

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVIII ° Mayo-Junio 1992 ° Núm. 610

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs

ESTUDIOS

“La publicidad registral y el derecho a la intimidad”, por PLÁCIDO PRADA ALVAREZ BUYLLA	1113
“Características del Derecho Comunitario Europeo”, por JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA	1147
“El régimen jurídico de la comunidad postganancial”, por BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES	1181
“Coalitio”, por MARÍA LUZ BLANCO RODRÍGUEZ	1201
“El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos”, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	1241
“Aspectos registrales de la expropiación forzosa. Alcance y significado de los artículos 138 y siguientes de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido de 9 de abril de 1976”, por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN	1261

DICTAMENES Y NOTAS

“La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA ..	1313
“La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra (Crítica a la Sentencia de 15 de noviembre de 1991)”, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1359
“Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero (BOE de 3 de marzo), en relación con el artículo 1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA	1371
“Demanda improcedente contra Registrador”, por LA REDACCIÓN ..	1405

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1415

JURISPRUDENCIA

I	Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1431
II.	Resoluciones de la Dirección General, por CARMEN BETEGÓN SANZ, FERNANDO CURIEL LORENTE Y JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ ..	1439
III.	Sentencias del Tribunal Supremo.	
I	Derecho Civil	
b)	Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA ..	1495
c)	Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ ...	1503

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

"Società in accomandita per azioni", de ANTONIO M. MOROCCO y otros, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1513
"Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho comparado", de PEDRO A. MUNAR BERNAT, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1516
"De las aguas (artículos 407 y 425 del Código Civil y Ley de Aguas)", de EMILIO PÉREZ PÉREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1519
"Jurisprudencia registral II", de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1522
"Azaña jurista", de ANTONIO PAU PEDRÓN, por MANUEL LAVADO MOLINA	1523
"Oposita que algo queda", de JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, por JUAN PABLO RUANO BORRELLA	1526

REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	1529

ESTUDIOS

La publicidad registral y el derecho a la intimidad (*)

Decía MALLARME, refiriéndose a la poesía, naturalmente, que el primer verso de cada poema es realmente el importante, pues los demás no son otra cosa que un mero desarrollo de la intuición percibida en el primero. Todo el universo poético está encerrado en ese primer verso misterioso inspirado por los dioses; los demás no son sino el desarrollo que el poeta efectúa de aquella primera visión divina. En el mundo jurídico, sin embargo, me parece que lo importante no es el tema, ni la palabra, ni siquiera el derecho legislado; lo importante es el problema, el planteamiento de la cuestión, la presentación de la aporía, pues la solución que se proponga no ha de ser sino un mero desenvolvimiento de la razón interna de aquél, de la dialéctica de su interioridad, de la naturaleza de la cosa misma. La solución será siempre un acercamiento o una aproximación provisional a su verdad o a su justicia, pues la verdad última o la justicia definitiva es un arcano que difícilmente puede alcanzarse y que depende de la lucidez del planeamiento y de la valoración de los intereses en juego; y como ambos están perpetuamente sujetos a más sutiles exámenes y más acertadas valoraciones, todas las soluciones que se obtienen están siempre

(*) Este trabajo constituye el discurso de ingreso del autor en la Academia de Jurisprudencia de Asturias. Fue leído el 4 de marzo de 1991 y la contestación corrió a cargo del académico don César García Arango Díaz Saavedra. Después de redactado el mismo y entregado en la Secretaría de la Academia, la Dirección General de Registros y Notariado resolvió un recurso de queja, emitiendo con fecha 22 de febrero de 1991 una resolución que difiere sustancialmente de las tesis que en este discurso se sostiene. La cuestión sería importante si no fuera que la persona cuya intimidad se trató de proteger era el anterior vicepresidente del Gobierno y, sobre todo, si se considera que el órgano judicial que actuó en primera instancia no tuvo el mismo parecer que la Administración y sostuvo una postura semejante a la que se defiende en este discurso.

impregnadas de esa provisionalidad e interinidad propia de todo lo humano y lo jurídico.

En esta exposición, consciente de estas limitaciones del universo jurídico, quiero principalmente plantear el problema de la publicidad del Registro de la Propiedad y su conexión con la intimidad de las personas, pues en él se encierra una nueva forma de presentarse la oposición de lo público y lo privado, lo que todos tienen derecho a conocer y aquello que cada uno puede guardar para sí mismo. El problema es importante a mi juicio, porque involucra una de las cuestiones más acuciantes y necesitadas de solución en una sociedad como la nuestra en la que los valores sociales se ensalzan hasta el infinito y se oponen a los individuales, que se califican frecuentemente y sin mayores consideraciones como egoístas e insolidarios, y merece una reflexión desapasionada y urgente, pues no puede considerarse ni como un problema teórico ni como una cuestión marginal.

No es teórico, pues en él se pone en juego la importante cuestión de la publicidad misma del Registro y sus límites, así como sustanciales cuestiones de la vida social, de la seguridad del tráfico jurídico y de los valores humanos más trascendentales como son los derechos de la personalidad y dignidad humana. Y no es marginal tampoco, pues su vigencia y actualidad se muestra en la constante aparición en los medios sociales de comunicación de datos relativos a personajes públicos obtenidos a través de los folios registrales, lo cual origina una problemática de casos puntuales y decisiones particulares que ha merecido la atención de los profesionales del Derecho y la preocupación de todos (1).

