el seno de Juntas especiales funcionando en régimen de votación separada.

Por este lado, se relativizan también algunas de las imputaciones formalistas que podrían hacerse a nuestra posición crítica, al menos en el sentido antes apuntado de que se trata de una aproximación al tema que viene a ignorar que un mismo sujeto no puede, salvo situaciones de doble personalidad o esquizofrenia, experimentar de manera distinta una fenomenología jurídica que por definición ha de afectarle unitariamente. La evidente dualidad de esa fenomenología jurídica, se nos dirá quizá, podrá determinar —como sucede siempre que se ponderan ventajas e inconvenientes— que la voluntad de cada socio se decante más hacia una alternativa que a la otra, pero nunca llevará a que un mismo sujeto apruebe (o rechace) como ordinario lo que está dispuesto a repudiar (o bendecir) actuando como preferente. Lo que sucede es que, razonando de este modo, el especioso argumento de la identidad del titular de una y otra posición jurídica descubre su debilidad intrínseca muchísimo más fácilmente, advirtiéndonos sin lugar a dudas de que por esa vía se ha pervertido el sentido de la Ley, cuyo régimen está pensado en el perjuicio colectivo de un grupo y no en la suma de los individuales de singulares personas. Dicho de otro modo, lo que la Ley trata de eliminar no es el perjuicio de este o aquel socio, sino el daño de la categoría, cuyos componentes poco importa si son los mismos que componen otra u otras o se trata de sujetos distintos; aparte de otras razones, por la ya señalada de que en las compañías abiertas los componentes de cada una de ellas están destinados naturalmente a variar con alguna fluidez. Si aceptáramos (a efectos puramente argumentativos) que los mismos socios ordinarios ahora considerados, ejercitando derechos de suscripción, han accedido proporcionalmente y absolutamente todos a una hipotética categoría preferente sobre la cuota de liquidación (para no tener que ponderar

privilegios de la misma clase), una categoría igualmente existente en la sociedad antes de la adopción del acuerdo novatorio que ahora analizamos, estamos seguros que pocos nos negarían la necesidad de aquella votación separada por más que los componentes de las dos categorías antecedentes (ordinarias y con privilegio sobre la cuota de liquidación) resultasen ser todas y las mismas personas.

Pero sin necesidad de suponer lo que no existe, resulta paladinamente claro que la compensación de eventuales pérdidas y ganancias en un solo patrimonio mobiliario (integrado conjuntamente por acciones ordinarias y temporalmente desprovistas de voto) quedará rota tan pronto como esa identidad personal se quiebre y algún socio venda a terceros acciones de una sola clase. Para este caso habrá que extremar las exigencias de transparencia, tratando de «ayudar» al mercado a que refleje adecuadamente en sus precios esa situación diferencial. Y a lo mejor así conseguimos que las Bolsas españolas sean las únicas del mundo en que las acciones sin voto no cotizan por bajo de las ordinarias.

c) Por ese conjunto de razones nos inclinamos a pensar que, en el caso comentado, aunque los socios hayan votado el acuerdo en Junta general, deben ser específicamente convocados a una Junta especial que habrá de aprobar o rechazar aquel acuerdo desde la concreta apreciación no tanto del interés social más genérico o común, sino desde la valoración de ese mismo interés con una óptica que tenga presente la posible postergación y trato discriminatorio que los accionistas ordinarios (presentes o futuros) van a experimentar tras la aparición de las nuevas acciones. Es ese perjuicio concreto, y no la abstracta transformación para un mismo sujeto que compensa *commoda e incommoda* en la propia esfera patrimonial, lo que tiene que deliberarse y decidirse en régimen de votación separada. Y entendemos que ello es así, a menos de confundir dos conceptos que conviene tener muy claramente diferenciados: a saber que no es lo mismo una *categoría de accionistas* (concepto subjetivo y variable) que una *categoría de acciones* (conjunto objetivo de título de la misma clase, por razón de los derechos y obligaciones que incorporan de modo permanente, cualquiera que fueren en cada momento sus concretos titulares).

Llegados a este punto, interesa menos reiterar la existencia de discriminaciones sustanciales para quienes, sin particular acceso a la gestión, se mantengan como accionistas ordinarios. Y nos parece que la simple remisión al repertorio de privilegios no explícitos que disfrutarán las nuevas acciones sin voto, sobre todo a costa de la eventual descapitalización de la sociedad o de la cuota de ganancias de que venían disfrutando los accionistas ordinarios, nos exime por el momento de mayores profundizaciones. ¡Ojalá el mercado acierte a traducir tan heterogéneos factores y algunos de naturaleza tan equívoca!

5. Nos queda finalmente un último aspecto por analizar que se refiere a un tema extraordinariamente vidrioso, como es el tocante a la legitimidad de la creación de acciones sin voto por vía de transformación. Huiremos de asegurar de antemano a este respecto que la articulación jurídica de la fórmula apuntada habría exigido necesariamente una reducción de capital con amortización de un 20 por 100 de las posiciones ordinarias de socio y aumento correlativo de aquella cifra hasta la cuantía antecedente mediante creación de otras tantas posiciones preferentes sin voto cuyos nominales equivalgan asimismo al capital ordinario contemporáneamente amortizado. Dejaremos de lado esa posible presentación, pero advirtiendo, sin embargo, que desde el punto de vista de adopción de acuerdos sociales la operación habría tenido idéntico coste, salvo que se piense —cosa que no parece en absoluto desdeñable— que la reducción en cuestión no es sólo formal sino efectiva, en cuanto que la necesidad de retribuir en mayor grado la nueva categoría de acciones aminora la garantía de los acreedores, generando el nacimiento del derecho de oposición que aludimos anteriormente y que —como también dijimos entonces— no goza de buena prensa en relación con las reestructuraciones del capital de compañías operantes en sectores tan sensibles. Pero aun sin mayor profundización en ese delicado tema (que a nuestro parecer exigiría mayor meditación que la que ahora podemos dedicarle), se nos aceptará —cuando menos— que la correlación que debe mediar entre la acción entendida como parte de capital, su consideración como documento transmisible y la posición que atribuye como conjunto de derechos autoriza a mantener alguna duda sobre la posibilidad de retocar separadamente alguno de esos componentes (en este caso dos), sin correlativa actuación sobre los demás. Y desde luego la cláusula de los estatutos que regule la división del capital en acciones deberá ser modificada, reduciendo el importe del capital correspondiente a las posiciones ordinarias y abriendo en la misma cuantía una parte específica del antiguo capital para las preferentes.

a) Expuesta la cuestión en estos términos y a reserva de mayor profundización, parece posible entender que la articulación de la operación mediante reducción y aumento correlativo de capital, con o sin oposición de los acreedores en función de que la disminución se considere meramente contable o más bien real y efectiva, habría sido una de las posibles soluciones para instrumentar formalmente la operación; una alternativa tanto más legítima si a la garantía de terceros se suman además las de protección de los socios perjudicados mediante una votación separada. Pero este camino no se ha seguido en nuestro caso, en el que la operación se articula —según queda dicho— mediante el juego de un simple acuerdo de transformación al que se suma el reconocimiento de una opción individual a

solicitar el cambio de régimen; cambio cuyo desenlace se traducirá en el estampillado de las acciones en circulación, expidiéndose a favor de los titulares de las acciones transformadas los documentos acreditativos de su nueva titularidad.

No nos duele reconocer que dicho procedimiento trasciende el sentido de una simple transformación impuesta unilateralmente a todos los socios (y por ello tanto a quienes votaron a favor como a quienes lo hicieron en contra o a los disidentes); esto es, la transformación no se consuma —para decirlo de manera inequívoca— mediante ejecución *prohibente domino* y aplicación automática de un acuerdo mayoritario. Sucede, en efecto, que el juego de la opción mencionada salvaguarda de algún modo el derecho del socio a no ver alterada unilateralmente su posición jurídica sin alguna manifestación de su consentimiento. Qué clase de mecanismo es el que debe garantizar ese consentimiento ya queda dicho que sólo puede ser la unanimidad o la votación separada. Y en la medida en que quienes diseñaron la operación no se han decidido a imponer su voluntad a los disidentes ni a los no asistentes a la Junta, es claro que implícitamente están reconociendo la insuficiencia de un simple acuerdo mayoritario para obligar a los socios a soportar, sin su aquiescencia, un cambio de la condición de sus acciones de tanta trascendencia. Pero como también queda dicho que resulta suficiente que esa transformación se produzca efectivamente respecto de algunos socios para que la posición jurídica de quienes no la aceptaron resulte perjudicada en todo o en parte, entonces se comprenderá mejor hasta qué punto siendo ese perjuicio consecuencia de una actuación corporativa que afectará desigualmente a dos categorías de acciones, el tratamiento —igualmente societario— de esa cuestión habría requerido cuando menos aquella votación separada. En todo caso, lo que ahora parece mucho más claro es que un simple acuerdo de transformación no resulta por sí solo suficiente para legitimar la postergación de las acciones ordinarias frente a las acciones sin voto (poco importa ahora si de carácter transitorio o permanente) sin causa bastante que justifique esa modificación del contenido accionarial.

b) Dicha causa bastante no puede ser un mero motivo de reforzamiento del control social. Puede serlo, en cambio, muy probablemente la obtención de nuevos recursos que la sociedad precise, porque en este caso tales medios añadidos contribuirán por su parte a generar la rentabilidad que hace posible el pago de una preferencia que, según queda dicho, de otra manera se recibe sin modificación contemporánea de la relación coste-beneficio y sin el sometimiento a un mayor riesgo de empresa. Sólo si todos esos presupuestos se contrabalancean contemporáneamente resulta aceptable también la alteración resultante de privilegios y postergaciones. Y por ello, aunque quizá el legislador no haya sido muy consciente de la solución dada

a este asunto, sí ha demostrado suficiente prudencia a referir el proceso de creación de acciones sin voto a la fenomenología de la emisión.

Sólo esta hipótesis, que no la transformación y estampillado, se contempla en el artículo 90 de nuestra Ley vigente, que con mayor claridad aún restringe el volumen de las acciones sin voto que pretendan crearse, refiriendo el límite de esa emisión a «un importe no superior a la mitad del capital desembolsado», lo que parece debe interpretarse en el sentido de que ese 50 por 100 del capital toma como referencia uno anterior ya aportado, al que viene a añadirse el nuevo. Y todo ello de conformidad con la normal función de esas acciones como medio de captación de los recursos que la sociedad necesita para cumplir su objeto, un objeto al que también y prioritariamente dichas acciones sirven. La opinión contraria sería, a lo más, una interpretación que ciertamente cabe dentro del sentido literal posible de la norma, pero desde luego no es la que expresa e *id quod plerumque accidit* (lo que denotaría la falta de generalidad de la Ley) ni tampoco la que da mejor satisfacción a los fines del Ordenamiento; puesto que, como queda dicho, disocia artificiosamente las funciones que esas acciones están llamadas a cumplir, traicionando de ese modo el marco ordenador y la correlación de intereses que el legislador trata de coordinar. Por estas razones de carácter finalista nos parece a nosotros escasamente legítimo que una sola de las posibles interpretaciones literales de la norma (la otra sería atender de modo exclusivo, y mucho más literalmente por cierto, al significado que el término «emisión» desempeña, tanto en el uso ordinario del lenguaje como en su normal entendimiento técnico-jurídico) trate de esgrimirse como argumento bastante para hacer prevalecer esa discutible conclusión contra otros elementos interpretativos de mayor relieve.

c) Entre estos factores hermenéuticos más dignos de atención falta todavía por aludir uno muy importante y que pone de manifiesto hasta qué punto el uso de una u otra vía, es decir, de la emisión directa de la simple transformación de nuevas acciones ordinarias preexistentes producen diferentes consecuencias. La primera de esas distintas consecuencias ya se hizo notar al advertir la diferente repercusión que la entrada o no de nuevos medios puede tener sobre el dividendo. A ella puede añadirse ahora una segunda, en parte deducible también de lo que llevamos dicho, en el sentido de que la emisión de nuevas acciones sin voto deja intactas todas las acciones ordinarias anteriores, mientras que la transformación hace desaparecer —por su lado— lagunas de esas acciones en tanto permanecen otras. Y existe todavía otra diferencia, vinculada a la recordada en último lugar, cuyo interés estriba en la distinta influencia que sobre la situación de control antecedente supone el recurso a un simple procedimiento de transformación.

Situada la cuestión en este contexto del control, que empapa claramente

toda la operación analizada, se entiende con mayor facilidad hasta qué punto resulta preferible seguir esta última vía. Por la sencilla razón de que quienes no transformen sus acciones mejorarán las posiciones de influencia que detentaban en la sociedad al mantener el mismo número de votos sobre un capital de menor volumen total a esos efectos. Y la mejora relativa de ese porcentaje no se producirá si permaneciera inalterada la base de cálculo sobre la que se mide el poder efectivo de voto, por venir simplemente a colocarse al lado de todas las antiguas acciones ordinarias, las nuevas preferentes sin voto que ahora se emiten sin disminución absoluta ni relativa de las que antes y después serían las únicas que gozaban de ese poder de votar. Por esa razón decíamos anteriormente que nos parece más que discutible intentar modificar uno solo de los perfiles de la acción sin cambio correlativo de los demás; por eso decíamos también que no es jurídicamente desproporcionado interpretar dicha transformación como una modalidad de reducción del capital; y por eso, en fin, podemos añadir ahora que existiendo una manifiesta falta de equivalencia (jurídica y de hecho) entre la alternativa de emitir y transformar acciones, somos del parecer que esa falta de *eadem ratio* entre ambas vías impide considerar jurídicamente admisible la segunda (el procedimiento de transformación) por no concurrir criterios de analogía que justifiquen tan anómala equiparación y cuya incorrección obliga a rechazar la admisibilidad de dicho procedimiento en aplicación del criterio hermenéutico *incluso unius, excluso alterius*.

A modo de conclusión, nos queda finalmente por manifestar que siendo conscientes de lo opinables que pueden resultar algunos de los puntos de vista ahora sostenidos por nosotros, tenemos igualmente muy claro asimismo que unos son bastante menos opinables que otros. Y nos parece que no es opinable en absoluto el hecho cierto de que el acuerdo que venimos analizando contribuye a «sumergir» la identificación de las categorías de acciones, primero en su punto origen y después en su desenlace, suprimiendo indebidamente la votación separada de los accionistas afectados por dicho acuerdo, tanto en la fase de transformación de una parte de las antiguas acciones ordinarias en preferentes temporalmente desprovistas de voto, como en la fase de recuperación de dicha facultad. Una recuperación que se producirá varios años después, y de nuevo desigualmente, en momentos en los que no es posible saber por ahora cómo habrá evolucionado la marcha de la sociedad y quiénes serán a la sazón los titulares de unas y otras acciones (las que recuperan y las que permanecen sin voto); con lo que se da la peligrosa circunstancia de asumir ahora, y por vía tácita muy discutible, posibles perjuicios o desventajas cuyo verdadero alcance resulta imposible valorar anticipadamente. Por todo ello, y aunque pueden abrigarse ciertas dudas sobre otros aspectos de nuestra posición, creemos que no es posible mantenerlas en absoluto acerca de la necesidad de que tan dis-

cutible acuerdo de transformación reciba, tanto en ese momento como posteriormente en ocasión de la recuperación del voto, el necesario complemento de la expresión de la voluntad mayoritaria de aquella clase de acciones que en cada fase del proceso aparezca como susceptible de experimentar un perjuicio. Así lo exige la estricta aplicación de lo prevenido en el artículo 148 de la Ley de Sociedades Anónimas, tal como por lo demás parece reconocer nuestra doctrina más caracterizada (MENENDEZ, BELTRÁN, PORFIRIO).

En todo caso, dada la originalidad del procedimiento comentado, aceptada la novedad legislativa que ha supuesto la admisión de acciones sin voto en nuestro Derecho y atendiendo, sobre todo, a la falta de una jurisprudencia que oriente adecuadamente la aplicación de la nueva Ley en este punto, nos ha parecido que no era ocioso propiciar un debate doctrinal más profundo sobre tan importante asunto; y por esta razón y a ese único fin nos hemos decidido a sacar a la luz nuestras reflexiones en torno a un acuerdo societario tan curioso y singular.

ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS
Catedrático de Derecho mercantil
Consejero de la CNMV

El Derecho común y el nacimiento de Europa

Europa es, aparte de todo, una cultura. Una civilización que, entre otros rasgos, expresa de forma eminente una manera de entender la vida social como sociedad de hombres libres, lo que, a pesar de las diferencias, conserva una cierta uniformidad a lo largo de la historia, pudiendo reducirse en cada momento a unos esquemas ideales de racionalidad que comprenden por igual saberes y creencias. Racionalidad en la que la cultura europea encuentra su fuerza y su capacidad expansiva.

Por otra parte, el Derecho común surge y se mantiene desde el siglo XII al siglo XIX a través de una serie sucesiva de «renacimientos» que van jalonando el fluir de la tradición cultural europea al cabo de los siglos, apareciendo en un momento en que Europa era cristianismo y cultura latina y que en este ámbito tiene como punto de referencia y como modelo el Derecho romano, que con ello inicia su segunda andadura histórica por medio de la llamada recepción del Derecho romano en la Edad Media y a comienzos de la Edad Moderna, ya que hasta entonces no culmina este fenómeno al norte de los Alpes. Fenómeno que, por encima de todo, es de índole cultural y escolástica, mediante el cual el Derecho viene dotado de una teoría racional, como más adelante veremos, y que, por eso, se halla íntimamente vinculado al nacimiento y a la consolidación de la civilización europea.

No hay que olvidar tampoco que cuando Europa adquiere importancia en la historia, que es tanto como decir protagonismo, se la identifica y denomina, simplemente, la cristiandad. Tal sucede a lo largo de toda la Edad Media y hasta comienzos de la Edad Moderna, en que se empieza a utilizar el nombre de Europa, cuando desde Viena se llama a la defensa contra las invasiones de los turcos. Es por ello que el cristianismo se incorpora desde sus orígenes a ese entrelazamiento de saberes y creencia que confluyen en la tradición cultural europea. Incluso cuando la Ilustración se plantea el relanzamiento de la idea de Europa, lo hace también

desde la base de una secularización de la cultura cristiana, como recientemente ha dicho SPADOLINI en una memorable conferencia tomando como modelo la restauración de la unidad cultural que logra la Edad Media. Lo que se llama la *Res publica christiana*, a la que aluden VOLTAIRE, MONTESQUIEU o ROUSSEAU.

LA FORMACION ORIGINARIA DE LA IDEA DE EUROPA

En la antigüedad aparece la denominación de Europa para designar a la tierra que se sitúa a Poniente por contraposición a Oriente, adquiriendo un significado geográfico que pronto se matiza de connotaciones culturales. Así, en la mitología homérica el término *Erobe* remite a la denominación semítica común de la tarde y evoca el fatídico diálogo entre el espíritu semítico y el occidental que pertenece a la esencia de Europa. En aquel contexto designa solamente Tesalia, Macedonia y Atica; pero ya en HERODOTO la tierra se divide en Europa, Asia y Libia, constituyendo de este modo una de las tres grandes áreas geográficas y culturales ribereñas del Mediterráneo.

Por lo demás, el mito de Europa raptada por Júpiter en forma de toro pertenece al ámbito religioso minoico; pero el verdadero germen de Europa, según HELMUNT KUHN, hay que encontrarle en la superación de las religiones ctónicas por la forma apolínea. Lo que se denomina la «diferencia socrática»: la diferencia entre el bien y los bienes, en la que se dan conjuntamente el derecho de la conciencia y la relación entre *ratio* y *religio*.

Pero también puede fundarse toda la herencia griega de la civilización social europea derivando del concepto platónico de «*eunomía*». Es decir, de lo que actualmente llamamos la «validez del Derecho», su justificación. De forma que, para ello, no basta que se halle formulado en una norma, «*nomos*», es preciso que esa norma sea justa conforme a la conciencia, pues de lo contrario, según el modelo de PLATÓN no se puede hablar de democracia. Sobre estas bases se asentará después, por influencia de los retóricos, toda la fundamentación romana del Derecho a través de la conocida distinción entre «*potestas*» y «*auctoritas*» que desarrolla un juego parecido, con idéntico alcance, tratando de dotar de un fundamento ético al Derecho, por un lado, mientras que, por otro, se pretende con ello rechazar la tiranía o la arbitrariedad.

Herencia greco-latina la que se va a superponer el cristianismo. Este incorpora el mesianismo del pueblo de Israel, realizando en el Nuevo Testamento la síntesis con el espíritu greco-latino. Con el cristianismo, la religión deja de ser algo fundamentalmente privado, pero tampoco se confunde ni se identifica con el Estado, como sucede en los imperios occiden-

tales o posteriormente iba a suceder con el islamismo, en el que la religión absorbe al Estado según las tesis fundamentalistas. De esta suerte, por medio del cristianismo, se hace presente en la historia el destino del hombre como ser trascendente, surgiendo la Iglesia. Entidad de Derecho público que aunque no de este mundo vive en el mundo y actúa en el mundo para conservar, transmitir y dar testimonio del mensaje divino. Pero no va contra el Estado, como hicieron creer los romanos del tiempo de las persecuciones, aunque se haya aprovechado de su estructura y de su lengua, lo que es otra cuestión. Tal sucedió a partir de CONSTANTINO, aunque no como se ha creído recientemente por algunos. Esa idea de la «Iglesia constantinea» no es más que una exageración periodística que aparece sin fundamento alguno contemporáneamente al Concilio Vaticano II, ya que Estado e Iglesia no se identifican, salvo ocasionalmente, en el Bajo Imperio o en la Alta Edad Media, como han divulgado los estudios de H. PIRENNE para el período anterior a CARLOMAGNO. Pero el caso es que cuando se derrumba el Imperio de Occidente lo único que subsiste del mundo antiguo en aquel ámbito es la Iglesia.

A partir de ese momento, aunque el proceso requiera siglos, es cuando Europa surge con ese protagonismo histórico al que antes nos referíamos, sobre la base de la herencia greco-latina, el cristianismo y la idea de continuidad del mundo romano, precisamente en un momento en que se desmorona el Imperio de Occidente o, si se prefiere, en un momento en que la nueva sociedad se alza sobre sus ruinas como consecuencia de las invasiones de los pueblos bárbaros. Esto comporta de alguna manera una ruptura, pero no deja de manifestar también una continuidad cuando los reyes o caudillos de esos pueblos godos, francos, burgundios, longobardos, etc., se asientan sobre el antiguo suelo provincial romano declarándose aliados o protectores del Imperio romano y tratando de restablecer su autoridad en provecho propio. Incluso esta idea de restauración de la *res publica romana* se levantará como una oriflama en el campo de batalla cuando el peligro islámico amenace el corazón de Europa. Es cuando CARLOMAGNO, rey de los francos, acogiendo una invitación del papa LEÓN III, lleva a cabo la «*renovatio imperii*», es decir, la restauración del Imperio de Occidente, que acompañará durante mil años el desenvolvimiento de la historia europea, hasta los tiempos modernos.

Dos pilares fundamentalmente sostienen a Europa, como cristiandad, en su surgimiento, la Iglesia latina y la «*renovatio imperii*», pero dos pilares que no llegan a confundirse por más que la sociedad civil, como «*civitas terrena*» sea también una imagen de la «*civitas Dei*». Pero esto no autoriza a considerar que la Edad Media desarrolla una teoría teocrática del poder político sin más, «*tout court*». Los que así piensan, aparte de carecer de sentido histórico, vanalizan la relación entre Estado o Imperio e Iglesia.

Pero nada más lejos de lo que suscita una apreciación puramente superficial de la existencia de dos autoridades o de dos poderes, sobre todo si viene avalada por numerosos testimonios históricos. Efectivamente, la relación de dos poderes facilita, si no un control recíproco, lo que se halla en el fundamento de toda democracia, al menos establece un espacio relacional que se presenta como antecedente del Estado de derecho y que, sin lugar a dudas, deja un enorme juego al desarrollo de la libertad.

El Estado, como sucedía con el Imperio romano, no había renunciado del todo, a pesar de considerar a la religión un asunto privado, a tener un poder religioso no sólo como definidor del «*fas*», sino reservándose también una parte de los «*sacra*», especialmente al divinizar al emperador. A partir de la Edad Media, como ha dicho certeramente J. RATZINGER, el Estado «para fundamentarse éticamente se remite, más allá de sí mismo, a otra comunidad. Esa otra comunidad, la Iglesia, se declara a sí misma como última instancia ética; pero la pertenencia a esa comunidad es voluntaria y sus sanciones son sólo espirituales, no civiles, precisamente porque no extiende su dominio a lo estatal que es algo preexistente y común a todos los hombres. De este modo, cada una de estas dos comunidades tiene limitado su radio de acción y la libertad mutua se basa en el equilibrio de esa relación». Ciertamente que el equilibrio se rompe en numerosas ocasiones, pero esa es otra cuestión. Sin embargo, «hasta en los periodos más sombríos la orientación de la libertad contenida en los testimonios fundamentales de la fe siguió siendo una instancia contra la fusión de la sociedad civil y de la comunidad de la fe, a la que podía remitirse la conciencia y de la que podía nacer el impulso hacia la disolución de una autoridad totalitaria. La idea moderna de libertad es, pues, un producto legítimo del espacio vital cristiano; no podía haberse desarrollado en otro ambiente sino en este».

Por otra parte, ambos fundamentos o pilares de Europa adquieren su verdadera dimensión histórica como fenómenos culturales en cuanto ideas integradoras de la *res publica christiana*. Es en este contexto en el que surge el Derecho común. No faltarán tampoco hechos simbólicos de otro orden en sus fastos, como el que ya LUDOVICO PÍO se queje de la multiplicidad de leyes o el que un municipio y un monasterio de la baja Toscana que tienen un contencioso sobre unos pastizales y acuden al propio papa LEÓN III diríamos que en demanda de arbitraje, el cual les contesta con una carta, a la que se refiere F. CALASSO, aconsejándoles que resuelvan sus problemas acudiendo al Derecho romano; pero a estos hechos hay que darles el valor que tienen y no otro. De modo que no porque haya tenido lugar la «*renovatio imperii*» se puede hablar, sin más, de «*unum imperium, unum ius*», expresión que se generaliza a través de la escuela de Bolonia en un momento en que la realidad del «sacro imperio» se hallaba muy debilitada. No hay que olvidar tampoco que «*unum ius*» se refería sólo al

Derecho imperial, no excluyendo tampoco los Derechos particulares de los diferentes territorios y que a pesar de su pretensión universal ésta encontrará bien pronto una fuerte oposición: en España los modestos reyes asturleonese se dan a sí mismos el título de emperadores «*in totius Hispaniae*», mientras que en Francia el rey, a pesar de su debilidad, no reconoce por encima de sí autoridad alguna, divulgándose con el temprano humanismo la frase atribuida a VERNIA: *rex est imperator in regno suo*». Lo que también se aplica a Aragón, como traducen sus *Fueros y Observancias*; y hasta en la misma Italia, envuelta en las luchas por las investiduras, tampoco se reconoce autoridad alguna al emperador, por más que ya en el siglo XIV lamentamente el DANTE la pérdida de la unidad. No se trata, pues, de un hecho político solamente, circunstancia que pasa a un segundo plano, sino de algo mucho más amplio y más difuso como va a tener lugar la implantación en Europa del modelo del Derecho común. Según han puesto de relieve, entre otros, VISMARA y CASSANDRO, en Europa, aun después de la época carolingia, existe en toda la cristiandad un fondo religioso y cultural común al que no se sustrae ningún país, forme o no parte del Imperio de los soberanos alemanes, que constituye siempre algo más vasto y comprensivo que el mero ordenamiento imperial mismo, desbordándole. Es lo que se va a manifestar bien pronto, por doquier, en las escuelas de *artes liberales*, precediendo al renacimiento del Derecho romano en la escuela de Bolonia y lo que, por lo demás, va a explicar después su rápida difusión.

PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL DERECHO COMÚN

Desde que F. C. VON SAVIGNY publicara los siete volúmenes de su *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, a principios del siglo XIX, son muchas las explicaciones que se han dado para interpretar históricamente la implantación del Derecho común y con ello la recepción del Derecho romano. Pero muchas de ellas no pasan de ser más que interpretaciones ideales o poéticas de un fenómeno mucho más complejo. En esta línea hemos de evocar la muy conocida metáfora de S. RICCOBONO siguiendo los pasos de P. BONFANTE y de P. VINOGRADOV que habían hablado en la Edad Media, y no sin una bien intencionada exageración se inicia la «segunda historia» del Derecho romano. Para RICCOBONO, con ocasión de defender la instauración de la cátedra de Derecho común en las universidades italianas, el Derecho actual italiano es el mismo Derecho romano tal y como hoy se siente, lo mismo que la lengua italiana lo es respecto del latín; por tanto, el Derecho común es un puro y simple proceso de evolución espontánea, es decir, una sucesiva actualización del Derecho romano. Pero con ello se está negando capacidad creadora a los siglos que siguieron a JUSTINIANO, como

se observa inmediatamente por BRANDILEONI. Por otra parte, en aquel tiempo todavía se vivía la llamada «crisis del Derecho romano» como consecuencia de haber entrado en vigor, en 1900, el BGB, lo que dificultaba el seguir adelante con el programa de la Escuela histórica, puesto que al haber perdido vigencia el Derecho común en Alemania no se podía llevar a cabo su «*Aktualisierung*», siendo también problemático por ello mismo intentar un nuevo retorno al «*usus modernus Pandectarum*», como había tenido lugar en otras épocas: así, después del Humanismo y aun con la Ilustración. Finalmente la vieja polémica entre romanistas y germanistas surgida a principios del siglo XIX con el Romanticismo, se exacerba de nuevo a finales de la pasada centuria, llevando en algunos casos a la tergiversación del programa de la Escuela histórica, lo que hace imposible partir de un planteamiento simplista, ya que, evidentemente, el Derecho común no puede entenderse separadamente de la particular historia de los Derechos nacionales europeos.

Estas dificultades son las que van a quedar prácticamente superadas al profundizarse en el estudio del Derecho común a lo largo de dos generaciones sucesivas. La primera de ellas, al estudiar en profundidad la «recepción del Derecho romano» toma conciencia, por más que para todavía de la idea de la crisis del Derecho romano, de que el surgimiento del Derecho común hay que situarlo en un contexto cultural y científico muy peculiar para comprender su implantación a partir de la Baja Edad Media. Esta es la postura fundamental que adopta P. KOSCHAKER en su famoso libro *Europa y el Derecho romano*, y en la misma línea se situarán DAWSON, GEZMER, VISMARA, GAUDEMET y tantos otros. Incluso el mismo F. CALASSO, aunque algunos consideren que da excesiva importancia a la idea de la *renovatio imperii* en la construcción del concepto de Derecho común, lo que, por otra parte, encuentra una explicación evidente.

La segunda generación se halla vinculada tanto a una maduración de la conciencia histórica en torno al Derecho como a una verdadera renovación de los estudios de historia del Derecho, que cobra especial importancia en los países de habla alemana a partir de la introducción en 1935 de una nueva disciplina, la *Neuren Privatrechtsgeschichte*, que ha tenido la virtud de superar la polémica entre romanistas y germanistas ahondando en el conocimiento de la historia común del Derecho europeo. Teniendo lugar un nuevo renacimiento de estos estudios, como precisamente se ha puesto de relieve con ocasión del primer centenario de la muerte de SAVIGNY, en 1961, y dando ocasión a la publicación de una serie de colecciones de estudios, de entre las que destacan la denominada *Ius Romanum Medii Aevi*, que publicada bajo los auspicios de la Sociedad de los Derechos de la Antigüedad pretende ser un «Nuevo Savigny», editada por «Giufrè», a partir de 1961; *Ius Commune*, dirigida por H. COING y que empieza a aparecer a partir

de 1967; pero sobre todo la monumental colección promovida por el Max Plank de la Historia del Derecho privado de Frankfurt am Main, dirigida por el mismo y titulada *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen Privatrechtsgeschichte*.

Vinculados a esta tarea se hallan historiadores y romanistas de toda Europa, como DE VISSCHER, MALAFOSSE, OURLIAC, MEIJERS y tantos otros. Sin olvidar la importante labor realizada por WIEACKER, WESENBERG, WESENER y, entre los germanistas, por H. THIEME.

Pero antes de seguir adelante hemos de volver a aquella idea de unidad que da lugar al origen de Europa como cristiandad, en cuanto hecho espiritual y fenómeno cultural en cuyo centro se halla el mito de Roma, como expresión de un retorno a la «*pax*» universal y a la antigüedad greco-latina. Sin esta aspiración a la unidad no hubiera sido posible hablar del «*unum ius*» ni situarle ahora en su verdadero contexto.

Evidentemente, la idea de retorno o restauración de la Antigüedad clásica que inspira a la Romania occidental desde la Alta Edad Media y que luego se extiende a los pueblos no romanizados que integran el Imperio carolingio o el Sacro Romano Imperio de la Nación Germánica no era extraña tampoco al espíritu cristiano, ya que la síntesis de la tradición mesiánica con la *ratio* griega llevada a cabo por el cristianismo va a dar lugar a un constante progreso de la racionalización de la fe que no tiene parangón en religión alguna. Lo que se va a manifestar tempranamente, por otra parte, en las escuelas de *artes liberales* creadas en torno a los monasterios y a las catedrales como antecedente inmediato de las futuras universidades. A tal efecto se podrían citar numerosos testimonios, pero voy a referirme únicamente al que relata JUAN DE SALISBURY en sus memorias, autor de una obra característica de este ambiente sapiencial y que titula *Metalogicon*. Este personaje era compañero y amigo de THOMAS BEKETT y protegido como él de ENRIQUE II PLANTAGENET, rey de Inglaterra y duque consorte de Aquitania, y evoca en sus memorias las palabras de su maestro BERNARDO DE CHARTRES, quien para destacar la importancia de los autores antiguos en el conocimiento de la filosofía, de la retórica y de las restantes artes liberales solía decir: «porque a través de ellos, aunque seamos como enanos, vemos más porque estamos a caballo sobre los hombros de los grandes gigantes espirituales». Refiriéndose a PLATÓN, ARISTOTELES o SAN AGUSTIN. Gigantes espirituales que la primera generación de glosadores encontrará en el emperador JUSTINIANO y en sus predecesores. Con ello se están echando las bases de un concepto de «tradición» que engloba tanto al Derecho como a otros saberes.

Sin embargo, la idea de la unidad europea como unidad de sentimiento universalmente compartida no puede vincularse solamente, como recuerda A. CAVANNA, a una común condición cultural ligada a las «artes liberales»,

propia de las «élites» sociales de los diversos territorios del continente, sino más bien a la base religiosa común que sustentaba también a los otros estratos menos elevados de la sociedad, permeándoles con una auténtica cultura de masas.

Sólo así tiene sentido que en tal contexto se perfile la idea del «*unum ius*» más allá de la *renovatio imperii*. Otra cosa es que la consolidación del Derecho común y su rápida difusión no se alcance sino mediante la instrumentación de un «*Studium Generale*» en torno al «*Corpus iuris civilis*» de JUSTINIANO. De manera que sólo a través de las universidades se explica la efectividad de la «recepción del Derecho romano» siguiendo el modelo de Pavia y Bolonia y extendiéndose bien pronto desde Sicilia a Inglaterra. Difusión que tiene lugar en una época en que, como decíamos antes, ya había perdido fuerza la idea de la restauración imperial. De esta suerte, el Derecho romano, como Derecho común, se va a imponer no «*ratione imperii, sed imperio rationis*». Realidad que no es incompatible con difusión o «provincialización» del «*mos italicus*», el método de los glosadores, como lo acreditan diversos testimonios mucho antes de que con el humanismo lo ponga de relieve el «*mos gallicus*», que tiene además otras connotaciones que ahora no son del caso.

En una palabra, la difusión del Derecho común va ligada a un proceso de «cientificación» («*Verwissenschaftlichung*»), sin el cual, como ha dicho F. WIEACKER, no puede entenderse su progresiva implantación en toda Europa. Lo que tiene lugar en el paso de las escuelas de *artes liberales* a las propias Facultades de Derecho, organizadas a imagen de la Facultad de Teología, sólo que en vez de agruparse la comunidad de profesores y alumnos («*universitas*») en torno del Libro Santo, las Sagradas Escrituras, la agrupación tiene lugar respecto del «*Corpus iuris*». De ahí se derivan, por lo demás, dos consecuencias importantes.

La primera hace referencia a la conexión originaria entre escuela de *artes liberales* y facultad jurídica y alude a una cierta indiferenciación entre «*scientia*» y «*ars*», poniendo un matiz muy importante en la calificación de ese proceso de cientificación al que anteriormente nos hemos referido al separar el saber jurídico como «saber prudencial» de los restantes saberes. Es casi seguro, por no decir evidente, que los grandes juristas del Derecho común (pensemos, p. ej., en BARTOLO y BALDO) carecían de sentido histórico y sin embargo supieron recrear maravillosamente el «modelo mental» de los grandes juristas romanos uniendo sus voces, que sonaban en ocasiones con un tono agudo, a las que por venir de un coro secular resultarían entonces más graves, contribuyendo de esa manera a la «continuidad» de una polifonía que integra desde siempre la tradición jurídica. Pero que como toda tradición tiene una matriz cultural común, siendo ella misma el producto de un proceso de selección guiado, más que por la sola razón, por la oportu-

nidad o por el éxito. De manera que no viene creada por la razón, sino que más bien es ella la que la crea. Lo contrario es lo que pretende hacer la Ilustración siglos más tarde sin llegar a conseguirlo.

La segunda de las razones propuestas se refiere también a algo muy importante y que no siempre es fácilmente comprendido, sobre todo cuando se trata de valorar sin la adecuada perspectiva histórica. Así, por ejemplo, cuando se dice en clave «ilustrada» que el «*mos italicus*» dio lugar a un sistema de Derecho formalista ajeno a las realidades sociales. Pero nada más lejos de la veracidad histórica. Puede ser cierto que en algunos momentos, como sin duda aconteció en los siglos xvii y xviii, el Derecho común resultara un sistema formalista; pero esta valoración peyorativa es ajena tanto a la época de su implantación y de su rápida difusión como a las épocas de su mayor desarrollo y apogeo, que, por otra parte, no es rigurosamente sincrónico en las diversas partes de Europa. Sobre todo no es formalista en lo relativo a la construcción de una serie de conceptos fundamentales del Derecho privado moderno, matrimonio, persona jurídica, contrato, posesión, contrato de sociedad, etc., y en buena parte de los propios fundamentos del Derecho procesal moderno y de otras ramas del Derecho público, especialmente mediante la instrumentación de las ideas del «*ordo*» y del «*officium*». La razón fundamental de este desarrollo la destacó mi maestro H. THIEME hace más de treinta años. Efectivamente, el Derecho común no se desenvuelve sólo como consecuencia de la *renovatio imperii* más que como pretexto ideal del «*unum ius*», ya que esa «*ordenatio ad unum*» lo que tiene de más significativo es que traduce una actitud especulativa uniforme que se difunde por toda Europa y que va a tratar por igual a las diversas tradiciones jurídicas, no sólo al Derecho romano de la recepción o al Derecho romano preexistente, sino también al Derecho bárbaro y a Derecho feudal, lo mismo que, por otra parte, al Derecho canónico. Actitud que de la misma manera se enfrenta más tarde con el Derecho natural debido a las exigencias del humanismo. Lo que explica la efectividad de la recepción en Alemania después de la Reforma, por un lado, y la pervivencia del Derecho común como «*usus modernus Pandectarum*», por otro, hasta la época de la codificación. Evolución que resulta explicada si se tiene en cuenta que esa actitud especulativa uniforme surge precisamente en ese ámbito que crea la comunidad de profesores y de alumnos («*universitas*») como un espacio reservado a la reflexión y a la libertad de la conciencia racional, pero siempre abierto a las necesidades de la realidad, como la propia evolución y desarrollo de la doctrina del Derecho común ponen de relieve. Nunca cerrada, salvo esporádicas manifestaciones, en formalismo alguno.

EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO COMÚN

En una de las obras más antiguas que se conservan de la doctrina del Derecho común, las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, de un eminente jurista boloñés de siglo XII no identificado pero que H. KANTOROVICZ atribuye al glosador PLACENTINO, se hace una alegación abstracta en favor del «*unum ius*» que, aunque en apariencia tiene su fundamento en la idea del *imperium*, en realidad no es más que un recurso dialéctico, un símbolo de la unidad de la comunidad cristiana por cuya mediación el Derecho romano deviene el fundamento del Derecho universal.

Sin embargo, los primeros glosadores admiten sin reparo la pluralidad legislativa, acogiendo tanto al Derecho bárbaro como al Derecho feudal, los que no son más que manifestaciones del «*ius novum*». Una situación especial se va a plantear con relación al Derecho canónico que también forma parte del Derecho común, es decir, de la «*ordinatio ad unum*», pero que, a diferencia de los Derechos particulares, queda en el mismo plano que aquel de donde surge la doctrina del «*utrumque ius*»; únicamente se diferenciarán ambas esferas normativas en que se hallan sometidas a una «*iurisdictio*» distinta, eclesiástica y secular. Pero inmediatamente aparece una nueva fuente del Derecho especial con los *Estatutos* de las ciudades italianas, planteándose el problema de sus relaciones con el Derecho común. Ante este problema los glosadores quedaron perplejos y mudos: se hallaban ante el problema del «*ius novum*» una vez más, calificando a los estatutos como costumbre «*praeter legem*», según el parecer de AzÓN. Pero ¿cómo admitirla como «*contra legem*»? Aquí se quiebra la idea del «*ius novum*».

Ocurre en aquella situación un cambio de orientación o más bien de método, al rebasarse ampliamente el plan de trabajo inicial de la mera exégesis del «*Corpus iuris*», lo que es obra de los postglosadores, llegándose en este punto a la idea, con CINO DE PISTOIA y con BARTOLO DE SASO-FERRATO de que el Estatuto podía valer como Derecho común. En esta línea, poco después, BALDO DE UBALDIS entenderá que los Estatutos son también «*ius civile*», considerando el Derecho romano como «*leges*» y los Estatutos como «*consuetudo*» («*ius novum*»). Incluso de esta manera se llegó a la idea de que el Derecho estatutario (fuera de Italia, *costumbres* o *fueros*) era también «*ius commune*», y de este modo el Derecho romano aparecía como un «*ius civile commune*» de segundo grado o subsidiario. Estas construcciones son acogidas tempranamente en el *Código de las Siete Partidas*, sin duda alguna el cuerpo legal más importante de todo el Derecho común, anterior o al menos contemporáneo de los primeros postglosadores.

Abierta esta vía, surgen los nuevos Derechos comunes territoriales o nacionales, iniciándose así un proceso que sólo concluirá con la codificación, en el que a este nuevo Derecho común le corresponde transformarse

en el Derecho civil moderno de los distintos países europeos y americanos. Pero entre tanto, *ius commune* y *ius proprium* convivirán durante siglos en los diferentes espacios territoriales del continente en una comunicación recíproca y en la que acaba por imponerse siempre, tanto en el plano doctrinal como en el de la jurisprudencia práctica, el Derecho común, debido a su superioridad técnico-dogmática o, al menos, a su predominio escolástico y de lo que únicamente se verá libre Inglaterra que había tomado un camino diferente al inicio de la recepción. Esta superioridad se manifiesta sobre todo mediante el papel que desempeña la «*communis opinio doctorum*», abierta cada vez más a las necesidades de la práctica y en la creencia generalizada de que el Derecho romano sirve para interpretar o integrar los ordenamientos particulares aunque se trate de instituciones irreductibles con las categorías romanas por constituir la *ratio scripta*, es decir, un Derecho racionalmente perfecto.

En esta situación que se prolonga a lo largo del Derecho intermedio, se puede comprender fácilmente la importancia que adquiere la doctrina jurídica, tanto que el «*Corpus iuris*» pasa a un segundo plano en relación con la obra de sus comentaristas e intérpretes, y lo mismo sucede con las obras doctrinales relativas a las fuentes particulares. Así dice P. KOSCHAKER que la autoridad de la doctrina «aumentó en proporción a la libertad con que interpretaban el “*Corpus iuris*” para atender a las necesidades de la vida práctica de aquel entonces y en proporción también a la atención que estos comentarios dedicaron a las fuentes del Derecho propio. Las opiniones de los doctores llegaron así a prevalecer sobre el mismo “*Corpus iuris*” y tenían una gran autoridad cuando se manifestaban concordes respectivamente a un punto cualquiera de Derecho». Esta era la verdadera fuerza del Derecho común, capaz de desafiar con éxito las prohibiciones regias de invocar ante los tribunales la autoridad de los juristas. De este modo se constituye el peso decisivo de la doctrina del Derecho común en la formación de la *dogmática* del Derecho privado europeo, pero también del *sistema interno*, transmitidas por la fuerza de la «tradición jurídica». Tradición que es fruto de una actitud especulativa *abierta* a la racionalidad de los problemas jurídicos y que únicamente se siente vinculada por la *autoridad* de la experiencia jurídica, que no consiste en un «precedente judicial», sino una auténtica experiencia intelectual basada en una tradición cultural que se apoya en las opiniones de los grandes juristas antiguos, pero no por antiguas, sino por sabias.

Lo más significativo es que esta *tradición* que nada tiene que ver con posturas inmovilistas o conservadoras ha sabido superar y asimilar a lo largo de los siglos tanto el nominalismo como el «*mos gallicus*», el humanismo como el Derecho natural, y finalmente tanto el racionalismo con su nueva versión del Derecho natural como la Ilustración. Incluso la codifica-

ción, aunque tenga otras connotaciones como son la propia Ilustración, la Revolución francesa y las grandes conquistas liberales que han llevado a la creación del Estado moderno, no es más que una «consolidación» o «fijación» del Derecho precedente, es decir, el Derecho común particular de cada uno de los países en que se lleva a cabo. Bien que se vincule, como en la mayoría de los casos, a un anterior «*usus modernus Pandectarum*», bien que entre aquélla y ésta medie un proceso de «sistematización» previa como en el caso de BGB, dependiendo más del pandectismo que de aquella idea de «sistema» que definió I. KANT en su *Metafísica de las costumbres*, pero que no se acertó a comprender bien o que probablemente no quiso comprender la Escuela histórica, desviando la construcción del sistema hacia una profundización en la «recepción del Derecho romano», como pretendió el propio SAVIGNY, lo que fundamenta GUSTAVO HUGO, fundador de la Escuela, afirmando que «el Derecho romano es nuestro Derecho natural».

En cualquier caso, el Derecho común se halla en la base de nuestros Códigos civiles y de muchas de nuestras leyes y, desde luego, en el fundamento de su «cultura jurídica». Por eso, en la hora actual en que se vuelve a hablar de un retorno a la unidad europea, hay que tener muy presente al Derecho común, sobre todo en un momento en que el proceso que culminó en las codificaciones y que se perpetúa en las sucesivas adaptaciones, por medio de «novelas» o de leyes especiales, en el marco de los Derechos nacionales, parece que ha entrado en una fase de agotamiento fisiológico, lo mismo que otras muchas cosas del mundo jurídico que estamos viviendo.

Otro tanto habría que decir de otros modelos preparatorios de la integración jurídica como el Derecho comparado europeo, en el que es imposible profundizar sin tener un verdadero conocimiento del Derecho común. Pero esto ya lo dijo E. RABEL en los años treinta.

En cualquier caso, no habrá unidad europea sin un «*unum ius*», es decir, sin un mínimo «*ius commune*»; y entre tanto no está de más que volvamos la mirada al que ha inspirado nuestra tradición jurídica, porque de cómo se hagan las nuevas leyes dependerá, como decía F. WIAECKER hace unos años, la suerte de la justicia en el mundo.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho civil

El siglo XIX

Quiero agradecer al Colegio Nacional de Registradores la invitación que me ha formulado para tomar parte en este curso de conferencias sobre España ante el Derecho europeo. Quiero agradecer también al señor decano sus anteriores palabras.

Muchos de ustedes habrán leído la novela de TOLSTOI *Guerra y paz*, y, tal vez, recuerden en ese caso las páginas en que se relatan las conversaciones en los salones de San Petersburgo a comienzos del siglo XIX. En ellas se evoca alguna vez la resistencia que los españoles oponen a Napoleón Bonaparte. El príncipe Bolkonski, los amigos de Mijaíl Speranski piden al gobierno ruso del Zar que modifique sus relaciones con el Emperador de los franceses y ponen como modelo el valor ejemplar de la lucha de los españoles.

De esta manera la guerra de la Independencia trasciende de lo puramente español. El siglo XIX empieza para nosotros con la guerra de la Independencia, que constituye una página de la historia universal. Por otra parte, desde el punto de vista interior se ha solido considerar fundamentalmente como un acontecimiento heroico y militar. Las grandes batallas, Bailén, las guerrillas, las ciudades guerrilleras que resisten el asalto de los enemigos o sucumben al mismo se han presentado como la primera y la más larga de las guerras de liberación de los pueblos para defenderse con éxito de la agresión napoleónica.

Napoleón reconoció más tarde, en las «confesiones» de Santa Elena, su error. Había despreciado a los españoles, considerándoles un pueblo envilecido. Cuando antes de comenzar la aventura de España alguien que estaba bien informado le advierte al Emperador lo que puede ocurrir, Napoleón replica: «Los españoles son una chusma de aldeanos dirigidos por una chusma de curas». El error había de pagarlo bien caro.

Pero además de un acontecimiento militar, la guerra de la Independencia produjo una formidable sacudida interior, y podríamos decir que como consecuencia de aquella convulsión fue un gran fundente nacional. Es verdad que la insurrección española se inicia aisladamente por las Juntas pro-

vinciales y locales, pero aquello pronto se organiza en unidad de acción y la guerra resulta ser el gran catalizador del patriotismo español y del sentimiento nacional. Los somatenes del Bruch o los soldados y voluntarios que luchan en Bailén están defendiendo la misma causa, están dando al mismo tiempo testimonio del patriotismo nacional de todos los españoles.

Fue además la guerra un fundente social. Los largos años de la ocupación extranjera, la manera de producirse aquella especie de guerra total en que no había retaguardia porque la retaguardia era también un frente constante de lucha, la militancia en los ejércitos regulares o en guerrilla, todo esto contribuyó a que la sociedad española se refundiera en una misma voluntad histórica. La descripción que hace Galdós del Ejército español que combate en Bailén constituye, creo yo, una pincelada impresionista de aquella realidad: «Componiase de lo más selecto de la infantería de línea, con algunos caballos y muy buena artillería... Agregáronse algunos regimientos provinciales y los paisanos que espontáneamente o por disposición de las Juntas se engancharon en las principales ciudades de Andalucía... La Junta de Sevilla había indultado el 15 de mayo a todos los contrabandistas y a los penados... y esto trajo una partida que si no era la mejor tropa del mundo por sus costumbres... dio al Ejército excelentes soldados (y)... se les reputó como auxiliares muy eficaces del Ejército. Cuerpos reglamentados españoles, con algunos suizos y valones; regimientos de línea que eran la flor de la tropa española; regimientos provinciales que ignoraban la guerra, pero que se disponían a aprenderla; honrados paisanos, la mayor parte muy duchos en el arte de la caza y que, por lo general, tiraban estupendamente; y por último, contrabandistas, granujas, vagabundos de la sierra..., holgazanes convertidos en guerreros al calor de aquel fuego patriótico que inflamaba el país».

Es verdad que la guerra produjo también una ruptura social, la de los afrancesados, que en pequeño número y por motivos distintos en cada caso tomaron parte al lado del rey intruso. Pero por una especie de resultado paradójico, ese hecho de los afrancesados sirvió también como fundente por el universal rechazo que produjo la actitud de los colaboracionistas.

La sacudida interior de la guerra de la Independencia trasciende a las mentalidades, al estilo de vida, a los comportamientos en general. Como ejemplo, quiero citarles lo que se dice en un documento administrativo que, dentro de la aridez de tales documentos, resulta muy ilustrativo. Es el informe del capitán general de Cataluña sobre la Junta de Comercio de Barcelona. Se trataba de estimular la incorporación de los comerciantes catalanes a la Junta ofreciendo en contrapartida a las incomodidades que ello ocasionaba ventajas y distinciones. El expediente abierto en 1808 no se había cerrado a causa de la guerra en 1816, y es en esa fecha cuando el capitán general de Cataluña, que lo era precisamente el general Castaños, el vencedor de Bailén, nos describe el cambio producido en la mentalidad

y en los usos sociales con estas palabras: «El uso de la espada, que en el año de 1763 (cuando se fundó la Junta) era peculiar de los nobles y de los graduados en Facultad mayor, y se concedió a los matriculados; el tratamiento de “don” que se les daba en lo relativo a los cargos y demás anejos a la matrícula, y aun cierta consideración que adquirirían en el pueblo, era un sistema lo bastante poderoso para que todo comerciante acreditado aspirase a la matrícula. Pero con el espacio de medio siglo ha variado enteramente la opinión y la idea: ya no se hace uso de la espada, se prodiga el tratamiento de don de que algunas clases de nobleza no gozaba y parece que se hace alarde de despreciar lo que entonces era apreciado».

Es la imagen de España la que había cambiado con los años de la guerra. No sólo había cambiado por dentro la imagen de España, sino también la que de España tenían desde fuera cambió radicalmente a raíz de la guerra. La fecha de 1808 produjo la expectación de Europa ante un pueblo que la cultura de la Ilustración europea había menospreciado, como lo menospreció Napoleón, criatura de esa cultura. Luego, la Constitución de Cádiz, que se iba a convertir en un modelo para el liberalismo italiano en 1820 o para los decabristas que conspiraban en Rusia en 1825 o en estímulo del incipiente liberalismo alemán. Todo ello produjo un efecto coincidente.

¿HISTORIA INTROVERTIDA O DISTINTO RITMO HISTÓRICO?

El siglo XIX español lo abre, pues, una página de la historia universal. Lo cierra otra página que también trasciende de la pura historia española para convertirse en un acontecimiento importante en la historia de las relaciones internacionales y de las relaciones de potencia a finales de aquel siglo: el desastre del 98 y el examen de conciencia que en España se produce como consecuencia del mismo.

Entre 1808 y 1898 se ha solido presentar la historia de España como la historia de una introversión. Pero no podemos aceptarlo porque para poder hablar de introversión tendríamos que aceptar la existencia de una desconexión de España con Europa a lo largo de esos años. Y sin embargo, durante ellos España mantiene el contacto exterior, preferentemente con aquellos países y aquellas culturas que están más próximos a nosotros en el ámbito geográfico, en el ámbito político y en las raíces culturales: con Francia, Inglaterra, Italia e, incluso, también con Alemania.

Se ha solido decir que el siglo XVIII fue el siglo afrancesado; yo creo que el siglo más afrancesado de España fue el siglo XIX, porque en él fundamentalmente la influencia francesa en nuestras instituciones, en nuestra cultura, incluso en la política alcanzó unos grados que hasta entonces nunca había tenido y que nunca volvería a alcanzar de modo tan preeminente.