Ejemplos conocidos son los famosos artículos publicados en una revista de difusión nacional en torno a las propiedades del vicepresidente del Gobierno y de un alto cargo de la autonomía madrileña o las noticias de televisión española en torno a los bienes que en Marbella poseía un conocido jefe de la mafia inglesa y en la que aparecían, en algunos casos, folios registrales completos, y en otros, notas de calificación denegatorias de la publicidad. Estas discrepancias de criterios registrales y este distinto tratamiento de los límites de la publicidad que parecían contruidos más en consideración a la cualidad de la persona a la que se refería la información

(1) Esta preocupación se manifestó con gran acritud en la segunda Asamblea General de Registradores de la Propiedad de Barcelona en 1988, donde se llegó a una conclusión intermedia y de compromiso que pretendía no lesionar ningún derecho ni establecer ningún límite a la publicidad, y así se arbitró una híbrida conclusión que decía que "cuando el titular registral lo solicite, el Registrador le notificará, durante un plazo limitado, los datos de la persona que pide información de su finca, al efecto de que pueda ejercer contra ella las acciones que se crea asistido en orden a la defensa de su intimidad, protegida por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982". Se quería con ella servir a los dos señores de la publicidad y la intimidad personal con un lavado de manos, a la manera de un Pilatos hipotecario.

que a la finalidad del Registro y la naturaleza de la publicidad registral, muestran, por una parte, la existencia del problema mismo y la ausencia de un tratamiento unitario, y por otra, incitan a una reflexión y un estudio detenido que supere el casuismo y permita construir pautas y reglas generales para su tratamiento.

El Registro de la Propiedad es el reino de la publicidad, el imperio de lo que por razón, primero, de la seguridad del tráfico y, después, de la seguridad jurídica general y el equitativo reparto de las cargas sociales puede y debe ser conocido por todos. La intimidad es, por el contrario, el reino de la privacidad, el reino de lo que, perteneciendo a la esfera más recóndita de la persona, cada uno puede guardar para sí mismo sin estar obligado a comunicar a los demás. El primero está creado para hacer público su contenido, la segunda pretende mantener secreto aquello que es privado, lo que pertenece a la esfera de lo íntimo. Hay así una oposición sustancial entre ellos, un antagonismo visceral, una exclusión total en su naturaleza, esencia y fines que hace que donde uno existe, reina y gobierna, el otro debe batirse en retirada, pues su territorio está ocupado por el primero.

Sin embargo, la dialéctica de los hechos, el entrelazamiento y coordinación de la vida moderna y la necesidad de coordinar los intereses individuales y las exigencias de una vida social cada día más compleja hace que entre ambos existan relaciones, interconexiones e interferencias que merecen, a mi juicio, ser esclarecidas o, al menos, formuladas.

En mi exposición, y a los efectos de concretar el problema y determinar los parámetros que lo delimitan, voy a distinguir los dos factores que confluyen en él: la publicidad del Registro de la Propiedad, con una referencia a su finalidad y posibles limitaciones, y la intimidad personal, con una determinación genérica de las líneas que la delimitan y la concretan. Ahora bien, en ninguno de los dos casos voy a efectuar un estudio completo y exhaustivo, porque lo único que importa para mi objetivo final es señalar las líneas maestras de una y otra que permitan esclarecer la cuestión de sus relaciones.

I. LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La publicidad ha sido el *leit motiv* inspirador de toda la reforma hipotecaria. Todos los precursores hipotecarios lo constituyeron en un principio fundamental de su ciencia y usaron de él con largueza; pero con el transcurso de los años y la profundización de sus efectos jurídicos se fue abandonando, al menos desde el punto de vista de su denominación y su

configuración como fundamento del Registro, y así pudo decir ROCA SASTRE que “en España al prepararse la Ley Hipotecaria de 1861, como también durante gran lapso de tiempo posterior a su puesta en vigencia, aparecía el principio de publicidad como dominante en nuestro régimen inmobiliario del Registro junto con el llamado principio de especialidad. Pero en la actualidad, del principio de publicidad apenas se habla salvo que se trate de publicidad formal o de información, y en su lugar aparece dominante, como si lo hubiera desplazado o sustituido, el principio de fe pública, juntamente con el principio de legitimación” (2).

Si buscáramos las causas de este oscurecimiento no las encontraríamos, sin duda, en un olvido de su función ni de su importancia, sino, paradójicamente, en su profundización y perfeccionamiento. El desenvolvimiento del pensamiento hipotecario centrado sobre el principio de publicidad obtuvo, como es evidente, fructíferos desarrollos e importantes consecuencias; pero como sucede casi siempre, preocupado de las cuestiones más urgentes, olvido desarrollar las que lo eran menos, y así olvido el desarrollo de lo que constituía el fundamento de todos los efectos de la publicidad: el carácter público del Registro, la denominada publicidad formal y el implícito derecho de información que se deducía de aquél.