No hay una introversión en España durante el siglo XIX, España vive en contacto con Europa, pero sí se produce distinto ritmo histórico. La historia española durante ese siglo difiere del ritmo de esos otros pueblos más próximos en el orden cultural, económico y político. Tres connotaciones principales sirven para subrayar esas diferencias.

En primer lugar, el desplazamiento de la posición de España en el orden internacional. España hasta finales del siglo XVIII había mantenido una posición, si no de primera potencia, sí de potencia en las relaciones internacionales. España, vencedora de Napoleón, tiene un papel insignificante en el Congreso de Viena, no se sienta en la mesa de los grandes vencedores, no está en la Comisión de los Ocho que administran aquella victoria. Se ha buscado el chivo expiatorio de nuestra poca presencia en el Congreso de Viena; pero da lo mismo que sea la falta de iniciativas del gobierno o la inhabilidad diplomática. El hecho es que España quedará fuera de la Pentarquía que gobierna la Europa postnapoleónica y a la que incluso se suma la Francia vencida.

Son entonces los años de la emancipación de las Repúblicas hispano-americanas que mantienen a España aislada internacionalmente, a pesar de su Santa Alianza, por el apoyo inglés. Luego, los asuntos internos, como la guerra carlista, distraen a España del orden internacional. Mientras España se aleja de los grandes proyectos europeos, Europa realiza la expansión de la economía industrial y simultáneamente la expansión imperialista. Esporádicamente aparecen por un momento, en la época de O'Donnell, unos intentos para tomar parte activa en el mundo exterior, pero en todo caso siempre en un papel subordinado a Napoleón III, como en las expediciones a Cochinchina o a México.

La posición geográfica de España en el marco europeo aleja, por otra parte, de los conflictos intracuropeos derivados fundamentalmente de la «cuestión de Oriente» y de la eclosión de los nacionalismos, que cristalizarán en la unidad de las dos grandes naciones europeas modernas: Italia y Alemania. Más tarde, la política de «recogimiento» que preconiza Cánovas del Castillo, atribuida a pesimismo histórico del gran creador del sistema de la Restauración, nos aparta del mundo de las relaciones de potencia, vivimos un aislamiento nada espléndido, absortos en nuestros problemas y sin entrar en el sistema de las alianzas, marginados de la vida política internacional europea.

La segunda connotación a la que me refería podríamos enunciarla como el paralelismo de la historia política interior española con la de otros países de nuestro continente, aunque no puede establecerse una contraposición tan clara como en otros temas. La nota dominante de la vida política europea durante la primera mitad del siglo XIX fue la tensión entre el Antiguo régimen y el liberalismo. En España esa tensión que se inicia en 1812 se

prolonga hasta 1834, cuando definitivamente parece asentarse el régimen liberal constitucional; o si se prefiere, hasta 1840, cuando por fin queda vencido el carlismo en armas.

Son años en que tensiones semejantes han sacudido a otros países: en Francia, la tensión Antiguo régimen-liberalismo no se liquidó hasta la segunda Revolución francesa, en 1830. En el Imperio austro-húngaro, en Alemania y en Saboya la tensión se mantiene viva hasta 1848. Sin embargo, lo que sí resulta diferenciador son las dificultades para el asentamiento del Estado liberal. A ello se han referido los historiadores, los sociólogos y los politólogos. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que en España nacionalismo y liberalismo son dos ideas-fuerza no coincidentes a lo largo del siglo XIX. Nacionalismo y liberalismo habían coincidido en Bélgica y de esa coincidencia surgió la nación belga. Habían coincidido en Francia, en Alemania o en Italia, incluso en países donde no llegaron a triunfar políticamente, como en el caso de Polonia.

En España la disociación de estas dos ideas-fuerza contribuye a la inestabilidad de un régimen liberal que se ve sacudido por otra serie de acontecimientos: y aquí entra en juego esa otra razón de fuerza que es el «pronunciamiento». El régimen liberal se asienta en casi todos los países sobre el soporte social de las clases medias. La pregunta que podemos hacernos es si el régimen español que se establece en 1834 es el régimen de las clases medias o el de los generales. La preponderancia militar se hará presente en España desde 1820, cuando triunfa el primer pronunciamiento, hasta 1874, cuando triunfa el último pronunciamiento, el de Sagunto.

La dimensión social de las clases medias españolas como categoría ideológica es sensiblemente análoga a la de las otras clases medias europeas. Los doctrinarios españoles que exhiben orgullosos las virtudes de esas clases medias han tomado muchas veces sus argumentos de los doctrinarios franceses. Una vez más, la influencia francesa se manifiesta, como Díez del Corral lo comprobó hace años en una obra bien conocida. Alcalá Galiano, en quien podemos encontrar la quintaesencia del triunfalismo de las clases medias como categoría sociológica, hizo su famosa manifestación en el Ateneo: en un siglo mercantil y literario como el presente, las clases medias tienen la fuerza moral y gran parte de la fuerza material; y quien tiene la fuerza debe recabar para sí el poder político.

Pero esa fuerza de las clases medias como soporte social era débil en España frente al amplio medio rural y frente al carlismo en armas que se presentó recurrente hasta 1876. Nunca mejor que en este momento podría aplicarse aquello que UNAMUNO decía de nuestra mal llamada clase media, que ni era media ni apenas clase. O la caricatura que hacía el marqués de Salamanca cuando decía que España la componían una docena de ricos,

cien o doscientas personas que tienen para un pasar y ocho millones de mendigos que no tienen donde caerse muertos.

Prescindiendo de la exageración caricaturesca, la realidad era esta: la de unas clases medias débiles que difícilmente podían dar soporte social a la estabilización de un sistema liberal constitucional. Y así es como de esas mismas clases medias salió el llamamiento al Ejército. Se pedía un suplemento de fuerza militar y esta petición se produjo desde todas las familias liberales, de cualquier caracterización que fueran. Por cierto, que fueron los de significación más progresista los que consiguieron atraer a ESPARTERO. En justa correspondencia, los moderados hicieron un llamamiento a NARVÁEZ; y más tarde, cuando surgió por el centro el grupo de la Unión Liberal, aparece allí también su correspondiente espada, la de O'DONNELL.

Esta es la «causa histórica» que el profesor JESÚS PABÓN, el gran maestro de historiadores, de quien yo tuve la suerte de aprender mucho, señala como una de las explicaciones del régimen de los generales cuando dice: se pasa de la paz a la guerra en un día, pero no se pasa en un día de la guerra a la paz. Y después de los «años bélicos» surgió ese convencimiento por parte de los políticos liberales por los titulares de las clases medias, para bien o para mal, equivocándose o acertando: recabar de los generales ese suplemento de fuerza social de que ellos carecían.

Algunos años más tarde, un político civil, BRAVO MURILLO, un magistrado de gran talento organizador, intentó desembarazarse de la tutela militar y anunció aquello de que él ahorcaría políticamente con sus propios fajines a los generales sin quitarse el frac. Pero ocurrió exactamente lo contrario, que los generales le ahorcaron a él políticamente y le quitaron el frac. Sólo CÁNOVAS DEL CASTILLO, años más tarde, cuando las circunstancias políticas cambiaron sustancialmente después del convulso sexenio revolucionario de 1868-1874, sólo cuando las clases medias habían adquirido más peso específico, cancelará la presencia militar y hará posible una política civil.

La tercera connotación se refiere al desfase en el desarrollo económico. La ruptura del eje imperial sobre el que se asentaba el mecanismo de la vida económica de la Monarquía española, con la separación de las Repúblicas hispanoamericanas, trajo una necesidad de reconversión de nuestros recursos. Esa ruptura se producía además en un momento de gran expansión demográfica, porque precisamente los primeros sesenta años del siglo XIX fueron los años del mayor crecimiento demográfico español, cuya población pasó de los 11,5 millones alrededor de 1800 a los 15,6 millones que se registran en el censo de 1857, el primer censo general de población moderno. Hay, pues, un ritmo de crecimiento en ese momento comparable al de la expansión demográfica que se produce en la Europa industrial.

España perdía recursos al romperse el eje imperial y tenía más bocas que alimentar. Ante esas circunstancias se produjeron reacciones o respuestas. La respuesta en el sector agrario fue la expansión del área cerealística y, por consiguiente, el crecimiento de la producción triguera y con ella la posibilidad de alimentar mejor a los españoles y de acabar con las hambrunas que anteriormente causaban estragos. A partir de 1830 se consiguió el autoabastecimiento suficiente de pan, el producto esencial de la alimentación española. Todavía en 1803-1804 se había producido una de esas hambrunas, que fue superada por la todavía más grave de 1812, de la que nos dejó un recuerdo literario MESONERO ROMANOS en sus *Memorias de un setentón* y que se reflejó en el académico cuadro de APARICIO o en los diecisiete aguafuertes de GOYA.

Pero la economía agraria se vio afectada también por ese otro fenómeno que fue la gran transferencia de la propiedad agraria producida por la desamortización. Por cierto que al hablar de la desamortización nos acordamos casi siempre de los decretos de MENDIZABAL o de la Ley de MADDOZ, y casi nunca recordamos la Ley hipotecaria, que a mi modo de ver contribuyó muy eficazmente a que se hiciera realidad la transferencia de propiedades y sus resultados en la estructura de la misma. Pero, en cualquier caso, no se creó una clase media agraria que diera suficiente estabilidad a la sociedad española, aunque sí aumentaron los rendimientos agrarios.

Otra respuesta debemos buscarla en el sector de la economía industrial. Era la época de la «revolución industrial» en el continente europeo, iniciada en el siglo XVIII en Inglaterra. Pero la España del siglo XIX encontraba enormes dificultades para el desarrollo de la economía industrial, y en parte ha seguido encontrándolos hasta nuestros días. La «revolución industrial» se hizo en Inglaterra, y luego en otros países, sobre la base de la abundancia de capitales, de un ahorro previo que facilitó la inversión a precios convenientes. Pero en España no había existido una acumulación capitalista en el siglo XVIII y ante la escasez de capitales propios había que recurrir a las inversiones extranjeras; y éstas actuaron con criterios colonialistas, es decir, que los beneficios se reinvirtieron en los países de origen.

Además de la escasez de capitales y prescindiendo del tema de que a los historiadores de la economía les gusta mucho discutir, que es el de la aplicación adecuada de las inversiones extranjeras que no sirvieron para dar un tirón a la economía siderúrgica a pesar de las construcciones ferroviarias, hubo en España también escasez de fuentes de energía. La revolución industrial se produce allí donde hay carbón y donde hay materias primas importantes. En España prácticamente se disponía sólo del carbón asturiano, y sus condiciones no eran óptimas. Sólo en el siglo XX las disponibilidades de la energía hidroeléctrica, único sector en el que España estaba potencial-

mente bien dotada, permitieron un primer despegue de la economía industrial. Pero en el siglo XIX, carentes de esta fuente de energía, carentes de carbón o de petróleo, las dificultades eran poco menos que insalvables para poner en marcha una economía industrial moderna.

Aún hay otro aspecto en que no se suele insistir mucho, o no veo yo que los historiadores se hayan ocupado debidamente de él, y cuya importancia nadie puede negar: la falta de espíritu empresarial. La herencia cultural de una sociedad aristocrática había descalificado el trabajo material, incluso había oficios que se consideraban civilmente deshonrosos. El espíritu aristocrático prevalecía sobre el espíritu de trabajo; y de ahí el que sólo en algunos ámbitos regionales se ofreciera el contraste, al que ya algunos escritores del siglo XVIII se refirieron: así el caso de Cataluña y, más tarde, el del País Vasco o el de los empresarios valencianos que a finales del siglo XIX ponen en marcha la economía exportadora de los agrrios y demás.

Ya no sé si tengo suficiente fundamento para pensar que la figura del indiano vino a ser el contrapunto de la figura del empresario en España. Quizá el empresario potencial encontraba más accesible el atractivo de América y así surgió el indiano, el hombre que con su inteligencia, su esfuerzo y su trabajo ponía en marcha negocios en América que a veces le iban bien, y entonces se transformaba en un empresario que se quedaba allí o que regresaba a España a una edad tardía y se contentaba con hacer inversiones suntuarias en su pueblo o para hacerse notar socialmente. Ciertamente, hubo excepciones e indianos que montaron en España empresas de servicios, pero fueron los menos.

LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO MODERNO

Estas connotaciones del ritmo histórico de España con relación a Europa dan una imagen un poco deprimente, aunque por supuesto incompleta, del siglo XIX español. Y sin embargo, en medio de las convulsiones interiores, en medio de la marginación exterior, se construyó el edificio del moderno Estado liberal. Esto requirió el esfuerzo de una clase política formada fundamentalmente en la Facultad de Derecho. Fue una obra de juristas. El desmantelamiento de las instituciones del Antiguo régimen, que ocurre durante los treinta o cuarenta años primeros del siglo XIX, obligaba a un esfuerzo de reconstrucción de un nuevo edificio jurídico-político y administrativo para no vivir a la intemperie. Y esa fue la obra principal de los moderados. Una obra en la que hay que registrar, en primer lugar, el régimen provincial de JAVIER DE BURGOS, que se inspiró, cómo no, en el modelo francés, aunque conservando un mayor respeto aquí a la tradición

histórica en la delimitación provincial, y no sólo en la racionalización geográfica que había presidido el régimen departamental francés. Un régimen provincial que ha sobrevivido más de ciento cincuenta años, lo cual ya dice algo para que lo tomemos en consideración como obra importante, aunque hoy algunos lo pongan en tela de juicio.

Los moderados en el poder hicieron la reforma administrativa, que entrañaba el desarrollo de la burocratización de las Administraciones públicas. El personal burocrático se había ido designando caprichosamente, el empleado y el cesante que figuran en nuestra literatura costumbrista, elegidos por motivos políticos o de padrinazgo, sin preparación profesional acreditada. La profesionalización de la burocracia la inició BRAVO MURILLO en 1847 y, sobre todo, a partir del Real Decreto de 1852, que si bien no se cumplió de modo estricto, sirvió para avanzar en la dignificación de la función pública hasta el Estatuto de 1917.

También corresponde a estos hombres la creación de una Hacienda pública moderna, porque se vivía de los restos de la irracional organización hacendística que sobrevivió a los esfuerzos reformadores de finales del siglo XVIII. La reforma de MON-SANTILLÁN creó el nuevo modelo que iba a subsistir hasta principios de siglo XX. En el capítulo de la política de «fomento» a ellos se debe la organización de la instrucción pública, siguiendo modelos franceses. La instrucción primaria, surgida de los planes de QUINTANA en 1821, inspirados en Condorcet, y que luego se consolidó en 1838; el plan PIDAL de 1845, que estableció el contenido de la segunda enseñanza, según el modelo de VILLEMMAIN; y, por fin, la famosa Ley MOYANO que creó la moderna Universidad española, que ha sido calificada a veces despectivamente como «napoleónica», pero que ha durado casi un siglo. Los moderados fueron también los impulsores de las grandes obras públicas de infraestructura, los ferrocarriles y la atención por primera vez a las comunicaciones marítimas.

Por fin la seguridad pública, el otro gran problema. En la época que se iba a construir el ferrocarril había que proteger los trenes contra el asalto en descampado, como ocurría con las diligencias. Esto exigía un replanteamiento de las instituciones de seguridad pública, que en aquel tiempo eran de carácter local o regional, sin coordinación entre todas ellas, que sumaban efectivos de unos 12.000 hombres. Una vez más se copió el modelo francés de la Gendarmería y así se creó, en 1844, la Guardia Civil, con una plantilla inicial de 15.000 hombres y que dieron custodia a los ferrocarriles y a los caminos con gran eficacia. Porque a pesar de haber sido recibida con suspicacia por los progresistas, que temían se convirtiera en una especie de contramilicia nacional que ellos dominaban, la Guardia Civil fue una auténtica institución nacional para afrontar un problema nacional, y así ha sobrevivido a los avatares de la política hasta nuestros días.

EL «REMANSO» Y EL «DESASTRE»

Todo esto, como digo, fue el fruto de una clase política que estaba fundamentada en el Derecho y arropada en el periodismo. Con tenacidad e inteligencia los moderados crearon los fundamentos del Estado de Derecho; sin embargo, no fueron capaces de evitar el fracaso político del primer ensayo de monarquía constitucional de Isabel II. Y así se llegó al segundo ensayo, el del «remanso» de la Restauración, en el que CÁNOVAS DEL CASTILLO acertó a diseñar un sistema funcional, según el modelo británico en este caso, sistema que funcionó ordenadamente, aunque viciado por el caciquismo. Cuando tratamos de explicarnos históricamente la persistencia del caciquismo, lo que observamos en el fondo de la cuestión es la desmovilización política de la ciudadanía. Así no era posible conseguir la implantación normal de un sistema representativo, y mucho menos cuando desde 1890 se implantó el sufragio universal, con el que el caciquismo campó a sus anchas, como está demostrado.

CÁNOVAS DEL CASTILLO consiguió al menos una política civil: se terminó la preponderancia militar. Es verdad que su imaginación política tuvo una serie de carencias: el vacío de lo que debía ser la integración de los ámbitos políticos regionales, el vacío educativo, el del área social, aunque bajo la Restauración se creó la Comisión de Reformas Sociales, primera institución de la Administración pública de carácter social, poco eficaz en sus primeros años, pero que al menos llamaba la atención de las clases gobernantes y ponía sobre la mesa la discusión de algunas ideas y problemas.

Aquella España que estaba empezando a marchar en un cierto orden moderno sufrió el «desastre» del 98, que actuaría como catalizador de giro del fin de siglo. Por un lado, observamos a las muchas gentes que vivían todavía instaladas en la leyenda aurea. Por otro, los inconformistas, los regeneracionistas, los contestatarios de la generación del 98. En la autocrítica de aquellos hombres hay algunos denominadores comunes en los que yo quisiera insistir para terminar. La crítica a la sobriedad castellana, en la que tanto insistió mi paisano UNAMUNO, y la legitimación de la ambición, que es una cosa muy distinta de la codicia. UNAMUNO, en un artículo que publicó en *La Nación*, de Buenos Aires, en febrero de 1900 y que tituló precisamente «Examen de conciencia», daba un ramalazo de optimismo sobre el paisaje de España al observar la actividad industrial en el Norte. «La industria nos traerá cultura —dice— creando necesidades, porque es aquí lo que más falta hace, crear necesidades, acabar de una vez con esa tan ponderada sobriedad castellana, para que venga la insaciabilidad, madre de la ambición, que es la que a su vez da las grandes posibilidades de las empresas».

Era la rebelión contra el quietismo de la España que bostezaba, que

había dejado su himno en aquella copla que decía: «Cuando pienso que he de morir / tiendo mi capa en el suelo / y me harto de dormir». Pero no era sólo la crítica de la sobriedad para estimular el impulso nacional; era también la crítica del casticismo, otra cosa que a veces se confunde. UNAMUNO escribía desde 1895 aquellos artículos de «La España moderna», que luego publicó con el título *En torno al casticismo*. No era sólo la reprobación de los usos y costumbres en que estaban instalados los españoles. No era sólo presentar a Europa como modelo. No era sólo la polémica enconada y estéril, como suelen ser casi siempre tales polémicas, entre europeizantes y defensores de la tradición nacional. No era tampoco la negación de la historia, esa tentación que sobreviene muchas veces en circunstancias semejantes y que por entonces atormentaba a uno de los miembros más jóvenes y que era el periodista de aquella generación: RAMIRO DE MAEZTU.

Aquel clamor que hacían oír los escritores y poetas era algo más inmediato, sencillo y profundo. Era la reprobación del pícaro buscavidas como prototipo social que con su astucia y su cobardía se había instalado desde la literatura de siglo XVII y seguía instalado bastante cómodamente en los salones sociales de la España del siglo XIX.

Pero esta reprobación del pícaro no se hacía para reclamar la vuelta al héroe militar a la manera antigua, aunque JOAQUÍN COSTA pensara en el ideal de un «cirujano de hierro», con lo que eximía de la responsabilidad colectiva al esfuerzo común necesario de toda la sociedad para reconstruirse a sí misma. Era la llamada al hombre de acción, pero no aislado, sino a la suma de individuos que habían de formar la élite, o lo que se reclamaba con palabras de MAEZTU en los artículos de aquel tiempo que publicó con el título *Hacia otra nueva España*: el nuevo grupo de personas capaces de no hurtarse a los inconvenientes del presente y de arrimar el hombro a la empresa de levantar a España. Estas eran las voces del siglo XX, que se dejaban ya filtrar por los entresijos del siglo XIX con un timbre de dolor y de esperanza.

VICENTE PALACIO ATARD

Propiedad privada y régimen de suelo (*)

SUMARIO 1. LA PROPIEDAD DEL SUELO COMO PROPIEDAD ESPECIAL —
2. EL NUEVO RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO:
A) El suelo no urbanizable. B) El suelo urbano y urbanizable. a) Los deberes urbanísticos. b) Las facultades urbanísticas.—3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.—4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. LA PROPIEDAD DEL SUELO COMO PROPIEDAD ESPECIAL

Es bien sabido que el urbanismo confiere a la propiedad del suelo una fisonomía peculiar por una multitud de razones del más diverso orden; en el plano jurídico, esta especialidad se manifiesta en el objeto, contenido y régimen de la propiedad urbana, y sus causas más importantes son estas tres: la relevancia del *ius aedificandi* o derecho a edificar, la creación inevitable de plusvalías y la estricta necesidad de la intervención pública. En efecto, la propiedad urbana se caracteriza ante todo y por contraste con la rústica, porque el derecho de edificar pasa a un primer plano, si bien no agota el contenido del dominio; es una facultad que corresponde al dueño, que puede ejercerse de forma libre o controlada y constituye el título que le permite adquirir por accesión el dominio de lo edificado. Por otro lado, la propiedad urbana se revaloriza incesantemente como consecuencia de la obra urbanizadora tanto pública como privada, y ello sin esfuerzo en ocasiones y aun sin quererlo el propietario; este plusvalor se adquiere también por accesión, y como puede ser de una magnitud económica mayor que el valor del suelo, invita a invertir la clásica regla *superficies solo cedit*; en fin, la plusvalía urbana despierta la especulación del suelo y exige mecanismos de control para que revierta de algún modo a la sociedad. Hasta aquí puede decirse, como ha afirmado CARRASCO PERERA, que sólo el propietario está legitimado para actuar en el desarrollo urbano y que la intervención pública es externa al derecho de propiedad; pero es esto precisamente lo que la legislación del suelo ha cambiado, y se ha acentuado, quizá, por la

(*) Conferencia pronunciada en las *Jornadas de Urbanismo, Derecho y Notariado*, organizadas por el Ilustre Colegio Notarial de Burgos el 10 de marzo de 1992, el texto se ha adaptado al Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen de Suelo y Ordenación Urbana.

tercera versión aprobada de la Ley 8/1990, de 25 de julio, que ha potenciado notablemente la construcción obligatoria y sujeta a un calendario fijo. Por eso, y por último, el desorden urbano, la escasez de viviendas y el mercado inmobiliario alcista ha hecho que la intervención pública en el urbanismo no sea excepcional, sino normal en el Ordenamiento vigente, y no sólo en España, sino también en el Derecho extranjero.

Máxima expresión de esta tendencia es el artículo 47 CE, según el cual todos los españoles tenemos derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, lo que se relaciona, como ha observado RAFAEL GIL CREMADES, con la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE); los poderes públicos —sigue diciendo el precepto constitucional— harán efectivo este derecho regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, y la comunidad participará en las plusvalías generadas por la actuación urbanística de los entes públicos. Intervención que al configurar un régimen autónomo del *ius aedificandi* ha terminado por separar radicalmente la propiedad urbana del molde clásico de la propiedad común.

Con todo, esta intervención pública no es nueva, sino que se remonta a la polémica *servitus altius non tollendi* (D. 8.2.1), que al impedir edificar sobre cierta altura causó asombro y desconcierto en la doctrina del Derecho común. Aquí destaca el humanista y hogoñote HUGO DONELLUS (1527-1591), para el que la servidumbre muestra que la libertad de edificar no es ilimitada, sino que está restringida por el estatuto urbano dado que, a su juicio, *sine dubio aedificandi ius publicum est*. En cambio, entre nosotros la *interpretatio* de las *Partidas*, en especial de la P. 3.32.25, fue mucho menos explícita y sólo sostuvo que la libertad de edificar en suelo propio debía respetar los límites impuestos por las servidumbres y luego por las Ordenanzas municipales, las cuales aparecieron a partir de 1749 y se sucedieron hasta la Ley de alineaciones de 1856 y las posteriores leyes de ensanche de 1864 y 1876. Lo que pone bien de relieve que, aunque entendidas como excepciones a una regla general de libertad, el derecho a edificar siempre ha convivido con las limitaciones impuestas por el Derecho administrativo.

Tal era la normativa en vigor al promulgarse el Código Civil en 1889 y a ella se remite el artículo 350 al disponer que el dueño del suelo puede hacer las obras que le convengan, pero con sujeción a los reglamentos de policía. Junto a la definición del dominio —que ha perdurado tanto por admitir el pluralismo de las propiedades como por consentir una segunda lectura que subraya las limitaciones antes que las facultades del dueño (BERCOVITZ, LASARTE ALVAREZ, MONTES PENADES, COCA PAYERAS)—, los artículos 353 y 358 permiten al dueño del suelo adquirir por accesión lo edificado en él y el artículo 361 le confiere el derecho a hacer suya la obra edificada por un tercero de buena fe, pero con la carga de pagar antes al

constructor todos los gastos realizados. Conforme con la jurisprudencia, hay aquí una accesión retardada hasta el momento del pago, que no es muy disímil en su estructura interna de la accesión también retardada que ha establecido el nuevo régimen del suelo.

Poco diremos sobre la legislación especial del suelo que no sea de sobra conocido. Así, concebida en un primer momento como simple sucesora de los viejos reglamentos de policía, permaneció por años de espaldas al Código Civil; sólo la doctrina más atenta reaccionó oportunamente —y aquí debo resaltar a mi maestro el profesor DE LOS MOZOS—, y hace poco CARRASCO PERERA ha sostenido la plena integración de la misma con el Derecho común por establecer el estatuto normal de la propiedad urbana, y LOBATO GÓMEZ ha propuesto una nueva lectura del citado artículo 350 en una sugerente simbiosis del Código Civil y el régimen del suelo.

Como es sabido, por virtud del texto de 1956 la Administración asume la función pública de ordenar el urbanismo, cuyo eje es el planeamiento, el cual determina la clasificación y la calificación del suelo y conforma el contenido posible del *ius aedificandi*; por eso, la propiedad no sólo se modifica por limitaciones concernientes a su destino económico, modo de explotación y poderes dispositivos o incluso valor de cambio (DÍEZ PICAZO), sino que cambia de objeto al tiempo que incrementa su valor (DE LOS MOZOS), pues no recae ya sobre una determinada porción de suelo, sino sobre una cierta cuota de aprovechamiento urbanístico (TORRES LANA y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ). Entre las principales novedades de la reforma de 1975 es de recordar el famoso artículo 76 del Texto Refundido de 1976, según el cual las facultades del dominio se deben ejercer dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en el planeamiento, así como el no menos célebre artículo 87.1, a cuyo tenor el planeamiento no confiere derechos indemnizatorios por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística, salvo en caso de modificación anticipada de los planes; no obstante, el mismo precepto establecía que los propietarios tienen derecho a una distribución equitativa de las cargas y beneficios derivados del urbanismo. A esta finalidad respondía el aprovechamiento medio, que sólo se aplicaba al suelo urbanizable programado y operaba mediante la reparcelación en el sistema de cooperación y el proyecto en el de compensación; se ha dicho con razón que el espíritu de la Ley derogada era todavía el de las viejas leyes de ensanche, ya que no sólo se orientaba hacia la expansión de la ciudad, sino que se centraba en la urbanización y descuidaba la edificación, la cual, aunque podía llegar a ser obligatoria, se sometía a un largo y complicado proceso que, en el mejor de los casos, se prolongaba hasta seis años.

Aparte de la intervención en el mercado, estos dos problemas son los

que trata de corregir la reforma de 1990, incorporada al nuevo Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Frente al primero se establece el aprovechamiento tipo, que ahora se aplica tanto al suelo urbanizable como al suelo urbano cuando admite unidades de ejecución, y en las actuaciones asistemáticas en esta clase de suelo, mediante las transferencias de aprovechamientos, que no sólo son inscribibles en el Registro de la Propiedad, sino susceptibles de gravamen. Y ante el segundo problema, que es acaso el tema central de la nueva Ley, se articula un rígido mecanismo de adquisición gradual sometido a plazos cortos y perentorios de las cuatro facultades urbanísticas que integran hoy el *ius aedificandi*, a saber: el derecho a urbanizar, el derecho al aprovechamiento urbanístico, el derecho a edificar y el derecho a la edificación o a lo edificado. Si el propietario ejerce estas facultades conforme a los requisitos legales —que no administrativos— y en tiempo oportuno, desemboca en la adquisición de la obra construida; pero la falta de ejercicio o la caducidad de los plazos comporta la privación del dominio y de las facultades no ejercidas por la venta forzosa o la expropiación y drásticas reducciones en la valoración de los terrenos y de las obras.

Este es, en síntesis, el vigente régimen del suelo, que pasamos a exponer; primero respetaremos la sorprendente terminología del legislador y luego intentaremos esclarecer su significado técnico.

2. EL NUEVO REGIMEN URBANISTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO

En efecto, el régimen urbanístico de la propiedad del suelo se configura ahora como una pieza clave de la ordenación urbana; no sólo es uno de los dos objetos de la nueva Ley, sino que constituye uno de los aspectos de la actividad urbanística y la primera de las finalidades de la acción urbanística, que consiste precisamente en «procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma» [art. 3.º1.a)]. Por eso, este régimen ha pasado al Título I del nuevo Texto Refundido, el cual se divide en tres importantes capítulos, que se refieren a las disposiciones generales, al régimen del suelo no edificable y a las normas propias del suelo urbano y urbanizable.

Aparte de las definiciones y clases de suelo, las disposiciones generales —que han venido a sustituir los pretendidos principios de la reforma de 1990— se limitan a parafrasear preceptos constitucionales o a reiterar las normas que conocemos del Texto Refundido de 1976. En efecto, el artículo 5.º, que aplica el artículo 33.2 CE, dispone que la función social de la

propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas apropiables y condiciona su ejercicio, en tanto que el artículo 7.º, en aplicación del artículo 47 CE, consagra la participación de la comunidad en las plusvalías y el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento; en consonancia con el texto anterior, el artículo 8.º establece que la utilización del suelo en general, y en particular su urbanización y edificación, se hará en la forma y con las limitaciones impuestas por el planeamiento y de conformidad con la clasificación y calificación urbanística del suelo, el cual, según el planeamiento y las normas subsidiarias, puede ser urbano, urbanizable o apto para urbanizar y no urbanizable en los municipios con Plan general, o solamente urbano y no urbanizable en los pequeños municipios en que dicho Plan se puede sustituir por el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano. Asimismo, el artículo 6.º nos dice que la ordenación del territorio y de la construcción no confiere derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos contemplados por la Ley, que son los previstos por los artículos 237 a 241 y se reducen a estos tres. Por un lado, el cambio de los Planes que disminuya el aprovechamiento apropiable conforme al planeamiento anterior, siempre que esté patrimonializado —o sea, adquirido por el propietario—, caso en que se indemniza la diferencia de aprovechamiento, incluso cuando se trate del derecho a edificar, los gastos del proyecto para el que obtuvo la licencia y todos los gastos que devengan inútiles por el cambio de Planes o, en su caso, la expropiación; por otro lado, son indemnizables las vinculaciones singulares impuestas por la conservación de edificios, y sólo en la medida en que excedan de los deberes legales y los beneficios obtenidos por el dueño; en fin, el particular diligente puede exigir el resarcimiento de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la anulación de licencias, demora injustificada en su otorgamiento o derogación imprecendente y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración de conformidad con las reglas generales.

Por último, además de estas disposiciones generales, es de advertir la existencia de un principio implícito sobre el que se ha guardado un cuidadoso silencio; nos referimos al que determina al titular de las facultades urbanísticas, pues nada se dice acerca de si han pasado al dominio público, como da a entender la confusa terminología legal, o, por el contrario, son inherentes a la propiedad privada del suelo, según se desprende, como veremos, de una lectura atenta a la propia Ley. En este sentido sigue siendo válida la observación de DE LOS MOZOS según la cual la legislación del suelo no es distributiva de la propiedad puesto que se ocupa sólo de los propietarios, pero no entra en la situación de los no propietarios, lo que es grave porque éstos son también habitantes de la ciudad. Una salvedad al respecto es que ahora la actuación urbanística no extingue los arrendamientos urbanos y los arrendatarios conservan su derecho de retorno y los ocupantes de

viviendas ostentan un derecho de realojo, de lo que un autor como MARTÍN BLANCO deduce que la Ley 8/1990 ha derogado el discutido Decreto Boyer.

A) SUELO NO URBANIZABLE

El régimen del suelo no urbanizable es relativamente simple. Es un suelo rústico que se tasa por el valor catastral y no se incluye en las otras clases de suelo, aunque puede ser objeto de una protección especial por razón de sus características agrarias, recursos naturales, valores paisajísticos o culturales o para la defensa de la flora, fauna o equilibrio ecológico; sólo puede destinarse a fines agrarios, cinegéticos o medioambientales. En esta clase de suelo caben cuatro tipos de obras, a saber: las destinadas a las explotaciones agrícolas, las vinculadas a las obras públicas, las edificaciones de utilidad pública o interés social y los edificios aislados para viviendas familiares donde no existan núcleos de población. En particular, este suelo debe preservarse del desarrollo urbano, no admite parcelaciones urbanísticas y la transmisión, división y segregación de fincas no puede efectuarse en contra de lo dispuesto por la legislación agraria, esto es, que no resulten parcelas de dimensión inferior al tamaño de la respectiva unidad mínima de cultivo.

Al suelo no urbanizable, en fin, se asimila el suelo urbanizable no programado mientras no se apruebe el correspondiente programa de actuación urbanística; una vez aprobado el programa y adjudicada su ejecución, este tipo de suelo se equipara al urbanizable.

B) EL SUELO URBANO Y URBANIZABLE

Más complejo es, en cambio, el régimen del suelo susceptible de edificación, es decir, el suelo urbano y el urbanizable o, en su caso, el apto para urbanizar. Se trata de terrenos que cuentan —suelo urbano— o pueden llegar a contar tras la ejecución del planeamiento —suelo urbanizable o apto para urbanizar— con acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o que estén situados en áreas de edificación consolidada al menos en dos terceras partes —municipios con Plan— o la mitad —municipios sin planeamiento—. Sólo en suelo urbano las fincas se pueden considerar como solares aptos para la edificación si están urbanizadas o cuentan con los servicios indicados y dan frente a vía de calzada pavimentada y aceras encintadas o, si hay planeamiento, que tengan señaladas alineaciones y rasantes.

Novedad plausible de la reforma ha sido la equiparación casi completa

del suelo urbano y el suelo urbanizable; no obstante, difieren en estos importantes aspectos: el tipo de Plan que requieren, la reducción del aprovechamiento apropiable, el cálculo del aprovechamiento tipo y las actuaciones asistemáticas o fuera de unidades de ejecución que sólo caben en suelo urbano, con la consiguiente exclusión de las transferencias de aprovechamientos en suelo urbanizable o apto para urbanizar. Con todo, en las dos clases de suelo rigen las mismas normas sobre los deberes y las facultades urbanísticas, con alguna variación de detalle.

a) *Los deberes urbanísticos*

Así pues, en ambas clases de suelo, una vez aprobado el planeamiento que corresponda, surge el deber de los propietarios —y sólo de ellos— de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio en las condiciones y en los plazos marcados por el respectivo Plan o, en su defecto, por la legislación aplicable o por la propia Ley. Esta llamada incorporación consiste en realidad en la construcción obligatoria y conforme a la adquisición gradual —o más bien ejercicio paulatino— de las facultades urbanísticas si se han cumplido previamente los deberes legales, que ya en la fase de ejecución del Plan aseguran la distribución equitativa de beneficios y cargas tanto en el sistema de cooperación como en el de compensación, cuyo proyecto accede al Registro y es bastante para provocar las modificaciones registrales que procedan. Estos deberes legales no son simples obligaciones *ex lege*, sino que se configuran como auténticas cargas reales, de naturaleza ambulatorio o *propter rem*, que circulan junto al derecho de dominio, quedando el adquirente subrogado en la posición urbanística —diríamos— del transmitente; por eso, su cumplimiento o incumplimiento se refleja en el Registro de la Propiedad.

El artículo 20 del Texto Refundido menciona los cinco deberes siguientes: 1.º Ceder terrenos destinados a dotaciones públicas y, aunque no se diga, con carácter gratuito, lo mismo para sistemas generales (equipamiento comunitario) que para sistemas locales (un parque); dotaciones que se pueden obtener además por la inclusión en unidades de ejecución, expropiación o la ocupación directa, que se paga en aprovechamiento. 2.º Ceder el 15 por 100 del aprovechamiento tipo correspondiente al área de reparto, que ha aumentado con respecto al anterior aprovechamiento medio en un 5 por 100 y se aplica al suelo urbano además del urbanizable; tal es, pues, el aprovechamiento apropiable por cada propietario y por el conjunto de propietarios comprendidos en las áreas de reparto que debe fijar el Plan General Municipal. Lo que significa que el aprovechamiento máximo que puede corresponder a un propietario es, por regla general, el 85 por 100 del

aprovechamiento tipo multiplicado por los metros cuadrados de superficie que posea. 3.º Costear las obras de urbanización en el sistema de cooperación y ejecutarlas en el sistema de compensación; obras que consisten, en términos generales, en las que se requieran para dotar a cada parcela de la infraestructura y los servicios necesarios para que pueda considerarse como solar. 4.º Solicitar la licencia de edificación dentro del plazo y previa acreditación de haber cumplido los deberes anteriores. 5.º Edificar los solares en los plazos señalados por la licencia.

Pero no terminan con esto los deberes impuestos a los propietarios, sino que además de la declaración de obra nueva deben conservar los terrenos y construcciones y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público; están obligados a cumplir las normas protectoras del medio ambiente (Ley 4/1989, de 27 de marzo), del patrimonio histórico (Ley 16/1985, de 25 de julio) y las de rehabilitación urbana (Real Decreto 2239/1983, de 28 de julio); y ello sin perjuicio del destino efectivo al uso previsto en cada caso por el planeamiento urbanístico.

b) *Las facultades urbanísticas*

El cumplimiento de estos deberes determina la gradual adquisición de las facultades urbanísticas, dice el artículo 20.2 del Texto Refundido; en otras palabras, estamos ante la *conditio iuris* que habilita al propietario para ejercer sucesivamente los derechos —*rectius*: facultades— a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y, por último, a la accesión de lo edificado. Es de notar que el cumplimiento de estos deberes no exigen siempre un acto concreto del propietario, pues el primero de estos derechos, el derecho a urbanizar, se adquiere por la aprobación del respectivo Plan, acto que incumbe en exclusiva a la Administración, aunque el Plan se deba a la iniciativa de los particulares; e igual sucede con el derecho al aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano asistemático, que se adquiere también por el solo hecho de dicha aprobación.

De un modo esquemático, recordemos que el derecho a urbanizar consiste en la aptitud legal o facultad de poner en práctica las cesiones de aprovechamiento y de terreno, el reparto de beneficios y cargas en el proyecto de reparcelación o de compensación y pagar o realizar las obras de urbanización precisas para constituir solares edificables; por eso, en el sistema de compensación se traduce en la licencia para llevar a cabo tales obras y se extingue si la urbanización efectiva no se alcanza dentro del plazo, salvo respecto de aquellos propietarios que presten garantías por el 25 por 100 de su importe más los gastos de gestión.

Se adquiere esta facultad, como sabemos, por la aprobación definitiva

del planeamiento más específico según la clase de suelo; se trata, en concreto, en suelo urbano del Plan Especial de Reforma Interior y en suelo urbanizable del Plan Parcial, a no ser que se exijan además otros instrumentos pormenorizados, como los Estudios de Detalle, los Proyectos de Urbanización o los Catálogos de conservación o mejora de bienes de interés cultural. El ejercicio oportuno de esta facultad aumenta la valoración del terreno en un 50 por 100 del aprovechamiento apropiable en suelo urbano o del coste de la urbanización en el suelo urbanizable; en tanto que el incumplimiento o el vencimiento del plazo produce una reducción del mismo porcentaje en el suelo urbano, mientras que el urbanizable vuelve al valor inicial, que equivale al valor catastral. El plazo no se ha señalado por la Ley; de aquí que, a falta de determinación en el respectivo Plan, PERALES MADUEÑO entienda que, por analogía con el derecho al aprovechamiento urbanístico, son cuatro años, y MARTÍN BLANCO que es el que fije la licencia, al menos, en el sistema de compensación.

La extinción debe ser declarada por una resolución administrativa dictada con audiencia del interesado, que es recurrible conforme a las reglas generales; en tanto no se notifique que se ha iniciado el expediente, cabe proseguir el ejercicio de esta facultad; pero tal notificación lo paraliza de inmediato, impide pasar a la facultad siguiente y reduce el aprovechamiento apropiable a la mitad. Declarado el incumplimiento, se anota al margen de la última inscripción de dominio y la finca se inscribe en el nuevo Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar, en cuyo caso se somete a venta forzosa a favor del mejor postor si el Ayuntamiento no opta por la expropiación, el cual, si no opta en un año, puede ser sustituido por la respectiva Comunidad Autónoma. A juicio de GONZÁLEZ PÉREZ, este sistema puede conducir a que el suelo acabe en manos públicas o de la gran empresa; lo que es cierto, pero la preferencia por la venta forzosa hace temer que estemos ante una segunda desamortización de la propiedad, esta vez del apetecido suelo edificable y en que las nuevas manos muertas sean los propietarios pobres y los Ayuntamientos de pocos recursos. En otras palabras, dicha preferencia puede llevar a la amortización del suelo edificable en manos de las grandes empresas constructoras.

El derecho al aprovechamiento urbanístico consiste en la atribución efectiva al propietario del aprovechamiento apropiable conforme a los usos e intensidades que resulten de la calificación urbanística; recordemos que se trata del 85 por 100 del aprovechamiento tipo y que en caso que no se pueda materializar según el Plan se traduce en su equivalente económico. Se adquiere por el ejercicio oportuno de la facultad anterior, salvo en el suelo urbano excluido de unidades de ejecución en que basta la aprobación del Plan Especial, y, en todo caso, al cabo de cuatro años desde la aprobación definitiva del planeamiento correspondiente. Su ejercicio se verifica

por el hecho de solicitar la licencia de edificación y presentar un proyecto ajustado al planeamiento en el plazo general de un año, o de dos en el caso especial del suelo urbano asistemático; y se debe acreditar por una certificación municipal que se entiende otorgada a los tres meses de silencio administrativo y de la que se toma razón en el Registro de la Propiedad por nota marginal. Asimismo, en el sistema de compensación, para la recepción municipal de las obras de urbanización ya realizadas basta el ofrecimiento formal de la cesión de las mismas. Esta facultad se extingue por el vencimiento de los plazos indicados, en cuyo caso el aprovechamiento apropiable se reduce a la mitad en suelo urbanizable y en suelo urbano asistemático, y al 75 por 100 del aprovechamiento tipo en el sujeto a unidades de ejecución. En fin, la extinción se rige por el mismo procedimiento y tiene las mismas consecuencias que hemos descrito antes.

El derecho a edificar es la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico que se ha adquirido una vez solicitada la licencia dentro de plazo y se debe ejercitar a partir de su otorgamiento y con arreglo a la misma; la licencia —dice el art. 33— determina la adquisición del derecho a edificar, y la doctrina es unánime al entender que ahora es de naturaleza constitutiva, ya que no se limita a comprobar la preexistencia de unos requisitos legales, sino que crea o atribuye la facultad de edificar. Con todo, no se debe olvidar que se trata en todo caso de un acto debido, pues la Administración debe otorgarla si el particular reúne los requisitos para obtenerla; prueba de ello es que la denegación injustificada no sólo da derecho a exigirla, sino también al resarcimiento de los daños y perjuicios.

La edificación se debe realizar al ritmo y en la duración marcados por la licencia, que ha de fijar los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras. Su incumplimiento o infracción produce la extinción de la facultad de edificar y la caducidad de la licencia que impide reanudar las obras, salvo las necesarias para la seguridad y conservación de la parte edificada. La extinción, por fin, tiene igual reducción y se rige por las mismas reglas que el caso anterior, sólo que las obras realizadas se tasan aparte de acuerdo con su coste de ejecución según el valor fiscal que equivale al valor de mercado, y el correspondiente proyecto se valora en el 25 por 100 de dicho coste.

El derecho a adquirir lo edificado, por último, es la facultad del propietario de incorporar a su patrimonio la obra ejecutada y concluida conforme a una licencia legal y vigente. Esta edificación puede ser objeto de la declaración de obra nueva, la cual, si se ha terminado, exige que se acredite haberse otorgado la licencia y que la obra se ajusta al proyecto aprobado por ella; en caso que la obra esté en construcción, lo mismo que en el supuesto de obra meramente proyectada, se requiere además que el propie-

tario, una vez concluida, haga constar su terminación dentro de tres meses mediante acta notarial. Por otra parte, en la hipótesis que la obra se haya hecho sin licencia o sea disconforme con ella, procede su demolición sin indemnización. En fin, si la licencia es anulada por contravenir la ordenación urbanística no se produce la incorporación aludida y la finca se inscribe en el Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar, con la suerte ulterior que conocemos; asimismo, en el Registro de la Propiedad la interposición del correspondiente recurso se hace constar por anotación preventiva y la sentencia firme por inscripción. Con todo, si el propietario hubiera adquirido el precedente derecho al aprovechamiento urbanístico al momento en que solicitó la licencia anulada, puede pedir una nueva licencia en el plazo de un año. Por último, en el supuesto que la licencia hubiera autorizado un aprovechamiento superior al apropiable, el dueño y sus sucesores —salvo el tercero hipotecario— deben abonar a la Administración dicho exceso o, en el caso de esta salvedad, una indemnización en metálico. Lo que significa, en último término, que el exceso pertenece al propietario con la carga de pagar su precio a la Administración.

Este es, en apretado resumen, el nuevo régimen urbanístico del suelo; pasemos ahora a unas breves consideraciones críticas.

3. CONSIDERACIONES CRITICAS

Varias son las dudas que suscita la reforma y mantiene el Texto Refundido, como no podía ser de otro modo, que se pueden formular así: ¿Se ha suprimido la propiedad privada del suelo? ¿Se ha separado o disociado el *ius aedificandi* del contenido del dominio? ¿Se han modificado, por último, los preceptos básicos del Código Civil que hemos recordado?

Pienso que no, que nada de esto ha ocurrido; pero antes de contestar estas preguntas conviene un somero repaso de la legislación extranjera. Como ha destacado CARRASCO PARERA, en Alemania el derecho a edificar se considera una *pars domini*, que aun cuando sólo se hace practicable por el Plan se ampara por la garantía constitucional de la propiedad, y su privación exige expropiación y consiguiente indemnización; asimismo el autor antes citado señala que en Francia, aunque el *plafond legal de densité* fije un volumen rígido de edificabilidad de un metro cúbico por un metro cuadrado de superficie (salvo en París), es el propio Código del Urbanismo el que establece que el derecho a construir está ligado (*attaché*) a la propiedad del suelo (art. L. 112). Sólo en Italia ha prevalecido por largo tiempo, en cambio, la tesis contraria según la cual el *ius aedificandi* se ha separado del dominio y es objeto de una concesión administrativa por la que el titular del suelo debe pagar un precio; no obstante, esta tesis, tras la jurisprudencia

constitucional de los años ochenta, que ha estudiado LOBATO GÓMEZ, hoy se considera «insostenible y ya superada» (LIBERTINI).

Es esta tesis, sin embargo, la que ha inspirado la concepción estatutaria de la propiedad del suelo que, no sin voces disonantes (BOQUERA OLIVER), ha predominado entre nosotros desde la primera Ley del Suelo gracias al prestigio e indiscutible autoridad de GARCÍA DE ENTERRÍA; como explica TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en un fragmento ejemplar, a propósito del texto de 1956, «la Ley introdujo una innovación esencial: la configuración de un nuevo estatuto jurídico para la propiedad del suelo, que a partir de ella dejó de ser el derecho de usar y abusar de los bienes sin otras limitaciones que las expresamente establecidas en las leyes (según la concepción romana recogida en el art. 348 CC), para convertirse en un derecho limitado en su contenido a lo que la Ley urbanística y los planes de ordenación a los que ésta se remite determinen en cada caso concreto y sujeto en su ejercicio al cumplimiento de los deberes específicos que la Ley y los planes imponen a su titular. El *ius aedificandi* —continúa el mismo autor—, que era, obviamente, el primero y más importante de los contenidos potenciales del derecho de propiedad, pasó a ser, consiguientemente, una atribución expresa del plan urbanístico, atribución que éste hace en consideración a los intereses públicos inherentes a la ordenación del espacio planeado y cuya adquisición efectiva por el titular del suelo se subordina al cumplimiento por el mismo de los (entonces) dos deberes esenciales: contribuir a los gastos de urbanización y edificar en la forma y plazos que el plan precise» (pág. 20). Lo que, a juicio del mencionado autor, la legislación ulterior no ha hecho más que radicalizar y la reforma de 1990 llevar a sus últimas consecuencias al establecer, en particular, «la vinculación conceptual entre los beneficios y las cargas, las facultades y los deberes, que el plan hace surgir y que constituye la auténtica clave de la concepción estatutaria de la propiedad, formalizando al límite esa vinculación hasta el punto de dar al derecho de propiedad una estructura secuencial, de modo que las facultades o contenidos positivos que el plan aporta en razón de la clasificación y calificación que otorga a los terrenos se van adquiriendo progresivamente por el titular de dichos terrenos a medida que éste va cumpliendo los deberes y levantando las cargas que para cada fase del proceso la Ley y el plan le «imponen» (pág. 119).

Con ser inexacta esta interpretación del citado artículo 348 del Código Civil y no tener en cuenta los últimos desarrollos de la doctrina civilista, es claro que una concepción semejante es la que está en la base de la Ley y es la que deja entrever el lenguaje que utiliza el Texto Refundido. Acaso por ello se ha sostenido que hoy la propiedad se ha desfigurado para pasar a ser «un derecho vacío de facultades urbanísticas» y el propietario se ha degradado (*sic*) a la condición de agente de la Administración pública

(GONZÁLEZ PÉREZ, págs. 68-69), o que la propiedad ha quedado vacía de contenido para convertirse en una titularidad meramente fiduciaria (CHICO ORTIZ); asimismo, se ha entendido que el *ius aedificandi* se ha disociado definitivamente y no pertenece ya al propietario por no ser inherente al dominio y surgir del Plan (MARTÍN BLANCO), lo que se debió asentar, en opinión de PERALES MADUEÑO, en el Código Civil con la consiguiente modificación del artículo 350, entre otros. En fin, tampoco ha faltado la postura contraria según la cual el Código no ha sufrido alteraciones, pues si el propietario cumple los deberes y derechos legales, hace suyo lo edificado por aplicación del artículo 353; mientras que si la obra es ilícita, por el contrario, su demolición comporta la pérdida del dominio e impide, en consecuencia, que actúe la accesión (ARNAIZ EGUREN).

Ahora bien, en la propia Ley hay numerosos indicios que confirman esta última interpretación. Aparte de afirmar la Ley 8/1990 que los propietarios «son los llamados en primer término a realizar las tareas de urbanización y de edificación» (Preámbulo, I.3.º), la actividad urbanística se refiere, según el Texto Refundido, a la «intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación» [art. 2.ºc)]; por otra parte, la función social de la propiedad implica, como ha observado con agudeza ANGEL LOPEZ, la existencia del derecho subjetivo del cual se predica; e igual sucede no sólo en materia de expropiación, sino también con los derechos de tanteo y de retracto conferidos a los Ayuntamientos, pues presuponen la existencia del dominio que habilitan para adquirir con preferencia; en fin, además de aludirse a los propietarios en ocasiones diversas y dispersas, es sumamente significativo que a la hora de concretar el aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano sistemático, se marque una preferencia por la «propia parcela» [art. 29.1.b).1.º y 2.º]. Todo lo que pone de relieve una cosa obvia: que el derecho de propiedad privada del suelo es un presupuesto implícito en la Ley y que el propietario es el único sujeto legitimado para intervenir, activa o pasivamente, en el ejercicio de los deberes y derechos previstos en ella. Una buena prueba la constituye el *test* contrario, esto es, que el suelo no se ha demanializado o nacionalizado de forma expresa, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, con los yacimientos arqueológicos, respecto de los que no se aplica el artículo 351 del Código Civil (art. 44 Ley 16/1985, de 25 de junio), el dominio público hidráulico (art. 1.º Ley 29/1985, de 2 de agosto) o las costas (arts. 3-6 Ley 22/1988, de 28 de julio).

De acuerdo con esto, hay que concluir que el *ius aedificandi* sigue siendo inherente al derecho de propiedad y pertenece a su titular. En efecto, su ejercicio no requiere un acto singular de la Administración, y menos una especie de concesión administrativa, sino que basta que se den los distintos requisitos legales que para cada facultad urbanística se establecen; por eso

—y esto es lo importante—, aunque tales facultades brotan *ex novo* del Plan y es éste el que habilita al propietario para ejercerlas, surgen en realidad en cada caso *ex lege*, pues se debe distinguir con total nitidez la actuación administrativa y la Ley. No se oponen a esta interpretación las llamadas «patrimonialización» o «incorporación» de las expresadas facultades, puesto que la primera expresión tiene en la Ley, como ha observado ARNAIZ EGUREN, un significado más económico que jurídico, y la última se utiliza, al menos, en dos acepciones distintas, una vulgar y otra técnica; mientras la primera tiene el sentido de poner en marcha el proceso urbanizador y edificador o, si se prefiere, cumplir el deber de edificación obligatoria, la segunda, en cambio, es sinónima de accesión. Y ésta no se paraliza porque el dueño del suelo deba cumplir previamente ciertos deberes positivos, sino que tiene un efecto postergado al momento en que estos deberes efectivamente se cumplan; se trata, pues, de un nuevo supuesto de sucesión retardada, semejante al contemplado por el artículo 361 del Código Civil. En definitiva, pese a la terminología del legislador, la interpretación propuesta respeta el contenido esencial de la propiedad privada del suelo y asegura la conformidad de la reforma de la Constitución.

4. BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ. «Algunas consideraciones sobre la propiedad como derecho a un aprovechamiento medio», en *RDP*, 1981, págs. 214 y sigs.
- ARNAIZ EGUREN, «Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990», en *RCDI*, 607 (1991), págs. 2157 y sigs.
- BERCOVITZ, R., *¿Qué es la propiedad privada?*, Barcelona, 1977
- BOQUERA OLIVER, La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución, en *RDU*, 118 (1990), págs. 53 y sigs
- CARRASCO PERERA, «*Ius aedificandi*» y *accesión (la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Madrid, 1986
- CHICO ORTIZ, «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 602 (1991), págs. 149 y sigs
- COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia-Madrid, 1988.
- DE LOS MOZOS, «Urbanismo y Derecho» (1972) y «Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas» (1980), ahora en *Estudios sobre el Derecho de bienes*, Madrid, 1991, págs. 519 y sigs, y 545 y sigs
- DIEZ-PICAZO, «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *RDU*, 23 (1971), págs. 13 y sigs, y «Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad», en *Conferencias sobre la propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973, págs. 245 y sigs.
- DONELLUS, *Opera omnia*, III, ed. Florencia, 1841.
- GARCIA DE ENTERRÍA, «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo», en *ADC*, 1958, págs. 485 y sigs

- GARCIA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2.^a edición, Madrid, 1981.
- GIL CREMADES, «La Ley estatal 8/1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas para definir el Estatuto de la Propiedad Inmobiliaria», en *RDU*, 121 (1991), págs 41 y sigs.
- GONZÁLEZ PEREZ, *Comentarios a la reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*. 2.^a edición, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ, T. R., *Manual de Derecho urbanístico*, 9.^a edición, Madrid, 1992.
- LASARTE ALVAREZ, C., «Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada», en *RGLJ*, 204 (1976), págs 6 y sigs.
- LIBERTINI, «Sui “transferimenti di cubatura”», en *Contratto e impresa*, 1991, págs 73 y sigs.
- LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989
- LÓPEZ Y LÓPEZ. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988.
- MARTÍN BLANCO, *Estudios sobre la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico*. Madrid, 1991.
- MONTES PENADES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, V-1, dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, Madrid, 1980, y *Comentarios al Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- PERALES MADUEÑO, «El régimen urbanístico del suelo en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en *RDU*, 121 (1991), págs. 13 y sigs
- TORRES LANA, *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*. Pamplona, 1975.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil

1

DICTAMENES Y NOTAS

Fernández Cuesta, jurista, reformista hipotecario, Ministro de Justicia y académico

El Derecho como integración vital

Escribo —un poco— para la historia: don RAIMUNDO FERNÁNDEZ CUESTA Y MERELO falleció un 9 de julio de 1992. Después de una larga —y en buena parte penosa, pero bien llevada— enfermedad. En la esquila familiar figuran casi con exclusividad estos cuatro títulos y honores: Abogado, Ministro togado de la Armada, Notario y académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Esto ya nos dice algo. En las necrológicas —escasas— se ha hablado más de los aspectos públicos conocidos y, algunos de ellos, los más problemáticos: desde el nombramiento por JOSE ANTONIO PRIMO DE RIVERA como primer secretario general de Falange, hasta la sesión de las Cortes españolas en junio de 1976, ante la Ley de reforma del Código Penal —que despenalizaba el asociacionismo político y que fue defendida por el procurador y director general de Registros y del Notariado ESCRIVÁ DE ROMANI—, siendo presidente del Gobierno ARIAS NAVARRO. FERNÁNDEZ CUESTA plasmó un discurso de gran rigor jurídico y patriótico, una pieza magistral, siempre al servicio de España.

Hay un trecho —naturalmente— muy largo y complejo. No ya desde su nacimiento, 1896, sino desde 1934 en que se le nombró para aquel cargo político hasta su muerte, 1992. ¡Noventa y cinco años de vida española! Pero el aspecto que quiero indagar o subrayar es el de jurista. Porque junto a lo humano y espiritual —de esto último he sabido testimonios edificantes—, posiblemente el FERNÁNDEZ CUESTA jurista impregnaba todo.

De tal manera que algunas de las circunstancias, de las «posiciones» o de las vicisitudes histórico-personales cuya sólo tienen explicación a través de la óptica, del espejo o de la actitud-formación como letrado. (Aunque no

sca, ahora y aquí, cuestión de valorar positiva o negativamente la incidencia «externa» a su personalidad de aquellos condicionamientos socio-políticos en cuanto primase la dimensión de hombre de leyes en la mayor parte de los casos.)

FORMACIÓN Y DIMENSIONES PROFESIONALES

El primer dato lo tenemos en su propia trayectoria humano-profesional: estudió primero en los Escolapios de Getafe; luego, por libre, en el Instituto Cardenal Cisneros de Madrid. A los diecisiete años era oficial de Hacienda y poco después archivero de la Biblioteca Nacional, mientras cursa Derecho, en cuya Facultad se licencia en 1917. Ingresó en el Cuerpo Jurídico de la Armada en 1920 como número 1 (y así figuraba en 1992 como número 1 de los Cuerpos Jurídicos —unificados de Tierra y Aire— hasta su muerte. Y de esto se vanagloriaba). Ingresó después en el Notariado (1926-1929). Ejerció, entre otros sitios, en Cifuentes.

En 1938, es decir, en plena contienda civil, sobreviviente de la Cárcel Modelo —tras el rosario de cárceles y luego del canje que se hizo por JUSTINO AZCÁRATE—, es nombrado Ministro de Agricultura por poco tiempo, porque en 1939 le sustituiría BENJUMEA. Pudo haber sido la «época de la demagogia reformista agraria». Al contrario, la apoyatoria de hombre de leyes le permitió ralentizar y preparar posiciones creadoras que anidarían en el Fuero del Trabajo, en cuya redacción de 1938 él intervino muy directamente. Más tarde, en el Fuero de los Españoles.

Un dato curioso y significativo: dentro de aquella fase —posiblemente la más politizada del «Ancien Régimen»—, en 1939, FERNÁNDEZ CUESTA es nombrado académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Como una meta muy propia del jurista. Tema, «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de partido y su posición en el Estado nuevo». Ya no tenía entonces ningún puesto relevante en la política activa, pues en 1939 saldría para el Brasil como Embajador, y en 1943, para Roma. Su retorno —enero 1944— le lleva al Consejo de Estado, un puesto de raigambre, y miembro de las Cortes que se crean en 1942.

En julio de 1945 es Ministro de Justicia; se va a reestructurar especialmente la justicia municipal y se aprueban las Leyes de Arrendamientos Urbanos y de Sociedades Anónimas.

Como luego aludiremos, se pone en marcha el desarrollo efectivo de la Ley Hipotecaria de 1944 (de Reforma) y de 1946 (Texto Refundido).

En 1956 cesa —como es conocido— de Ministro secretario general del Movimiento junto a JOAQUÍN RUIZ GIMÉNEZ. Vuelve a su profesión en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Marina como Ministro togado.

En toda esa fase pública se ve una clara trayectoria de jurista. Con algunos matices más que merecen ser anotados aparte. En el fondo, forman una interrelación. Quizá esa manera de estar y de ser en la política como jurista fuera una de las circunstancias de esa «cordialidad distante» que él mismo reconocía con respecto al general FRANCO.

EN SU PAPEL FUNDACIONAL IDEOLOGICO

FERNANDEZ CUESTA, mayor en edad que JOSE ANTONIO (éste tendría ahora ochenta y nueve años), fue su amigo y su albacea —con SERRANO SÚÑER—. En la elección como primer secretario general de FE y de las JONS debió primar, sin duda, el bagaje humano y especialmente el talento como jurista. JOSE ANTONIO amaba el Derecho y la Justicia de manera singular (v. *El pensamiento jurídico de José Antonio*, Madrid, 1970). Fue la servidumbre, pero también la grandeza de su proyecto político. Era más un filósofo-jurista. Admiraba y seguía a KELSEN —que nos habían traducido LEGAZ LACAMBRA y RECANSENS SICHES—. La apoyatura para las otras aportaciones más utópicas —LEDESMA RAMOS— o espiritualistas —ONÉSIMO REDONDO— la encontraría en un pensamiento jurídico equilibrado y realista, conocedor del Derecho como realidad, técnica y vida. Era fundamental el jurista FERNÁNDEZ CUESTA (sobre todo desde la «ausencia» de ALFONSO GARCIA VALDECASAS, que apareció exclusivamente en la Fundación).

Por razones familiares es como conoció a JOSÉ ANTONIO. «Me trataba —dice en *Testimonios, recuerdos y reflexiones*, Madrid, 1985, pág. 19—, dentro de la confianza juvenil (yo era seis años mayor que él), con cierto respeto; incluso se decidió a seguir la carrera de Leyes por haberla seguido yo». Además le citaba frecuentemente en sus *Discursos* —por ejemplo, en los del cine Madrid (22-5-1935), teatro Cervantes de Málaga (21-7-1935), cine Madrid (17-11-35), cine Europa (2-2-1936), que son, quizá, los que tienen más contenido programático. Y lo cita siempre con relación a temas jurídicos o de trascendencia social, como los de la distinción entre propiedad y capitalismo o sobre el sentido de la justicia social.

JOSÉ ANTONIO, que comenzó a trabajar en la cátedra de OLARIAZA y que junto a la formación kelseniana se le veía más interesado —ya entonces— por los temas económicos —como JUAN VELARDE en alguna ocasión subrayó—, descarga en FERNANDEZ CUESTA todo el programa (16-1-1936) para las elecciones de 1936, en el capítulo de «La justicia», con visión de futuro: «Justicia para todos..., rápida, segura, no manipulada; benignidad para los más necesitados..., justicia social...»

Como procesado junto a otros líderes en la causa (Cárcel Modelo, 30-4-1936) por asociación ilegal, FERNÁNDEZ CUESTA con su experiencia

jurídico-penal militar aporta datos técnico-procesales muy eficaces (fueron absueltos).

Esa dimensión de jurista, quizá, para otros aspectos más puramente políticos pudieron representarle una rémora o un límite. JOSÉ ANTONIO quiso tenerle siempre a su lado como amigo y, sobre todo, por aquella condición. También por su lealtad, que le acompañó a lo largo de su trayectoria (en 1973 entró en la terna, con FRAGA y CARRERO BLANCO, para la presidencia del Ejecutivo).

EN SU VIDA PARLAMENTARIA

FERNÁNDEZ CUESTA, al margen de esas luces y altibajos en su ejecutoria política, como reflejo quizá de la propia evolución y desarrollo del Régimen —lo que no es nuestro tema—, se incorpora a las tareas legislativas de las Cortes españolas, que se crean en 1942, a través de su condición de procurador nato como consejero nacional de designación directa. Forma parte de las Comisiones de Leyes Fundamentales —en la que llegaría a ser presidente— y de la de Justicia —en la etapa final, sustituyendo a HERRERO TEJEDOR tras la muerte de éste. (En sus *Testimonios*. . se recrea hablando de esta etapa.)

En esos treinta años de procurador en Cortes hay el filón de una tarea, de unas aportaciones y de un constante avanzar hacia el Estado de derecho. Se necesitaba mucha prudencia, serenidad y preparación. La postguerra española, seguida de la postguerra mundial, en aquellos años en los que se dictan el Fuero de los Españoles, la Ley de Universidades —vigente hasta la LRU—, etc., requería hombres públicos y expertos cualificados que, siendo leales a las ideas, fueran creadores para la convivencia. FERNÁNDEZ CUESTA retornóla con naturalidad a sus puestos jurídico-profesionales tan pronto como —por razones internas o externas— quedaba desplazado de un cargo político.

Además de la aportación específica a la legislación hipotecaria, en la que me detendré algo más, de los años en que nosotros fuimos secretario de la Comisión de Justicia de las Cortes españolas pudimos resaltar su sentido humano, su comprensión abierta a los problemas y a los hombres, su preparación, la persuasión u oratoria forense, su mirada viva hacia adelante. Siendo presidente de la Comisión o sentado en su butaca como un miembro más, asiduo y cumplidor. Creo que era la tarea pública lo que más le encantaba, como en su momento la del Consejo de Estado y la de Ministro de Justicia (me decía que le hubiera gustado ejercer letrado de asistencia togada a los trabajadores, como en algún momento lo hicieron con gran limpieza, competencia y honestidad algunos compañeros jurídico-militares).

EN LA REFORMA HIPOTECARIA 1944-46

Al llegar aquí hago una pequeña confesión: la idea de este trabajo me ha venido al hilo del que estaba preparando sobre una glosa a la monumental obra *Leyes hipotecarias y registrales de España*, que ha sido preparada por el Colegio de Registradores, editorial Castalia, en varios volúmenes, 1990, con ocasión del V Centenario.

La influencia de nuestra legislación hipotecaria —y también de la notarial— en el mundo hispanoamericano, así como su originalidad y aceptación muy positiva a la hora de Europa—Maastrich, me ha llevado, entre otros puntos, a recordar y redescubrir las fuentes directas de la reforma de 1944-46, que es consustancial de las leyes hipotecarias anteriores (1861 y 1909, por ejemplo).

Es una legislación que se mantiene básicamente, acaso, por estar bien hecha. Los retoques —pese a tantas vicisitudes y cambios sociales y legislativos— han sido mínimos. En nuestra «añeja» tesis doctoral *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, ediciones 1959, 1960 y 1991, ya lo habíamos subrayado así.

Al examinar el tomo III de esa magna obra, con todas las fuentes a mano, hemos podido ver mejor el papel de FERNÁNDEZ CUESTA como jurista. De tal manera que su tarea, aunque luego haya pasado inadvertida, creo que fue fundamental. Piénsese en estas dos pequeñas circunstancias: se estaba entonces en plena segunda guerra mundial y apenas estrenadas las Cortes españolas. Se pudo pensar en un decreto legislativo rápido u orientado en un determinado sentido ideológico-político. Se optó por la línea reformista, seria, técnica y profesional, pese a la postguerra española, y en la orientación clásica de las reformas hipotecarias, que llegaron a anticiparse al Código Civil de 1888. Así —entre muchos comentaristas— la valoran los comentaristas y académicos ilustres DE LA RICA Y ARENAL, SANZ FERNÁNDEZ o ROCA SASTRE. A ras de tierra de nuestra realidad civil-hipotecaria, pero adelante como vamos a ver a continuación.

Ya en 1934, en momentos singulares de la II República española, siendo Ministro de Justicia el Registrador VICENTE CANTOS FIGUEROLA, se creó una Comisión Asesora Jurídica, más tarde Comisión de Códigos, partiendo de unos *cráterios básicos* —unos cinco— para una *reforma hipotecaria*, para —se decía ya— *incorporar en lo posible experiencias de los Códigos alemán y suizo, facilitar el acceso al Registro, propiciar el crédito territorial o la coordinación Catastro-Registro*, etc.

Estaba, pues, el terreno preparado y se parte en principio de aquel propósito inicial en la República del Ministro CANTOS.

Hay un anteproyecto de JOSÉ MARÍA PORCIOLES, Notario y director general de Registros —luego alcalde de Barcelona—, siendo Ministro de Justicia

don EDUARDO AUNÓS. La Comisión de Estudio la forman ilustres juristas: el propio PORCIOLES, presidente; don JERÓNIMO GONZÁLEZ, letrado de la Dirección; LOPEZ PALOP y TRAVAL, notarios, este último de Barcelona; CIRILO GENOVÉS, decano de Registradores; ALONSO FERNÁNDEZ, Registrador, luego director general de Registros, y SANZ FERNANDEZ (TRAVAL fue sustituido por NOGUERAS).

El 27 de abril de 1944 el Consejo de Ministros remitió a las Cortes, presididas por don ESTEBAN BILBAO, el *Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria* (BOC de 27 de mayo). La ponencia la formaban MANUEL BATLLE, catedrático de Derecho civil y rector de la Universidad de Murcia; FERNÁNDEZ CUESTA, don JOSÉ MARÍA OLAZÁBAL —del mundo laboral—, PAGÉS y ROBERTO REYES MORALES, de la Asesoría Jurídica Sindical. Las enmiendas que se presentaron las firmaron don ANTONIO GOICOECHEA, el propio REYES MORALES, SANCHEZ DIESMA. RODRÍGUEZ JURADO, Magistrado; LORENTE SANZ, Abogado del Estado y subsecretario de Interior —don BLAS PÉREZ GONZÁLEZ, catedrático de Derecho civil era el Ministro—; el letrado RAFAEL CERCERAN y MANUEL VALDES LARRAÑAGA. Afectaron a muy diversos artículos.

La Exposición de Motivos de ese proyecto de Ley es por sí sola una buena pieza jurídica: se hace una valoración histórica del proceso y de la realidad hipotecaria de 1861; se alude a los cambios sociales y económicos; se recuerda el papel de los principios hipotecarios, a la vez que se asoma ya cierta atención hacia tareas en el futuro, como los patrimonios familiares, el crédito territorial, el desarrollo agrario y protección al colono. Se ponía ya el contrapunto entre una *concepción científica* y una *concepción social* ante el Registro, sin saltos bruscos. En lo que respecta a la primera, la mano de don JERÓNIMO GONZÁLEZ es clara; en cuanto a la segunda, estará la de FERNÁNDEZ CUESTA como procurador en Cortes, con el prestigio de su paso por el Consejo de Estado. (Para los estudiosos del tema, digamos que toda la discusión y deliberación está literalmente expuesta en dicho tomo III, págs. 21-210. Merece la pena.)

Ante el Pleno de las Cortes, el proyecto fue defendido por uno de sus ponentes, FERNÁNDEZ CUESTA. Es un *Discurso* digno de releerse hoy, casi a los cincuenta años de pronunciarse, y dentro de las circunstancias singulares. Se observa el rigor del jurista y la serenidad del juicio sobre materia tan árida y de especialidad. Destacó la importancia nacional de futuro, del fortalecimiento de la titularidad registral y de promoción de crédito territorial; hacía un análisis de nuestro Derecho histórico —desde las Partidas y nuestros Fueros municipales—, leyes hipotecarias y Código Civil, con atención a nuestra realidad y la del Derecho comparado, pero sin *concesiones que pusieran en riesgo nuestra propia tradición jurídico-hipotecaria y nuestras singularidades*.

En el *Discurso* hay una síntesis de los hallazgos técnico-registrales

—entonces y hoy verdaderamente progresistas—, se destaca un respeto por el derecho de propiedad, clarificado con respecto a la función social de la propiedad. «¿Qué importa —se pregunta FERNÁNDEZ CUESTA— *que aumente la riqueza de un pueblo si esa riqueza no sirve para aumentar las condiciones de vida del pueblo mismo?*»

La parte final, propia de la retórica parlamentaria, hace referencia precisamente al desgarramiento que están sufriendo los pueblos, a la presentación del proyecto como una tarea de paz, de trabajo y de futuro. «*Porque —dice— sin desentendernos de angustias y sufrimientos (pasados), nuestro espíritu cristiano, nuestros sentimientos de humanidad..., hay que ir a una construcción jurídica y material. .: que todos quepamos como hermanos y en la que impere la justicia, con la fe puesta en Dios...*»

He hecho esta cita, casi textual, de esa parte final del *Discurso* porque puede mostrar un comedimiento en el planteamiento esencialmente técnico-jurídico que FERNÁNDEZ CUESTA dio al tema de la reforma hipotecaria. Además del análisis global del proyecto y de las enmiendas —algunas de gran altura científica—, la opción intermedia entre un sistema de inscripción declarativa, constitutiva, obligatoria o ante la hipoteca de propietario, fue cuestión medular, acerca de la cual todavía hoy se sigue discutiendo.

Don EDUARDO AUNÓS, ante el Pleno, como Ministro de Justicia, respaldó o amplió esa posición de la ponencia a través de FERNÁNDEZ CUESTA, entrando en profundidad en algunos puntos significativos, como los artículos 41 o el 131. La voluntad política y el respeto a los criterios jurídicos hipotecarios se manifiesta en esta parte final del *Discurso* de AUNÓS: «*Nos movió a iniciar su estudio no el deseo banal de retocar caprichosamente cuerpos legales en vigor, sino el consejo leal y documentado de quienes hicieron de estos estudios y de la práctica del Derecho hipotecario el norte de su vida. Es deber del gobernante abrir su alma al afán de los mejores e incorporarse al designio renovador por ellos alentado con el poder que su posición dentro del Estado le otorga.*»

El texto fue aprobado en el Pleno con el voto en contra de RODRÍGUEZ JURADO. La Ley Hipotecaria lleva fecha de 30 de diciembre de 1944 (*BOE* 1-1-1945). En la Exposición de Motivos de la propia Ley, en cuya redacción intervino FERNÁNDEZ CUESTA, se hace alguna precisión interesante: reconoce que «*exigirá (en adelante) una labor sustantiva y formal..., incorporando a nuestro Ordenamiento jurídico hipotecario luminosa doctrina dispersa en sentencias del Tribunal Supremo y en resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, una preeminente y reconocida autoridad científica y legal que no precisa encarecer.*»

Por lo que antes se decía, y por la segunda y tercera de las adicionales de la Ley de 30 de diciembre de 1944, como se trata de modificación concreta de artículos había que publicar un Texto Refundido. Los expertos

para tan importante labor fueron: LÓPEZ PALOP, director general de los Registros; don JERÓNIMO GONZÁLEZ como subdirector del Instituto de Estudios Jurídicos; JORDÁN DE URRIES, MORO LEDESMA, SANCHO SERAL, GENOVÉS AMORÓS, RAMÓN DE LA RICA, NOGUERAS, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS y SANZ FERNÁNDEZ.

A los trabajos de esta Comisión siguió un muy amplio informe del Consejo de Estado (v. págs. 287 y sigs. de *Leyes hipotecarias...*, op. cit.). En las sesiones de dicho Consejo estuvieron: CALLEJO, presidente; JORDANA DE POZAS, PALACIOS, ESCOBAR, DURÁN DE COTTES, LOJENDIO, SUÁREZ DE TANGIL, VIVAR TÉLLEZ, ORGAZ, PLAZA, ZABALA, SANZ ORRIO, SÁENZ DE BURUAGA, FERNÁNDEZ VALLADARES, PÉREZ PLATERO, ALMEIDA, SALIQUET, GONZÁLEZ BUENO, CASTIELLA y AZCOITI, secretario general.

El texto refundido —hoy vigente— es de 8 de febrero de 1946, coincidiendo con el 85 aniversario de la Ley Hipotecaria de 1911. Y lleva el refrendo de RAIMUNDO FERNÁNDEZ CUESTA, como Ministro de Justicia.

Pero mientras se ponía manos a la obra de la refundición de normas, FERNÁNDEZ CUESTA como Ministro de Justicia —«a quien le ha cabido el honor de suscribir y autorizar la novísima legislación inmobiliaria», se lee en la pág. 413 de *Leyes hipotecarias...*, citada— nombra un equipo de juristas y especialistas para la redacción del Reglamento Hipotecario con los ilustres letrados de la Dirección General JERÓNIMO GONZÁLEZ, JORDÁN DE URRIES, y los también ilustres Notarios y Registradores SANZ FERNÁNDEZ, BÉRGAMO, IGLESIAS, DE LA RICA y CABELLO DE LA SOTA, presididos por LÓPEZ PALOP.

Tal *Proyecto de Reglamento* pasó al Consejo de Estado: presidente, CALLEJO, JORDANA DE POZAS, ESCOBAR, DURÁN, SUÁREZ DE TANGIL y AZCOITI. Es un *Dictamen* minucioso, denso, con muchas sugerencias, gran parte aceptadas.

Se aprueba el Texto Reglamentario el 14 de febrero de 1947, básicamente el hoy vigente. Está firmado por *Raimundo Fernández Cuesta y Merelo como Ministro de Justicia*.

ACADÉMICO

Dejemos al reformista hipotecario, tarea que —junto a la reforma de la justicia municipal, con ISIDRO DE ARCENEGUI— le ocupó realmente su etapa ministerial, además de las leyes citadas, tan importantes como las de Arrendamientos Urbanos, Títulos Nobiliarios y Sociedades Anónimas.

Ya anticipamos que en 1939, con la medalla número 3, prácticamente marginado entonces de una política activa, fue deseo suyo ser nombrado académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. No se

conoce *Discurso* como tal dadas las circunstancias. Lo que sí sabemos es que la Academia fue para él un lugar de encuentro con los juristas, cualquiera fuese su signo ideológico; con los colegas, con diversas intervenciones en su sección. Del 30 de junio de 1951 al 30 de junio de 1991 se le anotan 261 asistencias. Llegó a ser vicepresidente de esa institución y en ella se prodigó con lealtad, serenidad, cortesía y amistad. Se encontraba a gusto, como le ocurría con la Comisión de Justicia de las Cortes. Participó cuando le fue posible en las tareas internas. No obstante, hay que anotar el *Discurso inaugural del curso 1950-51*, leído el 17 de enero de 1951, con el título «El hecho sindical en las transformaciones actuales de Derecho». No fue muy conocido ni divulgado, incluso por los ideólogos, políticos o juristas del mundo del trabajo o filósofos del cambio social. Daré un breve resumen del texto fotocopiado de que dispongo:

Comienza viéndose «*aprendiz en varias disciplinas jurídicas y maestro en ninguna, y sometido a la gloriosa pero implacable tiranía del quehacer político*», tratando de compensar y servir a la Academia en la «*medida de mis fuerzas a la misión científica que le está encomendada*».

Hace un planteamiento —entonces ya latente— sobre el Derecho público y privado; con unas anotaciones históricas sobre el sistema jurídico de nuestro tiempo, en el que se enmarca del «hecho sindical», alude el problema del capitalismo y las armas de los trabajadores en conflicto, la huelga y la lucha social como «*fenómeno natural en el cuerpo social*»; advierte que la sociedad no es estática: «*El Derecho, para cumplir su verdadero cometido, debe variar a su compás, transformándose en ella... El Derecho es sólo el continente y la vida social, el contenido, al que atentamente debe servir*».

Después de una referencia a los movimientos sociales, tanto de signo liberal como marxista, con alguna apelación a las declaraciones del Fuero del Trabajo o de los Españoles, incluso a algunas Constituciones, como el artículo 39 de la italiana, apela a un modelo sindical con *representación* unitaria, de sentido nacional, de *participación* en la comunidad nacional como célula social, no disociados de los otros entes colectivos. Parangona a GOETHE: «*Podemos decir que la libertad sindical, como la libertad política, son formas de libertad para el orden*».

En su conclusión se respira el sentido *institucional* del sindicalismo como aspiración natural y profesional de trascendencia política y de participación social, ideas que, sin duda, posteriormente, en los propios sindicalismo español y comparado, tratarían de encontrar hueco. Pero este tipo de sindicalismo participativo, institucional, profesional, sin ser correa de transmisión de las ideologías, es, sin duda, una orientación y hasta una «*práctica*» en los sindicalismos modernos

La Real Academia de Legislación y Jurisprudencia era para él un lugar de sosiego, de reflexión. En 1973 fue elegido vicepresidente, renunciando

tan pronto su salud se resquebrajaba. Los académicos mayores recuerdan o han oído contar sus visitas con JOSÉ ANTONIO a la biblioteca, apoyándose mutuamente en la escalera para coger libros.

Era solícito y cariñoso en las contestaciones a los recipiendarios; por ejemplo, a JORDANA DE POZAS (1964), SANZ ORRIO (1964), CORONEL DE PALMA y AZCÁRRAGA BUSTAMANTE. Pero participó también en trabajos, discursos o ponencias sobre cuestiones que la Academia o el momento interesaba, tales como sobre el régimen local, juristas coetáneos a la erección del Escorial, transformaciones del Derecho del trabajo español (con BAYÓN), Ley Orgánica del Estado, sobre la URSS (con LARRAZ), necrológica en honor de CASTÁN, Ley sindical, objetores de conciencia, Derecho y energía nuclear, Derecho constitucional, materialismo dialéctico, Derecho marítimo. Hacia 1987 comenzó una ponencia sobre «Hombre, sociedad, Estado». Y acostumbraba a asistir a las Conferencias de personas ajenas a la Academia, las cuales seguía con atención, comprensión y aliento. Un académico de cuerpo entero.

JESÚS LÓPEZ MEDEL
Registrador de la Propiedad

La liquidación de cargas en el apremio de bienes inmuebles

(Una grave deficiencia
de la última reforma procesal)

SUMARIO I DESDE EL SISTEMA DE PURGA HASTA EL DE SUBSISTENCIA —II. ALGUNAS VACILACIONES QUE OCASIONO LA REFORMA.— III. LA SOLUCION DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.—IV. LA REFORMA DE LA LEY 10/1992 —V. PROBLEMA QUE HA PLANTEADO LA LEY 10/1992 Y POSIBLE SOLUCION

I. DESDE EL SISTEMA DE PURGA HASTA EL DE SUBSISTENCIA

El apremio sobre bienes inmuebles como parte importante del proceso de ejecución venía regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de la sede inadecuada del juicio ejecutivo.

Con referencia al importante problema que planteaban las cargas distintas de aquella que iba a la ejecución, la Ley de Enjuiciamiento Civil se inclinó por el sistema de purga o extinción. Con arreglo al mismo, con la ejecución consumada se extinguían tanto las cargas posteriores a la del juicio como las anteriores (con la excepción que después veremos).

A tenor de ello, el precio consignado por el rematante se dedicaba para atender al pago de las cargas anteriores o preferentes al de la ejecutada y al de las posteriores. Todas ellas quedaban canceladas, pudiendo el rematante desentenderse de las mismas.

La excepción venía dada por aquellas cargas cual los censos y otras perpetuas, pues las mismas quedaban subsistentes. Por ello la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez aprobado el remate, establecía el trámite de liquidación de cargas encomendado al secretario. Este fijaba el importe de

aquellas cargas perpetuas y el mismo se deducía del precio a pagar por el rematante, conforme disponía el artículo 1.511 de la LEC.

Este sistema, que era enormemente claro para el rematante, fue modificado por la reforma hipotecaria de 1909 que estableció el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria.

En el mismo quedó vigente la extinción de las cargas posteriores a la ejecutada, pero se instauró el sistema de subsistencia de las cargas anteriores o preferentes. Y ello porque éste, en general, se consideró más favorable para los titulares de créditos hipotecarios y, en última instancia, para el crédito territorial.

Lo que ocurre es que tal modificación no se limitó a la ejecución hipotecaria, sino que se extendió a los demás procedimientos en los que se produjera el apremio de bienes inmuebles. Así, hoy el párrafo 2.º del artículo 133 de la Ley Hipotecaria de 1946 establece lo siguiente: «Lo dispuesto en el artículo 131, en cuanto a la subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, será aplicable no sólo a los casos en que este crédito sea hipotecario, sino también a aquellos otros en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de bienes inmuebles».

II. ALGUNAS VACILACIONES QUE OCASIONO LA REFORMA

Podrá discutirse el acierto con que sistemáticamente la norma transcrita se encuadró en la Ley Hipotecaria. Desde luego, hubiera sido mucho más claro el haber dado nueva redacción a los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se inspiraban en el sistema de purga de todas las cargas no perpetuas, puesto que ahora se pasaba a un criterio de subsistencia de las cargas anteriores.

Tal omisión y los muchos años de práctica en sentido distinto determinaron importantes vacilaciones en la doctrina y en la aplicación diaria de los Tribunales.

Las dudas no se daban en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria porque en éste era base esencial el que el precio a efecto de la subasta hubiera sido fijado previamente por los interesados, los cuales ya debían haber tenido en cuenta, para descontarlo de aquél, el importe de las cargas preferentes.

En cambio, en las ejecuciones ordinarias no ocurría así. No existía un valor previo del bien, sino que el de subasta se fijaba en un momento del procedimiento mediante la oportuna valoración de los peritos. Y éstos el que tenían que señalar era el valor económico o de mercado del bien, esto es, con independencia de las cargas.

En su trabajo sobre la subsistencia de gravámenes preferentes en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria y el sistema de liquidación de cargas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicado en el número de febrero de 1929 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, exponía don JERÓNIMO GONZÁLEZ que en unos Juzgados eran los peritos los que, a ojo de buen cubero, calculaban el importe de las cargas preferentes; en otros, el Juez, por trámites ingeniosamente ideados, señalaba las subsistentes y la cantidad que se había de rebajar del evalúo de los peritos; se refiere a otros sistemas menos fundados, para terminar diciendo que algunos secretarios judiciales seguían descontando del precio las cargas perpetuas, pero no las temporales cual las hipotecas, esto es, lo que establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo ello, el maestro de hipotecaristas citado podía concluir con frase gráfica que en esas ejecuciones el mejor postor compraba el caballo del gitano. Tales eran, en efecto, importantes inconvenientes del sistema de subsistencia de cargas y, sobre todo, de no haberse retocado correlativamente los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III. LA SOLUCION DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

La dificultad que hemos descrito no era, sin embargo, insuperable. No vamos a entrar en la completa exposición que en su obra de Derecho hipotecario hace el clásico ROCA SASTRE sobre los dos sistemas posibles en cuanto a las cargas anteriores y acerca de las ventajas que uno y otro tienen. Vamos, pues, a aquella solución.

Dentro de los procesalistas, suscribimos íntegramente la opinión que mantiene RAMOS MÉNDEZ en su Derecho procesal civil. Una vez aprobado el precio de remate, se procede a deducir del mismo el importe de todas las cargas anteriores, preferentes o perpetuas (es importante el «todas»). Por lo tanto, la suma que en realidad ha de pagar el rematante es la diferencia entre el precio del remate y el importe de esas cargas. Como contrapartida a dicha rebaja, todas esas cargas quedan subsistentes y siguen gravando la finca, ya que el adquirente de ésta se subroga en el lugar del deudor respecto de tales gravámenes.

Lo mismo expresa GUERRA SAN MARTIN en sus lecciones de Derecho procesal. Para él, el precio del remate y el trámite de liquidación de cargas debe descontarse del importe de las cargas o gravámenes anteriores, en cuya responsabilidad va a subrogarse el adquirente. Así lo impone, dice, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1942, la cual, por cierto, es la calificada por ROCA SASTRE de muy importante.

En efecto, tal sentencia parte del principio de que el sistema de subsis-

tencia de cargas anteriores establecido en la Ley Hipotecaria de 1909 se extendió a las demás ejecuciones sobre inmuebles.

Con todo, el procedimiento judicial sumario es diferente al ejecutivo ordinario. En este último el tipo mínimo de oferta para la subasta se fija mediante la tasación pericial del valor económico íntegro de la finca. En cambio, en el judicial sumario son los propios interesados los que la tasan por su valor efectivo, deduciendo o debiendo deducir del valor económico integral las cargas anteriores o preferentes.

Por consiguiente, mientras que en el procedimiento judicial sumario el trámite de liquidación de cargas carece de finalidad, en el procedimiento ejecutivo ordinario es necesaria una liquidación de tales gravámenes para rebajar del precio del remate el importe de las que subsistan, pagadero en su día, y señalar la cantidad de pago inmediato, evitando así la duplicación de pago.

La Sentencia de 1942 aborda después lo referente al contenido de los anuncios de la subasta de uno y otro procedimiento. Esa parte de la resolución fue por cierto criticada por ROCA SASTRE.

Con todo, entendemos que el tema de los anuncios es de menor importancia; en efecto, lo fundamental es que la regulación de la Ley sea clara, pues en tal caso basta con que los anuncios se remitan al régimen legal vigente.

Lo esencial de la Sentencia de 1942 es que el principio de subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante lo predica también del procedimiento ejecutivo ordinario, entendiéndolo derogados en parte los artículos 1.511, 1.516 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Exigencia de ello es el trámite posterior ya mencionado de liquidación de cargas, la cual ahora ha de referirse no sólo a las perpetuas, sino también a las temporales.

La consecuencia de ello no puede ser más clara. Si en el ejecutivo ordinario los peritos fijan el valor de mercado del bien y es éste el que sirve para el remate, no puede exigirse al rematante la misma cantidad en el caso de que la finca no tenga cargas anteriores que cuando las tenga importantes. Si en este segundo caso el importe de esos gravámenes no se descuenta del precio, se incurre en una duplicidad de pago, ya que, por un lado, asumirá la carga, y, por otra parte, abonará el precio íntegro.

IV. LA REFORMA DE LA LEY 10/1992

Con los antecedentes que hasta aquí se han expuesto, parece que el cometido de la última reforma procesal en este punto era clara. Procedía retocar los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para reflejar en ellos el sistema de subsistencia de las cargas anteriores y para que el trámite de liquidación de cargas se extendiera también a las temporales.

La primera finalidad se ha conseguido con la nueva redacción del párrafo 1.º del artículo 1512, conforme al cual las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate. El precepto ahora guarda, pues, una perfecta simetría con lo establecido en la legislación hipotecaria.

Pero, sorprendentemente, el trámite de liquidación de cargas que resulta necesario en el procedimiento ordinario y más ahora al subsistir también las cargas temporales anteriores, ha desaparecido de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la reforma de 1992. En efecto, el artículo 1.511 que antes se refería al mismo, ahora para nada alude a ese trámite de liquidación.

En efecto, lo que el artículo 1.511 establece en su actual redacción es únicamente que al aprobar el remate se mandará al comprador que dentro de un breve término, que no podrá exceder de ocho días, consigne el precio de aquél. Para nada se habla, pues, de descuento alguno en razón a las cargas anteriores.

A su vez, el artículo 1.512, en el párrafo 2.º, prescribe que el precio del remate se destinará sin dilación de pago del crédito del ejecutante; el sobrante se entregará a los acreedores posteriores o a quienes corresponda, depositándose entre tanto en el establecimiento destinado al efecto. Tampoco se menciona aquí descuento alguno en razón a los gravámenes anteriores.

Con todo ello la situación creada por la Ley de Reforma Procesal de 1992 es mucho peor que la antecedente. Con anterioridad a ella se contaba al menos con un precepto claro de la Ley Hipotecaria que extendía el sistema de subsistencia de cargas anteriores al procedimiento ejecutivo ordinario, y con una importante Sentencia del Tribunal Supremo, la de 7 de febrero de 1942, que establecía para tal caso el trámite de liquidación de cargas, ahora también para las temporales.

En cambio, la reforma de 1992, al suprimir totalmente dicho trámite de liquidación de cargas del precio del remate, deja sumido al intérprete en la más absoluta oscuridad. Volverán a plantearse ahora todos los interrogantes que en 1929 exponía don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y la suerte del rematante podrá ser de nuevo la de adquirir ese caballo del gitano de que hablaba tal autor.

V. PROBLEMA QUE HA PLANTEADO LA LEY 10/1992 Y POSIBLE SOLUCION

Parece como si la Ley de Reforma de 1992 hubiera pretendido una igualación total del procedimiento ejecutivo ordinario con el judicial sumario, cuando ello no es posible en absoluto. Porque la valoración del bien en el procedimiento judicial sumario es algo *a priori* y que debió prever las

cargas anteriores para deducir de su importe, mientras que en la ejecución ordinaria la tasación del inmueble es algo *a posteriori* y destinada a fijar el valor del mercado del bien, con independencia de sus cargas.

Y claro es que para el rematante no resulta lo mismo que la finca esté libre de cargas o que esté gravada con hipotecas anteriores. Frente a la claridad del sistema de liquidación de cargas, ahora parece que cada postor estará obligado a consultas detenidas en el Registro de la Propiedad y a realizar por sí mismo una especie de liquidación mental y privada de cargas para deducir su importe de lo que va a ofertar en la subasta.

No es que el sistema de liquidación de cargas estuviese libre de toda dificultad. En efecto, la situación de las que constaran en el Registro de la Propiedad podía no coincidir siempre con la realidad del momento presente. Pero, al fin y al cabo, el trámite de liquidación se encomendaba a un funcionario técnicamente capacitado y totalmente imparcial como era el secretario judicial. Este, tras las oportunas indagaciones y diligencias, podía llegar en la inmensa mayoría de los casos a resultados satisfactorios.

En cambio, ahora la situación es desoladora. No cabe aplicar por analogía lo previsto para el procedimiento judicial sumario en que no existe el trámite de liquidación de cargas. Y ello porque ambos procedimientos, el judicial sumario y el ejecutivo ordinario, aunque tengan en común la subsistencia de las cargas anteriores, difieren esencialmente en la forma de determinación del precio, cual hemos indicado reiteradamente.

No hay más remedio, pues, que seguir admitiendo el trámite de liquidación de cargas del precio del remate con base en aquella Sentencia del Tribunal Supremo de 1942. Y ello porque ese trámite es consustancial al sistema de subsistencia de cargas anteriores, que es el que ahora expresamente consigna la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No puede ser óbice a lo anterior el que la Ley de Reforma de 1992 haya silenciado totalmente el trámite de liquidación de cargas previsto antes en el artículo 1.511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En Derecho no cabe el vacío normativo. Piénsese en lo que ocurrió con el artículo 176 del Código Civil, que había recibido nueva redacción por la Ley 11/1981. La inmediata Ley 30/1981, de 7 de julio, lo dejó sorprendentemente sin contenido. Pero tan sin fundamento era aquello, que la Ley 13/1983, de 24 de octubre, dispuso que dicho artículo 176 quedara precisamente tal como lo había redactado la Ley 11/1981.

Es de desear que para evitar gravísimas incertidumbres y situaciones totalmente contrarias a la equidad, una rápida modificación de la Ley de Reforma de 1992 vuelva a introducir el trámite de liquidación de cargas, ahora extensible también a las temporales o hipotecas.

La forma adecuada para ello sería un nuevo párrafo después del primero que actualmente tiene el artículo 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues si en dicho primer párrafo se consagra el principio de subsistencia de cargas anteriores, aquel trámite de liquidación es consecuencia de tal principio de subsistencia. Correlativamente habría que retocar el artículo 1.511 y el actual párrafo 2.º del artículo 1.512 para que quedara claro que en el precio de remate cabe realizar los descuentos necesarios por cargas.

Finalmente, convendría aclarar que ese trámite de liquidación está a cargo del secretario judicial, el cual podrá recabar los datos y antecedentes necesarios para la correcta práctica de tal liquidación. Y es que en otro caso el adquirir inmuebles en el procedimiento ordinario de ejecución podría convertirse en aquella malhadada compra del caballo del gitano a que se refería don JERÓNIMO GONZALEZ.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) **Tratados internacionales y Derecho comunitario**

1. *Comunicaciones relativas a Tratados internacionales.*—En el *BOE* del día 6 de octubre se publica una resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre las comunicaciones relativas a Tratados en los que España es parte, recibidas desde 1 de mayo a 31 de agosto de cada año.

Recogemos las referentes a Tratados en materia jurídica:

Arreglo de controversias

Tribunal Internacional de Justicia. San Francisco, 26 de junio de 1945.

Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional. Ginebra, 21 de abril de 1961. *BOE* de 4 de octubre de 1975.

Turquía, 24 de enero de 1992. Ratificación. De conformidad con el artículo X (6) del Convenio, el instrumento adjunta una lista de Cámaras de Comercio Turcas cuyos presidentes ejercen las funciones previstas en el artículo IV del Convenio.

Alemania, 28 de abril de 1992. Comunicación hecha de conformidad con el artículo X (6) del Convenio, notifica las funciones del *Deutscher Ausschus für Schiedsgerichtswesen* (German Arbitration Commission), previstas en el artículo IV del Convenio.

Derecho civil e internacional privado

Convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero. Nueva York, 20 de junio de 1956. *BOE* de 24 de noviembre de 1966 y 16 de noviembre de 1971.

Noruega, 5 de marzo de 1992. Notificación de acuerdo con el artículo 2.º del Convenio que desde 1 de enero de 1992 designa la siguiente oficina tanto como transmisora o receptora.

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La Haya, 25 de octubre de 1980. *BOE* de 24 de agosto de 1987.

Israel. Designa como autoridad central prevista en el artículo 6.º

Irlanda. Designa como autoridad central prevista en el artículo 6.º

España, 27 de abril de 1992. Acepta las adhesiones de Hungría, Ecuador, Belice, México y Nueva Zelanda, de conformidad con el artículo 38, párrafo 4.º, del Convenio; entrada en vigor el 1 de julio de 1992.

Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia. La Haya, 25 de octubre de 1980. *BOE* de 30 de marzo de 1988.

Países Bajos (para el Reino en Europa), 2 de marzo de 1992. Aceptación de conformidad con el párrafo 2.º del artículo 31 del Convenio.

Derecho penal y procesal

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimenticias hacia los niños. La Haya, 15 de abril de 1958. *BOE* de 12 de noviembre de 1973.

España, 27 de abril de 1992. Acepta la adhesión de Hungría al Convenio, de conformidad con el artículo 17, párrafo 3.º, del Convenio, con entrada en vigor el 27 de abril de 1992.

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Nueva York, 10 de junio de 1958. *BOE* de 11 de julio de 1977.

Letonia, 14 de abril de 1992. Adhesión.

Bangladesh, 6 de mayo de 1992. Adhesión.

Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. La Haya, 5 de octubre de 1961. *BOE* de 25 de septiembre, 17 de octubre de 1978, 19 de enero de 1979 y 20 de septiembre de 1984.

Islas Marshall, 18 de noviembre de 1991. Adhesión.

Acuerdo europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita. Estrasburgo, 27 de enero de 1977. *BOE* de 21 de diciembre de 1985.

Países Bajos, 12 de marzo de 1992. Aceptación.

Convenio sobre el Traslado de Personas Condenadas. Estrasburgo, 21 de marzo de 1983. *BOE* de 10 de junio de 1985.

Alemania, 31 de octubre de 1991. Ratificación.

Checoslovaquia, 15 de abril de 1992. Ratificación.

Bahamas, 12 de noviembre de 1991. Adhesión entrada en vigor el 1 de marzo de 1992.

Derecho administrativo

Convenio marco europeo sobre cooperación transfronteriza entre Comunidades o Autoridades Territoriales. Madrid, 21 de mayo de 1980. *BOE* de 16 de octubre de 1990

Finlandia, 11 de septiembre de 1990. Aceptación.

2. *Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (PYME) (92/C 213/02)*.—Adoptada por la Comisión el 20 de mayo de 1992.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. En los últimos años se ha puesto de manifiesto la importancia cada vez mayor que tiene el sector de la pequeña y mediana empresa (PYME) en la economía. El importante papel que desempeñan las PYME es evidente no sólo desde la perspectiva estática e instantánea de la economía en un momento concreto, en términos de participación de las PYME en la producción y el empleo. También es evidente, en varios aspectos, desde un punto de vista dinámico de la economía. En primer lugar, el papel de las PYME en cuanto a la creación de empleo es desproporcionado, especialmente cuando las grandes empresas reducen sus plantillas. Por otra parte, al estar más expuestas a la competencia y, al mismo tiempo, tener una flexibilidad y una capacidad de adaptación mayores que las grandes empresas, las PYME tienden a actuar como punta de lanza de la innovación. En tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, las PYME son una importante fuente de competencia en los mercados —al mantenerlos accesibles— y actúan como el principal motor de cambio estructural y regeneración en el conjunto de la economía, facilitando el trasvase de recursos de sectores en decadencia a sectores en expansión. Con esto no se pretende infravalorar la importancia de las grandes empresas: unas y otras son complementarias, pero las PYME son la savia vital de toda economía. Contribuyen al dinamismo económico, mientras que la falta de desarrollo de las PYME conduce al estancamiento.

1.2 El segmento de las PYME tiene particular importancia en algunos sectores económicos. Este es el caso, por ejemplo, de la industria manufacturera, en la que la subcontratación está desempeñando un papel cada vez mayor. Muchos grandes fabricantes confían a subcontratistas una proporción cada vez mayor del valor añadido de su producción y las PYME interesadas están asumiendo cada vez más responsabilidades de I+D en su campo de especialización. Las PYME tienen también una importancia capital para el desarrollo regional.

1.3. Mientras que, en general, se admite la vital importancia de una «cultura empresarial» que favorezca el crecimiento de las PYME, lo cierto es que, en el Estado moderno, las PYME pueden hallarse en situación de desventaja respecto de las grandes empresas tradicionales. Por ejemplo, tienen mayores dificultades para obtener financiación y soportan en mayor medida las cargas impuestas por el Estado. Los costes impuestos a las pequeñas empresas por la legislación de sanidad y seguridad, contabilidad, etc., pueden ser más elevados y las cargas impositivas que deben soportar pueden ser mayores, tanto desde el punto de vista del tipo impositivo que se les aplica como por el coste que representa para ellas el régimen fiscal (por ejemplo, percepción de las cuotas de seguridad social o del IVA).

1.4. Los problemas específicos a los que tienen que hacer frente las PYME y los beneficios externos que producen, y que se refleja en una economía más dinámica e innovadora, que puede absorber el cambio estructural y sustituir los puestos de trabajo perdidos, exigen de los gobiernos medidas positivas con objeto de eliminar obstáculos y, quizá, inclinar ligeramente la balanza a su favor. Estas medidas positivas no deben pretender la desaparición de todos los riesgos, porque el riesgo es la principal fuente de eficacia y competitividad. Su finalidad debe ser la creación de un entorno propicio a las pequeñas empresas, una «cultura empresarial», mediante la educación y la formación y la simplificación de la reglamentación vigente. Entre las medidas positivas para fomentar las PYME pueden incluirse también incentivos financieros para creación de empresas y la inversión.

1.5. La Comunidad está fomentando las PYME a través de su programa de acción y de las diferentes medidas adoptadas con arreglo a dicho programa, como las Euroventanillas, la red de cooperación empresarial (BC-Net), la simplificación y codificación de la normativa comunitaria aplicable a las PYME, los fondos de capital de lanzamiento y las medidas encaminadas a fomentar la innovación y la transferencia de tecnología en el marco del programa SPRIT. También los gobiernos nacionales están adoptando medidas para mejorar el entorno empresarial de las PYME, lo que incluye la concesión de ayuda económica directa. La política general de la Comisión respecto de las ayudas estatales para fomentar las PYME siempre ha sido favorable. Se han autorizado planes de ayuda a las pequeñas empresas en la mayoría de los Estados miembros. Dichos planes están aumentando gracias al creciente reconocimiento de la importancia de las PYME. Simultáneamente, el mayor riesgo de que la ayuda estatal distorsione la competencia en el mercado único y la necesidad de una mayor cohesión económica y social, puesta nuevamente de relieve en el Tratado de la Unión Europea, exigen reducciones en algunos tipos de planes generales de ayuda que no están limitados a las PYME, en especial los incentivos a la inversión de carácter general fuera de las zonas de desarrollo regional. Esto

plantea la cuestión de definir lo que son las PYME. Por consiguiente, la Comisión considera que en estos momentos es urgente definir claramente su política de ayudas estatales a estas empresas. Este es el objetivo de estas directrices, que empiezan por la cuestión crucial de la definición, tratando a continuación de los distintos tipos e intensidades de ayuda que la Comisión está normalmente dispuesta a autorizar en este sector.

1.6. Estas directrices son aplicables a las ayudas a las PYME de todos los sectores, salvo de aquellos que estén sujetos a normas comunitarias especiales sobre ayudas estatales con arreglo a los tratados CEE o CECA. En el caso de las ayudas a las PYME de dichos sectores se aplican las correspondientes normas sectoriales. En la actualidad hay normas específicas aplicables en los sectores de la industria siderúrgica, la construcción naval, las fibras sintéticas, el sector de los vehículos a motor, la agricultura, la pesca, el transporte y la industria del carbón.

2. DEFINICION

2.1. No hay ninguna definición generalmente aceptada de pequeña o mediana empresa. En los distintos países y en las distintas instituciones de cada país se da una definición diferente. En ocasiones, se distingue entre las pequeñas y las medianas, y en ocasiones no se hace. Esta diferenciación suele ser válida al reflejar, en líneas generales, situaciones y objetivos variables (por ejemplo, exención del IVA, reglamentación menos estricta, posibilidades de solicitar financiación, enfoque de las campañas de información). La variedad de definiciones se refleja en las distintas políticas de la Comunidad Europea para las PYME, como la financiación del BEI y los Fondos Estructurales y las normas de simplificación, información y política de competencia. A efectos de control de las ayudas estatales, la definición de PYME utilizada por la Comisión debe reunir una serie de requisitos. Debe limitar el sector de las PYME, de forma que quede el grueso de las empresas caracterizadas por los efectos externos beneficiosos y las desventajas descritos en los puntos 1.1 a 1.3. No debe ser tan amplio que permita incluir muchas empresas de mayor entidad que no tienen necesariamente los ventajosos efectos externos o las desventajas que caracterizan al sector de las PYME. La concesión de ayudas a empresas de mayor entidad sobre la base de consideraciones aplicables fundamentalmente a empresas menores probablemente falsearían más la competencia y el comercio entre los Estados miembros. Por último, para que las directrices mejoren la transparencia, la definición de PYME debe ser sencilla y clara de aplicar.

Generalmente, en las directrices comunitarias no es necesario distinguir entre pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, esta distinción es nece-

saría en el caso de las ayudas para actividades próximas al mercado, tales como la inversión. En este caso, las ayudas a las empresas pequeñas producen normalmente unas repercusiones limitadas sobre el comercio intracomunitario, mientras que las que se conceden a las empresas medianas pueden tener un importante efecto distorsionador sobre el mismo.

2.2. A la vista de los requisitos expuestos y a efectos de estas directrices, se entenderá por «PYME» la empresa:

— que no tenga más de 250 trabajadores y que tenga, bien un volumen de negocios anual no superior a 20 millones de ecus o bien un balance general no superior a 10 millones de ecus, y en la que una o varias empresas que no cumplan esta definición no tengan una participación del 25 por 100, salvo si éstas son empresas públicas de inversión, empresas de capitales de riesgo o, siempre que no se ejerza control, inversores institucionales.

Cuando sea necesario distinguir entre empresas pequeñas y medianas, se entenderá por empresa «pequeña» la empresa:

— que no tenga más de 50 trabajadores y que tenga, bien un volumen de negocios anual no superior a 5 millones de ecus o bien un balance general no superior a 2 millones de ecus, y en la que una o varias empresas que no cumplan esta definición no tengan una participación superior al 25 por 100, salvo si éstas son empresas públicas de inversión, empresas de capitales de riesgo o, siempre que no se ejerza control, inversores institucionales.