La causa u origen inmediato de este planteamiento se encuentra en el conocido trabajo de nuestro ilustre paisano JERÓNIMO GONZÁLEZ, quien al escribir en 1926 su importante artículo sobre el principio de publicidad inició su exposición diciendo que “desde dos puntos de vista puede ser examinado el principio de publicidad eje de nuestro sistema hipotecario: como legitimación registral y como emanación de la *fides publica* (3)”; y sólo al final de su exposición se refiere en unas escasas líneas a la llamada publicidad formal indicando que “los fines sociales y jurídicos que la fe pública del Registro persigue no se alcanzarían si no se estableciera para hacer efectiva la notoriedad de las inscripciones una reglamentación adecuada, adjetiva en cierto modo, que permitiera a los interesados conocer, sin grandes investigaciones ni gastos, las oficinas donde han de recibir las noticias que buscan y el contenido de los asientos que puedan afectarles” (4).

Esta reglamentación “adecuada y adjetiva en cierto modo” es la contenida en el Título VIII de la Ley, cuyo primer artículo, el 221, que constituye, a mi juicio, la justificación de todo el sistema registral y que,

(2) R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, Ed Bosch, Barcelona, 1978, vol. I, pág. 306.

(3) J. GONZÁLEZ, *El principio de publicidad*. Reeditado por la Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931, pág. 143.

(4) *Ob. cit.*, pág. 183.

quizá por ello, obtuvo la gloria de ser uno de los escasos artículos hipotecarios recogidos en el Código Civil (5), es merecedor de una mayor atención y de un estudio más profundo que el que hasta ahora ha merecido de la doctrina, pues en él encuentran su justificación práctica todos los efectos teóricos que se ligan al Registro de la Propiedad.

Es innegable que los efectos sustantivos de la publicidad, las sustanciales consecuencias de los principios de legitimación y fe pública constituyen la espina dorsal de todo el ordenamiento, y que no puede construirse ningún sistema hipotecario moderno sin que estén presentes en alguna de sus manifestaciones; pero no es menos cierto que, en nuestro Derecho, al menos estos efectos encuentran su fundamento y legitimación en una ficción legal y en una norma considerada siempre como accesoria y formal.

La ficción la constituye, como es bien sabido, la llamada *cognoscibilidad* emanada de los pronunciamientos registrales, la ficción de que lo inscrito en el Registro es conocido por todos y no podrá alegarse su ignorancia o desconocimiento para no resultar afectado por el contenido de aquél (6). La norma accesoria la constituye, como es fácil imaginar después de lo ya dicho, el artículo 221 de la Ley Hipotecaria, que establece el carácter público del Registro y la posibilidad y el derecho de acceder a sus libros para conocer fehacientemente su contenido. Sin esta norma accesoria, formal y casi inadvertida en la complicada selva hipotecaria no tendría justificación ninguno de los efectos materiales de la publicidad.

No tendría sentido la tutela del titular registral porque éste seguiría siendo, no obstante el Registro, un perfecto desconocido. No tendría explicación la protección del tráfico porque seguiría siendo un tráfico sin publicidad, un tráfico oculto en los velos del oscurantismo y las sombras,

(5) Como es sabido, el Código Civil recoge sólo cuatro preceptos hipotecarios en su Título VIII; pues bien, uno de ellos, el 609, es precisamente el 221 de la Ley Hipotecaria vigente.

(6) Esta presunción, aunque no recogida de manera expresa en los textos hipotecarios españoles, a la manera en que lo está, por ejemplo, en el artículo 970.3 del Código Civil suizo, que dispone que "nadie podrá prevalerse de no haber tenido conocimiento de una inscripción practicada en el Registro fundiario", o del artículo 2.2 del derogado Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, que establecía que "se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido por todos y no podrá invocarse su ignorancia", está, sin embargo, implícita en todo el sistema hipotecario, pues la eficacia de sus pronunciamientos se encuentra en esa misma presunción de conocimiento. Esta presunción supone la existencia de una norma semejante a la recogida en el artículo 6 del Código Civil y referida a las leyes, pues en ambos casos no se trata, en el fondo y como ha puesto de manifiesto la doctrina, de una cuestión de eficacia normativa; y así, lo mismo que las leyes han de ser eficaces frente a todos, conozcan o no su existencia, los pronunciamientos registrales deben serlo también frente a todos, con independencia de que conozcan o no su contenido.

un tráfico desprovisto de la nitidez y el conocimiento. No encontraría apoyo la cognoscibilidad ni la ficción del conocimiento del Registro, pues su única justificación se encuentra en la accesibilidad que todos tienen para acudir a sus libros y se convertiría en una farsa la supuesta seguridad del tráfico, pues la ignorancia efectiva y real de los negocios jurídicos que lo integran, unida a la presunción de conocimiento impuesta y reglada por la Ley, convertiría aquél en un arduo camino lleno de encuentros inesperados y azares imposibles de prever.