Estos tres requisitos son acumulativos, es decir, se considera que una empresa pertenece a la categoría de las PYME o, en su caso, a las de las empresas pequeñas si cumple la condición de independencia y no rebasa el límite de volumen de mano de obra ni al menos uno de los otros dos límites relativos al volumen de negocios y al balance general. El límite de número de trabajadores es el mismo que el establecido en la IV Directiva sobre cuentas anuales en materia de derecho de sociedades. La limitación de 20 millones y 5 millones de ecus de volumen de negocios y la limitación de 10 millones de ecus del balance general son superiores en un 25 por 100 a los límites de 16 millones, 4 millones y 8 millones de ecus, respectivamente, establecidos en dicha Directiva. No obstante, este aumento es necesario para compensar el hecho de que la limitación de plantilla siempre se aplica al mismo tiempo que una de las dos limitaciones financieras, mientras que, con arreglo a la IV Directiva, el cumplimiento de las dos limitaciones financieras es suficiente para que una empresa pueda recibir el tratamiento favorable contemplado en la misma. El criterio de independencia que supone el requisito de que no más de un 25 por 100 sea propiedad de una empresa de mayor tamaño se deriva de la práctica habitual de

muchos Estados miembros, en donde una participación del 25 por 100 se considera el umbral a partir del cual se puede ejercer el control de una empresa. Aunque no tan preciso como los criterios sobre relación empresa matriz-filial de la VII Directiva sobre cuentas consolidadas, en la que se determina cuándo se aplican determinadas obligaciones, este criterio es suficiente para mostrar el grado aproximado de independencia que se exige de los beneficiarios de ayudas a las PYME, y los Estados miembros tienen libertad para establecer criterios más estrictos y, en cualquier caso, más detallados. Normalmente, la participación de empresas públicas de inversión o de empresas de capitales de riesgo en una empresa no hace que ésta deje de pertenecer a la categoría de las PYME, por lo que puede no tenerse en cuenta. Lo mismo ocurre en el caso de participación de inversores institucionales, tales como fondos de pensiones y compañías de seguros, que generalmente mantienen una relación de independencia operativa con la empresa en la que invierten.

3. APLICABILIDAD DE LAS NORMAS SOBRE AYUDAS ESTATALES

3.1. En el apartado 1 del artículo 92 del Tratado CEE se prohíbe, con algunas excepciones, proporcionar a empresas o industrias específicas asistencia financiera estatal que falsee o pueda falsear la competencia y afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Generalmente, las ayudas estatales a las PYME están comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92, al ofrecer ventajas a unas empresas determinadas, al contrario de lo que sucede con las medidas de carácter general, que pueden beneficiar a todas las empresas de la economía, y al poder afectar a los intercambios comerciales intracomunitarios, ya que muchas PYME exportan parte de su producción a otros Estados miembros y en la mayoría de las industrias la producción interna de las PYME reduce el potencial de importaciones procedentes de otros puntos de la Comunidad.

3.2. «*De minimis*»

Sin embargo, también es evidente que mientras que todo tipo de asistencia financiera a las empresas altera las condiciones de competencia en cierta medida, no todas las ayudas tienen repercusiones apreciables sobre la competencia y el comercio entre Estados miembros. Esto ocurre particularmente en el caso de la ayuda proporcionada en cantidades muy pequeñas, principalmente a las PYME, aunque no exclusivamente, y, a menudo, en el marco de regímenes gestionados por autoridades locales o regionales.

Con vistas a una simplificación administrativa en beneficio de las PYME, es conveniente suprimir la obligación de informar previamente a la Comisión, de conformidad con el apartado 3 del artículo 93, sobre las ayudas que no rebasen un importe determinado, por debajo del cual no puede considerarse aplicable el apartado 1 del artículo 92. Sobre la base de la experiencia adquirida, esta cifra *de minimis* puede fijarse en 50.000 ecus por empresa para un determinado gran tipo de gasto (v.gr., inversión, formación) y un período trienal. Por consiguiente, en el futuro ya no se considerarán de notificación obligada, de conformidad con el apartado 3 del artículo 93, los pagos de ayudas por un importe no superior a 50.000 ecus para un determinado tipo de gasto, ni los planes en el marco de los cuales las ayudas por empresa para un determinado tipo de gasto y un período de tres años estén limitadas a este importe, con tal que exista la condición expresa de que cualquier ayuda para el mismo tipo de gasto que la empresa pueda recibir de otras fuentes o en el marco de otros planes no haga que la ayuda total recibida rebase el límite de los 50.000 ecus. Aunque no se limitarán las dimensiones de las empresas que podrán acogerse a dicha medida, evidentemente ésta interesará principalmente a las empresas más pequeñas. Debe observarse que no es posible disfrutar de las ventajas en los sectores sujetos a normas específicas enumerados en el anterior apartado 1.6.

3.3. *Ayudas a las PYME contempladas en el apartado 1 del artículo 92*

Las ayudas estatales que estén comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92, porque producen una repercusión apreciable sobre la competencia y el comercio entre Estados miembros, pueden acogerse a exenciones. La cláusula más amplia de exención es la letra *c*) del apartado 3 del artículo 92, según la cual la Comisión puede autorizar las ayudas que faciliten el desarrollo de actividades o regiones económicas determinadas siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

A la vista de los aspectos externos positivos asociados a las PYME, de su importancia en sectores específicos de la economía y en el desarrollo regional y de los problemas específicos a los que tienen que hacer frente, parece indudable que las ayudas estatales a las PYME facilitan el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas.

Sigue abierta la cuestión de si las ayudas estatales a las PYME alteran las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. Ello dependerá del tipo de la intensidad de la ayuda. Las ayudas para actividades que se encuentren relativamente alejadas del mercado, como

puede ser la asistencia para obtener el asesoramiento de consultores para mejorar la gestión general, afecta a los intercambios sólo indirectamente y en un grado relativamente reducido. Las ayudas para actividades más próximas al mercado, tales como las inversiones, parecen afectar menos a los intercambios si se conceden a las PYME que si sus beneficiarios son grandes empresas. Esto se debe a que las ventas de una empresa pequeña o mediana son menores que las de una gran empresa, factor que se acentúa por el volumen de negocios por trabajador en el caso de las PYME, que suele ser inferior, y a que éstas son especialmente numerosas en sectores industriales en los que el volumen de intercambios intracomunitarios es relativamente pequeño (por ejemplo, construcción, determinadas industrias alimentarias, venta al por menor, numerosos servicios). Aun en este caso, las repercusiones de la ayuda a la inversión sobre el comercio pueden ser más importantes en el caso de las empresas medianas. En tales circunstancias, y a condición de no rebasar unas intensidades de ayuda aceptables, el efecto de las ayudas a las PYME sobre las condiciones de intercambio no será, en general, tan fuerte que perjudique a los intereses de la Comunidad, especialmente si se tienen en cuenta los aspectos externos positivos de la actividad de las PYME.

3.4. *Conclusión*

Como conclusión, puede decirse que, aparte de las ayudas que pueden considerarse excluidas del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92 (*de minimis*), las ayudas a las PYME, hasta determinada intensidad según el tipo de ayuda de que se trate, pueden acogerse en general a la exención, en virtud de la letra *c*) del apartado 3 del artículo 92, y que, en consecuencia, se justifica que la Comisión establezca una presunción general de compatibilidad de tales ayudas con el Mercado Común.

4. INTENSIDAD DE AYUDA A LAS PYME QUE SUELE CONSIDERARSE ACEPTABLE

La práctica de la Comisión es considerar que las ayudas estatales para los objetivos y en las intensidades siguientes pueden acogerse a la exención prevista en la letra *c*) del apartado 3 del artículo 92 cuando se refieran a las PYME, tal como se ha definido.

4.1. *Ayudas a la inversión en general*

Actualmente, la Comisión considera que los planes generales de ayuda a la inversión, esto es, los planes que ofrecen ayuda a la inversión, inde-

pendientemente del tamaño de la empresa y de su localización, son incompatibles con el Mercado Común y no pueden seguir permitiéndose. Dos son los fundamentos de este enfoque. En primer lugar, la inversión constituye un gasto empresarial normal que se realiza en interés de la propia empresa, por lo que, en circunstancias normales, no debería requerir la asistencia estatal. Si se otorgan incentivos a una actividad tan próxima al mercado en un mercado cada vez más integrado, como el que existe actualmente en la CE, dicha ayuda tenderá a falsear la competencia y llevará a una inadecuada asignación de recursos.

En segundo lugar, las ayudas generales a la inversión actúan en contra del objetivo de aumentar la cohesión económica y social dentro de la Comunidad. La concesión de ayudas a la inversión en regiones no asistidas de las partes más prósperas de la Comunidad reduce el atractivo de los incentivos ofrecidos en las regiones asistidas, especialmente en las zonas menos desarrolladas.

Los mismos argumentos son aplicables, en cierta medida, a las ayudas generales a la inversión que se otorgan a las PYME, al menos a las que se otorgan a las empresas medianas. En el caso de las empresas medianas, los inconvenientes de las ayudas de la inversión en regiones no asistidas, desde el punto de vista de la competencia y de la cohesión, superan probablemente a sus ventajas en materia de contribución al desarrollo de las PYME. Si en las regiones no asistidas se concediesen dichas ayudas incluso a las PYME de mayor tamaño, no sólo aparecería un riesgo de falseamiento de la competencia, sino que al mismo tiempo quedarían reducidos los incentivos de las PYME para invertir en regiones desfavorecidas, ya que podrían ser muy pequeñas las diferencias entre las cantidades de ayuda que se pondrían a disposición de las PYME en las regiones no asistidas de los Estados miembros más prósperos del centro (de la Comunidad y las que se pondrían a su disposición en las regiones asistidas de los Estados miembros centrales y de los Estados miembros periféricos menos prósperos) que, a menudo, no pueden permitirse ofrecer el nivel máximo de ayuda disponible teóricamente. Si bien el riesgo de que se produzcan estos efectos adversos puede ser muy reducido en el caso de las empresas muy pequeñas, el mismo aumenta evidentemente a medida que aumenta el tamaño de la empresa.

La Comisión debe combatir dichos efectos secundarios. El nuevo artículo 130B del Tratado CEE aprobado por los jefes de Estado o de Gobierno en el Tratado de la Unión Europea indica que: «Al formularse y desarrollarse las políticas y acciones de la Comunidad y al desarrollarse el mercado interior, se tendrán en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 130A (cohesión económica y social), participando en su consecución».

Por consiguiente, con la excepción indicada más abajo para las regiones contempladas en los objetivos 2 ó 5.b) de los Fondos Estructurales, la

Comisión ha decidido que fuera de las regiones asistidas (es decir, las regiones cubiertas por un régimen nacional de incentivos regionales, independientemente de los Fondos Estructurales) a las empresas pequeñas, tal como se han definido anteriormente, se podrán conceder ayudas a la inversión de una intensidad bruta no superior al 15 por 100, y a las otras PYME, esto es, a las empresas medianas, se podrán otorgar ayudas a la inversión de una intensidad bruta no superior al 7,5 por 100.

En las regiones asistidas, con arreglo a un régimen nacional de incentivos regionales, la Comisión permitirá que las PYME (ya sean empresas pequeñas o medianas) reciban el nivel de ayuda regional autorizado por la Comisión, aumentado en 10 puntos porcentuales de ayuda bruta a la inversión en las regiones contempladas en la letra *c*) del apartado 3 del artículo 92, y en 15 puntos porcentuales de ayuda bruta en las regiones contempladas en la letra *a*) del apartado 3 del artículo 92. No obstante, la suma de la ayuda regional y de la ayuda a las PYME, en términos netos, no podrá ser superior al 30 por 100 en las regiones contempladas en la letra *c*) del apartado 3 del artículo 92, ni al 75 por 100 en las regiones contempladas en la letra *a*) del apartado 3 del artículo 92. Estas limitaciones están encaminada a permitir el máximo nivel de ayuda en las regiones más necesitadas y a mantener un diferencial entre las regiones asistidas y no asistidas, salvo en el caso de las empresas más pequeñas.

El límite máximo de ayuda resultante de sumar la ayuda regional y la ayuda de las PYME en las regiones asistidas se aplicará con independencia de que la ayuda proceda en su integridad de fuentes nacionales o haya sido cofinanciada por la Comunidad con cargo a los Fondos Estructurales, especialmente al FEDER.

Algunas regiones de la Comunidad pueden recibir ayudas procedentes de los Fondos Estructurales en el marco de los objetivos 2 ó 5.b) sin ser regiones asistidas con arreglo a un régimen nacional de incentivos regionales. La Comisión ha decidido que hasta finales de 1993 las PYME de dichas regiones (ya sean pequeñas o medianas) podrán recibir ayudas a la inversión de un importe máximo que deberá decidirse para cada régimen específico.

Las intensidades máximas de ayuda se aplicarán a todos los tipos de ayuda.

4.2. *Ayudas a las inversiones encaminadas a la protección del medio ambiente*

Con arreglo a las directrices de ayudas ambientales, las inversiones tendentes a la protección del medio ambiente (como, por ejemplo, las destinadas al control de la contaminación, la reducción del CO₂ a la protección

de la ozonosfera) reciben un trato más favorable que las inversiones generales. Esto se aplica sea cual fuere la localización y el tamaño de la empresa, si bien las PYME de las regiones asistidas pueden, naturalmente, solicitar las ayudas generales a la inversión (ayudas regionales y complemento de ayuda a las PYME), cuyo importe será, la mayoría de las veces, superior al 15 por 100 en términos netos que se puede permitir actualmente con arreglo a las directrices de ayudas ambientales, no debiendo supeditarse así a unas condiciones tan estrictas.

4.3. *Ayudas para asesoramiento, formación y difusión de conocimientos*

Para asesoramiento por parte de consultores externos o para formación para pequeñas o medianas empresas, nuevas o ya establecidas, y para su personal en temas de dirección, finanzas, nuevas tecnologías (en especial tecnología de la información), control de la contaminación, protección de los derechos de propiedad intelectual o cuestiones similares, o sobre evaluación de la viabilidad de nuevas empresas, se aceptan en general unas ayudas brutas de hasta el 50 por 100. No obstante, cada plan se evaluará de forma individualizada, poniendo especial atención en la distancia existente entre la actividad y el mercado, las limitaciones del importe de la ayuda por empresa, las posibilidades de acumulación u otros factores pertinentes. En algunas circunstancias excepcionales, la Comisión puede permitir ayudas de más del 50 por 100. Las campañas generales de información, en particular, pueden recibir una ayuda mayor, ya que los beneficios económicos para cada una de las empresas son relativamente pequeños.

4.4. *Ayudas a la I+D*

De acuerdo con las directrices sobre ayudas a la I+D, pueden autorizarse ayudas a las PYME en el marco de regímenes nacionales de ayuda a la I+D hasta 10 puntos porcentuales superiores a las permitidas para las grandes empresas.

4.5. *Ayudas para otros fines*

La mayoría de los planes de ayuda a las PYME notificados a la Comisión pertenecen a las categorías mencionadas. Sin embargo, ésta puede estar dispuesta a autorizar ayudas para otras formas justificadas de promoción de las PYME, tales como el fomento de la cooperación.

5. PROCEDIMIENTO ACCELERADO DE APROBACIÓN DE LOS PLANES DE AYUDA A LAS PYME

La comisión ha declarado que, normalmente, no planteará objeciones a los planes de ayuda a las PYME, tal como se definen en el anterior apartado 2.2, cuando la intensidad o el importe de la ayuda sean reducidos, es decir, cuando:

- represente no más del 7,5 por 100 en términos brutos de la inversión, si el plan está destinado a la inversión;
- no supere los 3.000 ecus por puesto de trabajo creado si el plan está destinado a la creación de empleo;
- no ascienda a un total de más de 200.000 ecus si el plan no está destinado a la inversión o a la creación de puestos de trabajo;
- siempre que las ayudas del plan no puedan acumularse con otras ayudas de tal forma que superen estos límites.

Para los planes de ayuda que se acojan a una de las tres categorías mencionadas, la Comisión ha creado un procedimiento especial de aprobación rápida. Este procedimiento y la presunción favorable en favor de tales ayudas seguirán aplicándose a los nuevos planes de ayuda para las PYME. También se continuará aplicando el procedimiento acelerado a las modificaciones de los actuales planes autorizados, destinados a las PYME o a otras empresas. A diferencia de lo que ocurre con las ayudas *de minimis* (véase apartado 3.2), las ayudas que pueden ser objeto de un procedimiento acelerado de aprobación se deberán seguir notificando.

6. NOTIFICACIÓN, AUTORIZACIONES VIGENTES, DURACIÓN Y REVISIÓN DE LAS DIRECTRICES

6.1 Salvo en el caso de los planes de ayuda considerados *de minimis*, estas directrices en nada modifican la obligación de los Estados miembros, en virtud del apartado 3 del artículo 93 del Tratado CEE, de notificar todos los planes de ayuda a las PYME y cualquier modificación de dichos planes.

6.2. Las directrices no afectan a los planes que ya estaban autorizados en la fecha de la publicación de las mismas; sin embargo, existe la posibilidad de que éstos sean revisados en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 93.

6.3. La Comisión se atenderá a estas directrices en su evaluación de los planes de ayuda a las PYME durante un período de tres años a partir de la fecha de su publicación. Antes de que finalice este período volverá a examinar la aplicación de estas directrices.

B) Legislación española

La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, que se publica en el *BOE* del día 31, regula el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Según el artículo 1.º tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos.

Esta Ley no será de aplicación, entre otros casos, a los ficheros automatizados de titularidad pública cuyo objeto, legalmente establecido, sea el almacenamiento de datos para su publicidad con carácter general.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Reseñamos las siguientes normas de rango legislativo:

En *Extremadura* la Ley de 9 de julio de 1992 modificó la de Tasas y Precios Públicos de esta Comunidad, y a continuación, por Decreto legislativo de 9 de septiembre siguiente, se aprueba y publica el Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Por Ley de 9 de julio de 1992 se regula el patrimonio de Extremadura.

En *Murcia* hay dos leyes de la misma fecha, 30 de julio de 1992. Por la primera se regula el patrimonio de la Comunidad y la otra trata de la ordenación y protección del territorio de la región de Murcia.

En el *País Vasco* se promulgó, con fecha 1 de julio de 1992, la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, de notoria importancia en cuanto que regula con detalle las instituciones forales de Derecho privado de las tres provincias vascongadas.

En *Galicia* se ha promulgado con fecha 7 de octubre la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de la Región, que se inserta en el *Diario Oficial de Galicia* del día 14 siguiente.

En *Navarra* la Ley Foral de 20 de octubre, publicada en su *Boletín* del día 28, regula las modificaciones tributarias en varios impuestos.

II. Información de actividades

1. *III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho.*—Se ha celebrado en Mérida durante los días 21 al 25 de septiembre, desarrollándose los siguientes temas:

- I. «Derecho de la informática».
- II. «Informática aplicada al Derecho: presente y futuro».
- III. «Informática y proceso».
- IV. «Tecnologías de la comunicación y Derecho».

2. *I Congreso Nacional de Economía y Sociología Agrarias*.—Ha tenido lugar en Zaragoza en los días 16 a 18 de septiembre, habiéndose desarrollado las siguientes ponencias:

«Visión histórica de la economía y la sociología agrarias en España», por don JUAN VELARDE, catedrático de la Universidad Complutense.

«Del proteccionismo agrario a las nuevas tendencias de desarrollo rural», por don LUIS ATIENZA, secretario general de Estructuras.

«La internacionalización del sector agroalimentario», por don PEDRO BALLVÉ, don JOSÉ COLINO y don CARLOS TIÓ, catedráticos.

3. *Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Agrario*.—Se celebró en Zaragoza en los días 28 de septiembre a 1 de octubre, estudiándose los principales problemas de la normativa y la realidad agrarias en España y en el mundo.

Hubo tres ponencias generales:

«Ambito de Aragón y España». En esta intervinieron, en representación oficial del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, los Registradores de Madrid don MANUEL AMOROS GUARDIOLA y don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, exponiendo éste el Derecho agrario en Castilla-La Mancha.

«Ambito de España e Iberoamérica», con intervención de destacados profesores hispanoamericanos.

Y por último, «Ambito internacional. Europa y el resto del mundo», con ponencias y comunicaciones de prestigiosos profesores europeos.

4. *Jornadas sobre multipropiedad en Canarias*.—Se han celebrado en Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife, en los días 14 y 16 de octubre.

Los temas desarrollados han sido:

«La multipropiedad en la práctica notarial», por don EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Notario.

«La multipropiedad en la práctica registral», por don ANTONIO ISAC AGUILAR, Registrador de la Propiedad.

«La multipropiedad en Derecho civil», por don CARLOS LASARTE ALVAREZ, catedrático de Derecho civil.

«La multipropiedad en la práctica empresarial», por don JUAN ARENCIBIA RODRIGUEZ, director de Departamento Jurídico Tributario.

«La multipropiedad en Derecho comparado», por don PEDRO MUNAR BERNART, doctor en Derecho.

«La multipropiedad en el anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios» fue el tema desarrollado por don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Registrador de la Propiedad, en Santa Cruz de Tenerife. En Las Palmas de Gran Canaria disertó sobre el mismo tema, en su discurso de clausura, don ANTONIO PAU PEDRÓN, director general de los Registros y del Notariado, que también es Registrador de la Propiedad.

5. *Jornadas de Estudio sobre Actuaciones Municipales en relación con el Registro de la Propiedad.*—Se han celebrado en Valladolid durante la semana del 19 al 23 de octubre de 1992, con el siguiente programa:

— «Conceptos básicos de Derecho registral inmobiliario».

Ponente: Don JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ SANTIAGO.

Registrador de la Propiedad de Valladolid.

— «El régimen de inscripción de los bienes municipales».

Ponente: Don JOSÉ LUIS BARRIGÓN VÁZQUEZ.

Director del Centro de Estudios Registrales de Castilla y León.

— «Actuaciones urbanísticas municipales y Registro de la Propiedad en pequeños municipios».

Ponente: Don RAMÓN SASTRE LEGIDO.

Magistrado.

6. *Tercer premio «Estudios hipotecarios» 1994.*—El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España convoca la concesión del tercer premio de «Estudios hipotecarios», bajo las siguientes bases:

1.^ª El premio está dotado con CINCO MILLONES DE PESETAS.

2.^ª Pueden concurrir al premio todos los juristas, debiendo redactarse el trabajo en lengua castellana cualquiera que sea la nacionalidad del autor. No podrán concurrir al mismo todos aquellos que ostenten cargos en la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores.

3.^ª Los trabajos que opten al premio deberán versar sobre temas de Derecho hipotecario o Registro Mercantil.

4.^ª La extensión de los trabajos será como mínimo de trescientos folios, a doble espacio y por una sola cara. Serán inéditos y se presentarán por triplicado, bajo un título y un lema, acompañados de plica. En ella se hará constar el nombre, apellido, nacionalidad, domicilio y teléfono (si lo tuviere) del autor, y en el exterior de la plica figurará el título de la obra y su lema.

5.^ª El Jurado estará compuesto por siete miembros: decano del Colegio de Registradores, un letrado de la Dirección General de los Registros y del

Notariado, un miembro de la Comisión redactora de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, un magistrado del Consejo del Poder Judicial, un abogado en ejercicio de cualquiera de los Colegios de Abogados de España, un catedrático de Derecho civil o mercantil y el director del Centro de Estudios de Derecho Hipotecario, que hará las funciones de secretario.

6.^a El fallo del Jurado será inapelable y el hecho de participar en el presente concurso implica la total aceptación y conformidad con las bases del mismo.

7.^a La concesión del premio llevará consigo la publicación del trabajo por el Colegio de Registradores.

8.^a El premio se otorgará en el año 1995 y se entregará en un acto académico. Los originales deberán ser presentados o recibidos antes de las 14,00 horas del día **31 de diciembre de 1994**, en los locales del Colegio de Registradores, Príncipe de Vergara, 72, piso 1.º 28006 Madrid.

9.^a Una vez presentado un trabajo no podrá ser retirado. Los originales no premiados quedan a disposición de sus autores, salvo que concierten con el Colegio de Registradores de la Propiedad su publicación, en las condiciones acostumbradas.

10. Caso de declararse el premio desierto se podrán conceder accésits.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 18 de mayo de 1991.*—LEY GENERAL TRIBUTARIA.—Es inconstitucional el artículo 130 sobre entrada en domicilios privados para ejecutar créditos tributarios.—Pleno.—Ponente: Sr. García Mon.—Voto particular del Sr. López Guerra

Antecedentes.—Por dos Juzgados de Instrucción se han suscitado cuestiones de inconstitucionalidad referidas a los artículos 130 de la Ley General Tributaria y 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para el Auto del Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid que plantea la cuestión seguida con el número 625/1988, el precepto legal cuestionado es el artículo 130 de la Ley General Tributaria (en adelante LGT), en la nueva redacción dada al mismo por el artículo 110 de la Ley 33/1987 de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que establece que «previa exhibición del documento individual o colectivo acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada» Los preceptos constitucionales que se estiman contrarios al mismo son los artículos 18.2, 53.1, 81.1 y 117.4, además de alegar lo inadecuado de introducir la reforma en una Ley de Presupuestos (art. 134.2 CE)

Para los Autos del Juzgado de Instrucción número 4 de Alcalá de Henares que plantean las cuestiones números 765 y 766 de 1990, acumuladas ambas a la citada en el apartado anterior, el precepto cuestionado es el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que atribuye a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en domicilio, «cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración», en relación con los artículos 24.2 y 117.3 de la Constitución que son los que originan la duda de constitucionalidad al Magistrado proponente.

Fallo.—La Sentencia declara inconstitucional el artículo 130 de la Ley General Tributaria en la redacción dada por el artículo 110 de la Ley de Presupuestos para 1988, por entender que supone su inclusión en la norma presupuestaria una limitación ilegítima en las facultades del legislador.

En la otra parte del pronunciamiento se declare la validez de la norma de la Ley Orgánica cuestionada (art. 87.2), si bien se concretan las facultades judiciales para autorizar la entrada a domicilios, facultades que exceden de las simplemente mecánicas, para extender al enjuiciamiento del acto a la luz del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Fundamentos jurídicos. Segundo.—El Abogado del Estado ha suscitado diversas objeciones relativas a la falta de las condiciones procesales necesarias para el planteamiento de las cuestiones, objeciones que debemos resolver con carácter previo, ya que este Tribunal viene reiterando desde su Sentencia 17/1981 que la posibilidad de declarar la inadmisibilidad en trámite previo no excluye, en modo alguno, la facultad del Tribunal para hacer mediante Sentencia un pronunciamiento de la misma naturaleza.

a) La primera objeción suscitada por el Abogado del Estado en las tres cuestiones de inconstitucionalidad, es que la actuación judicial regulada en los artículos 130 LGT y 87 2 LOPJ no es un proceso, única esfera donde los Jueces y Tribunales tienen reconocida la potestad para cuestionar la constitucionalidad de una norma según el artículo 163 CE, sino una actuación judicial en garantía de un derecho fundamental que se inserta en un procedimiento administrativo. Al respecto debe recordarse ahora que este Tribunal ha insistido desde sus primeras Sentencias en la importancia del control de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad como medio de garantizar que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, dada la extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional (STC 17/1981, de 1 de junio). Concretamente sobre el requisito de admisibilidad cuya inexistencia denuncia el Abogado del Estado hemos declarado en reiteradas ocasiones que «el constituyente ha colocado la vía de enjuiciamiento de la constitucionalidad que ahora nos ocupa en estrecha relación con un proceso en el que la aplicación de la norma sea necesaria (AATC 945/1985, 107/1986, 723/1986 y 1316/1988). Todo ello significa que, realmente, lo que ha de determinarse, sea o no un proceso en sentido técnico estricto la actuación judicial prevista en los artículos 87.2 de la LOPJ y 130 de la LGT, es si los Jueces y Tribunales que han de aplicar dichos preceptos para decidir sobre la autorización que de ellos se solicita, están legitimados para cuestionar la constitucionalidad de los mismos.

De la misma manera en que este Tribunal ha trascendido, de la literalidad de los términos «sentencia» y «fallo» utilizados en los artículos 35.2 LOTC y 163 CE, respectivamente (STC 76/1982, entre otras), hay que decir ahora que en aquella actividad judicial concurren las condiciones en presencia de las cuales puede afirmarse que se da la *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad. Pues si bien es cierto que nuestra Constitución ha condicionado la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a la existencia de un proceso, no lo es menos que la doble obligación en que se encuentran los Jueces y Tribunales de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución, de un lado, y el principio de la seguridad jurídica (que las dudas de constitucionalidad ponen en evidencia), de otro, impiden que de la calificación dogmática de una actuación judicial como proceso pueda extraerse una consecuencia tan grave como la referente a la legitimación de aquéllos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad. La *ratio* de este proceso constitucional —como instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble

obligación a la que se ha hecho referencia (STC 17/1981)— obliga a concluir que no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de Ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios. No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda, posibilidad ésta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar.

Debemos, pues, rechazar la objeción de inadmisibilidad hecha por el Abogado del Estado ya que en el presente caso concurren las circunstancias necesarias para poder afirmar que se da la *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad. Tal y como prevé el artículo 117.4 de la Constitución, la Ley (arts. 130 LGT y 87.2 LOPJ) ha atribuido a los Jueces de Instrucción una función de garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración cuyo cumplimiento, según hemos dicho, «de algún modo cabría reputar que ser inserta en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa», sin que ello signifique que su actuación pueda calificarse de «automática» (STC 137/85, de 17 de octubre). Antes bien, el Juez de Instrucción en estos casos ejerce un poder de enjuiciamiento y de decisión pues, como también hemos declarado, no se hallan ausentes en esa actuación «determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado» (STC 137/85), según que el Juez verifique que el acto administrativo que se pretende ejecutar requiere efectivamente la entrada en el domicilio y aparece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa (STC 144/87, de 20 de octubre). Así pues, como autoridad judicial que ha de aplicar la ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración, ejerciendo un poder de decisión sobre el otorgamiento o denegación de lo instado, es claro que está legitimado para plantear ante este Tribunal las dudas de inconstitucionalidad que le plantee la aplicación de dicha ley siempre que, claro está, de su validez dependa la resolución judicial de que se trata.

b) La segunda objeción procesal alegada por el Abogado del Estado en la cuestión propuesta por el Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid (la tratada en los apartados anteriores era común a las tres cuestiones), es la de que antes de plantear la cuestión el Juez si bien otorgó el trámite de audiencia que previene el artículo 35.2 de nuestra Ley Orgánica al Ministerio Fiscal y al organismo instante de la autorización (la Tesorería Territorial de la Seguridad Social), no lo hizo respecto del apremiado o titular del domicilio a que se refería la autorización de entrada, incumpliendo así —dice el Abogado del Estado— lo establecido en el citado artículo 35.2 de la LOTC. El hecho es cierto, el Magistrado-Juez de Instrucción número 11 de Madrid no oyó al apremiado sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero de ello no cabe deducir que, como sostiene el Abogado del Estado, se haya incumplido el requisito de «oír a las partes y al Ministerio Fiscal» que,

como trámite previo a la decisión definitiva del planteamiento, exige el artículo 35.2 de la LOTC. Porque si la decisión de otorgar o no la autorización para la entrada en el domicilio del deudor la pudo adoptar el Juez sin necesidad de dar trámite alguno o intervención al apremiado, se habrá de convenir que éste no era parte formal —aunque sí interesado— en sentido técnico estricto en la actuación judicial de que se trata. Esta actuación se realiza a instancia de un organismo de la Administración y en garantía que ha de constatar el Juez de un derecho fundamental del ciudadano, pero éste, aunque sujeto de la garantía, no es parte formal en la actuación judicial. En este sentido en el ATC 129/1990, de 26 de marzo (FJ 6), declaró este Tribunal, frente a la pretensión de audiencia del interesado, que «la legalidad tributaria no impone semejante trámite», ya que «lo único de que se trata —dice el Auto— es de apoderar a la Administración para realizar una determinada actuación». No puede, por tanto, exigirse una intervención previa en esta clase de actuaciones judiciales, a quien no la tiene necesariamente para la decisión definitiva sobre la autorización solicitada. El Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid, con la audiencia otorgada al Ministerio Fiscal y al organismo instante de su actuación, cumplió el requisito establecido por el artículo 35.2 de la LOTC.

c) Debe rechazarse igualmente la tercera objeción del Abogado del Estado relativa al juicio de aplicabilidad hecho por el Juez *a quo* sobre el artículo 130 LGT. Como ya declaramos en nuestra Sentencia 17/1981, este Tribunal no debe ni puede pronunciarse acerca de la necesidad de que el fallo del proceso haya de basarse precisamente en la norma cuestionada. Le basta, para juzgar acerca de la admisibilidad de la cuestión, con la apariencia de que tal fundamentación sea efectivamente procedente, y tal apariencia existe sin duda alguna y queda demostrada por el hecho de que la propia Tesorería Territorial de la Seguridad Social solicitó la autorización del Juez de Instrucción al amparo del artículo 109 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del sistema de la Seguridad Social y del artículo 130 LGT, en la nueva redacción dada por la Ley de Presupuestos Generales para 1988. Por lo tanto, fue este último el precepto que el Juez *a quo* razonadamente consideró aplicable al caso y, por tanto, susceptible de plantear la cuestión. Si es otra la norma en que debe basarse la autorización solicitada por tratarse de una deuda a la Seguridad Social, es un problema de legalidad que corresponde resolver al Juez.

Tercero.—Rechazadas las objeciones de inadmisibilidad propuestas por el Abogado del Estado y entrando en el fondo de las cuestiones planteadas, abordaremos su tratamiento comenzando por el artículo 87.2 de la LOPJ dado su carácter general. Entiende al respecto el Juzgado de Instrucción número 4 de Alcalá de Henares, que el citado precepto infringe los artículos 117.3 y 24.2 de la Constitución. Concretamente, la supuesta violación del artículo 117.3 CE radica, según los Autos proponentes de la cuestión, en que el automatismo de una actuación judicial no es una verdadera garantía sino un acto de soporte y auxilio para la ejecución de unos actos administrativos y que tal actuación así entendida es incompatible con las atribuciones que la Constitución confiere a los Jueces y Tribunales. Respecto del artículo 24.2 el Juez *a quo* alega en primer lugar que el artículo 87.2 de la LOPJ es contrario al principio del Juez predeterminado por la Ley, por referir al Juez de Instrucción la calificación de la legalidad del acto administrativo en cuya ejecución se interesa la entrada en domicilio o en los restantes lugares a que se refiere dicho precepto; y en

segundo lugar alega que la atribución a los Jueces de Instrucción de esta función quebranta la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

Como seguidamente veremos, el artículo 87.2 de la LOPJ no incide en ninguna de las supuestas vulneraciones constitucionales que se aléjan en los Autos que proponen las cuestiones:

a) Como ponen de manifiesto en sus alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General, el planteamiento de las cuestiones que examinamos descansa en un entendimiento erróneo de lo que supone la intervención judicial prevista en el artículo 87.2 de la LOPJ. Como ha declarado este Tribunal en un supuesto en el que también se partía de un entendimiento erróneo del citado precepto —STC 144/1987, de 23 de septiembre—, el artículo 87.2 de la LOPJ no ha sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de los actos de la Administración cuya ejecución requiera la entrada en domicilio para atribuirlo al Juez de Instrucción, sino que éste actúe en los supuestos del artículo 87.2, como dice literalmente la citada Sentencia, «como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente para ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa».

De lo dicho se desprende que el Juez de Instrucción, al que se le solicita la autorización para entrar en domicilio o en los lugares indicados en el artículo 87.2 de la LOPJ, no actúa de un modo automático. Así resulta de dicho precepto que exige resolución motivada y así lo declaramos en nuestra Sentencia 137/1985, pronunciada en un recurso de amparo que versó sobre la autorización judicial para la entrada en domicilio en un procedimiento de apremio por deudas tributarias. Dijimos entonces y debemos reiterar ahora que en una actuación judicial de la naturaleza de la prevista en el artículo 87.2 LOPJ no están ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado. El Juez puede, en consecuencia, examinar, controlar y, en su caso, no autorizar la entrada en el domicilio sin el consentimiento del interesado (ATC 129/1990, de 26 de marzo). Esta afirmación basta por sí sola para rechazar el razonamiento del Juez *a quo* cuando afirma que el artículo 87.2 de la LOPJ viola el artículo 117.3 CE porque prevé una pseudogarantía, es decir, una intervención rituarial y de mero auxilio a la Administración para la ejecución de sus actos. Por el contrario, precisamente en virtud de lo dispuesto en dicho precepto constitucional, la ley ha atribuido al Juez de Instrucción la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorizar mecánicamente esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido, y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.

b) Lo que acaba de decirse nos conduce a analizar el reproche de inconstitucionalidad que el Juez *a quo* hace al artículo 87.2 LOPJ desde la perspectiva del derecho al Juez predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE). Razona el Magistrado-Juez proponente que si, como se ha visto, la actuación de los Jueces de Instrucción en estos casos no es puramente mecánica, ello significa que se les permite revisar la legalidad de los actos administrativos con lo cual estarán atropellando las competencias revisoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El argumento debe rechazarse por diversas razones, principalmente y en primer lugar, porque nos encontramos ante una atribución por ley de competencias a un Juez ordinario y es doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la atribución de competencias entre órganos jurisdiccionales condición que tienen sin lugar a duda tanto los Jueces de Instrucción como los de orden contencioso-administrativo, no afectan al derecho al Juez predeterminado por la ley (STC 59/1983, de 9 de febrero y ATC 1112/1988, de 10 de octubre).

Pero es que además no es cierto, como pretende sostener el Magistrado-Juez que ha planteado las cuestiones, que el artículo 87.2 LOPJ permita al Juez de Instrucción revisar la legalidad de los actos administrativos para cuya ejecución se solicita su autorización de entrada en domicilio. Por el contrario, este Tribunal declaró en su Sentencia 144/1987, antes citada, que «el control de legalidad de estos actos, como de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es también la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración». Por tanto no se invaden en absoluto las competencias propias y exclusivas de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, bajo cuya competencia se sitúa todo lo referente a la legalidad del acto administrativo, su ejecutividad inmediata y su suspensión.

Ahora bien, no podemos ignorar que la duda de constitucionalidad que en realidad se nos está planteando es la relativa al contenido del juicio que los Jueces de Instrucción pueden y deben realizar para adoptar la decisión de autorizar o denegar lo instado al amparo del artículo 87.2 LOPJ. El planteamiento del Juez *a quo* es el siguiente: o se entiende que la actuación judicial en estos casos es mecánica, y por tanto constitutiva de una pseudogarantía contraria al artículo 117.3 CE, o por el contrario, se entiende que no es una actuación mecánica sino revisora de la legalidad del acto administrativo, contraria por ende al artículo 24.2 CE en cuanto consagra el derecho al Juez predeterminado por la ley, *tertium non datur*. Sin embargo, este planteamiento desconoce la doctrina de este Tribunal sobre la materia y resulta, por ello, inaceptable. Como ha quedado dicho, el Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración, sino el Juez de la legalidad de la entrada en domicilio y en los demás lugares enumerados en el artículo 87.2 LOPJ, pues este precepto no se refiere sólo a la entrada en domicilio, garantizando la inviolabilidad del mismo, sino también a los «restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares» que es el supuesto de las autorizaciones para la entrada en fincas rústicas instadas en este caso del Juez proponente.

Los Tribunales que controlan la legalidad de los actos administrativos y su ejecutividad —dejando ahora al margen conceptos que no vienen al caso, tales como la prejudicialidad penal, los interdictos u otros— son los del orden con-

tencioso-administrativo. A su control se somete la legalidad del acto de la Administración y la ejecutividad del mismo, aspecto éste que, como hemos declarado en nuestra Sentencia 66/1984, de 6 de junio, también forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, no siendo el Juez de la legalidad ni de la ejecutividad de los actos administrativos, como garante del derecho consagrado en el artículo 18 2 CE tiene que efectuar —como ya hemos dicho— la correcta y debida individualización del sujeto que ha de soportar la ejecución forzosa del acto administrativo (SSTC 137/1985 y 160/1991, de 18 de julio), verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él por el artículo 87.2 LOPJ y, por último, garantizar que la irrupción en estos lugares se produzca sin más limitaciones a los derechos fundamentales que aquellas que sean estrictamente necesarias.

Estas son las funciones y el alcance del control que corresponde hacer a los Jueces de Instrucción en el ejercicio de la misión que les confiere el artículo 87.2 de la LOPJ, control que de ningún modo puede interferir la potestad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos respecto de los actos administrativos y que se extiende, no sólo a la revisión de la legalidad de estos actos sino también a su ejecutividad y, en su caso, a su suspensión.

De todo ello se desprende una importante consecuencia y es la de que quedan excluidos, por tanto, del ámbito del artículo 87.2 de la LOPJ, como se deduce de dicho precepto, las entradas en domicilio y lugares a los que se refiere el artículo citado que sean consecuencia de la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales (STC 160/1991). De no ser así, se podrían vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que, según hemos dicho, comprende también el derecho a someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de un Tribunal y que ésta resuelva sobre la suspensión (STC 66/1984), así como la garantía de la potestad jurisdiccional del Juez o Tribunal que en ese momento esté juzgando la ejecutividad del acto administrativo (art. 117.3 CE), y que, como se ha visto, ha de ser un órgano del orden judicial contencioso-administrativo, pues sólo a estos componentes el control de la legalidad del acto y de su ejecución o suspensión.

c) Debemos rechazar finalmente la alegación claramente improcedente del Juez *a quo* sobre la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Baste recordar que el concepto de presunción de inocencia alude estrictamente a la comisión o autoría de un ilícito en el ámbito sancionatorio (por todas STC 72/1991, de 8 de abril) y que, por lo tanto, no guarda relación alguna la garantía de ese derecho fundamental con que una ley encomiende al Juez de Instrucción la relativa al derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución forzosa de actos administrativos, sin que deba este Tribunal pronunciarse sobre el acierto o no de atribuir esa función precisamente al Juez de Instrucción. Opción que, por ser atributiva de competencias a los órganos judiciales, está dentro de las facultades del legislador.

Cuarto.—Una vez examinados los problemas constitucionales planteados por el Magistrado Juez de Instrucción número 4 de Alcalá de Henares en relación con el artículo 87.2 de la LOPJ, debemos ahora responder a los reproches de inconstitucionalidad que el Magistrado Juez de Instrucción número 11 de Madrid ha hecho al artículo 130 de la LGT, empezando por los de carácter

formal que se exponen en el Auto y, dentro de ellos, por el que se cuestiona que una norma que da nueva redacción al artículo 130 de la LGT se contenga en una Ley de Presupuestos Generales del Estado.

A este respecto el Magistrado Juez de Instrucción número 11 de Madrid plantea a este Tribunal la cuestión de si es constitucionalmente legítimo que una ley anual de Presupuestos Generales —concretamente la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988— haya dado una nueva redacción a un precepto como el contenido en el artículo 130 de la LGT. Cita al respecto la STC 63/1986, de 21 de mayo, según la cual y así se reproduce en el Auto, no puede descartarse la posibilidad de que la inclusión injustificada de materias no relacionadas con la disciplina presupuestaria suponga una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional (FJ 5).

a) Con carácter previo y para una mejor comprensión de la cuestión planteada, conviene hacer aquí una recapitulación de la doctrina que este Tribunal Constitucional ha elaborado sobre los límites materiales de las Leyes de Presupuestos que, ciertamente y como seguidamente veremos, no son tan amplios como se señala en el preámbulo de la Ley 33/1987, de Presupuestos para 1988 que es, precisamente, la que dio nueva redacción al artículo 130 de la LGT que es objeto de las cuestiones que nos ocupan.

Desde la primera Sentencia en la que abordó el tema de la Ley de Presupuestos, este Tribunal dio por sentado que se trata de una verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material de ley (STC 27/1981, FJ 2). No obstante la afirmación reiterada (SSTC 27/1981, FJ 2 y 65/1987, FJ 3) de que el Parlamento aprueba los Presupuestos Generales que el Gobierno elabora (art. 134.1 CE) en el ejercicio de una función o competencia específica, desdoblada de la genérica potestad legislativa (art. 66.2 CE), hemos sostenido que los Presupuestos —en el sentido estricto de previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos— y el articulado de la ley que los aprueba integran un todo, cuyo contenido adquiere fuerza de ley y es objeto idóneo de control de constitucionalidad (STC 63/1986, FJ 5).

También desde la primera Sentencia recaída en esta materia (STC 27/1981, FJ 2), este Tribunal ha subrayado la peculiaridad de las Leyes de Presupuestos, peculiaridad consistente en que el ejercicio de poder legislativo por las Cortes está condicionado en estos casos por las disposiciones contenidas en los apartados 1.º, 6.º y 7.º del artículo 134 de la Constitución (STC 65/1987, FJ 3), y por las restricciones impuestas a su tramitación parlamentaria por los Reglamentos de las Cortes (STC 27/1981, FJ 2). Estas circunstancias que hemos calificado de «peculiaridades» (STC 65/1987) o «singularidades» (STC 27/1981, FJ 2) de las Leyes de Presupuestos derivan del carácter que es propio a este tipo de leyes, esto es, de su función específica y constitucionalmente definida en el artículo 134.2 de la Constitución. Según este precepto, se trata de la ley que cada año aprueba los Presupuestos Generales del Estado incluyendo la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. Y puesto que el Presupuesto es un instrumento de la política económica del Gobierno, la Ley de Presupuestos ha sido calificada por este Tribunal además como «vehículo de dirección y orientación de la política económica» (SSTC 27/1981, FJ 2 y 65/1987, FJ 4).

Tratándose de una ley que no es sólo un conjunto de previsiones contables (STC 65/1987, FJ 4), sino un vehículo de dirección y orientación de la política

económica que corresponde al Gobierno, no sólo puede —y debe— contener la previsión de ingresos y las autorizaciones del gasto, sino que también puede establecer «disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria estatal (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7.º del art. 134 CE) que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan» (STC 63/1986, FJ 12). Así pues, las leyes anuales de Presupuestos tienen un contenido mínimo, necesario e indisponible (STC 65/1987, FJ 4), constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual que pueda afectar a materias distintas a ese núcleo esencial constituido por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos.

Pues bien, aun aceptando —en los términos que han quedado expuestos— la posibilidad de que las leyes anuales de Presupuestos puedan contener disposiciones de esta naturaleza, este Tribunal ha declarado igualmente que este contenido eventual sólo tiene cabida dentro de límites estrictos y que ni tal inclusión puede desvirtuar el contenido primordial que caracteriza a dicha ley, ni de ella se sigue que dichas materias hayan de formar necesariamente parte de su contenido y no puedan ser reguladas por una ley ordinaria (STC 126/1987, FJ 5). Para delimitar el ámbito dentro del cual debe moverse necesariamente la inclusión, en las Leyes de Presupuestos, de las materias que no constituyen el núcleo esencial, mínimo e indisponible de las mismas, el Tribunal ha establecido dos condiciones: la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexa en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales. En cuanto a la primera condición hemos declarado con reiteración que ha de ser una relación *directa* con los gastos e ingresos que constituyen estrictamente el Presupuesto o con los criterios de política económica general del que dicho Presupuesto es el instrumento (SSTC 63/1986, FJ 12; 65/1987, FJ 4 y 65/1990, FJ 3). En cuanto a la segunda condición, hemos sostenido que la inclusión injustificada de estas materias en la ley anual de Presupuestos puede ser contraria a la Constitución por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional (STC 65/1987, FJ 5) y por afectar al principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo origina (STC 65/1990, FJ 3). Como vemos en ambas Sentencias se hizo constar por una u otra razón —seguridad jurídica y restricción de facultades a la competencia del poder legislativo—, lo mismo que en la STC 63/1986 que se recuerda en el Auto de planteamiento, que no cabe descartar la posible inconstitucionalidad de incluir en las Leyes de Presupuestos materias extrañas a la disciplina presupuestaria.

En suma y con base en la doctrina expuesta debemos concluir que para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indisponible (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno.

El cumplimiento de estas dos condiciones resulta, pues, necesario para justificar la restricción de las competencias del poder legislativo, propia de las Leyes de Presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 (CE), esto es, la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE).

b) Dicho todo esto, debemos preguntarnos ahora si el artículo 110 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que dio la nueva redacción al artículo 130 LGT, está o no dentro del ámbito constitucionalmente legítimo de la Ley de Presupuestos, y, por ende, si el precepto mencionado de la LGT, en su nueva redacción, es o no constitucional en atención tanto a la peculiaridad de la Ley en que se inserta la reforma, como al principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución.

El artículo 130 LGT, antes de su reforma por la Ley 33/1987, establecía que «previa exhibición del documento acreditativo tributario o, en su caso, de la relación de deudores debidamente providenciados de apremio, los Jueces de Paz, comarcales o municipales, según sea el que exista en cada localidad, se autorizarán dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud de la entrada del recaudador en el domicilio de los deudores responsables». La Ley 33/1987, en su artículo 110 dio la nueva redacción al citado precepto, según la cual «previa exhibición del documento, individual o colectivo, acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la solicitud, la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada»

La disposición controvertida afecta de algún modo a la materia presupuestaria. En efecto, en cuanto se refiere a la ejecución forzosa de las deudas tributarias que implican entrada en el domicilio del deudor, la norma en cuestión está relacionada con la recaudación de los tributos, la cual es necesaria para que se cumplan las previsiones de ingresos que, a su vez, condicionan la realización de los gastos. Pero siento esto cierto, no lo es menos que esta incidencia en una materia propia de la Hacienda General, cual es la recaudación forzosa de los tributos, no es suficiente para poder afirmar que se dé la necesaria conexión directa de la norma en cuestión con el Presupuesto, en sentido estricto, o con los criterios de la política económica del Gobierno, pues antes al contrario el artículo 130 LGT es ante todo y sobre todo una norma de atribución a un órgano judicial de su función garantizadora de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio, y de fijación de las condiciones del ejercicio de dicha competencia. Este es, pues, el contenido del precepto cuestionado, por lo que resulta claro su carácter de norma general del régimen jurídico aplicable a todos los tributos, cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es sólo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos, cuyo contenido propio y su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE) resulta desvirtuado por la incorporación de normas típicas del Derecho codificado.

El hecho de que el artículo 87.2 de la LOPJ —ya examinado en la primera parte de esta Sentencia—, atribuyera ya con carácter general a los Juzgados de Instrucción y, por tanto, al que plantea la cuestión, esta competencia, no excluye que, además de innecesaria, haya de considerarse ilegítima su inclu-

sión en la Ley de Presupuestos por exceder de las atribuciones propias de su contenido.

En suma, no siendo, pues, necesaria su inclusión en la Ley de Presupuestos y tratándose, además, de una materia que no tiene un grado de vinculación suficiente, esto es, directa con el ámbito del contenido posible de este tipo de Leyes, tal y como ha sido definido por este Tribunal, debemos declarar que la nueva redacción del artículo 130 LGT es contraria a la Constitución por estar contenida en una Ley anual de Presupuestos Generales del Estado.

La declaración de inconstitucionalidad, por las razones expuestas, del artículo 130 de la LGT, hace innecesario que entremos en el análisis del resto de las alegaciones que sobre dicho precepto se hacen en el Auto de planteamiento de esta cuestión.

Voto particular.—Que formula el Magistrado don Luis López Guerra, a la Sentencia de fecha 14 de mayo de 1992, en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, números 625/1988, 765/1990 y 766/1990.

Disiento de la opinión de la mayoría de mis colegas del Pleno del Tribunal Constitucional, en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley General Tributaria por vulnerar las previsiones del artículo 134 de la Constitución. A mi parecer, tal opinión representa una restricción injustificada y sin base constitucional suficiente de la potestad legislativa que a las Cortes Generales reconoce el artículo 66.2 de la Constitución Española.

Dado el reconocimiento expreso de esta potestad, que se establece con alcance general, y sin que se establezcan ámbitos exentos a la misma, toda restricción a su ejercicio, o toda cualificación a la forma de ejercerla deberá derivar de una definitiva previsión constitucional (bien explícita, bien directa e inequívocamente derivada del texto constitucional) en cuanto excepción a una atribución en principio universal e ilimitada. a falta de esa previsión, no cabrá considerar que una norma legislativa resulta viciada de inconstitucionalidad en virtud del tipo de materias sobre las que se ve, por más que pueda sujetarse a críticas desde la perspectiva de su adecuación técnica, o de su acomodación a las categorías doctrinales predominantes.

La restricción a la potestad legislativa que se formula en la Sentencia aprobada por el Pleno no responde a una previsión constitucional de ese tipo, explícita o implícita. La Ley de Presupuestos es, como es obvio, una ley, y el hecho de que deba tener un contenido mínimo necesario e indispensable (el estado de gastos y previsión de ingresos presupuestarios y el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado, según el art. 134 2 CE) no tiene por qué imponer al legislador restricciones adicionales a las que la Constitución establezca expresamente. Ciertamente la Ley de Presupuestos ha de contener los Presupuestos del Estado, pero no es posible estimar que se trate de un contenido exclusivo y excluyente (STC 65/1987, FJ 4).

El carácter que asume la Ley de Presupuestos, como instrumento de dirección de la política económica, ha supuesto la usual introducción en la misma de normas relativas a esa materia con diversos grados de conexión con las previsiones presupuestarias. Ahora bien, la Constitución únicamente establece una exclusión expresa respecto al contenido de la Ley de Presupuestos, es decir, la prevista en el apartado 7.º del artículo 134, referente a la creación de tributos, que habrá de llevarse a cabo mediante Ley tributaria sustantiva (ley que a su vez, podrá prever su modificación por la Ley de Presupuestos). El legislador, pues, en cuanto al contenido de la ley presupuestaria, se halla

sujeto a dos mandatos explícitos: ha de incluir los Presupuestos con los requisitos del artículo 134.2 CE, y no podrá crear tributos (art. 134.7 CE). Dentro de estos límites, ningún precepto expreso hay en la Constitución que impida a las Cortes, en el uso de su potestad legislativa, introducir en la Ley de Presupuestos aquellas disposiciones que estimen de conveniente inclusión por su relación con la materia presupuestaria, o con la orientación de la política económica.

No cabe negar que el procedimiento de elaboración de la Ley de Presupuestos presenta particularidades que derivan tanto de los mandatos constitucionales como de los Reglamentos de las Cámaras. Pero tales particularidades no pueden representar, en el presente caso, ni restricciones a las competencias del poder legislativo, ni merma de ninguna clase del principio de seguridad jurídica.

En cuanto a las peculiaridades del debate presupuestario que pudieran suponer un recorte de las competencias comunes del poder legislativo, se cifran en los requisitos que la Constitución (art. 134.6) y los Reglamentos del Congreso y el Senado establecen para la formulación de enmiendas: al proyecto de Ley de Presupuestos. Pero tales requisitos no resultan de aplicación al artículo que se cuestiona, y no hay datos que permitan suponer en modo alguno que el legislador haya podido ver reducida su capacidad de examen de la norma de que se trata, de formulación de enmiendas, y de discusión y votación en Pleno y Comisiones. No aparecen, pues, indicios de que, en palabras de la opinión del Pleno, la norma cuestionada haya podido «suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen o enmienda sin base constitucional» (FJ 5).

Por lo que atañe a la afectación del principio de seguridad jurídica, estimo que los términos en que viene a expresarse la norma cuestionada excluyen cualquier incertidumbre respecto a su contenido, a su fuerza vinculante y a la extensión de su pretensión de validez. El artículo 110 de la Ley de Presupuestos para 1988 dispone taxativamente que «los artículos 111.1, 128, 130 y 131 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, modificada parcialmente por la Ley 10/1985, de 26 de abril, quedan redactados del siguiente modo:», y a continuación añade la nueva redacción de esos artículos, entre ellos el 130. Se trata, pues, de una alteración, en una norma con rango de ley, promulgada y publicada en el modo usual, del contenido de un precepto legal, en forma clara y determinada.