El modesto artículo 221, relegado al Título VI, ejemplo de lo accesorio y formal, viene así a mostrar una naturaleza sustantiva y una importancia trascendente en nuestro sistema hipotecario, porque del carácter público del Registro reconocido en este precepto se deriva el derecho que tienen todos los miembros de la comunidad jurídica a recibir información de lo que en sus libros consta.

El derecho o la libertad de recibir información es un derecho o una libertad que poseen todos los miembros de las sociedades democráticas y que se ejercita cada día mediante la libre recepción y comunicación de mensajes. El derecho a recibir información de los mensajes contenidos en los libros registrales es una manifestación puntual de este derecho, y por ello su ejercicio y sus limitaciones han de ser construidas dentro de la problemática general de aquél.

En el año 1861, el año de la publicación de la Ley Hipotecaria, sólo existía la norma del artículo 221 recogiendo este derecho de información; pero en nuestros días, además de haberse modificado sustancialmente los presupuestos sociales y políticos para su aplicación, se ha ampliado correlativamente la normativa jurídica sustantiva, de tal manera que el espectro normativo de la información registral deja de estar contenido únicamente en las normas hipotecarias, para estar sujeta a la regulación general y programática de nuestra Constitución, así como a la específica norma protectora de los derechos de los usuarios de los servicios jurídicos, Ley de Protección de Consumidores y Usuarios.

La Constitución reconoce el derecho a la información como una de las libertades fundamentales del sistema democrático y así en su artículo 20 recoge como uno de los derechos esenciales de éste el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Esta declaración programática, dirigida fundamentalmente a instaurar y proteger la libertad de prensa como ya he dicho en otra ocasión (7), puede ser referida también al derecho a recibir información del Registro de la Propiedad, pues al comprender aquélla la libertad y el derecho a recibir

(7) Véase mi conferencia "La publicidad registral" (art. 607 CC).

informaciones de toda clase, no puede haber obstáculo para que sea referida también al derecho a obtener información del Registro. En general, puede entenderse que este pronunciamiento constitucional extiende su ámbito protector a toda la esfera de la información, y precisamente por él la información se convierte en algo más que un derecho: se convierte en una de las libertades formales más sustanciales para el funcionamiento del sistema democrático. Sin información no se puede crear opinión, y sin ésta cualquier democracia se convierte en una dictadura disfrazada.

En este orden de ideas, el Registro puede y debe ser considerado como una fuente de información, un difusor de mensajes que permite un conocimiento de datos esenciales para el funcionamiento de la seguridad jurídica; y por ello, en cuanto facilita la adquisición de información, el libre acceso al mismo y la posibilidad de acudir libremente a conocer sus mensajes debe ser ampliamente facilitada, porque ello no supone otra cosa que un ejercicio legítimo de la libertad constitucional de recibir libremente información veraz, porque el Registro informa, e informa verazmente (8).

Pero además de esta declaración constitucional, la información como derecho del usuario de los servicios del Estado se dibuja y perfila en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, donde se reconoce el derecho de éstos a recibir una "información correcta"; y ha de entenderse correcta la información que es verdadera y además adecuada a los fines para los que se solicita. Es correcta la información que permite a quien la busca formar una opinión verdadera o construir un juicio propio y personal que le permita tomar una decisión acertada sobre la cuestión consultada o sobre el producto que debe ser consumido.

La información a través del Registro es, o puede ser, correcta porque es facilitada mediante datos verdaderos y por personas independientes y libres de cualquier otra motivación que no sea el servir a la verdad y a la seguridad del tráfico jurídico. El usuario del Registro, según esta Ley, tiene derecho a que se le informe no sólo sobre la mecánica registral que han de seguir los documentos que en él presente, sino también sobre los posibles defectos que adolezcan, la forma de resolverlos, así como, sobre todo, aquello que estando ya inscrito pudiera afectar a sus derechos. La corrección incide en la publicidad y en la información del Registro, haciendo que aquélla se amplíe a las necesidades y se adapte a las finalidades del usuario, y ésta se manifieste de manera que sea comprensible y adecuada a las exigencias del mismo.

(8) La veracidad de la información registral no es sino una consecuencia de los mismos principios reguladores del sistema hipotecario y que de manera muy puntual recoge el párrafo último del artículo 38 de la Ley, al menos en su aspecto de presunción, al decir que "a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo".

La última norma definidora de la información registral, pero, sin duda, la más específica, es el propio texto hipotecario, el cual reconoce ese derecho a cualquier persona que tenga un interés conocido en ella. Esta norma, que procede sin modificación de su contenido de la Ley Hipotecaria de 1861, construye el derecho a obtener información del Registro de la Propiedad bajo los parámetros de la ideología liberal propia de los tiempos de su redacción y recoge, como no podía ser menos, las concepciones y las funciones atribuidas a la propiedad y, de acuerdo con ellas, las finalidades y los objetivos que debía cumplir el Registro; así, aunque la Ley Hipotecaria se promulgaba para proteger y tutelar el tráfico jurídico, las defensas se construían desde el punto de vista individual y no social, desde la óptica patrimonial y no colectiva. Se protegía el tráfico jurídico no porque fuera una pertenencia esencial de la comunidad jurídica como entidad social, sino porque era un fin deseable por los propietarios y, sobre todo, por los que aspiraban a serlo y por todos aquellos que deseaban tomar como garantía de sus préstamos derechos de hipoteca sobre las fincas. No es que se desconociera absolutamente el fin social que podía obtenerse con el Registro de las Propiedades; era que éste no constituía su objetivo inmediato, sino mediato, objetivo al que se llegaba a través de la suma de los bienes, fines y beneficios individuales. Era una cuestión de prioridades; primero, lo individual; luego, como resultado final, lo social.