No resulta, por tanto, en mi opinión, que la inclusión de la norma cuestionada en la Ley de Presupuestos impida o dificulte la función constitucional de ésta, ni que recorte las competencias del legislador, ni dañe a la seguridad jurídica, por lo que, en consecuencia, no cabe apreciar que vulnere lo dispuesto en el artículo 134 CE ni deba declararse por ello inconstitucional.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por RICARDO EGEA IBÁÑEZ, JOSÉ M.^º CHICO Y ORTIZ
y EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

NO SON INSCRIBIBLES LAS CLAUSULAS ESTATUTARIAS QUE AUTORIZAN A LA SOCIEDAD A PARTICIPAR EN LA CONSTITUCION DE OTRAS SOCIEDADES SIN LIMITACION POR RAZON DEL OBJETO SOCIAL Y PARA PROMOCIONAR Y CONSTITUIR OTRAS SOCIEDADES MERCANTILES CUALQUIERA QUE SEA SU OBJETO SOCIAL. (RESOLUCIÓN DE 22 DE JULIO DE 1991. BOE DE 5 DE SEPTIEMBRE.)

Hechos.—El 25 de octubre de 1990, se otorgó ante el Notario J.P.G. escritura de constitución de la sociedad «Mapfre Riesgos Industriales, Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima». En los estatutos de dicha sociedad se establece

Artículo 1.º Con la denominación «Mapfre Riesgos Industriales, Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima», se constituye una Sociedad que se rige por estos Estatutos, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado, y demás disposiciones que le sean aplicables. La Sociedad tiene plena capacidad jurídica y de obrar, y puede adquirir, poseer y enajenar por cualquier título toda clase de bienes, derechos y valores, así como participar en la constitución de todo tipo de sociedades, sin limitación por razón de su objeto social, con el acuerdo, en cada caso, del órgano social que corresponda.

Art. 2.º Tiene por objeto social exclusivo la práctica de operaciones de seguro y reaseguro relativas a todos los ramos y modalidades de cobertura de riesgos autorizados por la legislación vigente, excepto de ramo de vida, así como otras actividades complementarias, accesorias o relacionadas con aquéllas, en cuanto sean permitidas por la legislación de seguros. El objeto social podrá desarrollarse parcialmente, si así lo decidiesen los administradores, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto social idéntico o análogo.

Art. 15. La administración, dirección y representación de la Sociedad se confía a dos administradores solidarios designados por la Junta general, con plenas facultades de representación, administración y disposición, obligando a la Sociedad, sin más limitación que las atribuciones que les corresponden de modo expreso a la Junta general de accionistas. En especial, tienen facultad para decidir la participación de la Sociedad en la promoción y constitución de

otras sociedades mercantiles, en España o en el extranjero cualquiera que sean su objeto social y la participación que vaya a tener en ellas la Sociedad. No obstante, los actos de disposición sobre derechos reales requerirán la actuación mancomunada de ambos administradores.

Presentada la escritura en el Registro Mercantil de Madrid no fueron admitidas determinadas cláusulas de dicha escritura. El Notario autorizante interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos, y añadió: Que se considera cumplido el artículo 62.3 del RRM y que en el tema del fondo del recurso, la posible limitación de la capacidad por razón del objeto social en la escritura calificada, se pueden distinguir dos extremos claramente diferenciados:

- A) Capacidad de la sociedad (art. 1.º de los Estatutos).
- B) Facultades de los Administradores (art. 15 de los Estatutos).

El Notario recurrente se alzó contra el acuerdo del Registrador manteniendo sus alegaciones y la Dirección General de Registros y Notariado dictó la siguiente Resolución:

Fundamentos de derecho.—Vistas las Resoluciones de 24 de febrero de 1923; 2 de febrero de 1966; 1 de julio de 1976; 2 de octubre de 1981; 18 de mayo de 1986, y 16 de marzo de 1990.

1. Constituida una Sociedad anónima, que «tiene por objeto social exclusivo la práctica de operaciones de seguro y reaseguro relativas a todos los ramos y modalidades de cobertura de riesgos autorizados por la legislación vigente, excepto el ramo de vida, así como otras actividades complementarias, accesorias o relacionadas con aquéllas, en cuanto sean permitidas por la legislación de seguros», debe decidirse en este recurso sobre la inscripción de determinadas cláusulas de sus estatutos en las que se establece, respectivamente, «que la sociedad puede participar en la constitución de todo tipo de sociedades, sin limitación por razón de su objeto social, con el acuerdo en cada caso del órgano social que corresponda» (art. 1.º), y «que sus administradores tienen facultad para decidir la participación de la Sociedad en la promoción y constitución de otras Sociedades mercantiles. . cualesquiera que sea su objeto social...» (art. 15).

2. Si la Sociedad anónima tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho (*vid.* arts. 38 del Código Civil, 116.2.º del Código de Comercio y 129.2.º de la Ley de Sociedades Anónimas), careciendo el objeto social de virtualidad limitadora de la misma, debe reconocerse que la enunciación detallada en los estatutos de los actos concretos que, al amparo de esa capacidad general, puede realizar la Sociedad resulta en todo caso innecesaria, y, en algunos, como en el ahora debatido, inconveniente; señalar que la Sociedad, en tanto que persona jurídica puede dedicar, «de modo indirecto» (cfr. art. 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil) todo o parte de su patrimonio a cualquier ámbito de actividad lucrativa cuando inmediatamente después se define un ámbito más específico como el objeto propio de la misma, sino puede afirmarse que pone en entredicho esta delimitación posterior del objeto social, cuando menos, oscurece y enturbia el significado jurídico que le corresponde, y esta ambigüedad es aún más patente si se conecta con las facultades específicas que luego se confieren al órgano de gestión. Por ello,

teniendo en cuenta las exigencias de claridad y precisión con que ha de hacerse constar el objeto social (cfr. arts. 9.^oa), y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 117.1, del Reglamento del Registro Mercantil), y que, en general, han de guiar la redacción de los estatutos, en función de su cometido rector de la estructura y funcionamiento de la Sociedad, y de su eficacia frente a terceros que no intervienen en su formación, procede confirmar la no inscripción de la especificación contenida en el artículo 1.^o de los Estatutos, que es objeto de debate.

3. En cuanto al inciso del artículo 15 de los Estatutos, que también es objeto de debate, debe partirse de una consideración esencial, cual es la exigencia de una precisa determinación del objeto social y la consiguiente exclusión de aquellas cláusulas estatutarias que menoscaben la delimitación del ámbito de actuación que aquél implica o enturbien su específica relevancia jurídica, y así resulta tanto del mandato legal contenido en el artículo 9.^ob), del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, como de la trascendencia misma que el objeto social reviste, así en la relación interna de los socios y la Sociedad, como en las que ésta establezca con terceros, y aunque en este plano externo su alcance quede ostensiblemente reducido a tenor del nuevo artículo 129.2.^o, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, no por ello queda totalmente eliminado (piénsese en la hipótesis de actuación extralimitada indubitadamente conocida por el tercero). Por otra parte, si uno de los efectos que la Ley anuda al objeto social, en armonía con su finalidad delimitadora del ámbito económico en el que ha de desenvolverse la Sociedad, es la definición de la extensión del poder de representación que corresponde al órgano gestor (art. 129.1.^o del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), dos consecuencias resultan inequívocas.

a) Por una parte, la no necesidad de una adicional y coincidente definición estatutaria de ese poder representativo, mediante la enumeración pormenorizada de las facultades que lo integran (en este sentido se ha pronunciado ya este Centro directivo en Resolución de 16 de marzo de 1990).

b) Por otra, la incertidumbre que se produce cuando en enumeración se incluyen facultades, que entendidas en términos absolutos desbordarían claramente el objeto social, pues tanto podría entenderse que esta atribución suplementaria revela una ampliación indirecta de aquél, con todas las consecuencias que ello llevaría consigo (lo mismo respecto de los socios que respecto de los terceros), como que la finalidad perseguida es exclusivamente la mera autorización anticipada la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de actividad propio de la Sociedad, lo que —sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas— sustentaría su validez y eficacia frente a la sociedad, y excluiría la eventual responsabilidad de los administradores, pero sin comprometer en modo alguno la delimitación del objeto previamente efectuada, ni su específica significación jurídica como definidor del vínculo que liga al socio con la sociedad (*vid.* arts. 147 y 260.3.^o del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), y consiguientemente, como obstativo del empleo abusivo y reiterado de la facultad suplementaria. Esta indeterminación, en claro contraste con las exigencias de una correcta técnica estatutaria (que imponen la precisa delimitación del objeto social en la cláusula a tal fin destinada), así como con las de claridad y fijeza tanto en el contenido normativo de los Estatutos sociales, como en el de los pronunciamientos registrales (en aras de la inequívoca delimitación de la posición jurídica que al socio corresponde en la sociedad), justifica, por tanto, el rechazo

registral a la atribución de esas facultades adicionales si no se especifica de modo inequívoco su limitada significación la que, en todo caso, deberá respetar las márgenes que a la autonomía de la voluntad se fijan en materia de sociedades.

4. Ciertamente, ha de reconocerse que la suscripción o posterior adquisición por una Sociedad anónima de acciones o participaciones sociales de una entidad que tenga un objeto social diferente, no implica necesariamente para aquélla una actuación ajena a su objeto social; si bien supone la dedicación de parte del patrimonio de la entidad a una actividad distinta de la delimitada en su objeto, diversas circunstancias (el reducido porcentaje de participación, la relación cuantitativa entre esta participación y el total patrimonio de la sociedad partícipe, las exigencias de rentabilización de recursos excedentarios o de recursos que no pueden o no deben ser inmediatamente aplicados a la consecución de los fines propios de la entidad) pueden hacer posible su calificación como actos complementarios, o auxiliares, pero, en definitiva, encauzados y subordinados a la consecución última del objeto social; habrá de estarse, por tanto, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación del objeto social y aplicar las soluciones jurídicas que resulten pertinentes. Pero, precisamente por esa ambivalencia de la facultad cuestionada, porque esta participación (inicial o sobrevenida) de la sociedad anónima en entidades con objeto social diferente no supone necesariamente una extralimitación respecto del de la primera, es por lo que en armonía con los anteriores considerandos ha de rechazarse la inscripción de una atribución abstracta o indiferenciada de las cuestionadas facultades a los administradores.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el acuerdo y la nota del Registrador.

Comentario.—La resolución citada plantea tres problemas fundamentales: la capacidad de la persona jurídica (en este caso de una sociedad anónima) y si la capacidad de la sociedad anónima está limitada por el objeto social. Otra cuestión, la determinación del objeto social; y en tercer lugar, las cuestiones que plantea el desarrollo y ampliación del objeto social por actos o negocios de la sociedad anónima.

1.º La primera cuestión que se plantea es la de la capacidad de la sociedad anónima y si se considera que esta capacidad está limitada por el objeto social. Según la resolución citada, la sociedad anónima tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho (arts. 38 y 116 CC y 129.2 LSA), careciendo el objeto social de posibilidad de limitar la capacidad de la sociedad anónima. La cuestión, por tanto, que se plantea es si el objeto social supone la existencia de un límite a la capacidad de la sociedad anónima en el sentido de que todos los actos y contratos que se realicen por la sociedad anónima han de referirse única y exclusivamente al objeto social de dicha sociedad. Esta cuestión ha tenido el siguiente desarrollo: 1) Doctrina anglosajona. Teoría *Ultra Vires*.

En el memorándum de una compañía debe constar el objeto de dicha sociedad. La determinación del objeto tenía un doble propósito: proteger a los titulares de las acciones sobre el empleo de sus aportaciones y proteger a las personas que contrataban con la compañía que podían examinar la extensión de los poderes de los administradores de ésta (CHARLES WORTH, *Company Law*, 1991, pág. 70). Con esta teoría el objeto social limitaba la capacidad de la

compañía. En principio, todo acto o contrato de la compañía fuera del objeto social era nulo. Si una compañía realizaba actividades fuera del objeto social, eran nulas y no cabía la ratificación de estos actos y negocios, ni siquiera con el voto unánime de las asambleas de dichas compañías (FOX y BOWEN, *The law private companies*, 1991, pág. 50). Los Tribunales dictaban sentencia sobre esta base jurídica en orden a proteger a los accionistas de la inversión de sus activos en la compañía y garantizaba de esta forma que las aportaciones de los socios no eran invertidas fuera del objeto social designado en la constitución de la compañía. Bajo esta teoría la capacidad de la compañía aparece limitada, como hemos visto, por el objeto social, pero esta norma ha tenido un cambio total en su regulación jurídica.

Con motivo de la publicación de la I Directiva de la CEE 68/151-9-3-1968, en el artículo 9.1 se señalaba que la sociedad quedará obligada respecto a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si sus actos no se corresponden con el objeto social. El artículo 9.2 determinaba que los Estados miembros pueden prever que la sociedad quedará obligada respecto a tercero aun cuando excedan los actos realizados por sus administradores del objeto social, pero pueden establecer a esta doctrina un correctivo: que la sociedad no quedará obligada respecto a terceros cuando se demuestre que el tercero sabía que el acto excedía del objeto social o no podía ignorarlo.

La existencia de la Directiva citada ya suponía un cambio en la teoría *Ultra Vires* y dio lugar a la publicación de European C. Act. 1972, que más tarde se convirtió en la sección 35 de la Company Act de 1985. Posteriormente, el informe Prentice la ha convertido en este aspecto del objeto social en la sección 108 de la Company Act 1989, que ha derogado totalmente el sistema y la teoría *Ultra Vires* del objeto social. En la sección 110 de la Company Act de 1989 se dice que cuando en los estatutos de la compañía se establezca que el objeto de ésta es llevar a cabo cualquier negocio, la compañía tiene poder para llevar a efecto cualquier tipo de negocio y para hacer toda clase de actos, sean antecedentes o sean como desarrollo de cualquier tipo de negociación. De esta forma desaparece toda limitación de la compañía por razón del objeto social. Se deroga la teoría tradicional del Derecho inglés sobre *Ultra Vires* y aparece la sociedad sin ninguna limitación del objeto social, conforme hemos visto en la sección 110 antes citada. (Sobre esta cuestión, ROLDÁN, *Definitiva abolición de la regla «Ultra Vires»*, La Notaría, mayo 1990.)

2.º En el Derecho alemán el criterio fue a la inversa. En el Derecho alemán, dice LA VILLA (*L'Objeto sociale*, 1974, pág. 250), el criterio es distinto y tiene su base en la *prokura*. La *prokura* es un poder mercantil, el cual sólo puede ser dado por el comerciante. Según el artículo 50.1 del HGB, toda restricción a la extensión de la *prokura* no puede oponerse contra terceros. Sobre esta base, el Consejo de Administración de la sociedad anónima —Vorstand— tiene facultades para actuar fuera del objeto social. Se puede decir que los actos hechos por el Vorstand que excedan del objeto social son oponibles respecto a tercero; y por las mismas razones que existe en la *prokura* y que recoge el artículo 50 de la HGB, la LSA de 6 de septiembre de 1965 dice en su artículo 78.1 que la dirección representa a la sociedad en juicio y fuera de él. Según el artículo 82.1, las facultades de representación de la dirección no pueden ser objeto de limitación. La sociedad anónima tiene en el Derecho alemán una capacidad jurídica plena y no aparece limitada por el objeto social.

Sin embargo, esta norma general ha tenido una serie de excepciones, entre las cuales podemos considerar las siguientes:

— *Kollusion*. Se trata de un acuerdo entre representantes de la sociedad anónima y terceros que contratan con la sociedad. Es un acuerdo doloso entre el tercero y el representante de la sociedad, con daño para ésta.

— Otro supuesto de limitación del poder de los órganos sociales lo constituye el abuso del poder de representación —*Missbrauch*—; éste es el caso del artículo 826 del BGB. En este caso la sociedad puede oponer una *exceptio doli* a los contratos hechos por el órgano de la sociedad con terceras personas y con abuso del poder de representación.

La doctrina alemana ha puesto de relieve la posibilidad de considerar que los actos extraños al objeto social no puedan ser aprovechados por aquellos que conocían que el acto era extraño al objeto social y si no lo conocían era por culpa grave de los terceros que contrataban con la sociedad

De esta forma, podemos ver cómo el Derecho alemán parte de la base de que la sociedad anónima tiene plena capacidad jurídica y no está limitada por el objeto social, aunque las necesidades de la práctica han puesto de relieve la necesidad de limitar los poderes de los administradores cuando existía colusión entre ellos y tercero. Cuando exista abuso de representación por parte de los órganos de la sociedad e, incluso, cuando exista mala fe en aquellas personas que contratan con dicha sociedad.

3.º En el Derecho español la sociedad anónima no tiene limitación en cuanto a su capacidad por razón del objeto social. El artículo 129.1 de la LSA dice que la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil será ineficaz frente a terceros. El objeto social aparece aquí como una norma de Estatutos que regula la representación de los administradores. El objeto social, dice POLO, determina las facultades de los administradores en el ámbito interno de la sociedad. Cuando los administradores se excedan del objeto social, nos encontraremos con una acción de responsabilidad de la sociedad frente a ellos (art. 133 LSA).

Por otra parte, el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dice que la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprende de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social. Como consecuencia de esto, se puede decir que la sociedad anónima, en el Derecho español, como persona jurídica tiene plena capacidad y no está limitada por el objeto social cuando los terceros que contratan con la sociedad obran de buena fe y sin culpa grave. POLO dice que la función de los Registros de la Propiedad y Mercantiles en orden a la calificación de las facultades de los administradores (arts. 18 LH y 6 RRM) queda reducido en su alcance tradicional, ya que sólo cabe la calificación del nombramiento de los administradores en el cargo. Pero la extensión de su poder respecto a la administración de la sociedad anónima se deriva exclusivamente de la Ley y vincula a los terceros con la sociedad en todos los supuestos de los actos hechos por los administradores, aun cuando excedan del objeto social, siempre que los terceros hayan contratado con dichos administradores de buena fe y sin culpa grave (art. 129 LSA).

II. La segunda cuestión de la resolución citada se refiere a la determinación del objeto social. La resolución dice que otra cuestión que es objeto de resolución es la exigencia de una precisa determinación del objeto social y de la exclusión de todas aquellas cláusulas estatutarias que impidan la determinación del objeto social.

El objeto social ha de quedar determinado con exactitud en la Ley de Sociedades Anónimas. El artículo 9.b) de la Ley de Sociedades Anónimas dice que en los estatutos de la sociedad se hará constar el objeto social determinando las actividades que lo integran. El artículo 34.b) determina como causa de nulidad de la sociedad no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales el objeto social. El artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas determina que la sustitución del objeto supone para los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo el derecho de separarse de la sociedad.

El artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil dice que el objeto social se hará constar en los estatutos por medio de la determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integren. No se incluirán en dicho objeto los actos jurídicos necesarios para el desarrollo de las actividades indicadas en él. Y en ningún caso podrá incluirse como parte del objeto social la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones de análogo significado. Por último, el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil dice que si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico y análogo, se indicará así expresamente.

Aunque se exige que se haga constar, como hemos visto, de una manera clara y determinada el objeto social determinando las actividades que lo integran, LA VILLA (*ob. cit.*, pág. 73) señala cómo la práctica estatutaria ha ido creando una serie de problemas en relación con dicho objeto

1. Las cláusulas que autorizaban a la sociedad anónima a ejercer de una manera general una actividad económica sin especificar realmente en qué consistía el objeto social. LA VILLA señala como ejemplos de este tipo «El ejercicio de toda clase de negocios». «Actividad económica comercial». «Referencia a la agricultura, comercio e industria en términos generales». Pueden considerarse estas cláusulas como nulas ya que el objeto social no queda determinado.

Otra práctica estatutaria era confundir el objeto social con los poderes de la sociedad para realizar dicho objeto social. Hay que hacer una importante distinción entre el objeto social y los poderes instrumentales que disponen los administradores para ejercer las actividades o los negocios de la sociedad anónima. La doctrina inglesa y norteamericana ha distinguido entre los *objets of company* y la enumeración de una serie de poderes a favor de los administradores —Ancillary Powers—, que no eran sino una serie de poderes instrumentales para conseguir los objetivos de la compañía. La distinción entre el objeto de la sociedad y los poderes de los administradores está clara desde un punto de vista dogmático, pero hay que tener en cuenta las desviaciones que se pueden producir en la sociedad anónima por el uso de los poderes instrumentales que retienen los administradores, especialmente en temas de avales y fianzas.

El tercer género de cláusulas creadas por la práctica estatutaria pueden ser aquellas que dicen «cualquier clase de operaciones que tengan conexión direc-

ta o indirecta con el objeto social». En el análisis de todas estas cláusulas hay que distinguir dos cuestiones. Si tales cláusulas estatutarias no son más que poderes instrumentales para conseguir el objeto social, o si estas cláusulas instrumentales pueden permitir a los administradores variar el objeto social sin que los socios puedan ejercitar el derecho de separación que le corresponde según el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas.

III. La tercera cuestión que plantea la resolución citada es la que se refiere a que los administradores puedan desarrollar el objeto social mediante la adquisición de acciones o participaciones en sociedades constituidas en España o en el extranjero —cualquiera que sea su objeto social— y la participación que vaya a tener en ella la sociedad.

Hay que tener en cuenta que en nuestro Derecho parece prohibida la cláusula señalada anteriormente, en el sentido de que los administradores no puedan adquirir acciones o participaciones en otra sociedad con objeto social distinto. Esta norma prohibitiva aparece en el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil cuando dice que si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto mediante la titularidad de acciones o participaciones con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente. En nuestra normativa cabe, por tanto, el ejercicio de modo indirecto de la actividad social mediante la adquisición de acciones o participaciones de otra sociedad que tenga un objeto idéntico o análogo (art. 117.4 RRM). Norma que aparece opuesta a los estatutos de la sociedad objeto de recurso, donde daban poderes a los administradores para adquirir acciones o participaciones de otra sociedad cualquiera que fuera su objeto social. Hay, pues, una diferencia esencial entre adquisición de acciones y participaciones de un objeto social idéntico o análogo permitida en el Reglamento del Registro Mercantil, y adquisición de acciones o participaciones de objetos sociales diferentes rechazada en la Resolución de 22 de julio de 1991, objeto de este comentario.

El artículo 2361 del Codice Civile italiano dice que la asunción de participaciones en otra empresa, aunque se halla prevista en los estatutos no es admitida, a no ser que por la medida en que se realiza o el objeto de la participación no resulta alterado el objeto social señalado en el acto constitutivo.

FRE (*Società per azioni*, C. S. Branca, 1982, pág. 297) hace la explicación de este precepto de la siguiente forma. La sociedad anónima puede tener actividades de carácter accesorio, pero con dos limitaciones: 1.ª La participación de una sociedad anónima en otra sociedad anónima de un objeto social análogo es consentida cualquiera que sea su cuantía. 2.ª Cuando la participación en otra sociedad sea de un objeto social distinto, la participación no puede pasar de una medida o proporción, de tal forma que no puede considerarse alterado el objeto social.

Un cambio del objeto social puede hacerse, como hemos visto, por obra de los administradores (FERRI, *La società*, 1985, pág. 893). Este autor estima que la adquisición de participaciones sociales por obra de los administradores en otras sociedades de objeto social distinto pueden alterar el objeto social de la sociedad primitiva en cuanto excedan de la medida que acertadamente señala el artículo 2.361 del Codice Civile italiano. Está claro que esta operación de los administradores puede ser ratificada por la Junta general. Pero en España no existe este precepto; la adquisición de los administradores de la sociedad, de

acciones o participaciones en otras pueden hacer variar totalmente el objeto social de la primera sociedad anónima, sin que los socios puedan ejercitar el derecho de separación cuando hay cambio de objeto social que determina el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Respecto al objeto social, las Resoluciones DGRN de 31 de marzo y 25 mayo 1986, 11 mayo y 17 noviembre 1989, 16 marzo y 20 diciembre 1990.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ
Registrador de la Propiedad

LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO DICTADA EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RECAUDACION NO PUEDE SER CANCELADA POR CADUCIDAD, DESPUES DE PRORROGADA, HASTA QUE SE JUSTIFIQUE LA TERMINACION DEL PROCEDIMIENTO.—POR RAZONES DE ANALOGIA SE APLICA A DICHAS ANOTACIONES LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 199.2 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. (RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 1990. BOE DE 26 DE JUNIO DE 1990.)

Hechos.—I. El día 9 de julio de 1980 y en virtud de un mandamiento expedido el día 6 de mayo del mismo año por la Recaudación de Tributos del Estado en la Zona 13 de Granollers se practicó anotación preventiva de embargo a favor del Estado sobre la mitad indivisa de las fincas números 1.157 y 1.727, pertenecientes a doña Hilda Gragagnolo Daiqui, en el expediente administrativo de apremio instruido en dicha Reclamación de Tributos, en reclamación de 4.753.989 pesetas, más otras 950.798 pesetas por morosidad en el pago y otras 500.000 pesetas presupuestarias para costas y otras responsabilidades; en total, 6 204.787 pesetas. Dichas anotaciones preventivas fueron prorrogadas por cuatro años más por orden del Recaudador de Tributos del Estado antes citado y en virtud de mandamiento expedido en la referida Recaudación en 28 de mayo de 1984. Con referencia a las indicadas fincas fue expedida la certificación prevenida en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario en virtud de mandamiento de la Recaudación de fecha 6 de mayo de 1980, según notas extendidas con fecha 9 de julio de 1980, al margen de las anotaciones preventivas citadas.

El «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», adquirió la mitad indivisa de las referidas fincas en virtud de Auto de adjudicación de fecha 8 de marzo de 1985, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la villa de Calamocha y su partido en juicio ejecutivo 43/182 seguido contra doña Hilda Gragagnolo.

Dicha entidad bancaria, al amparo de lo establecido en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, por instancia de fecha 2 de noviembre de 1988, solicitó al señor Registrador la expedición de certificación de títulos y cargas de las fincas referidas. La certificación fue expedida el día 26 del mismo mes y año, y en la misma se dice con relación a la mitad indivisa de la finca registral 1.157, propiedad del «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», bajo epígrafe 3.ºb), que la misma está gravada con la anotación preventiva de embargo letra A, prorrogada por la anotación letra F, tomada en favor del Estado en méritos del expediente administrativo de apremio instruido en la Recaudación de Tributos del Estado de la Zona 13 de Granollers contra doña Hilda Gragagnolo; y respecto a la mitad indivisa de la finca registral 1.727,

perteneciente a la misma entidad bajo el epígrafe 5.c), que la misma está gravada con idéntica carga que la anterior en méritos de la anotación preventiva letra B, prorrogada por la letra J.

El día 16 de enero de 1989, el Letrado don Carlos Ruiz Rodríguez, en representación del «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», dirigió instancia al señor Registrador de la Propiedad número 2 de Granollers en la que se solicitaba la cancelación de las anotaciones preventivas letras A y B de las fincas citadas y se extiendan las oportunas notas marginales de cancelación por caducidad, en virtud de los mismos fundamentos que se exponen en el apartado III.

II. Presentada la instancia citada anteriormente el día 10 de febrero de 1989 en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Granollers, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de Granollers número 2 Denegada la práctica de la cancelación solicitada por cuanto al haber sido prorrogada la anotación preventiva de embargo sólo puede ser cancelada por resolución definitiva firme dictada por la autoridad competente de conformidad al artículo 86 de la Ley Hipotecaria y artículo 199 del Reglamento en relación con los artículos 4, párrafo 1.º, del Código Civil, y 3 de la Ley Hipotecaria.

Granollers, 17 de febrero de 1989 —El Registrador, *Carlos Permanyer Casas*.—Firma ilegible.—Sellado».

III. El Procurador de los Tribunales don Manuel Gramunt de Moragas, en representación del «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que las anotaciones preventivas de embargo letras A y B de las fincas 1 157 y 1.727, respectivamente, estando vigentes fueron prorrogadas por otros cuatro años, según consta textualmente en las anotaciones letras F y J, por lo que habiendo sido presentados los mandamientos de embargo el día 8 de mayo de 1980, el plazo de caducidad prorrogado de aquéllas vencía el día 8 de mayo de 1988. Que como el Registrador al expedir la certificación hizo constar la existencia de las anotaciones preventivas de embargo antes citadas y no procedió a su cancelación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, el «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», al amparo de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, con fecha 16 de enero de 1989, dedujo instancia en la que solicitaba la expresa cancelación de las anotaciones de embargo, que fue denegada por la nota de calificación objeto de este recurso. Que el artículo 77 de la Ley Hipotecaria establece como causa de extinción de las anotaciones preventivas la caducidad de las mismas frente a la extinción por cancelación. Caducidad y cancelación son figuras jurídicas hipotecarias diferentes y, si acaso, opuestas. La primera se produce por el mero transcurso del tiempo, en tanto que la segunda se opera vigente en el tiempo la anotación, por las causas y en la forma que regula la legislación hipotecaria. Que los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 206, párrafo 13, del Reglamento establecen el principio general de la caducidad de las anotaciones preventivas, y con carácter de excepción a dicho principio se encuentra lo establecido en el artículo 199 del citado Reglamento. Que la nota de calificación es inexacta y parcial, y por ello caprichosa, conculcando los preceptos que la misma indica, así como lo establecido en los artículos 1 y 3 del Código

Civil y 9.3 de la Constitución española. Que la excepción recogida en el artículo 199 del Reglamento Hipotecario sólo compete a las anotaciones preventivas dictadas por la autoridad judicial, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil se debe entender por autoridad judicial aquellos órganos institucionales a los que compete el ejercicio de la potestad jurisdiccional, Juzgados y Tribunales, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y cualquier otra interpretación quebraría además el principio de jerarquía normativa. Que las anotaciones preventivas de embargo cuya caducidad se pretende hacer constar fueron tomadas en virtud del mandamiento expedido por el señor Recaudador de Tributos del Estado, Zona 13 de Granollers, que no debe ser considerado autoridad judicial por todo lo expuesto. Que en este caso concreto tampoco procede la aplicación analógica de lo regulado para la autoridad judicial por cuanto existe regulación específica del procedimiento recaudatorio en vía de apremio, y el artículo 121 del Reglamento General de Recaudación establece la sujeción a lo dispuesto en la Ley y Reglamento Hipotecario de los mandamientos de embargo expedidos en méritos de procedimiento recaudatorio de apremio.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que del examen del artículo 86 de la Ley Hipotecaria se deduce que la prórroga de la anotación preventiva puede ser practicada por: *a)* instancia de los interesados; *b)* autoridades que las decretaron. Que son: *a')* la autoridad judicial, y *b')* las autoridades administrativas. Que a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 199 del Reglamento Hipotecario quedan claras dos cosas: primera, que la anotación preventiva prorrogada por instancia del interesado caduca sin más por el hecho de transcurso de la prórroga de cuatro años, y segunda, que la anotación preventiva prorrogada por orden de la autoridad judicial no se cancela por caducidad después de vencida la prórroga hasta que haya recaído la resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubiera sido decretada. Que el problema sólo se plantea con referencia a la anotación preventiva prorrogada por mandamiento a la autoridad administrativa, pues se trata de un supuesto no previsto expresamente en el texto de la Ley y que debe resolverse de una de las formas siguientes: *a)* considerando el mandamiento de la autoridad no judicial como instancia privada de los interesados y, por tanto, cancelando la anotación preventiva una vez vencida la prórroga, y *b)* considerando el mandamiento de la autoridad administrativa como un supuesto análogo al de la autoridad judicial, por emanar también de una autoridad, por practicarse mediante mandamiento, por decretarse en un procedimiento de Derecho público y por referirse, en el caso presente, a un procedimiento recaudatorio que conviene no se cancele por caducidad hasta que haya recaído resolución definitiva, como en el supuesto judicial. Que en el caso que se estudia, dado que la norma no contempla el supuesto específico, se debe aplicar analógicamente la norma jurídica de supuestos semejantes entre las que se aprecia identidad de razón, según el artículo 4 del Código Civil; y en este sentido, parece que el mandamiento de la autoridad judicial administrativa tiene más analogía con el mandamiento de la autoridad judicial que con la instancia de los interesados, ambos previstos en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Que el artículo 3 de dicha Ley establece una consideración análoga a las resoluciones de la autoridad judicial y a las de las autoridades administrativas. Que los principios

generales del Derecho imponen la consideración de que el mandamiento de la autoridad administrativa, que embarga bienes a favor del Estado y ordena la práctica de la anotación preventiva y su prórroga tiene mayor analogía con el mandamiento de la autoridad judicial que con la simple instancia de los interesados. Aplicar soluciones parciales de la Ley o el Reglamento Hipotecarios sería considerar la ciencia del Derecho como una simple masa de disposiciones aisladas e incoherentes, en contradicción con los criterios normales de interpretación de las normas jurídicas señaladas en el artículo 3 del Código Civil. Que el espíritu y finalidad de las normas se ven claramente en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, del que se deduce la asimilación total de los mandamientos de la autoridad judicial y administrativa.

V. El presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la nota del Registrador fundándose en que el principio de caducidad de las anotaciones preventivas queda bien reflejado en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y tan sólo hay una excepción a este principio en el supuesto de las anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial, no por la administrativa. Aparte de que, en el presente caso, con la pervivencia de la anotación preventiva se garantizaría con exceso unos derechos tributarios a favor del Estado que el mismo abandona al no finalizar en tiempo prudencial su expediente de apremio contra la deudora dueña de una mitad indivisa de las fincas sobre las que se realiza la anotación preventiva.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 129 y 132 de la Ley General Tributaria, 32 y 33 de la Ley General Presupuestaria, 86 de la Ley Hipotecaria y 199 del Reglamento Hipotecario.

1. En el presente recurso se pretende que en virtud de solicitud del titular de derecho afectado se proceda a cancelar por caducidad una anotación preventiva de embargo ordenada en procedimiento administrativo de apremio para el cobro de débitos fiscales, toda vez que extendida en mayo de 1980 y prorrogada en mayo de 1984, habían transcurrido los ocho años desde su extensión al tiempo de solicitarse su cancelación.

2. Debe tenerse en cuenta la distinción sustancial entre el embargo y su reflejo registral; aquél como limitación del derecho afectado con alcance *erga omnes*, y ésta como medida de publicidad que asegure el pleno desenvolvimiento de tal eficacia general. Sobre esta distinción, los principios de nuestro sistema registral imponen tanto la posibilidad de la constatación tabular de toda situación de trascendencia real (arts. 2 LH y 7 RH) como la de subsistencia de tal reflejo mientras continúe vigente la situación reflejada (cfr. también art. 79 LH). Tratándose de situaciones reales de carácter provisional, su constatación tabular no puede configurarse, ciertamente, como permanente y definitiva, pero tampoco puede fijarse una duración tasada con independencia de la que pueda o deba corresponder a la realidad registrada, máxime cuando la prolongación de ésta no depende de la exclusiva voluntad de los interesados, sino de las mismas previsiones del Ordenamiento jurídico.

3. Practicada la anotación preventiva de embargo como vía de aseguramiento de las resultas del pleito en que aquélla se ordenó, es evidente que tal medida cautelar ha de poder subsistir en tanto ese pleito no concluya, si el Ordenamiento posibilita su adopción en el momento inicial, carece de sentido cortar su vigencia en un momento intermedio de la tramitación (sin perjuicio de la exigencia de requisitos especiales para su continuidad); en otro caso, la

finalidad con ella perseguida, que persiste durante todo el proceso, quedaría frustrada, con el consiguiente entorpecimiento y posible esterilidad del mismo litigio en curso. Por ello es por lo que el artículo 199 del Reglamento Hipotecario exige para la cancelación de las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial, una vez vencida la prórroga de los cuatro años prevista en el artículo 86 de la Ley, la justificación de la terminación del procedimiento en que se decretaron, lo que al no haberse acreditado en el presente supuesto impide acceder a la cancelación solicitada.

4. Ciertamente, el artículo 199 del Reglamento Hipotecario no contempla expresamente esta hipótesis de las anotaciones ordenadas por el funcionario competente para la tramitación del procedimiento administrativo de apremio para el cobro de débitos fiscales; no obstante, la identidad sustancial entre este supuesto y el contemplado en la norma reglamentaria avocan ineludiblemente a la aplicación de la misma solución; cuando además está legalmente establecido que el mandamiento de embargo por deudas tributarias expedido por el ejecutor competente tendrá «el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo» (cfr. art. 132 LGT).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y confirmando la nota del Registrador.

Comentarios críticos—Esta resolución que maneja los conceptos de caducidad, cancelación y analogía exige la averiguación de la razón que al legislador le indujo a redactar el artículo 199 del Reglamento Hipotecario en aparente contradicción con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Puede haber razones a favor y en contra de la solución que se le da al tema y, además, está la aplicación de la «analogía», pues el caso que se plantea no supone una prórroga judicial de la anotación, sino que se trata de una prórroga administrativa. Y ahí está en pie de guerra si uno y otro procedimiento —judicial y administrativo— pueden equipararse. La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 10/1992, de 30 de abril) que establece ciertas obligaciones a realizar por los Registradores de la Propiedad fue hace poco interpretada «semioficialmente» por C. HERNANDEZ CRESPO (que aludía a ciertas reuniones con las cúpulas jurisdiccionales) en el sentido de que dicha reforma se aplicaba solamente a los procedimientos ejecutivos y de apremio de carácter judicial, quedando «excluidos» los referentes al procedimiento administrativo de apremio y a los que se deriven del campo laboral. La resolución que comentamos es contraria a esta idea mantenida por nuestro antiguo decano y entiende, como veremos, que hay razones de analogía suficientes para operar con los mismos mimbres. El comentarista siente auténtico gozo en destacar estas contradicciones, que pueden llevarnos a descubrir el claro camino que debemos seguir.

En mi afán sistemático, vamos a proceder a la precisión de diversos puntos: la razón que justifica la norma del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, su posible contradicción con la normativa legal del artículo 86 de la Ley Hipotecaria y el criterio analógico que para el caso concreto aplica la Dirección General. Debo añadir que, aparte de algún comentario leído con cierta prisa, hay en el Seminario del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña (que ha tenido la grandeza de no cambiar de nombre) una consulta aportada al mismo sobre el tema y que utilizaré a través de éste mi comentario (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 37, junio 1992, pág. 10). Vamos con todo.

A) *Razones justificativas del artículo 199 del Reglamento Hipotecario.*— Para explicar estas razones hay que acudir a la fuente, y LA RICA es el que nos va a sacar de dudas respecto al problema. El nos explica cómo y porqué surge el artículo citado.

LA RICA (*Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 139) destaca cómo la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, en su artículo 76 establecía la caducidad a los «cuatro años» de las anotaciones preventivas, concediendo la posibilidad de una prórroga única por otros cuatro años.

Ello, con ser una medida de «purga» de los Registros chocaba con el principio que inspiraba la nueva Ley, ya que según la Exposición de Motivos aludía a la finalidad que perseguían las anotaciones preventivas de demanda y de embargo: asegurar el cumplimiento de las resoluciones de la autoridad judicial, tratando de evitar la figura del tercero y facilitando la posibilidad de la ejecución del fallo. Contra esa finalidad chocaba la norma de «caducidad» de las anotaciones preventivas judiciales y que ya puso de relieve la Resolución de 7 de marzo de 1957. Ante la imposibilidad de conceder una «segunda» prórroga, pues para ello había que modificar la Ley, al artículo 199 del Reglamento Hipotecario se le añadió un segundo párrafo, que dice: «*Las anotaciones preventivas ordenadas por autoridad judicial no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley, hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en el que la anotación preventiva y su prórroga hubieran sido decretadas.*»

El mismo autor, que ya había tocado el tema genérico de la caducidad de anotaciones («La caducidad de las anotaciones preventivas judiciales», en *Revista de Derecho Privado*, año 1952, págs 893 y sigs.), se preguntaba: ¿No rebasa el Reglamento el límite de su contenido normativo invadiendo campos reservados a la Ley, puesto que era un precepto legal el que establecía la caducidad de los cuatro años de toda clase de anotaciones preventivas, cualquiera que fuera su origen, y la posibilidad de una prórroga por otro plazo igual de cuatro años? Y rotundamente contesta: Ciertamente, el Reglamento se «desvía» un tanto de la dirección legal. Sin embargo, da dos razones absolutas que justifican la desviación:

— Que el precepto del artículo 86, en lo que se refiere a las anotaciones de demanda y embargo, se juzgaba por gran parte de la opinión doctrinal contradictorio de lo dispuesto en el artículo 83 de la propia Ley que determina que las anotaciones hechas en virtud de providencia judicial no pueden cancelarse sino por providencia ejecutoria.

— Cuando la experiencia pone de relieve el error de una disposición legal, sus peligros e inconvenientes, no es censurable que el Reglamento, sin salirse del precepto legal para los supuestos normales, lo atenúe, modifique e interprete en forma más justa para los supuestos anormales que puedan presentarse.

Este segundo argumento —con todos los grandes respetos que me merece la autoridad de autor— no es de recibo y se acerca mucho a la cita que hace muy poco hacía PECES BARBA («Ley y conciencia», en *ABC* de junio de 1992) de la obra de SÓFOCLES *Antígona* sobre el tema de la desobediencia de las leyes sobre la base de una justicia superior o la apreciación del arzobispo de Pamplona —metido a jurista— monseñor CIRARDA (*ABC* de 13 de junio de 1992),

que considera que la conciencia prevalece ante la Ley. De todo esto podríamos ocuparnos otro día, aunque ya el tema casi se agotó con los famosos estudios sobre el Derecho justo e injusto de los juristas alemanes. No volvamos a ROMANONES: que ellos hagan las leyes y que me dejen hacer los Reglamentos.

Para la posterior doctrina tampoco es válido el primer argumento que utiliza LA RICA. Se oponen abiertamente ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, que consideran que tanto el artículo 83 como el 86 de la Ley Hipotecaria son perfectamente compatibles, ya que se refieren a conceptos diferentes, pues mientras el artículo 83 se refiere a la cancelación de asientos vigentes con plenitud de efectos, el artículo 86 se refiere a la cancelación por caducidad al haber transcurrido el plazo de vigencia, dejando dicho asiento de producir efectos a partir de ese momento. JOSÉ M.^º RIFÁ SOLER (*La anotación preventiva de embargo*, Editorial Montecorvo, 1983) apoya estas últimas tesis, las refuerza con la Resolución de 16 de marzo de 1959 y considera que el Reglamento Hipotecario no puso punto final a una contradicción que no existía, sino que impidió que las anotaciones preventivas judiciales cuya prórroga se hubiese solicitado caducaran automáticamente una vez transcurrido el plazo de aquélla, evitando así que se vieran perjudicados los derechos del acreedor demandante o ejecutante garantizados registralmente.

Frente a esa posibilidad —que podría hasta llegar a justificar el criterio de la reforma— surgen los derechos de otras personas, como el caso que cita el *Boletín de Cataluña* del comprador que inscribió después de la anotación, pero siendo su escritura de fecha anterior a ella pretende —ante la inactividad del acreedor— obtener la cancelación de la anotación prorrogada, o la del mismo acreedor, que por haber desistido del procedimiento solicita del Registrador la cancelación de «su» anotación. Los casos se pueden multiplicar, pero conviene más claridad que acumulación de supuestos. Por ello pasamos al segundo punto.

B) *Contradicción del Reglamento Hipotecario con la normativa legal.*—De lo dicho anteriormente se desprende que la reforma reglamentaria estableció una especie de «excepción» al principio general de caducidad del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, que se aplica a todas las anotaciones preventivas menos a las de origen judicial. MENCHEN BENÍTEZ (*La cancelación de cargas caducadas en el Registro de la Propiedad: algunos de sus problemas*, RCDI, 1962, pág. 826) entendió que el Decreto que modifica el Reglamento Hipotecario se «excedió en su cometido» y realiza funciones encomendadas a la Ley. RIFÁ SOLER (*ob.cit.*) alega en apoyo de esa misma tesis que en el artículo 207 del Reglamento Hipotecario se contraponen la cancelación de un asiento vigente a la cancelación por caducidad, no exigiendo en último caso mandamiento judicial para la cancelación. Otro argumento que ofrece este mismo autor es el que se desprende del artículo 174.3.º *in fine*, en el que se exceptúa la necesidad de resolución judicial en el caso de cancelación por caducidad al haber transcurrido el plazo legal establecido. Cita las Sentencias de 28 de junio de 1966 y 28 de enero de 1960, así como las Resoluciones de 16 de marzo de 1959 y 9 de noviembre de 1955.

Pero J. M. GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación hipotecaria y Registro Mercantil*, Madrid, 1986, considera que el artículo 199.2 del Reglamento no es conforme con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, III, 1979, pág. 39) da una interpretación basada en la distinción entre la «extinción por caducidad» del asiento y la cancelación por las causas que

prevén los artículos 198 y 206 del Reglamento Hipotecario. No puede decirse que el caso que contempla el artículo 199 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo 2.º, sea de «cancelación por caducidad», ya que ésta se produciría en el mismo momento en que se dicta la sentencia firme de forma automática, pudiendo el titular registral burlar la efectividad de la sentencia. El supuesto —entiende el autor citado— debe entenderse como una excepción al principio general de caducidad, considerando que las anotaciones preventivas de origen judicial «no caducarán nunca» y sí podrán cancelarse en los casos previstos en los artículos 198 y 206 del Reglamento Hipotecario.

Ante todo ello y para evitar más citas, es preciso concluir que del criterio general que establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria hay que excepcionar lo referente a las anotaciones preventivas judiciales que, una vez prorrogadas por los cuatro años que la Ley señala, quedan prorrogadas indefinidamente. Lo cual supone una grave «contradicción» entre la disposición reglamentaria y la Ley Hipotecaria. Urge, como se dice en el *Boletín de Cataluña*, que en una próxima reforma se adecue este precepto aceptando el posible medio jurídico de prórrogas sucesivas, aunque también ello iría contra lo dispuesto en la misma Ley.

En la proyección de todo lo apuntado, que incide sobre los hechos de esta resolución, hay que destacar cómo la parte que interpone el recurso sólo en forma incidental se ocupa del problema, ya que donde insiste es en el de la analogía que luego tratamos, y sólo se limita a decir sobre la base del artículo 77 de la Ley Hipotecaria que la caducidad y la cancelación son figuras hipotecarias distintas y, si acaso, *diferentes*. La primera se produce por el transcurso del tiempo, en tanto que la segunda se opera vigente en el tiempo la anotación por las causas y en la forma que regula la legislación hipotecaria. Aunque apunta el recurrente argumentos válidos, no los desarrolla y profundiza en la medida que podría tener lugar un argumento a su favor. Es cierto que cancelación, caducidad y conversión son «conceptos» diferentes, pero la «forma» de hacer constar en el Registro la extinción de la anotación por diversas causas o por caducidad es la «cancelación», marginando el problema de si la anotación caducada automáticamente produce o no efectos aun no estando cancelada. Es decir, el plazo de caducidad que se establece legalmente para las anotaciones preventivas —cuyo destino, según LA RICA, es caducar o convertirse en inscripción definitiva— es publicar «temporalmente» una situación que cesa cuando la caducidad se produce o cuando la cancelación se practica, pues en el caso de la conversión «renace» la anotación con las vestimentas de la inscripción.

Las alegaciones del Registrador en defensa de su nota caen en la trampa que le proporciona la literalidad del precepto reglamentario 199.2 y se aparta, como hemos visto antes, del criterio mantenido por ROCA SASTRE. Lo mismo le sucede a los argumentos que emplea la Dirección General, pues eluden el tema de la contradicción legal y van a dar solución positiva al recurso sobre la base de criterios de analogía.

Mi opinión en este caso —partiendo de la contradicción reglamentaria frente a la legal— es que al profundizar en el principio de publicidad registral —cuya reforma procesal debe estudiarse con cautela— es preciso distinguir la vigencia inatacable frente a terceros de lo que el Registro publica y las excepciones que a ello suponen casos como el de la caducidad legal o la pactada (caso de la opción). Es evidente que una hipoteca, aun extinguida en la realidad, sigue produciendo efectos frente a terceros si no cancela debida-

mente, lo mismo que cualquier otro derecho real, pero no sucede así con las anotaciones preventivas que están afectas a caducidad, lo cual supone que llegado el plazo se extingue el asiento, aunque tal caducidad no afecte al posible derecho que la anotación garantiza. En derecho de opción la cosa cambia, pues parece que la caducidad afecta al derecho y no al asiento, y por eso la Dirección General, en 30 de julio de 1990, no admite la aplicación del artículo 353 del Reglamento Hipotecario y el asiento seguirá publicando un derecho cuyo ejercicio en tiempo deberá acreditarse debidamente. Ante estas consideraciones, creo que el motivo del recurso debió abarcar el tema de fondo de la contradicción y tener en cuenta esos derechos de aquellos titulares que se ven afectados por la falta de una resolución firme que permita la cancelación.

C) *Criterio analógico*.—La base del recurso es, si cabe, la analogía de lo preceptuado en el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario a procedimientos o autoridades que no sean judiciales. El tema, que en apariencia puede carecer de trascendencia, la va a tener en lo sucesivo a la vista de la Ley 10/1992, de 30 de abril, sobre la modificación parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los argumentos de la parte recurrente debieron insistir en el argumento de la «contradicción» existente y en la imposibilidad de excepciones al principio general de caducidad, pero se desvió intentando evitar la analogía entre la autoridad judicial y la administrativa. El artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario sólo a las anotaciones preventivas judiciales se refiere.

El argumento del Registrador —que es el que va a prevalecer— tiene la fuerza de la aplicación analógica apoyándose en el artículo 4 del Código Civil y en el artículo 3 de la misma Ley Hipotecaria, donde a la documentación judicial se la equipara a la administrativa. Lo mismo sucede en esa serie de reformas reglamentarias que han acercado una y otra documentación al someterla a calificación, destacando la fuerza de la presunción de validez y ejecutoriedad de los actos administrativos asimilables a la fuerza ejecutiva del principio de «firmeza de la cosa juzgada». La Dirección General —a diferencia del auto presidencial del Tribunal de Justicia— inclina la balanza y aplica el criterio analógico sobre la base del artículo 132 de la Ley General Tributaria que considera al mandamiento de embargo «el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo».

La facultad calificadora de los Registradores de la Propiedad respecto de los documentos administrativos arranca del Real Decreto de 3 de agosto de 1876, en donde se equiparan éstos a los judiciales («ya aparezcan expedidos por cualquier otro funcionario público del orden administrativo o judicial»); y aunque administración y jurisdicción son cosas diferentes, don JERÓNIMO GONZÁLEZ tuvo la intuición de la asimilación al decir: «Acaso en los documentos administrativos y mientras esta rama jurídica no se coloque al nivel de sus hermanas, puede aconsejarse una mayor intromisión a fin de evitar extralimitaciones en los procedimientos...» Bien; en el año en que se introduce el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario (1959) aún el documento administrativo no había alcanzado «el nivel de sus hermanas», y la prueba está en el antiguo artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Con esto quiero decir que la intención del legislador, la *mens legislatoris*, era circunscribir la norma a los documentos procedentes de la *autoridad judicial*. El cambio actual parece permitir el criterio analógico, pero hay que tener un gran cuidado, pues la analogía puede extender el campo de las «notificaciones» a procedimientos

administrativos y laborales. Lo cual va a reducir más el efecto publicitario del Registro y acudir a medios supletorios —al estilo de los edictos— que degradan el principio

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE PROHIBICION DE DISPONER DICTADAS POR AUTORIDAD JUDICIAL NO PUEDEN SER CANCELADAS, UNA VEZ PRORROGADAS, HASTA QUE EN EL PROCEDIMIENTO RECAIGA SENTENCIA FIRME POR APLICACION DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 199.2 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. (RESOLUCIÓN DE 24 DE MAYO DE 1990. BOE DE 27 DE JUNIO DE 1990.)

Hechos.—I. Los cónyuges don Teófilo Cimas Méndez y doña María Angeles González Ares compraron en subasta pública judicial una vivienda sita en la calle Capuchinos Viejos, 3, 7.^a planta, letra B o centro, de Valladolid, registral número 27.074, inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Valladolid a nombre de los citados cónyuges para su sociedad conyugal, en virtud de escritura pública otorgada el día 20 de noviembre de 1970 por el Juez municipal de Zamora don Federico Acosta Noriega, ante el Notario de dicha ciudad don Luis Avila Morales.

La finca antes citada figura gravada en el Registro correspondiente con una anotación preventiva de prohibición de disponer, ordenada en diligencias previas que, con el número 252/79-A, se instruyeron en el Juzgado de Instrucción número 2 de los de Valladolid por el supuesto delito de estafa contra don José Antonio Veiga Ordóñez, don Carlos Febadio Ruiz de Alarcón y Reñe, don Teófilo Cimas Méndez y otros, tomada con fecha 23 de agosto de 1980, en virtud de mandamiento expedido el día 28 de mayo del mismo año por don Rubén de Marino, Magistrado-Juez del citado Juzgado de Instrucción, y que constituye la anotación letra D. Posteriormente dicha anotación fue prorrogada en virtud de mandamiento de fecha 16 de junio de 1984, expedido por don Francisco José Castro Meije, Magistrado-Juez del Juzgado Central número 1 de la Audiencia Nacional, que constituye la anotación letra E.

El día 24 de agosto de 1988, don Antonio Veiga Ordóñez, en nombre de los citados esposos, dirigió instancia al señor Registrador de la Propiedad número 1 de Valladolid, en la que solicita la cancelación por el transcurso de los ocho años de vigencia de la referida anotación preventiva de prohibición de disponer sobre la finca urbana que se ha mencionado anteriormente.

II. Presentada la anterior instancia, el día 25 de agosto de 1988, en el Registro de la Propiedad número 1 de los de Valladolid, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la cancelación de la anotación preventiva de prohibición de disponer y la de su prórroga, letras D y E, de la finca número 27.074, al folio 21 del tomo 1.454, libro 758 del Ayuntamiento de Valladolid, que se solicita en la precedente instancia, porque al haberse ordenado su práctica por autoridad judicial —la D, en virtud de mandamiento expedido por don Rubén de Marino, Magistrado-Juez de Instrucción número 2 de Valladolid, el 28 de mayo de 1980, que contiene providencia de igual fecha, y la E en virtud de mandamiento de fecha 16 de junio de 1984, expedido por don Francisco José

Castro Meije, Magistrado-Juez del Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional, que contiene providencia de igual fecha—, su caducidad y consiguiente cancelación por ese motivo habrá de hacerse de conformidad con lo que dispone el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario y, en consecuencia, para la práctica de tales cancelaciones habrá de presentarse la resolución judicial definitiva y firme, recaída en el procedimiento en que la anotación preventiva de prohibición de disponer y su prórroga se decretaron y en la que se ordena su cancelación. El defecto se considera insubsanable por razón del documento presentado para obtener las referidas cancelaciones.