El derecho de información se construyó también tomando como fundamento proteger al titular registral, al propietario, y para ello trató de limitar el derecho exigiendo para su ejercicio ser titular de un "interés conocido". La dificultad que la expresión entrañaba y que subsiste hoy, pese a los años transcurridos, obligó al legislador a efectuar unas leves referencias a la publicidad registral y a la información que podría obtenerse del Registro en la Exposición de Motivos, tratando seguramente de aclarar y especificar lo que el texto legal no decía. En la Exposición de Motivos, como es bien conocido, se substituyó hábilmente la expresión "interés conocido" y se convirtió en "interés legítimo". En apariencia, pero sólo en apariencia, se aclaraban los términos del texto articulado, pues mencionar la legitimidad del interés no es añadir nada significativo cuando se trata de universos jurídicos porque la legitimidad es un presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos. La ilegitimidad anula el derecho, le priva de su íntima justificación, y así ningún ejercicio ilegítimo de alguna facultad jurídica puede ser admitida o tolerada. La cuestión, pues, a pesar de las buenas intenciones del legislador, seguía siendo indeterminada y quedaba siempre al arbitrio del comentarista o el aplicador de la norma el de determinar mediante un libre examen de las circunstancias concurrentes cuáles podían ser los intereses legítimos y cuáles aquellos que podían reputarse como ilegítimos.

No obstante, la Exposición de Motivos, quizá no satisfecha con esta conversión del interés conocido en interés legítimo, quiso construir la publicidad registral en los términos más amplios posibles, y así se puntualizó que ésta consistiría en que el "Registro de la Propiedad, el Registro de Hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes" (9); pero a pesar de la amplitud de las intenciones, el espíritu de la época se filtraba siempre por cualquier resquicio, y así tras el párrafo anterior introdujo otro que, sin ser restrictivo en sí mismo, anunciaba, subliminalmente, lo más profundo del pensamiento de la época protectora hasta sus últimos extremos del secreto que aún se quería reservar a los propietarios y que, sin embargo hoy, merced a las nuevas orientaciones que imperan, adquiere matices nuevos y permite interpretaciones novedosas que lo relacionan con la intimidad de las personas. Este párrafo dice que en materia de la información que puede obtenerse del Registro, "no son de temer... pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito".

De este párrafo resulta que es posible, aunque improbable según el parecer de los redactores de la Ley, la existencia de pesquisas impertinentes, pesquisas que hay que entender que serían las contrarias a la finalidad atribuidas a la ley por sus creadores y a aquellas otras a las que la óptica del liberalismo considerase ajenas a la función atribuida al dominio y demás recursos sociales y frente a las cuales debería ceder el principio superior de publicidad, pues hay un legítimo secreto en el crédito que podría ser dañado por la inspección del Registro.

Interpretado este párrafo según el lenguaje y la ideología de la época, podría entenderse que apunta a esta esfera de privacidad que hoy se configura como intimidad personal y que es legítimo conservar para cada uno, convirtiendo en ilegítima cualquier intromisión en ella. Pero los tiempos cambian, las ideologías se suceden y los principios incommovibles

(9) La transcripción completa de este punto de la Exposición de Motivos relativo a como entiende la Comisión la publicidad es la siguiente: la publicidad consiste "en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que se haya descuidado inscribir no perjudique por una falta que a él solo le es imputable; al que sin haberla cometido ni podido conocer adquiriera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el Registro de la Propiedad, el Registro de Hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes".

desaparecen, y así hoy no pueden tomarse muy en serio las construcciones decimonónicas aunque las normas jurídicas conserven la misma redacción; por ello aunque el artículo 221 de la Ley Hipotecaria vigente conserve idéntico texto que el artículo 279 de la Ley de 1861, su contenido, merced a una interpretación que la ponga en relación con la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas (art. 3 CC), no puede permanecer idéntico (10).

De lo expresado hasta aquí resulta, a mi juicio, que la información que el Registro puede proporcionar es una manifestación del derecho constitucional a recibir información y no le afectan ni la limitación constitucional de veracidad, por ser ésta una cualidad ínsita al propio sistema hipotecario, ni la de la corrección que resulta de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios, por ser siempre, por veraz, correcta, ya que la corrección es una cualidad incluida en la veracidad; pero sí puede afectarle de alguna manera la restricción que se origina a las pesquisas impertinentes en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, por lo que la cuestión continúa siendo determinar hasta qué punto levantar el velo del Registro puede significar un ataque a la intimidad de las personas y hasta qué punto los datos contenidos en un Registro público y con una finalidad publicitaria pueden significar un ataque a la intimidad; pues si el derecho y la libertad de información son un derecho y una libertad constitucional, el derecho a la intimidad también lo es, por lo que no puede sacrificarse uno a otro sin un estudio detenido y sin una cuidadosa valoración de los intereses que, en cada caso, entren en juego.

La libertad de informar y de recibir información ha existido siempre, y siempre se ha reivindicado con especial énfasis, pues siempre también, en todos los tiempos y en todos los sistemas políticos, la tentación de imponerle limitaciones, frenos y restricciones ha sido una constante en la que, a menudo, todos los gobernantes han incurrido. Limitar la libertad de información encuentra siempre muchas justificaciones en el poder y muy pocas en la sociedad democrática. Extender esta libertad es una de sus justificaciones porque en ella encuentran su apoyo las demás libertades, y por ello profundizar las instancias democráticas significa, en cierta manera, profundizar también en la libertad informativa. Ahora bien, esta profundización no puede efectuarse mediante la anulación de otros derechos sustanciales de la personalidad humana, y concretamente el derecho que todos tenemos de conservar una parte de nosotros mismos cerrada a las pesquisas de los demás; por ello, una vez establecidos los principios

(10) Sucede con este precepto hipotecario algo semejante a lo que sucede con el artículo 348 del Código Civil, pues si bien en ambos la letra permanece invariable, el espíritu que los originó está ya completamente olvidado

que rigen la información, y como una modalidad de ella, los de la información registral, pasamos a efectuar sobre la intimidad personal algunas precisiones, las mínimas, que permitan resolver el problema que tenemos planteado.

II. LA INTIMIDAD PERSONAL

La intimidad y la esfera de lo íntimo, como un reducto de la personalidad cerrada a las injerencias e intromisiones de los extraños, es una creación jurídica reciente. Los romanos no la tuvieron, y en el derecho intermedio se desconoció su necesidad y tampoco se creó ni su concepto jurídico ni su ordenación. Fue el siglo XIX, el siglo del liberalismo, el que habría de sentar las bases de todos el derecho a la intimidad, si bien su desarrollo último y su perfección corresponderá a nuestro siglo.

El liberalismo, que creó el primer acercamiento a la intimidad, como hemos dicho, configuró su núcleo y desarrollo, sus protecciones a la manera del derecho de propiedad, como una extensión de aquélla a la esfera personal. La intimidad fue, durante todo el siglo XIX, el derecho que cada uno tenía sobre su vida personal y que, a la manera del dominio, se podía gozar de ella del modo más absoluto, disponer de ella libremente y hacerla pública o mantenerla secreta, según la propia voluntad decidiera. La intimidad era una esfera cerrada a los demás a la que nadie podía tener acceso y cuya llave estaba en poder de su titular, que podía decidir sobre ella con entera libertad. Hoy la evolución jurídica, sin renunciar totalmente a estos principios, rechaza sus planteamientos y refiere la intimidad no a la esfera de la propiedad, sino a la personalidad, estimando que su esencia se encuentra en la misma naturaleza humana y su dignidad; no concibiéndola tampoco como un derecho absoluto en cuanto a su ejercicio ni en cuanto a su goce ni en cuanto a su tutela, sino más bien como un derecho fundamental que nace con la persona y se extingue con ésta, que es irrenunciable y que tiene un contenido no meramente negativo de prohibir o vetar, sino también positivo de gozar y disfrutar.

La primera, la más conocida y seguramente la más repetida, definición de la intimidad es la formulada por Cooley en su obra *The Elements of Torts* (1873), que la calificó como "the right to be let alone", responde claramente al modelo decimonónico, siendo un reflejo de los ideales y la concepción de vida del liberalismo, y toma como punto de partida un hombre libre, independiente, único y soberano de todos sus actos; un hombre sin vínculos ni dependencias sociales que podía decidir con absoluta independencia y autonomía de todos sus bienes y sus pertenencias, incluyendo entre estas, el ámbito de su propia intimidad.

La concepción moderna supera este primer acercamiento a la intimidad porque no desconoce el hecho de que la vida del hombre se desarrolla en la sociedad y de esta manera, a los ideales de la libertad, independencia y autonomía propios de la concepción decimonónica, añade los de la igualdad y la solidaridad propios de nuestro siglo, y a la dimensión individual, la dimensión social del hombre. Así, apartándose claramente de la opinión de COOLEY, el *Younger Commettee* sostuvo en los años sesenta de nuestro siglo que si “existiera un derecho a la intimidad sancionado por la Ley, a nuestro parecer no debería equivaler al derecho de ser dejado solo. Un derecho de este tipo... sería en todo caso un concepto no realista e incompatible con la idea de sociedad, idea que implica tanto la voluntad de no ser dejado solo como el reconocimiento de que otras personas pueden probar tener interés en nosotros y por ello ocuparse de nosotros” (11).