Valladolid, 23 de septiembre de 1988.—El Registrador.—Firmado: *Gerardo Burgos*».

III. El Letrado don José Antonio Veiga Ordóñez, en representación de los esposos don Teófilo Cimas Méndez y doña María Angeles González Ares, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó. Que el señor Registrador deniega la cancelación por caducidad de la anotación de «prohibición de disponer» judicial por aplicación de lo dispuesto en el artículo 199 del Reglamento Hipotecario, pero ello no puede darse así dado que dicho precepto vulnera claramente lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y por tanto debe subordinarse el Reglamento a la Ley, según la imperatividad reglada por el artículo 23.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, promulgada por Decreto de 26 de julio de 1957. Que de los artículos 199, 206.13 y 207 del Reglamento Hipotecario se desprende que: A) La Ley es terminante en que no habrá más prórroga de la anotación preventiva que una y que no se cancelará *per se*, es decir, por caducidad (art. 199 del Reglamento). B) No decae *per se*, pero sí porque lo pidan los interesados (arts. 206.13 y 207 del citado Reglamento), y se observa que el señor Registrador: 1.º Niega la nueva prórroga por otros cuatro años al Juzgado instructor. 2.º Niega la cancelación. Entonces se abre un silogismo con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y se cierra con los artículos 206.13 y 207 citados, habiendo una correlación entre éstos y el 199 del Reglamento, ya que éste se aplica cuando no lo pidan los interesados. Por todo ello procede que se cancele tal anotación preventiva de ocho años. Que todo lo anterior está declarado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 30 de noviembre de 1955, de 7 de marzo de 1957 y 16 de marzo de 1959. Que según el criterio del señor Registrador la prórroga convierte a la anotación preventiva en perpetua. Que lo expuesto está basado en los artículos 9, 17, 24 y 53 de la Constitución española. Que hay que señalar lo declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1988 en su fundamento jurídico 3.º Que ha de admitirse que en el presente caso ha existido un funcionamiento anormal en el tiempo de la Administración de Justicia que viola el derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución y ha impedido obtener en un plazo razonable una decisión judicial.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que sería suficiente argumento para desestimar el recurso promovido el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, que emplea términos tan categóricos y tajantes como «no se cancelará por caducidad», los que obligan al Registrador a denegar la cancelación por caducidad de anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial, después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, mientras no cumplan los

requisitos que dicho artículo exige. En el caso debatido en este recurso se dan todos los supuestos que justifican la denegación: 1) una anotación preventiva de prohibición de disponer, la letra D, que se practica al haber sido ordenada por autoridad judicial; 2) prórroga de dicha anotación por cuatro años que causa la anotación letra E, ordenada por la autoridad judicial; 3) no se acredita el que haya recaído resolución definitiva y firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieran sido decretadas, presentando dicha resolución en la que ordena tal cancelación, y 4) que lo que se presenta es una simple instancia que contiene únicamente la solicitud de cancelación y que es, por tanto, inoperante para la obtención de tal fin. Que del escrito promoviendo el recurso del recurrente se llega a la conclusión de que éste no conoce o no tiene claro cuál es la regulación que nuestra legislación hipotecaria hace en materia de plazo de duración, prórroga, caducidad y cancelación de las anotaciones preventivas. Y la cuestión es muy clara, como se expone a continuación. La primera norma a tener en cuenta en materia de cancelación de anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial es el párrafo primero del artículo 83 de la Ley Hipotecaria. Esto, no obstante, el artículo 86 de la misma Ley, al establecer en su párrafo primero una norma de carácter general, traería como consecuencia la procedencia de la cancelación por caducidad de las anotaciones que hubieran cumplido el plazo de cuatro años, sin necesidad de la providencia ejecutoria a que alude el artículo 83, cancelación que podría practicarse de oficio a instancia del dueño del inmueble o derecho afectado mediante solicitud ratificada ante el Registrador o por el hecho de expedir una certificación de cargas o de practicarse cualquier asiento relativo a finca o derecho afectado (arts. 206, apartado 13; 207, párrafo 2.º, del apartado 3, del artículo 353, todos del RH). El mismo artículo 86 de la Ley Hipotecaria establece la posibilidad de prórroga de las anotaciones preventivas por un plazo de cuatro años más. Todas estas anotaciones, incluso las prorrogadas, deberían estar sujetas a las normas de cancelación por caducidad que antes se han expuesto; pero el día 17 de marzo de 1959 se publicó un Decreto que modifica de forma sustancial la materia de cancelación por caducidad de las anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial y la de sus prórrogas al añadir un segundo párrafo al artículo 199 del Reglamento Hipotecario y que tiene por finalidad que la caducidad de tales anotaciones preventivas no impidan que se cumpla la finalidad para que se decretaran la anotación preventiva y su prórroga. Además, con la reforma se salva la falta de concordancia entre los artículos 83 y 86 de la Ley Hipotecaria, según explica la Exposición de Motivos del citado Decreto, y viene a exponer que si cancelasen por caducidad la anotación preventiva ordenada por la autoridad judicial y sus prórrogas, se estaría burlando la finalidad para que fueron ordenadas y se estaría infringiendo lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley Hipotecaria; y es en ese segundo párrafo añadido del artículo 199 del Reglamento Hipotecario donde se establece de modo tajante e imperativo que dichas anotaciones preventivas no se cancelan por caducidad después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria hasta que haya recaído resolución definitiva y firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubiesen sido decretadas. Que esto no supone vulnerar la norma legal del artículo 86 por otra reglamentaria de rango inferior, sino que es una excepción a la misma y a las reglas generales que para la cancelación por caducidad de las anotaciones preventivas y sus prórrogas establecen los artículos 206.13, 207 y 353, párrafo 2.º del apar-

tado 3 del Reglamento Hipotecario, y que están en perfecta concordancia con el artículo 83 de la Ley Hipotecaria. Que como consecuencia, el Registrador al denegar la cancelación solicitada no convierte en perpetua la obligación de disponer, sino que se limita a mantener, por imperativo de lo que ordena el artículo 199 del Reglamento Hipotecario, las garantías que la autoridad judicial creó al decretar la repetida anotación y su prórroga y el procedimiento en que hubieren sido decretadas.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la nota del Registrador, fundándose en que ha de partirse de la aceptación por el recurrente de la improcedencia de la cancelación oficialmente y que en sus razonamientos mezcla cuestiones de caducidad y cancelación y preceptos y resoluciones correspondientes a fechas distintas y en las cuales los preceptos vigentes no coinciden, originando confusión; en que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria se refiere a la caducidad y el artículo 199 del Reglamento se refiere a la cancelación, que está en concordancia con el artículo 83 de la Ley en que no es el principio de jerarquía normativa, sino el de especialidad del artículo 83, frente al 86 de la Ley Hipotecaria el que tiene aplicación en este caso; en que la finalidad perseguida por la modificación de 1959, según consta en la Exposición de Motivos, fue evitar la cancelación por caducidad para que una excesiva duración procesal pudiera producir el desamparo de quienes habían acudido a la anotación preventiva como medida o garantía aseguradora de sus derechos y, por tanto, las cancelaciones de los artículos 83 y 86 de la Ley Hipotecaria son distintas a las del artículo 199 del Reglamento. Carece de base la afirmación de que por esa vía las anotaciones preventivas ordenadas judicialmente son perpetuas, puesto que pueden cancelarse cumpliendo los requisitos del citado artículo 199, y estos requisitos no los ha cumplido el recurrente y por ello es justificada la denegación del Registrador; por último, se señala que las resoluciones citadas por el recurrente no obstan a lo expuesto, puesto que se tratan de supuestos anteriores a la promulgación de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959; y menos aún la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/1988, que se refiere a la excesiva duración del proceso, pero nada tiene que ver con los mecanismos extintivos de una anotación preventiva ordenada judicialmente.

VI. El Letrado recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que no se ha hecho referencia a una cancelación por caducidad. Que el sofisma de la norma, entre jerárquica y de especialidad, quiebra cuando existe norma de la mayor jerarquía que contempla «especialmente» el caso a resolver y no hay necesidad de echar mano de sucedáneo alguno. La «cuasi-Ley» frente a la Ley no puede prosperar, pues se ha encargado de evitarlo el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Ni siquiera cabe admitir tal tesis por la vía de la analogía, equidad e incluso «agravio comparativo» Que en Derecho todo prescribe y si no hay regla determinativa hay que buscarla con equidad, analogía, buena fe, justicia, etc. Por eso aquí hay que aplicar la siguiente regla del *Digesto*: «Praescript est humani generis patrona y bono publica usucapio introducta est», o sea, que desde antiguo hay que determinar una prescripción concreta para observarla y ser respetada por todos, y este caso no puede ser una excepción. Que es de señalar lo declarado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de marzo de 1972.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 2, 40 y 79 de la Ley Hipotecaria y 7 y 199 del Reglamento Hipotecario.

1. En el presente recurso se pretende que en virtud de solicitud privada presentada el 25 de agosto de 1988 se cancele por caducidad una anotación preventiva de prohibición de disponer extendida el 23 de agosto de 1980 y prorrogada por cuatro años más el 16 de junio de 1984.

2. Debe tenerse en cuenta la distinción sustancial entre la prohibición de disponer y su reflejo registral, aquélla como limitación del derecho afectado con alcance *erga omnes* y ésta como medida asegurativa del pleno desenvolvimiento de tal eficacia general. Sobre esta distinción, los principios de nuestro sistema registral imponen tanto la posibilidad de constatación tabular de toda situación de trascendencia real (arts. 2 LH y 7 RH) como la subsistencia de tal reflejo mientras continúe vigente la situación reflejada (arts. 40 y 79 LH). Tratándose de situaciones reales de carácter provisional, su constatación tabular no puede configurarse, ciertamente, como permanente y definitiva, pero tampoco puede fijársele una duración tasada con independencia de la que pueda o deba corresponder a la realidad registrada, máxime cuando la prolongación de ésta no depende de la exclusiva voluntad de los interesados, sino de las mismas previsiones del Ordenamiento jurídico.

3. Practicada la anotación preventiva de la prohibición de disponer como vía de aseguramiento de las resultas del pleito en que aquélla se ordenó, es evidente que tal medida cautelar ha de poder subsistir en tanto ese pleito se concluya: si el Ordenamiento posibilita su adopción en el momento inicial, carece de sentido cortar su vigencia en ese momento intermedio de la tramitación (sin perjuicio de la exigencia de requisitos especiales para su continuidad); en otro caso, la finalidad con ella perseguida, que persiste durante todo el proceso quedaría frustrada, con el consiguiente entorpecimiento y posible esterilidad del mismo litigio en curso. Es por ello que el artículo 199 del Reglamento Hipotecario exige para la cancelación de las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial, una vez transcurridos ocho años desde su extensión, la justificación de la terminación del proceso en que se decretaron, lo que al no haberse acreditado en el presente supuesto impide acceder a la cancelación solicitada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto confirmando el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Comentario crítico.—En la Resolución del día 25 de mayo de 1990 —comentada por mí en estas páginas— se aplicaba por razones de analogía el párrafo 2.º del artículo 199 del Reglamento Hipotecario a un caso de anotación preventiva de embargo dictada por autoridad administrativa y prorrogada por cuatro años más.

No voy a incidir en repeticiones sobre las razones que tuvo el legislador al dictar esa norma, así como lo peligroso que supone aplicar por razones de analogía el supuesto al caso de una anotación de origen administrativo. Unicamente creo que podrían tener razón de ser los argumentos que se utilizan para destacar la evidente contradicción existente entre la Ley Hipotecaria y este precepto reglamentario con origen en la reforma de 1959. Digo esto último, pues en mi comentario hacía un eventual razonamiento en torno a la

forma de enfocar el recurso gubernativo, considerando que el éxito del mismo hubiera podido tener realidad si se argumentase suficientemente esta contradicción y la absoluta desprotección en que se situaban a personas que no pueden inculparse en que un procedimiento judicial o administrativo no se termine, dejando sin vehículo adecuado para lograr una cancelación que perjudica derechos de estas personas.

Estas afirmaciones mías estaban hechas antes de leerme el contenido de esta Resolución, pues en ella el que promueve el recurso tiene, a pesar de lo que afirma el Registrador, «claro cuál es la regulación que nuestra legislación hipotecaria en materia de plazo de duración, prórroga, cancelación y caducidad de las anotaciones preventivas». Con todos los grandes respetos que me producen las alegaciones de mi compañero, creo que es él el que no llega a explicar suficientemente el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario, ya que dice que esas anotaciones no se cancelarán «por caducidad» «HASTA QUE HAYA RECAIDO RESOLUCION DEFINITIVA Y FIRME», lo cual supone que en ese mismo momento ya han caducado, burlando los motivos o las razones que movieron al legislador a establecer el precepto. Esto tenía que haberlo aclarado la Resolución para general conocimiento. La tesis es de ROCA SASTRE y con base en la misma hay que rechazar el criterio del Registrador que considera que su actitud no convierte en perpetua la prohibición de disponer, cuando es cierto que lo que se hace, con base reglamentaria, es establecer una *excepción* al principio de caducidad legal y entender subsistentemente en «*forma indefinida*» una anotación prorrogada.

Iba por buen camino el recurrente —que debe ser uno de los vendedores de fincas afecta de prohibición de disponer—, pero se tuerce en un momento determinado. El recurrente dice que el artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario «se aplica cuando no lo pidan los interesados», pero no remata el argumento «se que no se trata de un supuesto de caducidad (que se produciría en el momento de la sentencia firme), sino un supuesto de excepción a la caducidad a las que se les puede aplicar el artículo 198 y 206 del Reglamento Hipotecario. Al no desarrollar los artículos que cita la Constitución española (arts. 9, 17, 24 y 53) no sé la aplicación que se pretende de ellos al presente caso, pero me imagino que el 9 se referirá al criterio o principio de jerarquía normativa, y los 24 y 53 a la protección judicial. El artículo 17 citado, para mí resulta una incógnita traerlo a colación, ya que, como todos sabemos, se refiere a la libertad de las personas, y en la actualidad parece que es el tema a discutir con la conocida Ley Corcuera y su anticonstitucionalidad.

La Dirección General ante los hechos no entra en la problemática de la contradicción evidente y aplica, siguiendo el criterio registral y el del presidente del Tribunal de Justicia, el párrafo 2.º del artículo 199. La prohibición de disponer decretada y anotada preventivamente encaja en la literalidad del citado artículo y de ahí que este alto organismo aplique la misma sanción: no cabe cancelación por caducidad sobre la base de una instancia privada en que se solicite.

Pero yo me pregunto si cabría en estos casos de anotaciones prorrogadas y dictadas judicial o administrativamente alegar el abandono del pleito, la separación del mismo o la caducidad de la instancia, o en aquellos otros que señala el *Boletín de Cataluña* en la que dictada una sentencia de remate el acreedor no insta la vía de apremio y la tiene inmovilizada, o cuando se manda alzar el embargo o se enajane o adjudique la finca en pago. Todos ellos extraídos del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, harán innecesaria la aplica-

ción del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario al desaparecer las razones que guiaron al legislador a dictarlo: hacer efectivo el resultado de una sentencia firme que no tiene posibilidad de dictarse. Urge estudiarse el tema ante una presunta reforma del Reglamento y una precisión de los que en el año 1959 fue una improvisación de «buena fe».

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

UN CASO DE MANDAMIENTO DE PRORROGA DE ANOTACION QUE LLEGA TARDE AL REGISTRO. (RESOLUCIÓN DE 5 de diciembre de 1991. BOE DE 25 DE ENERO DE 1992)

Antecedentes.—Con fecha 5 de noviembre de 1990 se libra por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Barcelona mandamiento de prórroga de embargo que se había practicado en una finca sita en San Genís de Palafolls, perteneciente al entonces Registro de la Propiedad de Arenys de Mar, hoy Pineda de Mar.

Calificación registral.—Presentado dicho mandamiento en el Libro-Diario de operaciones del Registro a las nueve horas del día 15 de noviembre de 1990 fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «No se practica la prórroga del embargo a que se refiere el precedente mandamiento porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, el embargo quedó caducado con fecha 14 de noviembre. Dicho defecto se considera insubsanable.—Pineda de Mar, a 3 de diciembre de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.

Recurso gubernativo.—El Procurador de los Tribunales don Angel Montero Brusell, en representación del «Banco de Huelva, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota denegatoria y alegó: Que el citado mandamiento fue enviado por correo certificado al Registro de Pineda de Mar, según comprobante, el día 12 de noviembre de 1990 y fue debidamente entregado a su destinatario al día siguiente, como consta en el documento expedido por el Negociado de Reclamaciones de la sucursal número 1 de la oficina de Barcelona, siendo firmado su «recibí» por el destinatario, por lo que no hay duda que el mandamiento llegó al Registro dentro del plazo y antes de la fecha de caducidad de la anotación de embargo, por lo que al no existir duda sobre este particular se solicita que se ordene al Registrador la práctica de la prórroga del embargo, y ello tanto si se estima como fecha la del 12 de noviembre de 1990, en que el mandamiento tuvo su entrada en Correos, como el 13 de noviembre de 1990 en que se entregó al Registrador.

Informe del Registrador.—El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota alegó: Que el mandamiento tuvo entrada en la oficina del Registro el día 15 de noviembre de 1990, según resulta del asiento 4.905 del Libro de Entrada y del asiento 872 del Libro Diario número 6 y por eso no pudo practicarse la prórroga ordenada al haber caducado la anotación el 14 de noviembre (arts. 77 y 86 LH). Se justifica la llegada del mandamiento del Registro con la certificación expedida por el jefe de la oficina técnica de Correos de Pineda de Mar, en donde consta que fue el día 15 de noviembre de 1990. El hecho que

se certificara el mandamiento el día 12 no significa que se entregara en esa fecha, pues el recurso gubernativo (*sic*) se rige por la legislación hipotecaria y no por el procedimiento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aparte de que el certificado se realizó sin atenderse a la prevención del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La caducidad tiene un carácter radical y automático (art. 96 y Resoluciones de 19 abril 1988 y 11 julio 1989, entre otras muchas).

Auto del Presidente.—El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador en base a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, ya que resulta probado que el documento certificado no se entregó en el Registro de la Propiedad hasta el 15 de noviembre de 1990.

Doctrina de la Dirección General.—Vistos los artículos 1.3.º y 86 de la Ley Hipotecaria.

1. En virtud del mandamiento judicial se solicita la prórroga de una anotación preventiva de embargo. El Registrador deniega su práctica porque según el Libro Diario de Operaciones dicho mandamiento enviado por correo certificado ingresó en el Registro al día siguiente del vencimiento del plazo de caducidad de la anotación. El recurrente alega que según certificado de Correos el mandamiento cuestionado llegó al Registro el día antes de la fecha de caducidad, oponiendo el Registrador a esta alegación un posterior certificado de la oficina postal en que se declara errónea la fecha señalada en el primer certificado, pues la entrega tuvo lugar en la que ahora se indica.

2. El problema discutido queda fuera del estrecho marco en que se mueve el recurso gubernativo, ya que se trata de una cuestión de prueba de un hecho determinante de una consecuencia distinta según el resultado de la misma, que habrá de ventilarse en su caso judicialmente y por ello no procede estimar la petición formulada, ya que en principio los asientos del Registro —en este caso del Libro Diario— están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no sea declarada su inexactitud con arreglo a las leyes (art. 1.3.º LH).

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Comentario.—1. He oído recientemente —dicho en tono de broma— que el camino más largo entre dos puntos es la burocracia, pero la frase encierra una dramática verdad para quienes —como sucede al recurrente de nuestra resolución— se encuentran con que un descuido propio y un desajuste burocrático puede producirles la pérdida de la prelación crediticia ganada con una anotación de embargo, que ven caducar, con extinción de las preferencias amparadas en los artículos 1.923 4.º y 1.927.2.º del Código Civil, que por mucho que los haya devaluado su interpretación jurisprudencial son, en ocasiones, la única esperanza de cobrar la deuda reclamada.

2. El supuesto de hecho que contempla la resolución examinada es un supuesto límite, es decir, de aquellos en que la prioridad depende no de días, sino de horas, y en los cuales el Registrador debe extremar el cuidado en el estricto cumplimiento de los preceptos vigentes porque de su actuación dependerá el resultado económico de los litigios en juego. No deja de chocar la casualidad producida cuando una anotación de embargo, cuya caducidad

cuatrienal se iba a producir el día 14 de noviembre, se prorroga por mandamiento que es depositado en Correos (en forma de envío certificado) el día 12 y llega al Registro, según la oficina de Correos de Barcelona el día 13, y según la oficina de Correos de Pineda de Mar (la del destino) el día 15.

3. Aunque llame la atención que sobre un mismo hecho se den dos versiones distintas (con lo cual alguno de los dos funcionarios de Correos ha padecido un error, posiblemente el de Barcelona, pues la carta o llegó el día 13 o llegó el día 15), lo cierto es que la polémica en este terreno es una discusión bizantina. El principio de prioridad parte de la base de que el momento (día, hora y minuto) de ingreso del título en el Registro viene marcado por el Libro Diario, es decir, el libro contemplado en el artículo 248 de la Ley Hipotecaria. Todos los demás puntos de referencia son inútiles. Inútil es el libro de entradas regulado en el Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo, cuyo artículo 1.º, párrafo 3.º, se cuidó de decir que «los asientos del libro-registro de entrada no se presumirán exactos a efectos registrales ni determinarán la fecha de las inscripciones que, en su caso, se practiquen en el Registro». Tengo entendido que este apartado fue introducido para que el Real Decreto citado obtuviera un dictamen favorable del Consejo de Estado, el cual, sin tal prevención, manifestaba su preocupación por la posible interferencia del libro de entrada en el principio de prioridad. Pues bien; si el libro de entrada no se presume exacto a efectos registrales, mucho menos lo es la certificación que puede expedir la oficina de Correos relativa al día de la recepción del envío certificado. La existencia en este supuesto de dos certificaciones postales contradictorias (la segunda corrigiendo la primera) demuestra la ligereza con que se lleva este asunto y el poco valor que debe darse a ello.

4. Sin embargo, lo que me extraña es que el Registrador, acaso impresionado por el documento esgrimido por el recurrente, en virtud del cual éste trataba de probar que la carta había llegado el día 13, se hubiera dejado arrastrar a este campo de discusión y obtuviera de la oficina postal de Pineda la contraprueba a la aseveración del recurrente. La actuación del Registrador había sido irreprochable, máxime cuando ni siquiera tenía obligación de presentar el mandamiento, pues no debe olvidarse que la obligación de presentar los documentos recibidos por correo se restringe al caso de los *remitidos* por autoridades judiciales o administrativas, y así desde la reforma del artículo 418 del Reglamento Hipotecario producida en 1982. En el caso de la resolución comentada, el mandamiento había sido dictado por autoridad judicial pero remitido (aunque la resolución no se pronuncie claramente sobre este extremo) por el representante de la entidad recurrente.

5. Lo más lamentable del caso es que el presidente y la Dirección también se hayan dejado arrastrar a este terreno y ésta haya llegado a decir que «el problema discutido queda fuera del estrecho marco en que se mueve el recurso gubernativo, ya que se trata de una cuestión de prueba de un hecho determinante de una consecuencia distinta según el resultado de la misma». No puedo dejar de mostrar mi disconformidad con esta apreciación del Centro directivo. ¿Quiere decir la Dirección que si se hubiera llegado a probar que la carta llegó al Registro el día 13, aun con una presentación del 15, el recurso habría sido estimado y la prórroga de la anotación ordenada? Esto es lo que se deduce de las palabras transcritas y sin embargo no es así, porque el artículo 24 de la Ley Hipotecaria es tajante: la eficacia de un asiento se retrotrae a la fecha de su asiento de presentación en el Diario, pero nunca a la fecha del depósito en la oficina de Correos de la carta que contiene el documento ni

a la recepción de la carta en el Registro, porque tal cosa haría depender la prioridad de los funcionarios de Correos, cuya actuación y responsabilidad son necesaria y legalmente ajenas a estas cuestiones.

6. Además, la Dirección General, al decir que tal cuestión de prueba «habrá de ventilarse en su caso judicialmente» está dando al recurrente unas esperanzas en el resultado de un futuro pleito, que yo juzgo totalmente infundadas? ¿A quién va a demandar el recurrente para que se declare la fecha 13 a los efectos de rehabilitar por prórroga una anotación cancelada por caducidad? ¿Al Registrador? A éste lo único que podría exigirle es la responsabilidad civil derivada de una presentación retrasada; pero tal pretensión sería, a mi modo de ver, temeraria y carente de base legal a la vista del ya citado artículo 418 del Reglamento, que convierte en implacable la actuación del Registrador.

7. ¿Podría el recurrente entablar un juicio declarativo contra los perjudicados por la nulidad de la cancelación por caducidad, que es lo que habría de solicitar en tal juicio? Este es el verdadero meollo de la cuestión y en el que debería haberse basado la Dirección para confirmar la nota: el artículo 66.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo —que es el que permite hacer la presentación en las oficinas de Correos, con el importante efecto proclamado en el apartado 5 del mismo de que «se entenderá que los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo competente en la fecha en que fueron entregadas en cualquiera de las dependencias a que se refieren los párrafos anteriores»— no tiene aplicación al procedimiento registral, el cual, como ya va aceptando mayoritariamente la doctrina, es un *tertium genus*, al que no se aplican, si siquiera supletoriamente, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni las de la Ley de Procedimiento Administrativo. Estos asertos están indudablemente ratificados por la Resolución de 26 de junio de 1986 y las precedentes citadas en ésta.

8. A lo dicho no le resta exactitud la doctrina contenida en la Resolución de 6 de junio de 1991, porque al exigir que la nota de calificación contenga mención del recurso que contra ella cabe, órgano ante el que se interpone y plazo para ello, busca la analogía —no la supletoriedad— en los otros procedimientos, pero de forma que al invocar simultáneamente los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo sigue colocando al procedimiento registral en un lugar equidistante de los otros dos. Además, en este extremo formal de la advertencia de recursos la aplicación analógica se ampara en el «silencio de la legislación hipotecaria», es decir, en una auténtica laguna. Sin embargo, en el punto relativo a la presentación no hay laguna en la legislación hipotecaria porque los artículos 24 y 248 de la Ley Hipotecaria son concluyentes, a los que hay que añadir el artículo 86 de la misma Ley, que en lo relativo a la materia que nos ocupa dice que las anotaciones podrán prorrogarse «siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento», lo cual fue interpretado por la Resolución de 14 de septiembre de 1990 (que comenté en el núm. 603 de esta REVISTA) en el sentido de que basta que el mandamiento de prórroga sea presentado en el Diano antes de que caduque el asiento. Dado que no ocurrió así en el caso debatido en Pineda, así debió decirse en esta resolución; al no hacerse se perdió una buena oportunidad de un pronunciamiento inequívoco de la Dirección acerca de la inaplicabilidad del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo al procedimiento registral.

9. La última lección del caso de autos —aparte de que no he encontrado en el texto de la resolución ninguna errata para emplearla en hacer un guiño

al lector y arrancarle una sonrisa— es que en estos casos límites no es aconsejable utilizar el sistema de envío por correo. De ello, sin duda, habrá tomado buena nota el Procurador de la recurrente para lo sucesivo. Como dice DE LA RICA al comentar la novedad que supuso el artículo 418 del Reglamento Hipotecario en 1947, que *permitía* a los Registradores presentar los títulos recibidos por correo, frente a su precedente prohibitivo del Reglamento de 1915, «quien a todo evento desea esgrimir a su favor el *prior tempore* no confía su título al correo, sino que con toda urgencia y utilizando los más rápidos medios de locomoción acude al Registro y efectúa personalmente la presentación». Estas palabras de don Ramón cobran mayor relieve si tenemos en cuenta que en las fechas de autos (noviembre de 1990) ya había entrado en vigor el artículo 418.a) del Reglamento Hipotecario que permite la presentación «por medio de telecopia o procedimiento similar». Es este un precepto que aunque esté redactado pensando en escrituras públicas (y de ahí su referencia a los otorgantes y al distrito del otorgamiento), no presenta dificultades para su aplicación también a los mandamientos judiciales y es un buen exponente de la modernización de las oficinas registrales.

EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

COMPRAVENTA SOBRE MUESTRAS. DERECHOS DEL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La venta se realizó sobre muestras o determinando calidad conocida en el comercio, supuesto que contempla el artículo 327 del Código de Comercio, teniendo declarada esta Sala que el comprador en este tipo de contratos tiene el derecho a examinar la cosa vendida confrontándola con la muestra y *rehusarla en forma legal* si, a su juicio, no coincide con ella; pero no puede por sí rescindir el contrato ni dejar de cumplirlo, porque el cumplimiento del mismo no puede dejarse a la sola voluntad de uno de los contratantes.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA APRECIARSE INTIMIDACION. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—Como se dijo en las Sentencias de esta Sala de 27 de febrero de 1964 y 21 de marzo de 1970, entre otras, para que la intimidación, definida en el apartado 2 del artículo 1.267 del Código Civil, pueda provocar los efectos previstos en el artículo 1.265 del mismo cuerpo legal y conseguir la invalidación de lo convenido es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y al perjuicio que hubiere de originar influya sobre su ánimo, induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir, que consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave en atención a las circunstancias personales y ambientales que

concurran en el sujeto intimidado y no en un temor leve, y que entre ella y el consentimiento otorgado medie un nexo eficiente de causalidad.

USURA· SIEMPRE ES USURARIO EL PRESTAMO EN QUE SE SUPONGA RECIBIDA UNA CANTIDAD MAYOR QUE LA ENTREGADA. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.º de la Ley de Préstamos Usurarios de 23 de julio de 1908 establece en su párrafo 2.º que «será nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias». Se trata de una norma de carácter objetivo que entraña una presunción *juris et de jure* de usura, ya que así se declarará, cualquiera que sean su entidad y circunstancias. Según las Sentencias de 12 de marzo y 23 de septiembre de 1958 y 15 de febrero de 1964, el hecho de que figure en el contrato mayor cantidad que la verdaderamente entregada es una operación fraudulenta que acredita por sí sola el dolo, hasta excusar la presencia de cualquier otro elemento cuantitativo o circunstancial.

Comentario.—Se formuló voto particular por el Magistrado Albácar López, que dice: «Esta nulidad se decreta por la aludida Ley en razón del carácter usurario del préstamo, dando por supuesto que la constancia en el contrato de una cantidad superior a la recibida es medio para ocultar una operación usuraria, pero en aquellos supuestos en que esto no sucede así ello no implicaría la existencia de una operación usuraria merecedora de la nulidad calendada; obvio es que no puede procederse a la misma toda vez que ello supondría una interpretación que excedería de la verdadera intención que movió al legislador al dictar la repetida Ley de Represión de la Usura de 1908, interpretación que podría llevar al absurdo de declarar nulo por usurario un préstamo por el mero hecho de declararse como recibida una cantidad superior a la real, aunque la diferencia fuese mínima y la operación, por carecer de intereses, como sucede con la que nos ocupa, pudiera resultar no sólo no usuraria, sino notoriamente gravosa para el prestamista».

¿Con qué postura nos quedamos? Creo que el voto particular intenta adentrarse en el espíritu de la Ley, alejándose de la literalidad del precepto en que se funda la sentencia. Por esto estimo más razonable y equitativa la postura sostenida por el Magistrado que disiente.

**LA APRECIACION DE LA SIMULACION HABRA DE BASARSE EN PRESUN-
CIONES.** (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de esta Sala la expresiva de que la simulación raramente presenta prueba directa de su existencia dado el deseo de las partes en ocultarla y, por el contrario, habrá de fundarse en presunciones que lleven al Juzgador a la convicción de la inexistencia del contrato figurado (S. de 20 enero 1966) y de que la simulación se revela por pruebas indiciarias que lleven al Juzgador a la apreciación de su realidad, correspondiéndole dicha apreciación de la existencia o inexistencia de causa o la concurrencia de causa falsa. . por ser de naturaleza fáctica (S. de 16 septiembre 1988).

LA DACION EN PAGO CONSISTE EN EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION MEDIANTE UNA PRESTACION DISTINTA. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La figura liberatoria que la doctrina ha constituido bajo la denominación de dación de pago (*datio in solutum*), figura esta que ya se caracterizó —ante el silencio del CC, si bien presupone este modo extintivo de la obligación en sus arts. 1.521 y 1.636, entre otros— por Sentencia, entre varias, de esta Sala de 4 de octubre de 1989 al decirse que la dación en pago se produce cuando el acreedor acepta, para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste; dicho en otras palabras, dación en pago es todo acto de cumplimiento de una obligación que con el consentimiento del acreedor se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido. El elemento fundamental consiste, según enseña la doctrina, en que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada, es decir, algo distinto de lo inicialmente previsto (*aliud pro alio*).

LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA POR IMPAGO NO ES AUTOMATICA, SINO QUE PRECISA EL REQUERIMIENTO AL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—El contrato que se estudia contiene un auténtico pacto de *lex commissoria* en cuanto se estipuló un precio aplazado, por lo que hasta que éste se hubiere satisfecho la venta no podría reputarse concluida. Ahora bien, ante esta situación de incumplimiento dinerario a cargo del adquirente la actuación resolutoria del vendedor no se produce en forma automática como pretende él, sino que es preciso que el comprador sea requerido judicialmente o por medio de acta notarial al efecto, pues entonces desaparece para el comprador la última oportunidad de dar cumplimiento al contrato mediante el pago del precio al prohibirse la concesión de un nuevo plazo dilatorio. De esta manera el vendedor tiene expedita la trayectoria para instar la resolución contractual y tales requerimientos han de ser necesariamente previos a la demanda por reflejar su decisión expresa de optar por la resolución; y ha de atribuírsele naturaleza de antecedente y apoyatura necesaria y precisa para poder obtener la ruptura del vínculo contractual y recuperar lo cedido mediante la compraventa concertada. Su omisión produce el necesario rechazo del recurso.

LA COMPRAVENTA EN GARANTIA DE DEUDA NO ES TITULO TRANSMISOR DEL DOMINIO. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1991.)

Hechos.—Se otorgó escritura pública por doña María P. P. y la entidad gestora G. S. A., en virtud de la cual la primera reconocía adeudar a la segunda ocho millones de pesetas y vendía en garantía de dicha deuda una finca, concediéndose a la deudora-vendedora el derecho de habitar y utilizar las edificaciones y jardín de dicha finca, y al amortizar la deuda, G. S. A. le retransmitiría la propiedad de la misma finca sin tener que satisfacer cantidad

alguna. No tuvo acceso al Registro de la Propiedad dicho instrumento público por denegación del titular, confirmada por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1987. Posteriormente, la Caja de Ahorros de A. trabó embargo sobre la meritada finca por deudas de doña María P., por lo que G. S. A. promovió la tercería de dominio, que fue desestimada en todas las instancias.

Doctrina de la sentencia.—Si bien la doctrina ha dado su espaldarazo a los negocios fiduciarios, con raíz jurídica en el artículo 1.255 del Código Civil y cuya esencia estriba en la utilización de un instrumento jurídico de gran alcance y con dimensiones superiores a la finalidad económica que constituye el propósito de los contratantes, no es menos cierto que aun con aceptación de la denominada doctrina del doble efecto real y obligacional del negocio fiduciario su plena eficacia sólo se proyecta en las relaciones internas de aquéllos, pero nunca podrá ser revestido de una eficacia que alcance más allá de lo que el propio instrumento jurídico utilizado se proponga; y por ello en el caso estudiado si la compraventa es de mera garantía no puede pretenderse con ella obtener, ni entre los propios contratantes ni ante terceros, el reconocimiento de un título transmisor del dominio porque ello envuelve una contradicción patente, ya que el contrato de compraventa es el instrumento paradigmático de dicha transmisión dominical y el título de propiedad por antonomasia; si el título que aquí se exhibe es instrumento jurídico apto para concurrir con los de otros acreedores en una eventual prelación de créditos dado su carácter notarial, es decir, para irrumpir en una tercería de mejor derecho, no lo es en el presente caso de tercería de dominio por carecer de la suficiente entidad y eficacia para que haya podido jurídicamente operar el ingreso de la finca en el patrimonio de la entidad tercerista.

EN LA CONDUCTA DE LOS MEDICOS QUEDA EXCLUIDA LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La obligación contractual o extracontractual del médico, y en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios, es decir, está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, pudiendo añadirse que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad.

RATIFICACION TACITA DE MANDATO. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el contrato celebrado por el mandatario con los terceros con poder insuficiente no obliga al mandante, también lo es que puede ser ratificado por éste (art. 1.727, párr. 2.º, CC) expresa o tácitamente, forma ésta que tiene lugar cuando sin hacer uso de la acción de nulidad acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado o conociéndolo no se opone a ello, mostrando así su consentimiento, concordante con el del tercero.

CONDICIONES PARA LA APLICACION DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL.—DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE COMPRAVENTA DE PLAZAS DE GARAJE. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La doctrina jurisprudencial de la Sala (SS. de 6 julio 1952 y 28 noviembre 1961, entre otras muchas) ha establecido que las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 1.124 pueden concretarse en: *a)* acusada reciprocidad de las obligaciones en juego; *b)* exigibilidad de las mismas; *c)* cumplimiento por el reclamante de lo que le incumbía, y *d)* voluntad declarada y rebelde en el acusado de incumplidor.

Doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 3 de marzo de 1979, 24 de septiembre de 1986 y 17 de julio de 1987 en materia de compraventa de garaje. Resumiendo la doctrina de las sentencias señaladas, cabe expresarla del modo siguiente: que es de considerar como esencial la adecuación que las plazas de garaje han de tener respecto al fin que les es propio, adecuación que alcanza tanto al tema de las dimensiones como al de los accesos, y la compraventa de las mismas comporta la obligación de entregar el objeto hábil y la plena satisfacción del comprador que le permita el uso de la plaza para su específico fin, siendo de estimar la existencia de incumplimiento contractual cuando aquélla no se ajusta, en dimensiones o accesos, a lo previsto.

LA JURISDICCION CIVIL NO PUEDE SUPLIR LAS DEFICIENCIAS COMETIDAS EN OTRA JURISDICCION. (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—En cuanto a la autoridad de cosa juzgada civil derivada de la sentencia condenatoria pronunciada por la jurisdicción criminal, es doctrina jurisprudencial que ejercitada ante la jurisdicción penal en reclamación de los daños y perjuicios causados por un hecho tipificado como delito o falta y resuelto ello en la correspondiente sentencia penal, queda consumida o agotada la pretensión del perjudicado, sin que pueda ser ejercitada de nuevo ante la jurisdicción civil la acción de esta naturaleza fundada en la misma causa de pedir, aunque la sentencia condenatoria emitida en el proceso penal omitiera determinados pronunciamientos, pues no es lícito a la jurisdicción civil suplir determinadas deficiencias ni rectificar las omisiones que haya podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción, reiterando la Sentencia de 25 de marzo de 1976 que a los Tribunales de la jurisdicción civil no les es dable suplir las deficiencias ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en los procesos sometidos a los Juzgadores de otra jurisdicción y orden.

ES ANULABLE Y NO NULA LA DONACION EN LA QUE EL DONANTE NO SE RESERVA LO NECESARIO PARA VIVIR. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—El motivo sostiene que la donación efectuada fue radicalmente nula porque la donante no se reservó lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias. A este respecto, la sentencia de primera instancia niega que el incumplimiento de lo previsto en el artículo 634 dé lugar a la nulidad radical de la donación y afirma que la legitimación

para instar la nulidad corresponde al propio donante; y no es pensable que los herederos puedan ejercitarla después de haber fallecido aquel. Así es, en efecto, por lo siguiente: a) la norma del artículo 636 del Código Civil sobre inoficiosidad de la donación en lo que exceda de lo que se pueda dar o recibir por testamento y lo dispuesto en el artículo 654 sobre reducción de estas donaciones excluye la nulidad radical de la donación y sólo la hace anulable en cuanto traspase el límite legal, criterio aplicable al supuesto del artículo 634, como ya declaró la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 17 de abril de 1907, de donde se sigue que, establecido tal efecto específico, no opera la sanción de nulidad de pleno derecho; b) la finalidad de la limitación establecida en el artículo 634 —que el donante conserve lo necesario *para vivir* en un estado correspondiente a sus circunstancias— se agotó con el fallecimiento de éste.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS POR DAÑOS CAUSADOS POR EL ASCENSOR. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Habiendo quedado bloqueado entre dos pisos —con varias personas dentro— el ascensor de un edificio, una vecina manipuló la maquinaria, con tan mala fortuna que recibió graves lesiones. La comunidad es condenada a indemnizarla.

Doctrina de la sentencia.—Que un vecino del edificio pudiera tener acceso al camarín de la maquinaria del ascensor acredita que no era un hecho insólito la avería que aquí nos ocupa, por lo que sus consecuencias dañosas forzosamente han de alcanzar a la propietaria del artefacto defectuoso, sin poder, en justicia no moral, eludir con supuestas culpas de la propia víctima los resultados de la generosa prestación personal y gratuita de la actora en favor de los demás vecinos. Se contempla por tanto aquí un caso de aplicación de la teoría del riesgo, vinculando a la comunidad propietaria del ascensor.

DOCTRINA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» DE LA PERSONA JURIDICA. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica, acogida por esta Sala en abundantes sentencias (28 mayo 1984 y 16 julio 1987, entre otras), proscribida la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos. En la situación jurídica originada por la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad que legalmente no es causa de disolución de la misma, es más fácil perpetrar este abuso, pues el socio único tiende a comportarse como si todos los bienes de la sociedad fueran suyos, y los terceros que contratan con él sobre ellos tampoco suelen preocuparse de más, porque su voluntad es la voluntad social. En la realidad, tanto uno como otros acostumbran a prescindir de los órganos sociales de representación, ya que o bien la tiene el socio como administrador único o bien otra u otras personas físicas que son nombradas y censadas a voluntad del mismo.

LA RENUNCIA DE DERECHOS HA DE SER INEQUIVOCA. EXCEPCION A LA TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala (SS. de 3 marzo 1986 y 7 julio 1988, entre otras), la renuncia de derechos como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo ha de ser además de personal clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos.

Si ciertamente, como consecuencia de la equivalencia de las condiciones según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiere producido si la condición no se hubiera dado (*conditio sine qua non*) y la de causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dado, de tal manera que si la apreciación es afirmativa cabe estimar la existencia de un nexo casual que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto), también es de apreciar que tales doctrina y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como que ésta no sea generante de una causa indemnizatoria independiente.

LA ASUNCION DE DEUDAS NO SIGNIFICA EXTINCION DE LA OBLIGACION PRECEDENTE. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La asunción de deudas no significa extinción de la obligación precedente, sino que ésta subsiste y se mantiene con todos sus efectos y consecuencias, sucediendo que se produce un cambio en el sujeto pasivo o deudor, que está obligado a satisfacerla o cumplirla y tiene lugar en razón a que un tercero, distinto al acreedor y deudor, admite la obligación que pesaba sobre éste, que por ello se libera en consecuencia de la carga, pero siempre que este cambio sea conocido y asumido por el acreedor, con lo que la obligación primitiva en forma alguna queda cumplida, sino modificada subjetivamente en su aspecto pasivo.

La aceptación del acreedor o *asumptor* con constancia de una específica declaración de voluntad en este sentido es requisito esencial e ineludible, y así lo establece el artículo 1.205 del Código Civil (SS. de 24 abril y 14 noviembre 1990, entre otras). No es necesario que se produzca en el mismo acto de la sustitución de los deudores, bastando que se exprese en cualquier forma y tiempo mientras esté preexistente el acuerdo de los deudores.

LA COMPENSACION DE RESPONSABILIDAD PUEDE APRECIARSE SIN NECESIDAD DE QUE LA PIDA LA PARTE DEMANDADA. (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Compensación de responsabilidades por culpa de igual grado: cuando ambos agentes han incurrido en omisión de diligencia y sus respectivos comportamientos no llegaron a romper la relación de causalidad sin erigirse ninguno de ellos en el único factor desencadenante del hecho dañoso, su actuación concomitante no elimina la obligación de indemnizar e impone una equitativa moderación y repartimiento del *quantum* a resarcir, atendidas las entidades igualitarias de las culpas concurrentes; además, la compensación puede apreciarse sin necesidad de que la pida la parte demandada si se tiene en cuenta que el reconocimiento y consiguiente solución compensatoria no es, en esencia, más que una limitación a lo cuantitativamente pedido.

LOS SINDICOS ACTUAN COMO SUSTITUTOS PROCESALES DEL QUEBRADO. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1991)

Doctrina de la sentencia.—La mantenida disputa doctrinal sobre si la representación de los síndicos se concreta al deudor o a sus acreedores carece de permanencia e interés si se atiende tanto a la norma legal como a la doctrina jurisprudencial positiva. La sindicatura representa legal y primordialmente a la quiebra para proteger los intereses acreedores y procurar en todo lo factible su atención y satisfacción oportunas con cargo a los bienes del deudor quebrado, que es el directa y plenamente obligado (art. 1.911 CC). Puede suceder a veces que los intereses de éste coincidan con los de la masa de acreedores (y así lo contempló la antigua S. de 17 julio 1887); pero en todo caso y tratándose de actuaciones en procesos, los síndicos vienen a actuar como sustitutos procesales del quebrado, que queda privado del poder de disposición en beneficio de sus acreedores.

ES INNECESARIO DIRIGIR CONTRA EL CESIONARIO DE UN BIEN ARRENDADO LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La más reciente jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que siendo el cesionario, al igual que el subarrendatario y adquirente en traspaso, extraño al contrato de arrendamiento concertado entre el arrendador y el arrendatario cedente, y en consecuencia desligado en el ámbito personal con el titular que otorgó el arrendamiento con carácter de arrendador, se hace innecesario dirigir contra el cesionario la acción resolutoria ejercitada; y sin que a ello obste el artículo 24 de la Constitución española, pues el principio fundamental que tal precepto contiene, consagrado el derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, hay que entenderlo referido a todo aquel que conforme a las normas del Ordenamiento jurídico haya de tener intervención en un determinado proceso, pero no en el caso de que lo en él planteado no precise su intervención; en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 58/1988, de 6 de abril.

DEMORA EN LA DEVOLUCION DE LA COSA ARRENDADA. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que el arrendatario se halla obligado a devolver la finca al concluir el arriendo (art. 1.561 CC) y si continúa en la posesión de la misma y ello se debe a un comportamiento culpable, como precisa la Sentencia de 24 de enero de 1975, serían indemnizables los perjuicios causados al arrendador, pero no procede en forma culposa el arrendatario que en virtud de contrato válido ocupa la finca y defiende su derecho en juicio de desahucio frente a la compleja posición jurídica del actor. En resumen, no toda demora en la devolución de la cosa arrendada ha de dar lugar a indemnización al arrendador, sino sólo aquella que revele una conducta culpable del arrendatario, cuyos derechos de defensa, ejercitados legítimamente, han de salvaguardarse.

VENTA DE BIEN GANANCIAL: CONCURRIENDO EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE UN CONYUGE, EL DEL OTRO PUEDE REVESTIR FORMA TACITA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Conforme a los artículos 1.375 y 1.377 del Código Civil, los actos dispositivos onerosos sobre los bienes gananciales precisan el consentimiento de ambos cónyuges por corresponder a ambos de forma conjunta la facultad de su enajenación. Ahora bien, el consentimiento de uno de los cónyuges cuando concurre el expreso del otro puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva realizada y materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos. El consentimiento *uxoris*, que según doctrina coincidente y mantenida de este Tribunal ha de encuadrarse en el ámbito de la ineficacia de los actos por anulabilidad, viene a ser cuestión de hecho que incumbe apreciar y decidir al Tribunal de Apelación (SS. de 5 mayo 1986 y 7 junio 1990).

FRAUDE DE LEY: CONSISTE EN UNA SERIE DE ACTOS QUE VIOLAN EL CONTENIDO ETICO DE LOS PRECEPTOS. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—El concepto genérico de lo ilícito o lo antijurídico como lo contrario a Derecho en general no es precisamente lo que diferencia el injusto civil del penal, sino la tipicidad, porque si lo antijurídico se entendiese como lo contrario a la norma punitiva, se estaría identificando con lo típico, todo ello con independencia del mayor acento que las diversas doctrinas penalistas pongan en acción: tipicidad, antijuricidad o culpabilidad; el fraude de Ley civil lo que exige precisamente es la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos legales en que se amparan, habiendo incluso declarado esta Sala que no es preciso que la persona que realice el fraude de Ley tenga intención o conciencia de burlarla (S. de 13 junio 1959); el fraude es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurí-

dicos generales que se imponen a las personas, implicando en el fondo un acto *contra legem* por eludir las reglas del Derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta respetando la letra de la norma pero infringiendo su espíritu, de forma que el *fraus alterius* o *fraus hominis* implica, con carácter general, un *fraus legis*.

LA NULIDAD DE UN CONTRATO CAMBIARIO NO AFECTA A LOS TERCEROS DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de esta Sala que en el juicio declarativo, si bien no hay tasa de excepciones tratándose de relaciones jurídicas extracambiarías, la hay tratándose del deudor cambiario en los términos del artículo 480 del Código de Comercio, funcionando la letra como título causal en las relaciones del librador con el tomador, en las del endosante con el endosatario y en las del librador con el librado, pero como título abstracto en las demás relaciones que puedan existir entre los distintos firmantes de la letra y, por supuesto, entre tomador y librado-aceptante, de manera que ha de tenerse en cuenta la doctrina de los actos propios, dando sentido real a las manifestaciones de voluntad dirigidas a crear obligaciones cambiarias contenidas en el título-valor encaminado al tráfico mercantil con terceros, y así la nulidad de un contrato de cambio no afecta a los terceros de buena fe que no fueron parte en el contrato causal.

PRESCRIPCIÓN: NO DEBE APLICARSE DE MANERA RIGORISTA. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La interrupción prescriptiva del artículo 1.973 del Código Civil hay que proyectarla no sobre actos de naturaleza determinada, sino a conductas y situaciones en virtud de las cuales resulte acreditado que el sujeto pasivo y obligado pone de manifiesto, bien directa o expresa o bien indirectamente, su voluntad y decisión de zanjar o concretar la disputa, de tal manera que se viene a reconocer la pretensión aunque no se admita la misma total o parcialmente.

Es tendencia doctrinal y jurisprudencial moderna no aplicar el instituto de la prescripción de manera totalmente rigorista por no fundarse en intrínseca justicia al atacar a veces situaciones y derechos subjetivos consolidados, pero debilitados por la amenaza que sobre ellos pesan los términos temporales, de cierto matiz artificial que establecen las leyes

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

a) Arrendamientos Rústicos

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ACCESO A LA PROPIEDAD. NO ES INCOMPATIBLE LA CONDICION DE «CULTIVADOR PERSONAL» CON LA DE PENSIONISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1989.)

El Juzgado número 2 de Pamplona desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior, declarando el derecho al acceso a la propiedad del actor.

No triunfa la casación. Se discute si el demandante tiene aptitud legal para hacer uso del derecho reconocido en la Regla 3.ª de la disposición transitoria 1.ª de la LAR habida cuenta de que está en situación legal de pensionista de la Seguridad Social y se exige el acreditar el interesado su condición de «cultivador personal», siendo necesario que la explotación se lleve por sí o con ayuda de familiares que con él convivan, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente. La condición de pensionista de la Seguridad Social sólo tiene importancia dentro del ámbito laboral y no en el de la legislación arrendaticia en cuanto al incumplimiento de los preceptos limitadores de la actividad laboral. Se demostró que la explotación corría a cargo del arrendatario que trabaja las fincas arrendadas y con él sus hijos, utilizando sólo terceros para la recolección. Además la condición de «cultivador personal» fue reconocida por la propietaria en una carta de despedida, expresión literal de tan indiscutible significación que releva de cualquier otra prueba sobre el particular.

DESAHUCIO. EL PROPIETARIO SE OPUSO A LA PRORROGA POR TENER LA INTENCION DE CULTIVAR DIRECTAMENTE LA FINCA. LA CONDICION DE «PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA» SE HA DE TENER CUANDO SE POSEA LA FINCA Y NO ANTES. (SENTENCIA DE 4 JULIO DE 1989.)

El Juzgado de Arcos de la Frontera estimó la demanda de resolución del contrato por expiración del plazo contractual, lo que confirmó la Audiencia de Sevilla.

No prospera la casación. El 15 de abril de 1983 recibió el arrendatario un requerimiento notarial en el que se le denegaba el derecho de prórroga del arrendamiento, adquiriendo el arrendador el compromiso de cultivar directamente la finca durante seis años, advirtiéndole que el día 3 de septiembre de 1984 debía entregar la finca libre y desalojada. El propietario tiene el derecho a oponerse a la prórroga siempre que se comprometa al cultivo directo de la finca arrendada y así lo ha hecho el propietario de modo claro y paladino, y aunque el recurrente dice que debe tener la condición de «profesional de la agricultura», la Ley dice que ésta «concurra o se proponga adquirirla», y el propietario se propone cultivar personalmente, y mal se puede exigir esa con-

dición antes de poseer la tierra donde ejercer dicha cualidad de profesional de la agricultura, expresándose claramente en el requerimiento la causa de oposición a la prórroga, que por tanto es plenamente correcto, sin perjuicio de que el demandante deba cumplir el compromiso adquirido y, en caso contrario, pueda darse el caso de reanudación del arrendamiento de que habla el artículo 27 de la LAR.

RETRACTO SE JUSTIFICA QUE EL RETRAYENTE ES ARRENDATARIO POR LA EXISTENCIA DE UNA CARTA DEL PROPIETARIO Y DE LOS RECIBOS DE LA RENTA EXTENDIDOS POR QUIEN GOZABA DE LA CONFIANZA DE AQUEL Y OSTENTABA SU PRESENTACION. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1989.)

El Juzgado de La Estrada admitió la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Tiene éxito la casación. Se admiten los errores de hecho alegados por el recurrente, consistentes en la no admisión de una carta del propietario vendedor del actor, así como de los recibos expresivos del pago de la merced arrendaticia de las fincas correspondientes a los años 1981-83 emitidos por el hijo del primitivo apoderado, de cuyos documentos se deduce la situación de arrendatario del demandante, que se reconoce en otro procedimiento, con efectos enervatorios del desahucio allí postulado. La sentencia recurrida otorgó relieve a la fotocopia de un documento cuyo original fue negado por la persona en cuyo poder estaba, no obstante lo cual se atribuyó la eficacia del propio documento con manifiesto error, ya que el artículo 1.225 del Código Civil se refiere a un verdadero documento y no a una fotocopia, no atendible como medio de prueba e insuficiente para acreditar frente al contenido de aquellos documentos la anormal posesión a título de precario de bienes productivos durante largos años, situación que está en pugna con el recto entender de una carta de los propietarios de la finca y con los recibos emitidos por quien gozaba de la confianza del propietario vendedor y ostentaba su representación para el cobro de rentas y demás actos de administración de las fincas cuestionadas.

REVISION DE RENTA. ES CORRECTA LA APLICACION DE LA RETROACTIVIDAD ESTABLECIDA EN LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª DE LA L.A.R CONFORME A LA CUAL LA RENTA RESULTANTE ES LA QUE SE DEDUCE DE TENER EN CUENTA EL INDICE PARA EL PRECIO DE LOS CEREALES FIJADO POR EL MINISTERIO DE AGRICULTURA EN SU RESOLUCION DE 22 DE FEBRERO DE 1985. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1989.)

El Juzgado número 1 de Talavera estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia estimó en parte el recurso, fijando otra cuantía de la renta.

No prospera la casación. El contrato es de 1976 y estableció en una cláusula revisoria dos opciones: valor del trigo, conforme a la Ley y el incremento promedio del coste de la vida publicado por el INE y el Tribunal *a quo* aplica la retroactividad establecida en la disposición transitoria 1.ª de la LAR, aplicándole lo dispuesto por el artículo 38 1.º de la misma, cifrando la actualiza-

ción en la suma de 2.451.000 pesetas, que es la que resulta de tener en cuenta el índice para cereales fijado en la Resolución del Ministerio de Agricultura de 22 de febrero de 1985. El proceso apreciativo realizado por la Sala de instancia no puede ser más correcto y la pretensión del recurrente de que se aplique el artículo 7 de la legislación derogada no puede entenderse sino como intención dilatoria, ya que la diferencia entre una y otra no llega al 7 por 100, y no cabe alegar destino ganadero exclusivo de las fincas cuando en el contrato se establece la equivalencia del dinero al trigo, se habla de la obligación del arrendamiento de cultivar la finca al uso de buen labrador y el arrendador se reserva la denegación de la prórroga cuando se proponga cultivar directa y personalmente la finca.

ACCESO A LA PROPIEDAD LA ARRENDADORA FUE AUTORIZADA PARA REALIZAR UNA CORTA O TALA DE LA MASA FORESTAL NO INCLUIDA EN EL PRECIO DEL ACCESO A LA PROPIEDAD, POR LO QUE PUEDE REALIZARLA PARA SI YA QUE EL ARRENDAMIENTO ERA AGROPECUARIO Y NO FORESTAL (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1989.)

El Juzgado número 1 de Pamplona estimó parcialmente la demanda declarando el acceso a la propiedad, estimando parcialmente la apelación de la Audiencia en cuanto al precio fijado

No prospera la casación. Una vez fijado el precio para el acceso a la propiedad, la arrendadora obtuvo autorización para proceder a la tala o corta de la masa forestal existente en dichas fincas. La Sala de la Audiencia reconoció que en el precio no se había tenido en cuenta el valor de la masa forestal, declarando el derecho de la arrendadora a realizar las cortas y aprovechamientos forestales que se le autoricen por la Administración por una sola vez y en relación con el estado actual de la masa forestal existente. El recurrente sostiene que ya estaba incluido el valor de la masa forestal, pero el dictamen pericial sobre el valor de esta masa forestal no llegó a emitirse, habiendo sido hecho sólo el del perito que valoró la explotación agropecuaria que era el objeto para el que había sido arrendada, no practicando valoración alguna de la masa forestal. Es lógico que ésta sea de la exclusiva propiedad de la arrendadora, pues al ser de naturaleza agropecuaria —pastos para ganado—, en el mismo no se comprenden los aprovechamientos forestales de la finca arrendada, como establecía la legislación anterior y sigue estándolo en el apartado 2.º del artículo 3.º de la LAR. En consecuencia, puede la arrendadora separar la masa forestal mediante la tala o corta que, por una vez, le autorice el organismo administrativo competente

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. ES VALIDA LA RENUNCIA HECHA EN DOCUMENTO PUBLICO POR EL ARRENDATARIO AUNQUE COINCIDA CON LA FIRMA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, YA QUE EL CONTRATO SE PERFECCIONO POR EL CONSENTIMIENTO, AL MARGEN DE LA FECHA DE SU DOCUMENTACION. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

El Juzgado de Navalmoral de la Mata estimó la demanda, confirmando la Audiencia territorial.

No tiene éxito la casación. El Juzgado llega a la conclusión de que la renuncia es válida, aunque la firma del contrato de arrendamiento coincida con la fecha de aquélla, ya que el contrato se perfeccionó por el mero consentimiento y, por tanto, al margen de la fecha de su documentación, y con base también en la doctrina de los actos propios que obliga a tener por eficaz el compromiso de desalojo de la finca arrendada en septiembre de 1987 que señala el contrato y reitera la escritura de 4 de octubre de 1986, una vez que sobre constar la renuncia en documento público, como exige el artículo 11 de la Ley de Arrendamiento Rústicos, no se acreditó que el acuerdo de voluntades determinó el ingreso del derecho renunciado en el patrimonio del renunciante no hubiera tenido lugar en la fecha de 1 de octubre de 1986 que dice el documento privado, resultando así no sólo del documento público, sino también de las propias expresiones del arrendatario, que en su denuncia de 4 de octubre de 1986 afirmó literalmente la existencia del contrato en el período de octubre de 1986 a septiembre de 1987, dato que no desvirtúa la confesión de la demandante, que explicó el motivo por el que fue una la fecha de entrada de la finca y otra la de la firma del contrato, acto este de documentación que no empece la perfección del vínculo días atrás por efecto del recíproco consentimiento, al que se añadió la ocupación del inmueble arrendado, siendo evidente que la confesión no es, salvo la prestada bajo juramento decisorio, prueba alguna que excluya la eficacia contradictoria de cualquier otra.

b) Arrendamientos Urbanos

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS QUE REALIZO EL ARRENDATARIO PARA ADAPTAR EL LOCAL A LA NUEVA ACTIVIDAD, CUYO CAMBIO AUTORIZABA EL CONTRATO, HAN DE CONSIDERARSE COMO SI FUERAN LAS OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO DEL MISMO PARA LA ACTIVIDAD INICIAL QUE FIGURABA EN EL CONTRATO (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1989.)

El Juzgado de Leganés desestimó la demanda, pero la Audiencia de Madrid revocó la anterior, declarando resuelto el contrato.

Tiene éxito la casación. El arrendatario realizó obras para ampliar o modificar la industria allí instalada, discutiendo si las obras estaban autorizadas por las cláusulas primera, que permitía dedicar la nave a cualquier actividad, bien sea de uso industrial o comercial, siempre que se trate de hechos lícitos, y la sexta, que autorizaba la realización de obras que no afecten a la estructura fundamental de la nave, comprometiéndose a dejarla en las mismas condiciones en las que la recibió. La interpretación de esta Sala ha sido siempre que las obras autorizadas son las necesarias para la instalación o acondicionamiento del local para servir al destino pactado y en el tiempo de puesta en marcha del negocio siempre que ello sea preciso. La Audiencia estimó que las obras realizadas modifican la configuración del inmueble y han sido realizadas sin consentimiento del arrendador, declarando resuelto el contrato por este motivo. Esta tesis sería impecable si el local hubiera sido destinado *ab initio* a una actividad industrial o mercantil concreta y determinada, pues entonces, habiéndose iniciado en 1980 la actividad, las obras que en 1983 realizó no podrían cobijarse bajo el concepto de obras de adaptación o acondi-

dicionamiento del local, pues no cabe desconocerse que no sólo se pactó un destino concreto, sino que la cláusula primera antes vista autorizaba al arrendatario para dedicar la nave a cualquier actividad siempre que fuese lícita, cuya cláusula, ciertamente exorbitante pero voluntariamente pactada, en uso de la libertad contractual (art. 1.255 CC) ha de ser correctamente entendida, en el sentido de poder sustituir la actividad inicial por otra que el arrendatario realice para poder desarrollar en el local la nueva actividad, han de considerarse como obras de adaptación o acondicionamiento del local para ello. Siendo la interpretación de los contratos competencia del Juez de instancia, cuyo criterio ha de ser mantenido en casación salvo que sea erróneo, ilógico o contrario a la Ley; y como este segundo supuesto es el que se da en el presente recurso, procede la estimación del recurso de casación, sin que quepa la aplicación del artículo 114, causa 7.^a, de la Ley de Arrendamientos Urbanos respecto a la resolución del arrendamiento por obras inconcensadas.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ES ADMISIBLE LA PRORROGA PORQUE EL CONTRATO ES COMPLEJO DE INDUSTRIA Y DE LOCAL DE NEGOCIO Y SE RIGE POR EL CODIGO CIVIL Y NO POR LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1989.)

El Juzgado número 4 de Las Palmas declaró resuelto el contrato por expiración del plazo contractual. Confirmó la Audiencia.

No prospera la casación. El Tribunal clasificó el arrendamiento como complejo de industria y de local de negocio, que es lo que las partes convenían en sus escritos de demanda y de contestación. Es adecuado el criterio de la Sala de apelación en cuanto a que no ha existido novación del referido contrato, ni expresa ni tácitamente, ni simplemente modificativa, pues aun realizadas las mejoras o reformas, tampoco el valor comercial puede ser incrementado al depender todo ello de circunstancias ajenas a la voluntad del arrendatario, sin contar lo anómalo que resultaría que mientras tanto la renta permanece la misma y que el contrato convenido dentro de las normas comunes se ubicase tras el cambio de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Luego si el contrato negociado es de arrendamiento complejo o mixto de industria y de local de negocio y siendo evidente que lo esencial era lo primero, es evidente que el contrato en cuestión viene sujeto, como declaró el Tribunal de instancia, a la normativa general del Código Civil y no a la de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que no puede admitirse la prórroga.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA FIGURA DEL ARRENDAMIENTO COMPLEJO O MIXTO DEBE SER APLICADA CON LA MAXIMA CAUTELA PARA EVITAR QUE SE DESVIRTUE LA FINALIDAD SOCIAL DE LA LEGISLACION ESPECIAL. EL CONTRATO NO ES DE UN SIMPLE SOLAR, SINO DE UN LOCAL DE NEGOCIO CON TODOS SUS ACCESORIOS AL QUE LE ES APLICABLE LA LEGISLACION ARRENDATICIA. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1989.)

El Juzgado de San Sebastián número 1 desestimó la demanda considerando que el arrendamiento es de local de negocio sujeto a la Ley de Arrendamientos

Urbanos. La Audiencia de Pamplona revocó, declarando extinguido el arrendamiento.

Prospera la casación. Deben rechazarse las pretensiones que impliquen abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa que deba prevalecer frente al fraude de Ley, amparándose en un contrato mixto o complejo que no debe bastar en su apariencia para desnaturalizar el carácter de arrendamiento de local de negocio. La jurisprudencia reiterada de esta Sala (SS. de 10 junio 1969, 22 diciembre 1975 y 8 febrero 1985) afirma que si los arrendamientos complejos o mixtos caen fuera del ámbito de la legislación especial y se hallan sujetos a las reglas sustantivas y procesales de Derecho común, este criterio debe aplicarse con la máxima cautela y objetividad para evitar que se llegue a desvirtuar la finalidad social que la legislación especial persigue. Queda comprendido en la Ley de Arrendamientos Urbanos el caso en que el arrendatario establezca su propio negocio o industria por muy importantes que sean las estipulaciones pactadas o las cosas que con el local se hubieren arrendado, tales como viviendas, almacenes, terrenos, saltos de agua, maquinaria e instalaciones y, en general, cualquier otro destinado a ser utilizado en la explotación del arrendatario, sin que pueda modificar su naturaleza de arrendamiento de local ni el hecho de que entre en el arrendamiento el terreno circundante y el suministro eléctrico, porque todo ello está subordinado a la explotación de la industria propia, entendiéndose por tanto que el suministro de áridos no desnaturaliza el arrendamiento de local de negocio suscrito entre las partes, cuyo objeto arrendatario resulta ser el terreno y pabellón afecto a la explotación o negocio de la planta de hormigonado, de modo que el arrendamiento no es de un simple solar, sino de un negocio con su local y accesorios al que es aplicable la legislación especial y, por tanto, la prórroga legal

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—NO PUEDE ADMITIRSE LA RESOLUCION PRETENDIDA DADO EL CARACTER CONTRADICTORIO DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS A EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1989.)

El Juzgado número 1 de Barcelona estimó parcialmente la demanda, declarando legítimo el incremento de renta notificado a la demandada, pero no la resolución del contrato. La Audiencia Territorial revocó la anterior, desestimando íntegramente la demanda.

No triunfa la casación. La base del pronunciamiento absolutorio de la sentencia recurrida fue el encontrar una esencial contradicción entre los documentos presentados por las partes y no poder concluir dentro del contexto probatorio la realidad incuestionable del primero de los contratos —de 1982— en que se apoya la pretensión del demandante, sin ningún factor que permita superar esta contradicción. La Sala *a quo* hizo un análisis objetivo y ponderado de los hechos aportados y muy especialmente de los dos contratos de arrendamiento: en uno se fijaba una renta de 600.000 pesetas anuales, y en otro, de 96.000 pesetas. No puede probarse el error porque los documentos son contradictorios entre sí, por lo que no pueden servir de base para la casación conforme a lo dispuesto por el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco pueden admitirse las alegaciones acerca de la causa jurídica del contrato que el actor aportó a los autos, ya que esas alegaciones plantean una

cuestión nueva y son ineficaces para demostrar el error de la prueba ya que la casación no es una tercera instancia, olvidando que la reforma de la Ley Procesal de 1984 no ha desvirtuado el recurso ni ha introducido una impugnación sin cortapisas de lo acordado por el Tribunal de instancia, que es soberano en la apreciación de la prueba.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL CONTRATO NO ESTA SOMETIDO AL CODIGO CIVIL YA QUE LAS PARTES CONVINIERON QUE UNA VEZ VENCIDO EL PRIMER AÑO SE SOMETA AL REGIMEN DE PRORROGA FORZOSA DE LA LEY ESPECIAL. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1989.)

El Juzgado número 1 de Granada estimó parcialmente la demanda declarando la sujeción a la prórroga, pero la Audiencia desestimó la demanda.

No tiene éxito la casación. Se ejercitó la acción pidiendo la extinción del arrendamiento y el Juzgado declara que estaba sujeto a prórroga, pero la Audiencia absolvió de demanda a la arrendataria. No existe imprecisión en la fijación del final del contrato, aunque se diga que se fijó por años, pero los Juzgadores de instancia entendieron que las partes habían convenido someter el arrendamiento, una vez vencido el plazo del primer año de su vigencia, al régimen de prórrogas forzosas de la Ley de Arrendamientos Urbanos, posibilidad de pacto que no se halla prohibida por el artículo 9 del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, y sin el previo consentimiento de las partes no cabe la posibilidad de predecir judicialmente la fecha en que terminará el contrato, pues ello dependerá de que la arrendataria haga o no uso de esas prórrogas libremente pactadas o de que los arrendadores tengan o no a su favor alguna de las causas por las que puedan oponerse a las prórrogas conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos. El artículo 1.581 del Código Civil no es aplicable, pues sólo rige para los contratos en que las partes no hubieran señalado plazo, pero no para los que se pacta libremente la duración de un año con sucesivas prórrogas forzosas, según entendió la Sala de apelación, cuyo criterio hermenéutico ha de ser mantenido por no ser erróneo, ilógico o contrario a la Ley.

C. R. R.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS, y otros: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid, 1991. Seis tomos con más de 9.500 páginas.

Con la colaboración y el mecenazgo del Banco Hispano Americano, antes de su fusión con el Central, se ha editado esta obra que no dudamos en calificar de monumental por su contenido, excelente presentación y extensión. Seis gruesos volúmenes de gran formato, rayando en las diez mil páginas llenas de doctrina y jurisprudencia, avalan un calificativo que no es exagerado.

Bajo la dirección y coordinación del Magistrado del Tribunal Supremo don JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ, que también ha dirigido la sección de la jurisprudencia, un equipo de juristas prestigiosos ha culminado una obra que ha de resultar utilísima en los despachos de los profesionales del Derecho.

En el Prólogo, el Magistrado ALBÁCAR presenta esta obra como un homenaje a sus compañeros de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Se ha acudido a una glosa de los preceptos del Código Civil, coincidiendo con el centenario de esta pieza legislativa, básica de nuestro Ordenamiento jurídico privado.

En la tarea han colaborado profesores universitarios junto a representantes de la Magistratura que luego señalaremos.

El *modus operandi* ha consistido en presentar, junto a la redacción vigente de cada uno de los preceptos del Código, tanto sus antecedentes como las concordancias con otras normas. A continuación se incluye un completo comentario doctrinal y la jurisprudencia referida al mismo artículo recogiendo las sentencias que han girado en torno suyo, así como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con lo que la información es completa.

Cuando las varias reformas del Código han afectado globalmente a instituciones o figuras jurídicas, como ocurre con la modificación de las relaciones paterno-filiales, tutela o régimen económico del matrimonio, por ejemplo, se incluye el texto completo de la regulación articulada anterior para dar una visión más amplia.

Además, siempre que el tema, por su importancia, requiere una atención especial, se intercalan unas interesantes y completas monografías de jurisprudencia especialmente relacionadas con la faceta que se estudia. Así se recogen las decisiones sobre las siguientes materias:

Derechos fundamentales.

Formulación judicial de los principios generales del Derecho.

Expropiación forzosa.

Propiedad horizontal.

Propiedad industrial.

Protección judicial de la posesión: desahucio por precario y artículo 41 de la Ley Hipotecaria; interdicto de retener y recobrar; interdicto de obra nueva; posesión de títulos nobiliarios.

Protección judicial de la propiedad: acción declarativa; acción reivindicatoria; tercería de dominio; tercería de mejor derecho.

Sistema inmobiliario registral.

Arrendamientos de obras y servicios.

Arrendamientos rústicos y urbanos.

Compraventa.

Relaciones laborales.

Transporte. Arbitraje privado. Contrato de seguro.

Responsabilidad extracontractual por actos propios o por actos de terceros.

Sociedades cooperativas, anónimas y de responsabilidad limitada.

Una de estas monografías jurisprudenciales es, como ya lo hemos visto, la referida al sistema inmobiliario registral. Tras exponer el texto del artículo 605 del Código Civil y su correspondiente comentario doctrinal, los autores no pueden por menos que conceder a la figura del Registro de la Propiedad la importancia que tiene su publicidad para sustentar el tráfico de los inmuebles y le dedican una *addenda* de casi 50 páginas. En ella se recogen las más salientes decisiones de la jurisprudencia judicial e hipotecaria sobre los principios registrales, concordancia del Registro con la realidad, acceso de los títulos al Registro, inmatriculaciones de fincas, inscripción registral, anotaciones preventivas, la figura del tercero hipotecario, cancelación de asientos y funcionamiento del Registro.

Después, en los siguientes artículos 606 a 608 se completa la materia registral con nuevas citas doctrinales y jurisprudenciales. El Registro de la Propiedad es, pues, digna y ampliamente tratado en esta obra, pese a que la parquedad de los preceptos del Código sobre el particular no se presta mucho al lucimiento. Pero es que a tal señor, tal honor. Los autores se han volcado y es de agradecer.

Y ya va siendo hora de que reseñemos los nombres de quienes han realizado la obra de compilación y comentario:

Como hemos dicho, el coordinador general es don JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ, que ha seleccionado la jurisprudencia y además ha confeccionado los índices y la bibliografía.

En la parte de comentarios doctrinales han colaborado:

En el tomo I, artículos 1 a 332, el Magistrado don MARIANO MARTÍN-GRANIZO Y FERNÁNDEZ.

En el tomo II, artículos 333 a 608, los Profesores don JOSÉ ANGEL TORRES LANA, don ENRIQUE RUBIO TORRANO y don SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA.

En el tomo III, artículos 609 a 1 087, el Magistrado don JAIME DE CASTRO GARCÍA y los Profesores JULIO RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, don JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO y don MIGUEL PASQUAU LIAÑO.

En el tomo IV, artículos 1.088 a 1.444, el Magistrado don JAIME SANTOS BRIZ y el Catedrático don JOSÉ ANGEL TORRES LANA.

En el tomo V, artículos 1.445 a 1.603, el mismo Magistrado coordinador, don JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ.

Y en el tomo VI, artículos 1.604 a 1.976, los Magistrados son JAIME SANTOS BRIZ y don MARIANO MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ y el Profesor don KLAUS ALBIEZ DOHRMANN.

Al final de cada uno de los tomos hay una completísima información bibliográfica en la que se recogen las obras de autores españoles y extranjeros, clasificadas por grupos de instituciones o figuras jurídicas. Además, hay un

índice alfabético de materias que facilita enormemente la busca para llegar a las cuestión deseada.

Hay que reconocer a los autores el esfuerzo realizado en la terminación de esta obra. Ha estado presidido por el buen hacer y el acierto. También es de apreciar el mecenazgo del Banco que ha hecho posible la aparición de este libro que tanto nos ha de ayudar. Porque es una pieza de trabajo que, sin duda, calificamos de imprescindible.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS: *El fortalecimiento de recursos propios*. Monografías jurídicas Marcial Pons, 340 páginas.

Lo primero que hay que resaltar es que estamos en presencia de un libro original. Sabidos son las enormes innovaciones que ha sufrido el mundo societario, y especialmente el mundo financiero, en los últimos años. Diversidad de factores, entre los cuales resalta la cada vez más fuerte competencia entre las entidades de crédito, hacen que en los últimos años asistamos a la aparición en el mercado de productos cada vez más sofisticados (es lo que se ha dado en llamar ingeniería financiera). Ello lleva a que incluso para los expertos resulte muchas veces de difícil comprensión el fundamento jurídico o económico de los productos lanzados al mercado. El libro que comento no sólo explica la gran mayoría de estos nuevos fenómenos, sino que además va más allá y apunta, incluso, la posibilidad de introducir productos hasta ahora desconocidos (al menos desconocidos en la práctica).

Sólo una persona de los profundos conocimientos, no sólo jurídicos, sino también económicos y contables, como mi compañero LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO podía abordar la elaboración de un libro de estas características. Muchos de los capítulos tienen su origen en artículos publicados en revistas especializadas, posteriormente ampliados y refundidos hasta configurar la obra. Para cualquier persona que siga de cerca el mercado financiero actual resulta un libro de obligada lectura.

La obra se estructura en siete capítulos y la sola lectura del epígrafe que encabeza cada uno de ellos demuestra la originalidad y lo atractivo de su contenido. El capítulo primero, bajo el epígrafe genérico «Los recursos propios como problema», aborda el concepto y la configuración de los recursos propios de la empresa. Como el propio autor pone de relieve, en este capítulo se estudian (a su juicio someramente, aunque en la realidad con gran profundidad) las partidas que pueden integrar el agregado de los fondos propios, llegando a la conclusión de la imposibilidad de hallar una solución definitiva: muchos de estos recursos propios reproducen características de la deuda, y viceversa. Para llegar a estas conclusiones el autor estudia la crisis del concepto tradicional del capital social, los recursos propios en las disciplinas jurídicas (no sólo en el derecho de sociedades, sino, como no podía ser más, también en el derecho fiscal), el cómputo de estos recursos propios (integrados tanto por el capital como por las reservas, las aportaciones de los socios para compensar pérdidas, las correcciones valorativas, previsiones para riesgos y gastos y subvenciones de capital). Termina el capítulo con una breve reflexión sobre los recursos propios como límite al endeudamiento y especial estudio de la existencia de límites cuantitativos a la emisión de obligaciones. Como com-

plemento y anexo de este capítulo se publica la Directiva del Consejo de 17 de abril de 1989 relativa a los fondos propios de las entidades de crédito, las normas sobre recursos propios según la Comisión de Principios y Normas de Contabilidad de la AECA, el coeficiente de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (Ley 13/1985, de 25 de mayo) y normas de desarrollo de dicha Ley (Real Decreto de 1 de agosto de 1985 y Orden de 28 de julio de 1989).

El capítulo segundo lleva el atractivo título de «La atipicidad de valores». Partiendo de la base de que la captación de recursos financieros (propios y ajenos) que configuran la estructura permanente del mercado de capitales puede instrumentarse merced a la emisión de valores negociables, estudia este capítulo la tipicidad (es decir, la posibilidad o no de diseñar y emitir en su caso valores atípicos). La conclusión a que llega el autor es que aunque desde un punto de vista jurídico es posible distinguir entre acciones y obligaciones, la realidad económica subyacente puede no coincidir con la vestidura jurídica y, por ello, existir tipos mixtos de capital y de deuda en un sistema abierto de valores. Esta conclusión viene avalada por la prueba de la posibilidad de existencia de estos valores atípicos, estudiando además las causas más frecuentes de la atipicidad. Comienza el capítulo con un estudio del Derecho comparado (doctrina italiana, Derecho francés, Derecho americano y británico), enlazando con el estudio de la atipicidad en nuestro sistema jurídico. La conclusión del autor es que el problema de la atipicidad no es tanto el de la posibilidad o no de la existencia o no de valores atípicos como el de los límites a su creación (como pone de relieve la novedad financiera, demuestra que la innovación y diversificación de productos negociables puede reconducirse automáticamente a unos pocos tipos legales). Incluso en el entonces proyecto Decreto de emisiones encuentra apoyo (hoy ya Derecho positivo vigente). El autor llega a más y esboza una clasificación de las diferentes atipicidades, distinguiendo atipicidad por acumulación o yuxtaposición de valores, por desintegración o fragmentación, por la forma de instrumentación y los que él denomina híbridos financieros (valores atípicos, mixtos o complejos). El autor desarrolla cada uno de estos tipos, acudiendo incluso a ejemplos tanto del Derecho comparado como del Derecho español (a título de ejemplo cita las llamadas «pseudo-obligaciones» abordadas por la reciente Resolución de 5 de noviembre de 1990 de la Dirección General de los Registros y del Notariado). Como anexo a este capítulo cita dos ejemplos de valores atípicos, como son las «acciones-obligaciones» de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 1926 y lo que él denomina acciones «no transmisibles» amparadas en el artículo 123.4 del vigente Reglamento del Registro Mercantil.

El capítulo tercero aborda lo que autor denomina *convertibles* y *opciones sobre valores*, «El capital en potencia». Bajo este epígrafe estudia lo que la doctrina francesa denomina capital en potencia, es decir, aquella clase de híbridos financieros que confieren el derecho de devenir titular de una cuota-parte del capital social. Estudia un concepto general correspondiente al dominio del capital en potencia, para a continuación desarrollar lo que denomina convertibles y opciones y, finalmente, un estudio más detallado del híbrido atípico conocido por «warrant financiero». Dentro del capítulo estudia las acciones adquiribles por canje (en la que no es menester ulterior ampliación de capital para hacer ejercicio del derecho de adquisición) y adquisiciones originarias de acciones (derechos de suscripción). A continuación analiza el

régimen jurídico general de este tipo de valores, advirtiendo que nuestro Derecho sólo contempla el caso más típico de capital potencial o condicional (el originado por obligaciones convertibles en acciones de la emisora), debiendo aplicarse sus normas por analogía a otros similares instrumentos financieros. Analiza con detalle el órgano competente para acordar la emisión de valores, el contenido del acuerdo, la necesidad de reconocer el derecho de suscripción inmediato y la necesidad de articular la protección del tenedor de estos derechos. Como anexo al capítulo estudia con detalle los llamados warrants financieros y su régimen jurídico. Como ejemplos ilustrativos se añaden dos supuestos de este tipo de valores sacados de la realidad, emitidos por dos sociedades en los años 1989 y 1990 respectivamente.

El capítulo cuarto aborda la *participación política y los híbridos*, «El capital nulo». Partiendo de la base del creciente abstencionismo de los accionistas en las grandes sociedades y la necesidad por ello de crear instrumentos que permitan atacar este problema, surge el llamado capital sin voto, es decir, la posibilidad de emitir acciones que conservando su naturaleza estén desprovistas de los derechos políticos, esencialmente del de voto. El autor estudia las tres posibilidades que muestra el Derecho comparado (la solución radical de fragmentar o dividir la acción, la más común de la acción sin voto y la marginal de las acciones de disfrute). Analiza a continuación lo que denomina híbridos de capital partiendo de la lógica idea de que toda obligación híbrida de capital permite soslayar el problema de la atribución de voto, pues sólo los accionistas tienen derecho de voto, y de ahí el enorme interés de todas las técnicas e instrumentos que no se integran en el capítulo social pero suministran una financiación permanente a título de capital-riesgo. Las ventajas de estas fórmulas son indudables. Analiza experiencias de Derecho comparado (singularmente la experiencia italiana, germana y francesa), así como la reforma de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro en España, claramente fracasada a juicio del autor. Como anexo de este capítulo se citan dos ejemplos sacados igualmente de la realidad de oferta de certificados de participación en beneficios convertibles.

El capítulo quinto aborda *los híbridos por la duración*, «Obligaciones "perpetuas" y "acciones rescatables"». Si una de las tradicionales distinciones entre acciones y obligaciones es la duración de los derechos que los valores incorporan (estimándose que las obligaciones nacen para fatalmente ser amortizadas a su vencimiento, a diferencia de las acciones en virtud de las cuales se aportan fondos estables en contrapartida de derechos de socio) Este esquema se altera al considerarse entre los recursos ajenos permanentes dos supuestos como son las obligaciones «perpetuas» o a tiempo indefinido o, entre los recursos propios «caducables», las acciones redimibles o canjeables. El autor estudia tanto el concepto de las llamadas obligaciones «perpetuas» como la finalidad económica de estas emisiones y el problema dogmático de la posibilidad de la deuda perpetua en nuestro Derecho, llegando a la conclusión de que nuestro sistema admite la emisión de deuda perpetua siempre que quede perfectamente determinado el contenido de la emisión, forma de determinación de la retribución, frecuencia y sistemas de actualización o revisión del capital o y de los intereses, tiempo de rescate y requisitos y plazos hábiles para ello, valor del reembolso (precio del rescate), etc. Analiza a continuación las acciones rescatables, es decir, las que nacen con la cualidad de amortizables. La previsión de su amortización, esencial a su condición de redimibles, es anterior o simultánea a su emisión. Se estudia la finalidad y el fundamento

económico de estas emisiones, las soluciones aportadas por el Derecho comparado y la posibilidad de esta institución en nuestro Derecho; el autor admite, no obstante, haberse suprimido de la Ley en su versión definitiva por las críticas que recibió de parte de la doctrina y que, lógicamente, el autor no comparte. Admitida su posibilidad, estudia someramente el régimen jurídico a que quedarían sometidas. Incluso propone unos ejemplos de acciones rescatables ilustrativos de la correcta configuración de estos híbridos con un estudio de la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1986 y algún supuesto emitido reciente por sociedades en España.

El capítulo sexto aborda *los híbridos por la retribución*, «Dividendo e intereses». Parte de la evidente distinción entre el derecho del accionista a un dividendo que trae causa del contrato de la sociedad y el del obligacionista, como prestamista, a percibir un interés en compensación por las sumas entregadas y hasta la restitución o reembolso. Sin embargo, esta distinción igualmente quiebra, al menos parcialmente, con la existencia de retribución participativa que existe cuando la remuneración del empréstito o préstamo se asocia o vincula al riesgo de empresa. El autor, al hilo de este problema, estudia lo que él denomina «otros derechos» a participar en ganancias sociales y la naturaleza de estos derechos de participación. Igualmente analiza la posibilidad de que las acciones sean retribuidas con interés, que parece chocar con el artículo 52 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El capítulo séptimo y último aborda *la financiación subordinada*. Comienza analizando el problema de la financiación subordinada y la recapitalización financiera con un análisis detallado de las finalidades económicas perseguidas por la financiación subordinada, las clases de subordinación (distinguiendo por la causa, por el hecho contemplado como determinante de la posposición de rango, por el beneficiario de la subordinación, el tiempo en que se pacta la subordinación y el alcance de la subordinación respecto al crédito subordinado), analizando a continuación el Derecho comparado en relación a dicha financiación subordinada para estudiar el problema del régimen legal de la misma en España al carecer nuestro Derecho de un régimen general legal, existiendo simples previsiones parciales, por dos motivos: por su ámbito subjetivo de aplicación y por su ámbito material, es decir, por las *sedes materiae* en que las normas se producen (es decir, porque la normativa viene dirigida a ciertas entidades integradas en ordenamientos sectoriales o porque la normativa es relativa a la garantía de solvencia de estas entidades a los efectos de cubrir coeficientes legales). Analiza cómo el régimen legal arranca del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización, y posteriormente por la Ley 13/1985, de 25 de mayo, desarrollada en materia de recursos propios por el Real Decreto 1370/1985, de 1 de agosto. Se estudian a continuación los rasgos estructurales de la financiación subordinada, con análisis de la llamada cláusula de subordinación (su concepto naturaleza jurídica, estudio de la posposición de rango), el ámbito de aplicación de la financiación subordinada, la equiparación a los recursos propios, la publicidad de la subordinación y la retribución y vinculación con los resultados, y el carácter complementario de la misma (su ajeneidad), la ausencia de derechos políticos y la estabilidad y posibilidad de amortización anticipada.

Estamos, pues, en presencia de un libro extremadamente novedoso, original y muy atractivo para cualquiera que esté interesado en el moderno mundo financiero (tanto desde el punto de vista jurídico como económico). Reitero que sólo un autor con profundos conocimientos jurídicos, económicos y con-

tables e inmerso en la aplicación diaria del Derecho (derivado del carácter de Registrador Mercantil de Barcelona del autor) como LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO sería capaz de escribir una obra de esas características. Recomiendo su lectura y estudio, que, con toda seguridad, no defrauda.

MANUEL CASERO MEJÍAS

GARCÍA URBANO, J. M.: *Nombramiento de auditores en el Registro Mercantil (estudio especial del art. 205.2.º LSA. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Cuestiones prácticas)*. Colegio de Registradores, 293 páginas.

Una de las mayores novedades de la reforma mercantil, y probablemente la que más protege al socio minoritario en las sociedades anónimas, es la posibilidad de que el socio que reúna el 5 por 100 del capital pueda solicitar del Registrador mercantil el nombramiento de un auditor para auditar las cuentas del ejercicio social siempre que lo pida dentro de los tres meses siguientes a la finalización del ejercicio social. Es el artículo 205.2.º de la Ley de Sociedades Anónimas el que introduce este derecho, y los artículos 314 a 328 del Reglamento del Registro Mercantil desarrollan la forma de proceder al nombramiento. Sin duda se concede con ello un derecho fundamental al accionista minoritario como es el de exigir el examen de la contabilidad social por parte de un experto independiente de la sociedad.

Al ser la primera vez que nuestro Ordenamiento regula este derecho, su puesta en práctica, como no podía ser menos, generó una serie de dificultades, principalmente para los Registradores mercantiles, que hubieran de asumir la obligación de nombrar el auditor cuando proceda. A pesar de la cuidadosa regulación introducida por el Reglamento del Registro Mercantil, lo cierto es que la aplicación de los preceptos reveló la existencia de algunas lagunas difíciles de suplir en la práctica. El propio Reglamento prevé (art. 318) que la decisión del Registrador de nombrar o de denegar el nombramiento es recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien procede a la vista del recurso a emitir la consiguiente resolución. Ello ha hecho que sea el Centro Directivo el que haya tenido que interpretar rápidamente estos preceptos reglamentarios.

La novedad que ha supuesto la introducción de este procedimiento hace que los comentarios doctrinales que aparezcan tengan una especial importancia, pues se parte del frío texto legal sin precedente doctrinal o jurisprudencial. De ahí que el libro que comento sea recibido con alegría por todos aquellos que, de una forma u otra, estamos implicados en estos procedimientos de nombramiento de auditores. Sin duda alguna, su autor, JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO (Abogado del Estado, Registrador de la Propiedad y Notario excedente) es la persona más adecuada para su elaboración. No creo faltar a la verdad al expresar que difícilmente puede encontrarse un autor que conozca más a fondo el tema, pues desde su privilegiada situación en la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido testigo directo de las dificultades iniciales de aplicación de este procedimiento. Personalmente he de confesar que al poco tiempo de publicarse la Reforma fue él quien me abrió los ojos de la enorme dificultad que revisten muchos de estos preceptos (y lo hizo en una «conversación de altura», y digo de altura no sólo por lo profundo de sus

opiniones, sino también porque la conversación la mantuvimos durante un vuelo aéreo en el que coincidimos).

Es, pues, el autor la persona idónea para escribir la obra que comento. Y la materia no puede ser más atractiva. Consecuencia de la fusión de estos dos elementos es que estamos en presencia de un libro que creo de obligada lectura para cualquier persona interesada en el tema. El libro podría haberse limitado a exponer criterios prácticos de interpretación de los preceptos, lo que ha hubiera sido suficiente, pero no se queda ahí. El autor también hace un análisis teórico y doctrinal de la gran mayoría de los problemas de interpretación que plantean los preceptos.

El libro se divide en tres partes diferenciadas, como son una introducción (en la que se abordan los estudios doctrinales de los principales problemas que plantea la normativa), una segunda relación de cuestiones que pueden plantearse (eminentemente práctica) y finalmente una selección cronológica de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En la introducción se abordan, pues, problemas teóricos de gran dificultad. El primero de ellos la naturaleza jurídica del derecho reconocido por el artículo 205.2.º de la Ley de Sociedades Anónimas, llegando el autor a la conclusión de que se trata de un derecho potestativo. Estudia a continuación los elementos subjetivos de este derecho: legitimación activa (que corresponde al socio o conjunto de socios que reúna el 5 por 100) y legitimación pasiva (que corresponde a la sociedad). Analiza el autor a continuación distintos aspectos procedimentales de enorme importancia y dificultad, pues la solución que se adopte influirá decisivamente en la solución que haya de darse a muchos problemas planteados. El autor califica el procedimiento como administrativo, en lo que personalmente no coincide, y de ahí que ante la insuficiencia de los artículos 314 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil haya que recurrir a la Ley de Procedimiento Administrativo. Dentro de las fases del procedimiento distingue entre una fase que denomina instructora, la resolución del Registrador y la ejecución del procedimiento propiamente dicho. Termina esta parte del libro con el estudio de la intervención en el procedimiento tanto del accionista solicitante como de la sociedad, del Registrador y finalmente de la Dirección General (en este último punto entiende que el Centro Directivo puede abrir diligencias para mejor proveer).

La segunda parte del libro es eminentemente práctica y se estructura a través de la formulación de una serie de cuestiones que pueden plantearse, dando solución a cada una de ellas. Así, por ejemplo, aborda la normativa aplicable a esta materia, los principios que disciplinan el procedimiento, el momento en que queda fijada la *cognitio*, las funciones del Registro en la ordenación procedimental, etc. Quizá por su importancia destacaría el estudio del plazo de tres meses en que ha de presentarse la solicitud y si dicho plazo es de caducidad o de prescripción, llegando a la conclusión de que lo es de caducidad. Igualmente resalta el estudio sobre la obligatoriedad o no de oponerse, sobre el cómputo civil o administrativo de los plazos (lo cual reviste una gran importancia dada la cortedad de los mismos), el importantísimo y no resuelto problema de si caben recursos contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que contesta el autor negativamente, y la ejecución de la autoría, que, sin duda, es el punto más problemático y lo que ha ocasionado que, en la práctica, quiebre el sistema en muchas ocasiones al negarse la sociedad a prestar la colaboración necesaria al auditor designado.

Dentro de este capítulo relativo a las cuestiones que pueden plantearse, la segunda parte se refiere a las cuestiones de fondo. Se estructura, igual que la primera sección, a través de preguntas y rápidas pero profundas contestaciones. Así, por ejemplo, se aborda la necesidad o no de que la solicitud de nombramiento del auditor esté motivada (lo que no es necesario) el importantísimo tema de en qué momento el accionista ha de reunir el 5 por 100 del capital social, los medios para acreditar su legitimación, posibilidad de que ejerciten este derecho los administradores y obligacionistas (lo que niega el autor), la posibilidad de ejercitar este derecho en las sociedades en fase de liquidación (lo que el autor cree posible), etc.

La tercera parte del libro resulta igualmente de un enorme interés. Contiene las principales resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado recaídas sobre la materia. El interés se acrecienta si tenemos en cuenta que dichas resoluciones no son objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (ni en ninguna otra publicación), lo que, a mi juicio, constituye un serio problema que impide conocer estas resoluciones con la celeridad que es necesaria. El libro recoge la práctica totalidad de las resoluciones dictadas por la Dirección a lo largo de los años 90 y 91, si bien, como advierte el autor, sólo se recogen las que plantean cuestiones nuevas, repitiendo algunas que abordan temas parecidos por los matices que la redacción de la resolución introduce. Se publica íntegro el texto de las resoluciones, algunas de ellas con unos breves pero interesantísimos comentarios. Obviamente, no voy a examinar aquí todas las resoluciones y sí, simplemente, advertir cómo las mismas resultan de un gran interés, fundamentalmente porque, como antes expresé, al ser una materia absolutamente novedosa es la Dirección General de los Registros y del Notariado la que ha tenido que interpretar estos preceptos. Han sido innumerables los supuestos planteados (en el libro se recogen más de 60 resoluciones, a pesar de omitirse todas aquellas que simplemente reiteraban criterios sentados por otras), y de hecho la experiencia ha demostrado que la mayoría de los supuestos que se han planteado a lo largo del año 1992 han sido ya resueltos por alguna resolución del año 1991.

De estas resoluciones emana un criterio flexible de interpretación que a través de un estudio conjunto de todos los preceptos (y de la legislación supletoria aplicable) ha permitido llenar alguna laguna que los preceptos planteaban, demostrándose una vez más el prudente criterio que emana de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Creo que estas resoluciones deben ser objeto de una atenta lectura por parte de todos los profesionales del Derecho, pues las mismas sirven para comprender perfectamente este novedoso procedimiento instaurado por la reciente reforma mercantil.

La obra termina con unos índices anejos, aunque quizá se eche en falta la existencia de un índice por voces de las resoluciones que permita su fácil localización, si bien dentro del apartado segundo de la obra se citan muchas de ellas al contestar a las cuestiones de forma y de fondo que plantea la nueva normativa. Finalmente, recordar cómo la obra lleva un Prólogo del Registrador de la Propiedad FIDEL COBO SANTOS que pone de relieve cómo el libro reúne las importantes cualidades de la oportunidad (porque se trata de una materia poco conocida), utilidad práctica para los profesionales del Derecho, madurez en el razonamiento y un estilo literario claro, sencillo y directo.

Como resumen, debe afirmarse que estamos en presencia de una obra imprescindible para cualquier profesional del Derecho que contribuya a la

aplicación diaria del mismo. Sólo con su lectura puede llegar a comprenderse plenamente la enorme importancia y complejidad del derecho concedido a la minoría de solicitar el nombramiento de un auditor al Registrador mercantil. Creo que nadie debe dejar de leer este libro, en el que encontrará no solamente un estudio teórico del procedimiento, sino la solución a la mayoría de los problemas que puedan plantearse. Terminó expresando mi reconocimiento al autor y también mi agradecimiento, pues con su publicación se nos han solucionado a los Registradores mercantiles una serie de problemas no fáciles de interpretar en la práctica.

MANUEL CASERO MEJÍAS

COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO: *La deuda alimenticia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1990, 398 páginas.

Ciertamente existían algunos excelentes comentarios sobre los artículos 142 a 153 del Código Civil, como los del profesor DELGADO ECHEVARRÍA o los de CASTÁN VÁZQUEZ, junto con obras clásicas como la de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS.

Pero como resalta el autor, no puede olvidarse que los alimentos respecto a los hijos también se tratan en nuestro Código como deber de los padres al regular las relaciones paterno-filiales en la sociedad de gananciales, y una vez que el matrimonio se separa o disuelve, como materia del convenio regulador. Aparte tenemos el vasto campo de los legados de alimentos y de los alimentos debidos en virtud de pacto. También estos aspectos habían sido abordados recientemente por acreditados autores como GARCÍA CANTERO, LUNA SERRANO, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, DIEZ PICAZO, BONET CORREA, RODRIGO BERCOVITZ, LASARTE ALVAREZ, VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROCA TRÍAS o DORAL GARCÍA DE PAZOS. Incluso la obligación del tutor de prestar alimentos al tutelado y los alimentos del concursado o del quebrado habían sido examinados por algunos de los tratadistas antes nombrados, y hasta los alimentos de la viuda encinta se habían comentado por ALONSO PÉREZ.

No obstante, para un tratamiento unitario de la deuda alimenticia era necesario no olvidarse de facetas tales como el pago de alimentos por un tercero con el derecho de reclamarlos al obligado a prestarlos según el artículo 1.894; la imposibilidad de oponer la compensación al acreedor a título gratuito del artículo 1.200; la prohibición de transacción sobre alimentos futuros del artículo 1.814; el derecho de preferencia de las pensiones alimenticias con relación a los demás bienes muebles e inmuebles de deudor del artículo 1.924.2.g), y las consecuencias negativas de alimentos como causa de desheredación, a tenor de los artículos 854 y 855 del Código Civil, y de revocación de donaciones conforme al artículo 648 3.

La obra del profesor COBACHO tiene el mérito de reunir en un sólido estudio todo este extenso campo de posibilidades, por lo que su publicación es del mayor interés para el jurista.

El autor comienza distinguiendo entre la obligación de mantenimiento de los cónyuges e hijos menores constante matrimonio de la obligación de alimentos entre determinadas personas. Resalta el matiz público de la deuda alimenticia y su fundamentación en el derecho a la vida, sin olvidar el papel

del Estado a través de prestaciones de la Seguridad Social, y analiza con cuidado los caracteres de la deuda alimenticia, que resume en: naturaleza condicional y variable; posibilidad del deudor para elegir realizar la prestación en especie o dinero; reciprocidad; naturaleza personal e intransferible, y no susceptibilidad de compensación, renuncia, transgresión o arbitraje. Sí son posibles, sin embargo, los acuerdos que detallen el modo de ejecución de la obligación alimentaria, destacando en este punto el autor la opinión del profesor DELGADO ECHEVARRÍA en el sentido de que tales acuerdos representan un reconocimiento de su deuda alimenticia.

En el capítulo cuarto se formulan los elementos que comprende la deuda alimenticia: sustento, habitación, prestaciones sanitarias. En este tema el profesor COBACHO considera que debe tratarse de gastos necesarios y no simplemente convenientes, debiendo acudir para diferenciar en todo caso de qué clase de gastos se trata a los usos sociales, prestaciones educativas y gastos funerarios, de acuerdo con el artículo 1.894.2 del Código Civil.

El capítulo siguiente trata de las personas obligadas a proporcionarse alimentos de acuerdo con el artículo 143 del Código Civil. En esta cuestión señala el autor que la deuda alimenticia entre cónyuges se dará en caso de separación judicial o de hecho, ya que ante un normal desarrollo de la vida matrimonial la obligación de alimentos está incluida en los deberes de ayuda y socorro de los artículos 67 y 68 del Código Civil. También debe tenerse en cuenta que en caso de que se otorgue al cónyuge pensión compensatoria, ésta, al tener en mi opinión un contenido más amplio que el de los alimentos, engloba a éstos

En los alimentos entre ascendientes y descendientes será necesario únicamente que la filiación se encuentre determinada al tener derecho de alimentos todos los parientes en línea recta matrimoniales y extramatrimoniales, así como los padres e hijos adoptivos y los descendientes de éstos.

En algún punto polémico para la doctrina como el deber de tutor de procurar alimentos a su pupilo o la posible deuda alimenticia del donatario expone los diferentes puntos de vista doctrinales, concluyendo con un sugerente planteamiento personal.

En el capítulo sexto se desarrolla el orden de prelación para reclamación de alimentos y distribución del pago de la pensión. No plantea dudas el número 1 del artículo 144. Sí las plantea, sin embargo, el número 2 del mismo artículo. El autor considera que los descendientes de grado más próximo excluyen a los de grados más remotos. Esta solución aunque sea perfectamente defendible no la comparto personalmente. Creo que si concurren un hijo y varios nietos de otro hijo premuerto, todos ellos están en la obligados al pago de la pensión. Es cierto que esta interpretación tiene en contra que el propio artículo 144 parte, en principio, del criterio del grado más próximo del parentesco. Pero en el párrafo final del artículo 144 se ordena regular la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a alimentos. Por ello debería tenerse en consideración, como hace ESPÍN, el artículo 925 del Código Civil. Y tal vez la división debiera hacerse entonces por estirpes, teniendo en cuenta las cuotas que les corresponderían en la sucesión del alimentista siempre que todos los obligados tuvieran el caudal necesario para satisfacerlas. A falta de caudal por parte de algunos de los obligados, serían los demás los que deberían de hacer efectiva su cuota siguiendo la misma proporción.

Al estudiar la cuantía y oscilaciones de la prestación alimenticia, entiende

COBACHO como posibilidad económica del obligado no sólo sus rentas, sino también su capital. Para valorar las necesidades del alimentante debe tenerse en cuenta su situación social, pero no puede obligarse a trabajar al alimentista para así poder proporcionar alimentos. Por contra, sí se estima la capacidad de trabajo del alimentista. El importe se calculará sumando los caudales de todos los obligados, quedando la fijación del *quantum* al arbitrio del Juez. El mismo parámetro de caudal del alimentante y necesidades del alimentista será el que resuelva las reducciones o aumentos de la deuda alimentaria. Otro parámetro a tener en cuenta serán las alteraciones del valor monetario al ser la pensión alimenticia, como refleja el autor, una deuda de valor. En este aspecto las bases de actualización corregirán las alteraciones monetarias, y son los índices del Instituto Nacional de Estadística los que se emplean de modo general para medir el cambiante poder adquisitivo de la moneda en España.

Realiza COBACHO posteriormente un minucioso examen sobre el nacimiento, cumplimiento, características y extinción de la deuda alimenticia. Nace ésta cuando se producen los presupuestos de necesidad y de posibilidad, pudiendo adoptar el Juez medidas cautelares para asegurar la provisión de futuras necesidades. Pueden prestarse los alimentos mediante la entrega de una cantidad o manteniendo en su propia casa al alimentista. Esta última forma debe ser excluida en los casos de separación entre cónyuges, pero en los demás casos debe considerarse normal mientras existen relaciones familiares regulares y no haya impedimento legal ni moral para que el alimentista se traslade a casa del alimentante.

Es interesante el examen histórico de la transmisión de los alimentos legales a los herederos del alimentante, de la que se deduce claramente que la actual intransmisibilidad de estos alimentos legales, consecuencia del matiz personal de la obligación alimentaria, tardó mucho en ser reconocida por la doctrina. Quedan a salvo los alimentos de la viuda encinta, pero en razón no de los criterios humanitarios que inspiraron la transmisibilidad de los alimentos legales hasta principios del siglo diecinueve, sino de los posibles derechos hereditarios del hijo póstumo.

Otro aspecto sugerente planteado por el autor al tratar las causas de desheredar como sanción al alimentista por su mala conducta es el referente al estudio del apartado 3 del artículo 855, según el cual es justa causa para desheredar al cónyuge haber negado los alimentos a los hijos o al otro cónyuge. Por efecto de esta norma, puesta en relación con el número 4 del artículo 152 del Código Civil, el alimentista que negare los alimentos a su cónyuge o hijos puede a su vez pedirles alimentos. Sin embargo, sí es problemático saber si la mala conducta respecto del alimentante se refiere sólo a éste, y en tal caso si podrá el alimentista dirigirse contra otro de los obligados siguiendo el orden del artículo 144. No cabe duda que la reconciliación posterior de ofensor y ofendido deja sin efecto la desheredación ya hecha a tenor del artículo 856 y por lo tanto, a mi parecer, también hace renacer el derecho de alimentos, ya que en este caso no ha lugar a la desheredación.

Mas si la desheredación no se da, creo, como SÁNCHEZ ROMÁN Y VALVERDE, que serán los siguientes llamados por el artículo 144, ascendientes y hermanos, los obligados a prestar los alimentos, en contra de la opinión de PUIG PEÑA de que parece sería contrario al principio de justicia que viniera obligado otro pariente a continuar en la obligación que vino a cesar por propia culpa del alimentista.

Examina posteriormente el profesor COBACHO los alimentos con cargo a un patrimonio, situación en la que se encuentra la viuda encinta que puede reclamar alimentos en base a los artículos 964 y 1.408 del Código Civil. Plantea en este caso una cuestión práctica que puede resultar conflictiva cuando la viuda pobre queda embarazada de un causante pobre y el póstumo carece de bienes hereditarios. En este caso opina el autor que el pago de las deudas hereditarias es preferente a las atenciones y alimentos de la viuda y al sostenimiento del póstumo. Sin embargo, en mi opinión, mientras no se haya realizado el inventario y se sepa con certeza que las deudas superan el activo, creo que es posible seguir pagando alimentos a la viuda encinta en base al artículo 964, ya que hasta entonces no se conoce realmente el activo de la herencia.

Respecto a los alimentos de que sea deudor el concursado, distingue el autor que lo sea en razón de parentesco, en cuyo caso cesará la obligación de satisfacer alimentos al declararse el concurso, según el artículo 152.2 del Código Civil, o que se trate de alimentos voluntarios y judiciales que no sólo no cesan, sino que constituyen un crédito privilegiado a tenor del artículo 1.924.

Cuando es el concursado el que solicita alimentos, ante la falta de regulación específica en el Código Civil deberán aplicarse los artículos 1.314 a 1.317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juez le señalará los que considere necesarios atendidas las circunstancias, pero únicamente en el caso de que, a su juicio, asciendan a más los bienes que las deudas. La primera Junta de acreedores que se celebre podrá modificar o suprimir los alimentos si los bienes no bastan a satisfacer las deudas. No podrá denegarlos cuando los bienes superen a las deudas.

El quebrado considera que podrá pedir que se le asignen alimentos con cargo a los bienes que le fueran ocupados en el caso de quiebra voluntaria si lo hubiera puesto en conocimiento del Tribunal o Juez de comercio de su domicilio con los requisitos exigidos por el artículo 1.018 del Código dentro de los tres días siguientes a aquel en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, de acuerdo con el artículo 1.017 del derecho Código de Comercio. En caso de quiebra necesaria, si la petición de quiebra hubiere sido deducida antes de transcurrir los referidos tres días siguientes al que el deudor hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones.

En último término trata el profesor COBACHO los legados de pensión, educación y alimentos, estudiando en este punto los antecedentes históricos, las soluciones de Derecho comparado y el tratamiento que da al tema la doctrina.

Comienza el autor con el análisis de todas las diferencias entre el legado de pensión y el legado de alimentos. Baste citar como ejemplo que mientras en el legado de alimentos el legatario debe probar su estado de necesidad, en el de la pensión no se requiere por su parte cualidad alguna salvo cumplir la condición que en su caso hubiera establecido el testador.