Esta evidencia de que la vida íntima se desarrolla dentro de un contexto social origina un cambio sustancial en la concepción de lo íntimo y una fuerte limitación de su contenido, pues desde que se reconoce la dimensión social del hombre, aquélla ya no puede ser nunca más concebida como el derecho absoluto de vetar las intromisiones en la esfera personal ni tampoco el derecho a ser dejado solo, entendido como la facultad de apartar a los demás de las cosas que se quiere guardar para uno mismo; porque si lo íntimo es una pertenencia y un derecho fundamental del hombre, la vida de éste no se desarrolla siempre en intimidad y soledad, sino en sociedad y en solidaridad con otros hombres y esta realidad obliga a ceder una parte de nosotros mismos a los demás.

La intimidad en su concepción actual, es el resultado de adicionar a las ideas de libertad de últimos de siglo las de igualdad de los primeros años del nuestro y las de solidaridad social de nuestros días, de tal manera que ese núcleo íntimo que empezó siendo un reino de libertad que permitía alejar a los demás de uno mismo y mantener una esfera cerrada dentro de la personalidad (12) pasó a ser, además de aquello, un ámbito concedido por igual a todos los hombres, para llegar hoy, rotos los esquemas primitivos, a no concebirse ya como una esfera absolutamente cerrada y regida por la voluntad soberana de su titular, sino como esfera en la que, por

(11) Véase M. G. LOSANO, “Los orígenes del Data Protection Act”, inglesa de 1984, en *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 33.

(12) La inviolabilidad de la intimidad era construida a la manera de la inviolabilidad de domicilio, y así, en cita que proviene de M. URABAYEN, *Vida privada e información*, Ed. Universidad de Navarra, 1977, pág. 45, señala T. M. COOLEY que “el hombre más pobre puede, en su casa, desafiar a todas las fuerzas de la Corona. Esa casa puede ser endeble, su tejado puede derrumbarse, el viento puede soplar en su interior, la tormenta puede entrar, la lluvia puede entrar. Pero el rey de Inglaterra no puede entrar, sus ejércitos no se atreverán a cruzar el umbral de la arruinada morada”.

razones de solidaridad y comunidad social, su acceso ha de ser permitido en ciertos momentos y para ciertos fines a la investigación, pesquisa o intromisión social. No es que haya desaparecido la intimidad y su esfera; es simplemente, que se ha hecho permeable a determinadas intromisiones y determinadas pesquisas.

Esta evolución tan rápida, y en parte también tan desintegradora de la idea misma de la intimidad personal, muestra que aquélla no es todavía una categoría definida y clarificada totalmente, sino que es un concepto de historicidad evidente y que en cada momento es necesario una específica y propia delimitación que determine su contenido adaptándolo al momento real vivido; esta cualidad le atribuye una relatividad esencial y exige siempre para su concreción una prudente ponderación, valoración y examen de los elementos que concurren en cada momento y en cada persona (13).

Delimitar la intimidad personal hoy es, entonces, delimitar y definir la distinción entre lo que es público y lo que puede ser considerado como privado, lo que cada uno puede guardar para sí y aquello que ha de estar abierto a todos (14); y esta distinción es tan delicada y tan sustancial que Lord MANCROFT, autor de uno de los primeros proyectos de Ley redactados en torno a la protección legal de la intimidad y que, desafortunadamente, no llegó a ser ley, escribió años más tarde en *The Times* que “el

(13) En la doctrina, esta relatividad del concepto de la intimidad es muy repetida y así puedan consultarse, entre otros, a F. MADRID CONESA, *El derecho a la intimidad, informática y Estado de derecho*, Edit. Universidad de Valencia, 1984, quien señala, por ejemplo, que “tanto lo que rige como ‘privado’, como lo que realmente es ‘privado’, es relativo según el tiempo y lugar y, además, es rápidamente cambiante”; por ello el concepto de la esfera privada no puede nunca ser suficientemente concretado: relatividad tempo-espacial; o a P. GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto de protección penal*, quien entiende que “la intimidad es un concepto que ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, aun cuando la necesidad de salvaguardar del conocimiento ajeno zonas de la propia personalidad se haya manifestado desde antiguo”. Tampoco es desconocida esta relatividad de la intimidad en los estudios y los proyectos prelegislativos, y así el *Younger Committee of Privacy* puso de manifiesto que la noción de “privacy” tiene un contenido emocional, está delimitado por “standars” que cambian, y que la mayor parte de las veces lo que se desea proteger son sentimientos, creencias o comportamientos completamente irracionales, ni tampoco en los mismos textos legislativos; y así nuestra Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 2 recoge esta relatividad al decir que “la protección civil de la intimidad quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservada para sí mismo o para su familia”.

(14) Véanse, entre otros, N. MATEUCCI, “Introduzione pubblico e privato”, en *Privacy e banche dei dati (aspetti giuridici e sociali)*, AA VV., Bologna, 1981, pág. 19, puntualiza que el problema de la “privacy” se incardina en el ámbito de la antítesis o dicotomía, propia de la filosofía política, entre lo público y lo privado o, mejor, de la tensión o del antagonismo entre esfera pública y esfera privada”.

proyecto fracasó porque yo fui incapaz de establecer una distinción precisa entre lo que el público tiene derecho a conocer y lo que un hombre tiene derecho a conservar para sí mismo" (15).