A pesar de las distintas controversias doctrinales, parece razonable pensar que cuando el testador fija una cantidad determinada para alimentos el legado es de pensión y habrá de atenderse a la suma señalada. Cuestión distinta es que el testador haya legado genéricamente derecho de alimentos sin fijar su cuantía, en cuyo caso el legatario sólo podrá exigirlos si tiene necesidad de recibirlos para vivir, y su importe quedará subordinado a las condiciones que prescribe el Código, salvo que el testador haya dispuesto reglas al respecto.

Para valorar el estado de necesidad habrá de tomarse en consideración no

sólo los ingresos efectivos, sino aquellos que el interesado podría obtener si quisiera. Por esta razón, como destaca el autor, el que puede trabajar y rehúsa el trabajo no puede en principio reclamar del gravado el legado de alimentos. Además, la necesidad del legatario deberá valorarse en la media no tan sólo de sus necesidades personales, sino también de las de su familia.

El importe de la herencia será el saldo hereditario una vez deducido el montante total de deudas y legados. Pero si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vías de alimentos, en aplicación del artículo 879.4 del Código Civil, se entenderá legada la misma cantidad si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia. En todo caso el heredero legitimario estará protegido por el respeto a su legítima y el legatario por el artículo 858.

En este punto el autor se hace eco de la discusión doctrinal según la cual no plantea duda que si la herencia por su escasa cuantía no permite una pensión como la que venía prestándose en vida, ésta habrá de ser reducida; pero si la cuantía de la herencia permite una notable elevación, no es clara la solución a tomar.

A pesar de la opinión de ALBADALEJO que piensa que si la importancia de la herencia permite una pensión más alta, habrá de mercarse una cuantía mayor de la cifra que el testador debe en vida al legatario, creo que no es posible aumentar esta cantidad. Es cierto que el testador podía haber fijado una cantidad en su testamento si hubiese querido que no aumentase la pensión, pero pienso que si se admite fijarla según la cuantía de la herencia, la regla del apartado 4 del artículo 879 del Código Civil sería superflua, ya que la cantidad que daba en vida el testador podría modificarse aumentándola o disminuyéndola según dicha cuantía. En tal caso bastaría aplicar el apartado 3 del artículo 879 para aumentar o disminuir la pensión según el importe de la herencia, además de tener en cuenta el estado y condiciones del legatario.

Un punto esencial en el legado de alimentos será la interpretación de la voluntad del testador, para la que no hay que apegarse exclusivamente a la letra del testamento, sino buscar su verdadero espíritu, tal y como se deduce de las decisiones jurisprudenciales examinadas en la obra. A falta de disposición testamentaria deberán aplicarse las normas de los alimentos legales, a tenor del artículo 153 del Código Civil, por lo que los alimentos legales para caso de necesidad son irrenunciables, incompensables e imprescriptibles.

A continuación trata el autor la obligación del usufructuario de pagar la pensión de alimentos. Frente a la discusión doctrinal según la cual, para algunos autores como SANTAMARÍA ANSA, el artículo 508 se refiere al usufructuario designado por título *mortis causa*, mientras que para otros, como DIEZ-PICAZO y GULLÓN, afecta tanto al surgido de negocio *mortis causa* como al usufructuario legal, como es el caso del cónyuge viudo; COBACHO estima que el artículo 508 no puede aplicarse al usufructo del viudo al no poder gravar los derechos de los legitimarios.

A mi entender, esta solución es correcta para el usufructo legal que el Código Civil atribuye al cónyuge viudo, pero no cuando se trate de un usufructo de viudedad universal, tal y como sucede en Navarra a tenor de la Ley 253 de su Compilación o en Aragón según el artículo 72 de la Compilación aragonesa. En estos casos, estimo que el cónyuge viudo está obligado a pagar alimentos al disfrutar de todas las rentas de la herencia. Además, si el testador no señaló cuantía para este legado se fijará según el importe de los frutos,

como pone de manifiesto el profesor GARCÍA CANTERO (1), teniendo en cuenta que la carga impuesta no debe agotar el rendimiento neto de la herencia.

Interesante es también la polémica suscitada sobre la duración del legado de educación. A pesar de la literalidad del artículo 879.1 que lo circunscribe hasta que el legatario sea mayor de edad, cabe pensar, como ALBADALEJO, que el artículo 879.1 ha sido modificado por el artículo 142.2, por lo que el legado de educación se prolongará más allá de la mayoría de edad, hasta que se complete el proceso educativo del beneficiario. Resultaría contradictorio que por la regla formulada por el artículo 153, que prevé que lo establecido para los alimentos entre parientes sea aplicable supletoriamente a los testamentarios, el legatario de alimentos pudiera sufragar su información más allá de la mayoría de edad, mientras que el de educación quedará limitado hasta los 18 años.

Finaliza el autor la obra refiriéndose a los alimentos debidos en virtud del pacto, frente a los cuales el derecho de alimentos legales es subsidiario. Centra su atención en el contrato de vitalicio. Según la doctrina y el Derecho comparado examinado, se infiere que es un contrato distinto del de renta vitalicia. En Derecho español se regirá por los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan, pudiendo aplicar por analogía las normas de los artículos 1.802 a 1.808 de la renta vitalicia, atemperadas a las especialidades de cada supuesto. Al producir la obligación de prestar alimentos, también le es aplicable la disposición del artículo 153 del Código Civil, es decir, las normas sobre alimentos entre parientes subsidiariamente.

En conjunto, el libro del profesor COBACHO tiene el valor de tratar en síntesis el extenso campo de la deuda alimenticia. Se apoya en una bibliografía selecta y procede en muchas ocasiones al examen del Derecho extranjero, por lo que no cabe sino felicitarlo por lo útil que resulta su libro a toda persona interesada en el tema.

CARLOS LALANA DEL CASTILLO

VV.AA.: *Il ruolo del matrimonio nell'ordinamento giuridico attuale*, pubblicazione dell'Istituto de Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza, CEDAM, Padova, 1990, 327 páginas

El volumen editado por el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Estudios de Roma, *La sapienza*, contiene diversos trabajos de eminentes juristas sobre el papel del matrimonio en el Ordenamiento jurídico actual.

FRANCISCO FINOCCHIARO realiza un repaso de las reformas operadas en Italia sobre Derecho de familia desde los años sesenta hasta nuestros días y presenta las monografías que componen el libro

El primer trabajo incluido en el libro se debe a PASQUALE LILLO y versa sobre los aspectos sociales y jurídicos de la promesa de matrimonio. La exposición pone de manifiesto el diferente tratamiento normativo que se ha dado a la

(1) GARCÍA CANTERO, G, «Comentario del artículo 508 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, tomo 1, pág. 1350

promesa de matrimonio según las diferentes épocas, lugares y legislaciones. Además, resalta el autor las peculiaridades de la institución derivadas de que la promesa nace de la costumbre, de la moral y de la conveniencia social, y puede producir, si se dan ciertos presupuestos, algunas consecuencias jurídicas y económico-patrimoniales relevantes. Frente a la parte de la doctrina italiana y en contra también de la mayoría de la doctrina española que otorgan a los esponsales naturaleza contractual, LILLO piensa que la promesa de matrimonio tiene naturaleza extrajurídica. Esta calificación proviene de que el autor la considera un hecho social más que un hecho jurídico, con lo que coincide en su opinión con la de FINOCCHIARO (1).

Aquí cabría apuntar que aunque la tesis del autor sea original y quepa ponerla en concordancia en nuestro Derecho con la calificación que la dan algunos autores como LACRUZ BERDEJO (2) al considerarla un negocio social, dicha calificación no es incompatible con la consideración de la promesa de matrimonio como negocio jurídico familiar que han realizado autores como GARCÍA CANTERO y DíEZ-PICAZO (3).

Difiero en algún punto con el tratadista, como cuando considera a la obligación de resarcimiento de los gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al futuro matrimonio como una consecuencia especial de la responsabilidad extracontractual. La negativa a celebrar el contrato de matrimonio es autorizada hoy por todas las naciones occidentales en virtud del principio de libertad matrimonial, pero esto no significa que los esponsales no tengan carácter contractual, aun cuando la eficacia jurídica respecto al fin principal de la promesa, como es el matrimonio, no se reconozca en virtud de la aplicación del principio de orden público de libertad matrimonial.

Del análisis que realiza el autor de los artículos 79 a 81 del Código Civil italiano puede decirse el paralelismo de la regulación de la institución entre España e Italia. Es cierto que en algunos aspectos es más completa la legislación italiana al regular en el artículo 80 las donaciones entre prometidos, cuya devolución puede pedirse por el promitente, sin que surja *ipso iure* este derecho, si el matrimonio no se ha concluido.

En conjunto, el tratamiento del autor es de interés para el jurista desde la perspectiva que puede dar a nuestra legislación la normativa italiana.

ANDREA BETTETINI escribe sobre la unión de hecho. Tras estudiar la evolución de lo que se entiende por unión de hecho en la doctrina y en la jurisprudencia italiana, analiza sus características. Destaca el autor en consonancia con la opinión de BIANCA que si un negocio jurídico produce los efectos queridos por las partes sólo en la medida que el Ordenamiento jurídico lo autoriza, esto se acentúa en el Derecho de familia, donde generalmente se requiere una forma solemne. De aquí se deduciría la incoherencia de aplicar a la unión de hecho la normativa de la familia legítima.

No obstante, señala el autor, como en la legislación italiana se produce un

(1) FINOCCHIARO, F., «Del matrimonio (arts. 79-83)», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA, A., y BRANCA, G., Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1971, págs. 80 y sigs.

(2) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil (Derecho de familia)*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 4.

(3) GARCÍA CANTERO, G., «El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español», *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 62, DíEZ-PICAZO, L., «El negocio jurídico del Derecho de familia», *RGLJ*, 1962

proceso de debilitación de las prerrogativas jurídicas del matrimonio respecto a las uniones libres, privando parcialmente a la familia legítima de su función de institución que le confiere un *status*. Obligaciones derivantes del matrimonio que antes eran indisponibles ahora no lo son, como la cohabitación bajo el mismo techo, mientras que otras obligaciones quedan reducidas a simple indicación de un ideal matrimonial sin que su transgresión ocasione la imposición de sanciones jurídico-penales, como sucede con la obligación de fidelidad.

En esta línea de acercamiento entre la familia de hecho y la familia matrimonial se sitúa el proyecto de Ley italiano 2340/1988 sobre familia de hecho estudiado por el autor, que aporta novedades tales como el reconocimiento del derecho de uno de los miembros de la pareja de hecho al resarcimiento del daño en caso de muerte del otro, o el derecho de sucesión en el contrato de arrendamiento entre convivientes. En todo caso, se exige que el período de convivencia sea al menos de tres años para constituir familia de hecho.

En esta dirección cabe pensar que también nuestra legislación concederá en el futuro mayores efectos jurídicos a la unión de hecho aun cuando no aparece adecuada su equiparación con el matrimonio, ya que incluso desde el punto de vista de las categorías jurídicas el matrimonio tiene un carácter contractual del que carece la unión de hecho y, en orden a las consecuencias, el vínculo matrimonial tiene una normativa legal de funcionamiento y disolución inexistente en la unión de hecho.

Tras examinar algunas decisiones jurisprudenciales italianas, concluye BETTINI afirmando que la convivencia de hecho no debe constituir necesariamente el fundamento para la atribución de efectos jurídicos, en tanto que el Juez puede llegar a idénticos resultados sin necesidad de atribuir relevancia de tipo familiar a la relación si aplicara la normativa general relativa a las relaciones con terceros.

Carlo MANCUSO se ocupa de los vicios del consentimiento en el matrimonio civil tras la reforma del Derecho de familia de 1975. Dicha reforma innova el artículo 122 del Código Civil italiano, que sólo admitía como vicios de consentimiento la violencia y el error esencial en la identidad de la persona, para ampliar los casos de invalidez matrimonial por vicio de la voluntad al temor de excepcional gravedad y al error esencial en las cualidades personales del otro cónyuge, enumerando taxativamente los casos en que opera dicho error.

Para MANCUSO, entre el temor de excepcional gravedad y la violencia no es posible realizar una distinción cierta y real, ya que considera que son factores constitutivos e indivisibles de una única especie jurídica de que la violencia constituye el aspecto activo y el miedo al pasivo.

No comparto esta opinión. Es cierto que la violencia lleva aparejada un temor o miedo que induce a la realización, en este caso, del matrimonio. Pero cuando hablamos de violencia pensamos en una violencia física inmediata que en el supuesto del matrimonio será muy difícil que se dé al celebrarse ante un funcionario público autorizado. Sin embargo, cuando nos referimos al temor estamos pensando en una coacción moral.

Posteriormente resalta el autor la voluntad del legislador de limitar de forma puntual los casos de invalidez del matrimonio debidos a vicio del consentimiento. Estima MANCUSO refiriéndose al error en la persona, que para evaluar el carácter de esencialidad será necesaria una prudente apreciación judicial de los factores físicos, psíquicos, morales y sociales de los contrayentes.

En este punto, respecto a la impotencia destaca, al igual que para la doctrina española, que para que sea motivo de nulidad debe ignorarla el cónyuge y ser perpetua y anterior o coetánea al matrimonio.

Otro tipo de error esencial contemplado por la Ley es el causado por una sentencia anterior al matrimonio contraído por persona condenada a una pena de reclusión no inferior a cinco años por delito no culposo. Ante esta situación el vínculo matrimonial puede impugnarse por error esencial sobre la cualidad del otro cónyuge si la sentencia es irrevocable. Cuando el cónyuge haya sido condenado por delitos concernientes a la prostitución se rebaja de cinco a dos años el tiempo necesario para apreciar la nulidad por error. Considera MANCUSO como incomprensible que se haya excluido del apartado de los dos años a otros tipos de delitos contra la moralidad pública, como los actos libidinosos violentos.

A continuación examina el autor el último caso de nulidad por error contemplado en el artículo 122 del Código Civil italiano: el matrimonio contraído por la mujer en estado de embarazo cuando no esté causado por el marido. Además, si el embarazo llega a término se exige con una interpretación literal de la norma el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad.

Estos requisitos se aplican cuando el hijo nazca antes de que hayan transcurrido cien días desde la celebración del matrimonio, ya que desde la reforma de 1975 el artículo 233 del Código Civil italiano se ha reelaborado de nuevo, y un hijo nacido en tales circunstancias se tiene por legítimo si no se ejerce la acción de impugnación de la filiación. Pero piensa el autor que si el hijo nace una vez que hayan pasado cien días desde las nupcias, el marido puede impugnar el matrimonio sin ejercer previamente la acción de impugnación de la paternidad, puesto que desconocer la paternidad es condición necesaria para impugnar el matrimonio. La cohabitación de los cónyuges durante un año una vez descubierto el error o cesada la violencia o las causas que determinan el temor sana los vicios de consentimiento; pero como acertadamente comenta el autor, no todas las hipótesis permitirán individualizar el momento preciso desde el que transcurre el plazo de ejercicio de la acción.

MANCUSO finaliza su estudio con una consideración respecto al dolo: al no haber sido contemplado por la Ley directamente no puede sostenerse su relevancia individual, pero sí tendrá trascendencia a través del error cuando éste haya sido causado dolosamente. En este punto lo mismo puede predicarse de la legislación española, que tampoco menciona el dolo entre los vicios del consentimiento matrimonial, pero puede tenerse en cuenta el dolo a través del error.

ANTONELLO BLASI colabora en el volumen con un artículo sobre la relevancia de los vicios e impedimentos del matrimonio canónico en el Ordenamiento civil italiano. Tras una introducción en la que enmarca los problemas y perspectivas entre la invalidez matrimonial canónica y el reconocimiento por el Derecho civil italiano, examina las peculiaridades de los impedimentos de Derecho civil y canónico.

Al igual que en Derecho español, el Derecho italiano exige para reconocer una sentencia de nulidad canónica que se ajuste a las causas reconocidas por el Derecho civil. Por esta razón las nulidades basadas en motivos religiosos como los fundados en los privilegios paulino y petrino, en la disparidad de cultos, orden sagrado no dispensado, voto a perpetuo de castidad, parentesco espiritual, pública honestidad, etc., no están contemplados por el Derecho civil italiano. Tampoco se admite la reserva mental unilateral y la simulación sólo

se tiene en cuenta cuando los cónyuges convengan no cumplir las obligaciones ni ejercitar los derechos que provengan del matrimonio.

Puede decirse en resumen, como concluye el autor, que la panorámica sobre nulidad contemplada por el Derecho canónico y por el Derecho civil presenta un cuadro formalmente homogéneo pero profundamente diverso en su contenido.

PIERLUIGI CONSORTI y PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA realizan el examen de las relaciones patrimoniales entre cónyuges después de la separación personal, estudio que permite realizar a los juristas españoles una comparación entre el tratamiento del tema en ambos Derechos.

En Italia, en 1975, se introduce un régimen económico-matrimonial legal de gananciales similar al español que se disuelve en caso de separación. No obstante, mientras que la sociedad de gananciales subsiste en Derecho español durante todo el proceso de separación, a tenor del artículo 95.1 a *sensu contrario*, salvo que se dé otra causa de extinción en el ínterin, en Derecho italiano, piensa MOROZZO DELLA ROCCA que la sentencia que pronuncia la separación debe retrotraerse al día en que se interpuso la demanda según el artículo 193.4 del Código Civil italiano.

La reconciliación entre los cónyuges comporta el abandono de la demanda de separación personal propuesta, al igual que en Derecho español. Pero los cónyuges en Derecho italiano pueden hacer cesar los efectos de la sentencia de separación, sin que sea necesaria la intervención del Juez con una declaración expresa o un comportamiento inequívoco que sea incompatible con el estado de separación, con lo que se vuelve a instaurar un régimen de gananciales según la tesis mayoritaria de la doctrina italiana, como pone de manifiesto el autor; mientras que en Derecho español la separación de bienes no se altera por la reconciliación de los cónyuges, salvo que éstos en capitulaciones acuerden que vuelven a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes, a tenor de los artículos 1.443 y 1.444 del Código Civil.

Estiman los autores que en caso de reconciliación entre cónyuges separados, dada la retroactividad de los efectos reconstitutivos del régimen de gananciales, aunque un cónyuge enajene un bien que se adjudicó al otro en el momento de la división, el contrato de enajenación es válido. Pienso que es claro, sin embargo, que una vez vendido el bien, si la reclamación se interpone antes que se produzca la reconciliación el contrato de venta no tendría validez.

Por supuesto será necesaria la anotación de la demanda de separación al pie del acta del matrimonio para que sea oponible a terceros la finalización de la comunidad de gananciales. Más problemática resulta, como resaltan los autores, la cuestión de la oponibilidad a terceros de la cesación de la separación con la consiguiente reconstitución del régimen de gananciales. En este caso estiman que aun cuando jurídicamente no es indispensable, sí que resulta oportuno que los cónyuges reconciliados, para que quede patente su régimen patrimonial, con la consiguiente oponibilidad a terceros, estipulen un convenio confirmando cuanto habían declarado en el acta del matrimonio.

El último trabajo y también el más extenso es de SERENA STELLA y versa sobre la reforma de la Ley sobre el divorcio. Comienza el autor realizando un estudio histórico sobre la Ley de 1 de diciembre de 1970 que introduce el divorcio en Italia y es modificada en 1978, 1982 y 1987.

Analiza los presupuestos del divorcio tipificados en la Ley italiana, el procedimiento y sus efectos. Refiriéndose a éstos considera el autor que el uso del apellido del marido por la mujer divorciada constituye una exigencia de soli-

daridad postconyugal aun cuando el Juez pueda prohibir a la mujer el uso del apellido del marido cuando a éste le sea gravemente perjudicial.

Pero en caso de divorcio el criterio fundamental que se desprende de la Ley y jurisprudencia examinadas por el autor es la salvaguarda de los intereses morales y materiales de los hijos. Una novedad aportada por la reforma de 1987 es la posibilidad de que los hijos queden al cuidado conjunto del padre y de la madre si no existiese conflictividad entre los progenitores. Como refleja STELLA, esta posibilidad tiene la ventaja para los hijos de poder estar en cualquier momento con el padre o con la madre. Únicamente surgirá el inconveniente de la distancia cuando ambos progenitores vivan muy alejados entre sí.

Posteriormente se centra el autor en el examen del derecho de visita para el caso de que la guarda de la prole no se otorgue conjuntamente a los esposos, analizando seguidamente el deber de mantenimiento de los hijos y la administración de sus bienes. Respecto al derecho de habitar la casa familiar, destaca la novedad introducida por la Ley de 1987 que otorga preferencia en su concesión al cónyuge a cuyo cuidado hayan quedado los hijos, precisamente teniendo en cuenta el interés de los mismos.

La última parte del trabajo va dedicada a la pensión en caso de divorcio. Examina en primer lugar su naturaleza jurídica, a la que califica de mixta: asistencial, resarcitoria y compensatoria. Es cierto que tras la reforma de 1987 se ha acentuado su carácter asistencial, en tanto que sólo procede el otorgamiento de la pensión si el cónyuge que queda en peores condiciones económicas no tiene los medios adecuados o no puede procurárselos por sí mismo.

Es decir, que los demás parámetros del artículo 5 de la Ley de 1987, como condiciones de los cónyuges, razón de la decisión, contribución personal y económica de cada uno a la dirección familiar y a la formación del patrimonio privativo o común, las rentas de ambos y la duración del matrimonio no pueden ser examinados por el Juez si el cónyuge económicamente más débil tiene los medios adecuados para vivir dignamente.

En este sentido considero que debería tenerse en cuenta por nuestro legislador la solución italiana, que de alguna manera limita el derecho a la pensión por divorcio cuando ambos cónyuges pueden subvenir a sus propias necesidades, pues no parece justo que se beneficie indefinidamente una persona cuyo matrimonio se considera terminado civilmente.

De otro lado, la legislación italiana al hacer referencia a la razón de la decisión está tomando en consideración un criterio resarcitorio, considerado por el Tribunal de casación italiano como una aplicación general del principio de resarcimiento del daño al que no le es ajeno el comportamiento de un cónyuge respecto al otro en relación a la causa de divorcio.

Este aspecto en nuestra legislación sólo podrá ser tenido en cuenta mediante la cláusula «entre otras» y no para establecer la posibilidad o no de concesión de la pensión, pero sí para delimitar su cuantía.

Se refiere posteriormente el autor a los instrumentos de tutela del cónyuge económicamente más débil que sintetiza fundamentalmente en dos. El uso de la policía tributaria para averiguar las auténticas condiciones económicas de los cónyuges y la adecuación automática de la pensión para prevenir la devaluación de su valor efectivo, aunque el Juez puede excluir dicha adecuación automática si con ella rompe el equilibrio entre los esposos.

Si media acuerdo entre ambos cónyuges y previo control del Tribunal, la pensión puede pagarse mediante la entrega de una única cantidad. Novedad destacada por el autor de la Ley de 1987 es que el Tribunal puede disponer que

la sentencia que ordena la obligación de pago de la pensión produzca efectos desde el momento de la demanda aun cuando no sea definitiva.

Finalmente analiza el autor las causas de extinción de la pensión, sus garantías, la pensión de reversibilidad, el pago de la pensión por los herederos del cónyuge obligado y la indemnización en caso de que el cónyuge titular de la pensión haya trabajado durante el matrimonio para el otro.

Las causas de extinción son similares a las que se dan en Derecho español, pero mientras que la vida marital con otra persona se contempla por nuestro legislador de modo expreso, en Derecho italiano a la convivencia *more uxorio* sólo se le otorga relevancia por la doctrina y la jurisprudencia si incide en la situación real de uno u otro cónyuge mediante el procedimiento de revisión de la pensión.

Podemos concluir reseñando que el autor utiliza una bibliografía actualizada y se apoya a lo largo del texto en las más significativas decisiones jurisprudenciales, realizando un análisis conjunto completo y pormenorizado de todas las cuestiones que conlleva la institución del divorcio.

En su conjunto el volumen resulta de gran interés para el conocimiento, estudio y examen comparativo del Derecho de familia italiano.

CARLOS LALANA DEL CASTILLO

ROGEL VIDE, CARLOS; VATTIER FUENZALIDA, CARLOS, y otros: *Manuel Alonso Martínez, vida y obra*, editado por Tecnos, Madrid, 1991. Un volumen de 1.374 páginas.

«Y bien, señores, ¿no se os ocurre nada más que preguntar? Vuestro espíritu, satisfecho de poseer estas ideas, ¿descansa ya tranquilo y no aspira a saber más? Imposible. El niño, apenas despuntan en él los primeros destellos de la razón, os fatiga con sus preguntas incesantes. El espíritu humano es en esto perpetuamente niño; su curiosidad, lejos de saciarse, crece y se aviva con el alimento».

Estas palabras, entresacadas del discurso inaugural de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, nos dan una clara idea del espíritu inquieto y siempre ávido de conocimientos del hombre que las pronunció: don MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, una especie de reencarnación decimonónica del típico «hombre del Renacimiento».

Y me atrevo a afirmar que esta comparación no resulta exagerada después de ver esta magnífica obra «coral» coordinada por CARLOS ROGEL y CARLOS VATTIER, quienes también contribuyen valiosamente a darnos una idea de la magnitud, intensidad e importancia de la vida, obra y pensamiento de una figura que resultó ser clave de nuestra política y nuestro Derecho en el siglo pasado y cuyas secuelas aún resultan vigentes en nuestros días.

Dado que este modesto comentario no es un intento de «contarles» todo el libro, intentaremos extender un «hilo de Ariadna» con las ideas que hacen de éste un texto recomendable.

Comienza la obra con un detallado estudio de PALOMA DEL HOYO sobre la biografía del personaje, dando cuenta de su nacimiento en Burgos, en el seno de una familia acomodada que se preocupó en proporcionarle una esmerada educación, de la cual supo sacar un impresionante provecho, interesándose

por infinidad de ramas del conocimiento humano. El propio personaje se autodefine como un estudiante desde que tiene uso de razón, y efectivamente nos demuestra que es todo un pensador. Hábil como Abogado, excelente parlamentario, con una oratoria desapasionada pero convincente y una extraordinaria habilidad para polemizar con sus adversarios políticos, evitando siempre con éxito la tentación de devolver las punzadas verbales que le dirigían, detalle que exasperaba a CÁNOVAS, cuya hiriente socarronería producía en el estoicismo de ALONSO MARTÍNEZ el mismo daño que un mosquito en la coraza de un tanque. Añádase una excepcional memoria que le permitía recitar extensos discursos sin necesidad de leerlos y tenemos un modelo de parlamentario brillante y caballeroso que se echa bastante de menos en nuestros días.

Todo ello en el contexto del Madrid castizo y galdosiano de la segunda mitad del siglo XIX. El Madrid de los teatros, los cafés y las tertulias, el Madrid cuya fisonomía urbanística comienza a adquirir las dimensiones de capital europea, una capital donde empiezan a presentarse las primeras revueltas sociales y donde nobleza e intelectualidad se dan la mano en un ambiente al que no era ajeno don Manuel, pues esta obra nos da a conocer su gran afición a la música y sus pinitos en la poesía, en la lírica e, incluso, en el drama, pues llegó a interpretar a ZORRILLA en su juventud.

Hombre familiar, cristiano, afable, cuya apariencia enfermiza escondía una enorme fortaleza intelectual y de espíritu, no es de extrañar que con tales cualidades fuese una de las figuras más carismáticas de la sociedad española de la época.

La misma autora de este primer apartado, junto con CARLOS ROGEL, nos ofrecen la crónica de su etapa estudiantil, en la que destacan la brillantez de sus expedientes académicos en Filosofía y Derecho, así como una panorámica de la literatura jurídica y del sistema educativo en los tiempos de su paso por las aulas.

Prosigue la obra relatándonos su etapa como Abogado, primero en Burgos y más tarde en Madrid, siendo oportuno señalar que como tal ya hacía gala de las magníficas cualidades que más tarde habría de mostrar en su actividad como político. Gran orador, buen conocedor del procedimiento y excelente polemista son las más destacadas señas de identidad con que le definen quienes trabajaron con él.

Su intensa actividad política queda reflejada en un interesante estudio de BEGOÑA IRIGUEN, quien aprovecha para analizar el panorama político contemporáneo de la actividad pública de ALONSO MARTÍNEZ, actividad que culmina con su paso por el Gabinete en distintas etapas entre 1855 y 1888, ocupando las carteras de Fomento, Hacienda y Gracia y Justicia. Presenta en esta última etapa un proyecto de Ley de Bases del Código Penal que no fue aprobado y un Proyecto de la Ley del Jurado que entró en vigor en 1888. Pero, sin duda, una de sus mayores contribuciones a nuestro sistema legislativo es el Código Civil, en cuya Ley de Bases se reproduce el proyecto inicial de don FRANCISCO SILVELLA. La publicación del Código comienza en octubre y termina en diciembre de 1888.

Igualmente se nos descubre aquí una de las facetas menos conocidas del personaje objeto de la obra: la de hombre de negocios, llegando a presidir la Compañía de Crédito Mobiliario Español y la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España, quedando así patente su activa participación en la floreciente actividad financiera de la época. Del estudio de esta actividad en el contexto de la economía española se ocupa CARLOS BERZOSA.

Como académico dejó huella indeleble de su paso por la Academia de Jurisprudencia y Legislación, en la cual ingresó en 1856, y que llegó a presidir a partir de 1869. Asimismo, en 1879 ingresa en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. En ambas academias tiene ocasión de elaborar una considerable parte de su obra escrita, a cuyo estudio se dedica CARLOS ROGEL, quien hace una clasificación de sus escritos de carácter jurídico, filosófico, dictámenes de su época de Abogado, intervenciones parlamentarias y otros curiosos escritos de difícil clasificación por la variedad de las cuestiones que trata, entre los que el autor destaca un estudio titulado *La mujer burgalesa*, o los Prólogos a las *Elegías* de TIBULO, a las *Geórgicas* de VIRGILIO y a las *Poesías* de CÁTULO, pasando por sus colaboraciones en la revista *La Defensa de la Sociedad*. Por lo que se refiere a la supuesta existencia de unos comentarios al Código Civil, de esta obra se desprende que si bien fueron ciertos los deseos de don Manuel de llevar a cabo tal labor, ésta no fue ni mucho menos tan extensa como se ha llegado a conjeturar, limitándose a comentar los primeros artículos de dicho cuerpo legal. Sin llegar a afirmar categóricamente que no existe más material al respecto, lo cierto es que de tal obra no ha quedado constancia en ninguna de las fuentes consultadas.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS y CARLOS ROGEL se encargan de ofrecer al lector una recopilación de las intervenciones parlamentarias de ALONSO MARTÍNEZ, tanto en el Congreso como en el Senado. Por otra parte, JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA estudia su valiosa contribución al proceso constituyente de la restauración borbónica que culmina con el texto de 1876, y en un ejercicio de *ius suum cuique tribuere* el autor de este estudio nos da el consejo de «no dejarnos deslumbrar por la imagen que la historiografía actual ofrece de CÁNOVAS DEL CASTILLO y fijar la atención en otra figura que, en atención de la literatura, parece modesta hasta que se descubre la magnitud de su obra, también en este aspecto concreto de la elaboración del texto constitucional».

En 1843, y por iniciativa de JOAQUÍN MARIA LÓPEZ, se crea la Comisión General de Codificación con la pretensión de establecer «unas bases generales para la codificación y para los Códigos Civil y Penal y la unificación de fueros». El ingreso en la misma de ALONSO MARTÍNEZ supone el comienzo de una serie de trabajos sobre enjuiciamiento civil y criminal, así como los proyectos de reforma del Código Penal, de un nuevo Código de Comercio y, cómo no, del Código Civil. Del estudio de esta actividad codificadora de don Manuel se ocupa JUAN FRANCISCO LASSO GAITE. VALENTÍN CORTÉS procede a estudiar la obra procesal y orgánica del personaje desde un punto de vista actual y objetivo, y AGUSTÍN JORGE analiza la importancia de su intervención en el proceso de reforma penal española a finales del siglo pasado.

Si la labor de ALONSO MARTÍNEZ fue la piedra angular de nuestro Código Civil, no menos importancia concedió a la tarea legislativa relacionada con la materia civil separada del citado cuerpo legal. En el estudio que JOAQUÍN RAMS ALBESA dedica a la contribución de don Manuel a la legislación civil especial nos pone de manifiesto sus decisivas aportaciones a la elaboración de la Ley de Aguas de 1866, imponiendo sobre los demás componentes de la Comisión sus criterios de orientación político-jurídica del texto y dando lugar al nacimiento de un «período de oro de la legislación española», en palabras de don FEDERICO DE CASTRO. Efectivamente, este estudio nos muestra cómo la intervención de ALONSO MARTÍNEZ resultó decisiva a la hora de definir la función controladora que las Cortes Generales deben ejercer «en los contenidos generales de las normas y, sobre todo, en la clarificación de los valores políticos insitos

en los proyectos de Ley sometidos a su aprobación, pero conservando para los órganos técnicos los aspectos que se refieren a sistemática, forma, coherencia interna y conexión con el resto del cuerpo de normas». Su interés por la legislación hipotecaria se refleja en el proyecto de Ley que presentó en su etapa de Ministro de Gracia y Justicia. En este proyecto destaca su preferencia por la interpretación lógico-sistemática por encima de la literal, lo que no impide que los Jueces y Registradores conserven su facultad de aplicación directa de la norma, dejando a los órganos legislativos la resolución de los conflictos que surgen de la Ley positiva y dando una gran importancia a «los órganos e instrumentos de publicidad registral como medios instrumentales puestos al servicio de la eficacia del Derecho material como cauce idóneo de creación, formación y desarrollo de los derechos de los particulares».

Finalmente el lector encontrará un exhaustivo estudio de CARLOS VATTIER, en el que establece la relación de ALONSO MARTÍNEZ con la codificación y la ciencia del Derecho civil en el siglo XIX, tomando como punto de partida la referencia socioeconómica de la época. Se trata de una sociedad predominantemente rural que sufre un proceso de estancamiento económico como consecuencia de la desigual distribución de la propiedad territorial. El proceso desamortizador, que no logra corregir tal desequilibrio, termina en los primeros años de la Restauración. Todo este ambiente habría de forjar necesariamente la marcada impronta rural del Código Civil. Por otra parte, aparecen los primeros focos urbanos e industriales importantes. En política nos encontramos en la alternancia de conservadores y liberales, ambos con los denominadores comunes de «oligarquía y caciquismo». En este sentido el autor recuerda las palabras del CONDE DE ROMANONES para definir los comités provinciales y locales de los partidos como «los instrumentos de que se valen los Gobiernos para hacer las elecciones».

Pero al margen de este agitado escenario político y por lo que a la elaboración del Código se refiere, aparece claramente la idea de que la figura de ALONSO MARTÍNEZ fue clave a la hora de establecer un nuevo concepto de codificación, no como una mera compilación de normas preexistentes y un tanto arcaicas, sino como «un libro de Derecho civil redactado en forma de artículos, disposiciones o preceptos o, con mayor precisión, un libro escrito a base de proposiciones provistas de fuerza de Ley...», a cuyo contenido «... se le ha conferido una vigencia *ex novo* que está llamado a ser tendencialmente la fuente única de normas jurídicas y a derogar de manera formal y expresa el Derecho anterior».

En sendos Apéndices de la obra encontramos los dictámenes y escritos de don Manuel, en los que el lector puede encontrar las líneas del pensamiento filosófico-jurídico que constantemente inspiraron a su autor, así como una auténtica crónica de la vida social y política contada por uno de sus más insignes protagonistas.

No resulta fácil resumir en unas páginas una vida y obra tan fructíferas, pero es un placer encontrarlas mejor relatadas en este libro que trasciende más allá de la mera reseña bibliográfica para convertirse en el riguroso estudio de una gran página de nuestra historia del Derecho.

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. *Leyes hipotecarias y registrales de España: fuentes y evolución.*

El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, a través de su Centro de Estudios Hipotecarios, acaba de publicar la obra *Leyes hipotecarias y registrales de España: fuentes y evolución*, dedicada a la conmemoración del V Centenario del descubrimiento de América, es decir, a la celebración de los quinientos años transcurridos desde que el Nuevo Mundo se vinculó al viejo continente. La conmemoración de este hecho histórico nos ha movido a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles a participar directamente en los actos del V Centenario mediante la celebración de IX Congreso Internacional de Derecho Registral y a la elaboración y publicación de esta obra, compuesta de seis tomos, divididos en 13 volúmenes, en los que se condensa toda la historia jurídico-registral de los siglos XIX y XX y cuyos precedentes se remontan al siglo XVIII. La finalidad de la obra que ahora se presenta radica por tanto en la búsqueda de las «huellas» que la legislación hipotecaria española haya podido dejar en las legislaciones registrales iberoamericanas, indagación que además ha servido para fortalecer lazos mutuos y para reforzar la seguridad jurídica que como Registradores estamos obligados a proporcionar a la sociedad en los ámbitos inmobiliario y mercantil. Responde asimismo la publicación al objetivo de facilitar a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, estudiosos del Derecho e investigadores los textos legales, reglamentarios y el conjunto de disposiciones de todo rango que constituyen desde hace más de un siglo esta parcela de la legislación, acompañada como es lógico de los antecedentes relativos a sus fuentes y evolución, representados por trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias e informes prelegislativos que pueden explicar la gestión y razón de ser de nuestras leyes hipotecarias y registrales. También en otro plano se ha pretendido mostrar el elevado nivel científico alcanzado en toda época por dichas leyes y contribuir en consecuencia a la difusión internacional y perfeccionamiento de esta rama del Derecho, que como ciertamente señala en las palabras de mensaje que inician la obra Su Majestad el Rey, «el Derecho hipotecario, por regular cuestiones esenciales como la propiedad, la vivienda y el crédito afecta decisivamente a la prosperidad y desarrollo económico y social de los pueblos»

En un somero análisis de la publicación, cabe destacar que en el tomo I el punto de partida de recopilación de la constitución histórica lo constituye la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, que por ser Ley de observancia general representa no sólo el primer paso decisivo para la uniformidad del Derecho civil, sino también porque al establecer los oficios de hipotecas y determinar los actos jurídicos sujetos a la formalidad de toma de razón supone el antecedente inmediato de la institución del Registro de la Propiedad. En la parte previa de la Introducción también se incluyen, para centrar la materia, los trabajos titulados *Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas*, de LUIS DIEZ-PICAZO, que somete a revisión crítica las opiniones comúnmente aceptadas acerca del origen de nuestras leyes hipotecarias, y el estudio *Registro y seguridad jurídica*, del anterior decano CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, que destaca la finalidad de la institución registral en el sentido de que los pronunciamientos del Registro han de ser aceptados como verdaderos y definitivos, constituyendo la única verdad oficial que se impone en materia registral a toda la sociedad. Esta parte va precedida de un Prólogo del decano don JOSÉ POVEDA DIAZ y de la explicación de la justificación y

propósito de la obra por el director de su Comisión redactora, don EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

Continúa el tomo I, compuesto por dos volúmenes, con el examen de la génesis, desarrollo y discusión parlamentaria de la Ley de 1861, que al instaurar los principios hipotecarios de publicidad y especialidad sienta las bases de la reforma del antiguo Derecho hipotecario y los postulados del nuevo, reforma y perfeccionamiento que continúa con la Ley de 1869 dictada para superar las dificultades que ofreció la aplicación práctica de la primitiva Ley. Ambas disposiciones legales van seguidas de sus respectivos Reglamentos de ejecución, examinándose también las alteraciones introducidas por otras leyes posteriores y las vicisitudes de la Ley Hipotecaria en los sistemas de codificación civil.

En el tomo II, compuesto también por dos volúmenes, se examina la importante reforma introducida por las leyes de 1909 que obedecen a la necesidad de adaptación a las disposiciones del Código Civil y a diversas razones técnicas que puso muy especialmente de relieve la publicación de la Ley Hipotecaria para Ultramar de 1893 ya adaptada al Código Civil español y que es el punto inicial de contacto entre la legislación registral española y las legislaciones registrales iberoamericanas.

La madurez de los estudios hipotecarios, por una parte, y la experiencia adquirida a través de más de ochenta años de aplicación de la Ley Hipotecaria, por otra, permitieron acometer la reforma profunda del sistema hipotecario, que fue la llevada a cabo por Ley de 1944 y Texto Refundido vigente de 1946, que son objeto de estudio en el tomo III, también precedido de un magnífico trabajo de RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL sobre *La reforma hipotecaria: su contenido y alcance*. En este tomo, al igual que en los anteriores, se examinan los antecedentes de la Ley, las enmiendas y sugerencias presentadas, informe de la ponencia y dictamen de la Comisión de Justicia. El texto aprobado en 1944 y el refundido de 1946, que van seguidos de la enumeración de las leyes reformadoras y del texto reglamentario y sus modificaciones posteriores y de la tabla de concordancia entre los artículos y títulos de las sucesivas leyes hipotecarias y reglamentos, elaborada con pulcritud y precisión por CARMEN DE GRADO.

Los tres volúmenes que componen el tomo IV de *Legislación complementaria* contienen debidamente clasificadas el sinnúmero de disposiciones de diverso rango dictadas en el ámbito hipotecario y registral que acreditan la importancia de las materias reguladas por los reglamentos hipotecarios, que no son sólo reglamentos de las respectivas leyes hipotecarias, sino también en materia inmobiliaria verdaderos reglamentos del Código Civil, de la legislación del suelo o de las propiedades especiales. Otra aportación importante de esta obra se encuentra precisamente en esta recopilación de normas complementarias, ya que muchas de ellas por haber sido dictadas para disciplinar problemas coyunturales ya no aparecían mencionadas en los tratados de Derecho registral ni por su antigüedad se hallaban recogidas en las colecciones legislativas de manejo ordinario. En ellas, según señala EDUARDO FERNÁNDEZ GALBIS, se contienen las soluciones técnicas dictadas en una época caracterizada por hechos de tal relevancia como las guerras carlistas, la primera República, la restauración monárquica, la pérdida de las colonias, la dictadura de Primo de Rivera, la segunda República, la guerra civil y el consiguiente advenimiento del régimen franquista, la instauración de la democracia y tantos otros acontecimientos de relevante interés. También en ellas destacan los Preámbulos y

exposiciones de las numerosas disposiciones que tienden a llenar las necesidades que plantea la constante evolución de las instituciones jurídicas para adaptarlas a la realidad también en constante evolución y que, en consecuencia, muestran en toda su amplitud el alcance, la importancia y la prosapia de la función encomendada a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

El tomo V se desdobra en dos volúmenes. El primero se inicia con un trabajo de AURELIO MENÉNDEZ concebido como Introducción a los principales proyectos y disposiciones sobre el Registro Mercantil español desde su implantación en el Código de Comercio de 1829 hasta 1956, por cuya razón responde, como indican sus autores, más al propósito de contribuir al estudio de la historia externa de la institución que a la más atenta consideración de los principios y efectos de la publicidad registral, pero sin que por ello dejen de contemplarse los cambios fundamentales que se han producido en el modo de entender la inscripción y la publicidad registral y sus efectos.

El segundo volumen del tomo V va también precedido de un brillante estudio introductorio de ANTONIO PAU, director general de los Registros y del Notariado; se ajusta a la misma orientación que el anterior y abarca el período comprendido entre 1956 y la época actual, de la que se estudia con especial detenimiento la legislación debida al ingreso de España en la Comunidad Económica Europea y las directrices y orientaciones en materia mercantil provenientes del Ministerio de Justicia-Dirección General de los Registros y del Notariado.

El tomo VI y último de la obra consta de tres partes claramente diferenciadas. En la primera, que se inicia con un trabajo de investigación histórica con matices sociológicos debido a don MANUEL BALLESTEROS GAIBROIS, catedrático de Historia de América de la Universidad Complutense, se estudia la situación de las Indias en la época del descubrimiento, sociedad, cultura, población, etc., y se entra en materia directamente con el examen de la Ley Hipotecaria para Ultramar y disposiciones aplicables a Puerto Rico, Cuba y Filipinas, finalizando con un apartado relativo a la legislación registral de los antiguos territorios españoles de Guinea, Africa occidental y Marruecos, materias precedidas asimismo de un detallado estudio del que fue decano don NARCISO DE FUENTES SANCHÍS, quien destaca lo novedoso de la legislación especial y su comparación con la peninsular.

Un segundo volumen de este tomo VI es el relativo a la proyección internacional del Derecho registral representada por los nueve Congresos internacionales celebrados. Temario a desarrollar en los mismos y conclusiones y recomendaciones aprobadas, análisis críticos de éstas y, finalmente, se resume la labor del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) y su normativa y función.

El tercer volumen del tomo VI es fruto de la colaboración entre juristas iberoamericanos que a través del hilo conductor de los principios de publicidad y especialidad indagan las posibles huellas que la legislación española ha podido dejar en los sistemas registrales iberoamericanos. En la legislación propia de estas naciones, según se desprende de dichos trabajos, hay efectivamente huellas de la legislación española en su ámbito patrimonial inmobiliario, huellas que se derivan de la aplicación directa en su día, como es el caso de la legislación hipotecaria para Ultramar en Puerto Rico, Cuba y Filipinas y otras improntas que si bien se deben a la creación de los juristas iberoamericanos se fundamentan en principios heredados de la legislación registral española. La importante consecuencia que se desprende, según indica don

MANUEL OLIVENCIA en la presentación del tomo VI es la de que todas estas influencias han dado lugar a la existencia de un patrimonio jurídico y cultural común entre las naciones surgidas del hecho del descubrimiento, patrimonio cultural, una de cuyas manifestaciones más importantes es la que se produce en el campo del Derecho y que por estar compartido no es incompatible con la soberanía de las naciones, sino propio de todas ellas. Por tanto, con la obra que ahora se presenta los Registradores españoles pretendemos honrar no sólo a los juristas cuya huella creadora perdura en las legislaciones iberoamericanas, sino también contribuir en la medida de nuestras posibilidades al incremento de dicho fondo patrimonial jurídico y cultural que existe entre España y las naciones hermanas de Iberoamérica.

Finalmente destacar que la obra se presenta en una muy cuidada edición de la editorial Castalia y que la recopilación y ordenación del material que contiene se debe a la dedicación y esfuerzo que a lo largo de dieciocho años y en dos distintas fases ha realizado la Comisión redactora.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Números 574-575 (Julio-Agosto 1992)

- «La suscripción de acciones en la conversión de clubes deportivos en sociedades anónimas deportivas y en la adscripción a una sociedad anónima deportiva del equipo profesional», por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, pág. 6523.
- «El Tribunal del Jurado en España: pasado, presente y futuro», por AGUSTÍN J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, pág. 6533.
- «La contaminación por hidrocarburos. Medidas correctoras», por MARÍA CONCEPCIÓN HILL, pág. 6595.
- «El derecho de consumidores y usuarios a la elección de Notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios», por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, pág. 6625.
- «La fase intermedia y la prueba anticipada en el procedimiento abreviado: cuatro observaciones sobre algunas cuestiones que suscita la práctica diaria», por JOSÉ LUIS FLORS MATIES, pág. 6643.
- «Las funciones propias y exclusivas de los API: hacia una definitiva determinación», por DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, pág. 6649.
- «Reflexiones sobre la libertad de información», por REMEDIOS SÁNCHEZ FERRIZ y FERNANDO FLORES GIMÉNEZ, pág. 6695.
- «Posición preferente y sistema de derechos fundamentales», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 6709.
- «La tributación de empresarios y profesionales en Europa», por JOSÉ ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE, pág. 7079.
- «Consideraciones acerca de la constitucionalidad de la estructura orgánica de la jurisdicción militar con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», por JOSÉ MANUEL RAMÍREZ SINEIRO, pág. 7163.
- «Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo», por LUIS M. ARROYO YANES, pág. 7185.
- «De la obstrucción al servicio militar», por ANTONIO RAFAEL HERNÁNDEZ OLIVENZA, pág. 7203.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 37 (1992)

- «El Tratado sobre la Unión Europea y futuro de las Directivas comunitarias», por MARÍA DEL CARMEN DÍAZ JIMÉNEZ.

Número 38 (1992)

«La normativa jurídico-agraria en los Ordenamientos autonómicos. Estudio de su presencia en el Derecho de Galicia», por FERNANDO JOSÉ LORENZO MERINO.

Número 39 (1992)

«El nuevo título ejecutivo del número 7.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», por SANTIAGO ORTIZ NAVACERRADA.

**BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID****Número 3 (Mayo-Junio 1992)**

- «Misión y alabanza del jurista», por IGNACIO IZQUIERDO ALCOLEA, pág. 7
«Contenido esencial del contrato de franquicia», por JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, pág. 15.
«La tradición deontológica jurídica de Iberoamérica», por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 19.
«A propósito del Derecho privado romano de A Burdese», por ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, pág. 31.
«Limitación de la propiedad por la navegación aérea según el Derecho español», por ENRIQUE MAPELLI, pág. 43.

**REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 202 (Octubre-Diciembre 1992)**

- «Competencia desleal por infracción de normas», por JESÚS ALFARO AGUILAR REAL, pág. 667.
«Consideraciones en torno a la jurisprudencia del TJCE en materia de sociedades», por JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, pág. 731.
«El *statis quaestionis* sobre el *insider trading* en el Derecho federal de Estados Unidos», por AURORA MARTÍNEZ FLÓREZ, pág. 797.
«Los *warrants*: especial referencia a su emisión», por EDUARDO RODRÍGUEZ ROVIRA, pág. 841.

**REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE CONCEPCION****Número 187 (Enero-Junio 1990)**

- «La administración en las sociedades de personas», por GABRIEL RIOSECO E., pág. 7.
«Tratamiento jurídico del aborto terapéutico», por JUANA SANHUEZA R., pág. 27.

- «Estudios de prenda agraria», por DANIEL PEÑAILILLO A., pág. 35.
 «Interpretación de normas constitucionales que regulan las inhabilidades parlamentarias». Informe del Departamento de Derecho Público, pág. 55.
 «Ortega y Gasset y el Derecho», por ENRIQUE MUNTA R., pág. 65.
 «El individuo como sujeto de Derecho internacional. Nuevas tendencias», por SAMUEL DURÁN B., pág. 75.
 «Hacia un nuevo modelo de gobierno regional», por HERNÁN MOLINA G., pág. 89.
 «El recurso de protección de las decisiones judiciales. Comentario de jurisprudencia», por JULIO SALAS V., pág. 93.
 «La tributación de la agricultura», por MARIO PUCHEU M., pág. 103.
 «La necesidad de la empresa en la Ley 19010», por MARIO ROMERO G., pág. 117.

Número 189 (Enero-Junio 1991)

- «*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil», por RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA, pág. 7.
 «La falsedad ideológica en el informe de alcoholemia. Comentarios a una sentencia», por JUANA SANHUEZA ROMERO, pág. 35.
 «El proyecto de reforma constitucional sobre gobierno y administración regional y provincial y el regionalismo político», por HERNÁN MOLINA GUAITA, pág. 41.
 «La enseñanza del proceso», por JULIO SALAS VIVALDI, pág. 49.
 «La intervención del Estado en el sector externo», por ELIZABETH EMILFORK SOTO, pág. 57.
 «Algunos problemas que se presentan en el estudio de títulos de dominio», por HERNÁN TRONCOSO LARRONDE, pág. 65.
 «Aspectos tributarios a considerar en los contratos de sociedad», por ABUNDIO PÉREZ RODRIGO, pág. 75.
 «Antecedentes sobre regionalización y la reforma constitucional de la Ley 19097/1991», por SERGIO CARRASCO DELGADO, pág. 85.
 «Lo que la jurisprudencia se llevó», por RAMÓN DOMÍNGUEZ BENAVENTE y CARMEN A. DOMÍNGUEZ HIDALGO, pág. 95.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Números 1 y 2 (1990)

- «El estudio de la responsabilidad civil extracontractual en Puerto Rico», por JOSÉ A. CUEVAS SEGARRA, pág. 1.
 «Responsabilidad de los hospitales por la impericia médica de la facultad médica en la sala de emergencia y la necesidad de legislación», por MILTON CRUZ, pág. 13.
 «Los conceptos de figura pública y de malicia real en las acciones de daños y perjuicios por libelo: trayectoria jurisprudencial en Puerto Rico durante los últimos cinco años (1984-1989)», por MARÍA DE LA CONCEPCIÓN GONZÁLEZ, pág. 25.
 «El elemento de publicidad en una acción difamatoria por calumnia entre personas privadas bajo una estructura mercantil», por JOHNNY ELIAS RIVERA, pág. 37.

- «Examen crítico de la Ley que dispone para la compensación de los daños en los casos de accidentes de automóviles», por EDGARDO MÁRQUEZ LIZARDI, pág. 53.
- «Puerto Rico ante el Caribe: el orden que entró en crisis», por DANIEL NINA, pág. 67.
- «Hacia una reforma del derecho de marcas de fábrica en Puerto Rico», por RAMÓN LUIS NIEVES, pág. 81.
- «La investigación de la paternidad y de la maternidad: hacia un análisis de Derecho comparado», por CARMEN TERESA LUGO IRIZARRY, pág. 107.
- «Comentarios sobre el nuevo sistema de lotería adicional», por DENNIS ROMÁN ROA, pág. 123.

NOTICIAS CEE

Números 91 y 92 (Agosto-Septiembre 1992)

- «Mercado interior del seguro: etapas y desarrollo», por MIRENCHU DEL VALLE SCHAAN, pág. 11
- «La política del medio ambiente en la Comunidad Europea y la legislación española: vida silvestre», por FERNANDA SERRANO DE NOREÑA, pág. 23.
- «La cooperación de la CEE en materia de medio ambiente a escala mundial. Últimos logros», por NILA TORRES UGENA, pág. 39.
- «Competencia en la agricultura. Especialidades del Derecho comunitario», por JORGE PEYDRO AZNAR, pág. 57.
- «El control de las operaciones de concentración, una prioridad en el mercado único de 1993», por BRIGITTE CASTELL BORRÁS, pág. 69.
- «Política comunitaria para la pequeña y mediana empresa (III)», por ANA MARÍA VÁZQUEZ LOSADA, pág. 75.
- «Carta de la Hacienda local europea», por PERFECTO YEBRA MARTUL-ORTEGA, pág. 85.

Número 93 (Octubre 1992)

- «La Banca y la Unión Económica y Monetaria», por EMILIO DE IBARRA Y CHURRUCA, pág. 11
- «La unidad alemana, clave de la nueva arquitectura europea», por PALOMA GARCÍA PICAZO, pág. 19.
- «La política exterior de seguridad común en el nuevo Tratado de Unión Europea», por PEDRO LUIS GÓMEZ DÍAZ, pág. 31.
- «La Carta Europea de la Energía», por VICENTE LÓPEZ MAYOR, pág. 69.
- «La protección de los consumidores y la contratación», por MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, pág. 83.
- «La libre circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea: del Tratado de Roma al Tratado de la Unión Europea», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 95.
- «El Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior y la Resolución de 7 de enero de 1992 de la Dirección General de Transacciones Exteriores», por ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, pág. 101.