Hoy, aunque es evidente para todos la doble dimensión individual y social del hombre, la doble vertiente pública y privada que tiene la vida de cada uno, la delimitación de una y otra esfera, la diferenciación entre lo íntimo y lo general sigue siendo el centro medular del problema, pues la continua interrelación de una y otra hace muy difícil su separación y diferenciación; y así, cuando se las quiere encuadrar dentro de unas coordenadas precisas que permitan decidir sin ambigüedad ni oscuridad cuándo nos encontramos ante una y otra esfera o cuándo pretendemos definir qué actos deben ser incluidos en una u otra, todo es perplejidad y contradicción, porque en ello juegan no sólo factores objetivos, como podrían ser módulos sociales de comportamiento o valores y convicciones de cada tiempo histórico y cada sociedad, sino también, y casi podríamos decir que preferentemente, factores subjetivos como la cualidad pública privada de la persona, la profesión que ejerce, el género de vida que realice o la manera de comportarse en su vida diaria.

De todas maneras, si se parte del núcleo interno de la personalidad, parece incontestable que todo el conjunto de sentimientos, ideas o voliciones constituyen un núcleo de privacidad o intimidad y deben ser incluidas en esta esfera; pero aun en esta materia de privacidad tan evidente a primera vista —como las ideas, las voliciones y los sentimientos se expresan o se comunican a otros—, la cuestión ya no es tan sencilla y se originan las dificultades, pues desde el mismo momento que se comunican existe ya una intención de hacerlas públicas, de exteriorizarlas y determinar cuando esta exteriorización las constituye o las convierte en parte de la vida pública o las mantiene todavía en su esfera privada, no es fácil de determinar.

Diversos criterios podrían ser manejados, y de hecho lo han sido, para alcanzar esta sutil diferenciación; pero todos ellos, como hemos de ver, resultan insuficientes y ni siquiera el conjugar todos podría llevar a una solución definitiva.

El primer criterio a manejar podría ser el de la materia misma de los datos a considerar o el de la naturaleza de los hechos a valorar, y así podría distinguirse entre aquello que el hombre es, aquello que el hombre hace y aquello que el hombre tiene.

La esfera del ser y, en cuanto incluidos dentro de ella, los datos referidos a lo más específico e interno de la persona, como serían sus senti-

(15) *The Times*, Londres, 22 de octubre de 1969.

mientos, sus voliciones, sus creencias y sus deseos, sería claramente privada, pues lo que el hombre es como persona individual e irrepetible, en cuanto carente de trascendencias o interacciones sociales, puede y debe estar cerrada a las pesquisas ajenas, toda vez que no existe ningún interés superior al propiamente individual en conservar su legítimo secreto.

Lo que el hombre hace, en cuanto implica ya por principio vida de relación, en cuanto supone una apertura hacia el exterior, como puede ser un ejercicio profesional definido o una actividad que pone al hombre en comunicación con los demás, supone un acercamiento hacia lo público y una teórica apertura hacia la legitimación de las pesquisas. Lo que el hombre hace incide claramente en la amplitud de su intimidad, y, así el hombre calificado ordinariamente como hombre público o el hombre que vive para el público, ya sea político, artista o deportista, ve restringido el ámbito de su intimidad, tanto porque su vida interesa especialmente a la comunidad como porque su manera de vivir legitima intromisiones que serían ilícitas en otras personas.

En cuanto a lo que el hombre tiene, en relación a los datos relativos a su patrimonio, hay una consistente postura doctrinal que entiende que no deben ser incluidos en la esfera de la intimidad personal porque todo lo que el hombre tiene está, de alguna manera, relacionado con los demás, ya sea en sentido positivo porque todos los bienes de la sociedad están destinados a la satisfacción de las necesidades de todos, ya en sentido negativo porque generan un deber respecto de todos a permitir un goce exclusivo por alguno o algunos; y así VIDAL MARTÍNEZ (16) entiende que "el derecho a la intimidad consagrado por la Constitución española de 1978 no atiende, en su configuración, a la defensa de intereses patrimoniales", y por ello añade que "este derecho no cubre en línea de principio el llamado secreto bancario" (17).

Sin embargo, esta postura no ha sido siempre la dominante, sino que, por el contrario, la postura dominante, sobre todo en el pasado siglo, era claramente la contraria, y así VIZMANOS-ALVAREZ (18) sostenían que "descubrir los secretos de uno es amenguar su individualidad y atentar contra su honor, contra su propiedad"; y VIADA, refiriéndose al artículo 498 del Código Penal (19), que señalaba, en relación con los secretos que

(16) J. VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1984, pág. 23.

(17) En el mismo sentido, M. IGLESIAS CUBRIA, "El derecho a la intimidad", discurso inaugural del año académico de la Universidad de Oviedo 1970-1971, pág. 16, dice "que la investigación de datos patrimoniales o personales de directísima trascendencia patrimonial no está prohibida".

(18) VIZMANOS-ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, II, Madrid, 1984, pág. 452.

(19) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1980, pág. 337.

debían guardar los dependientes, que aquellos eran todos los que “pueden perjudicar el buen nombre y la fortuna del principal”, afirmaciones que llevan a BAJO (20), de quien proceden las anteriores citas, a concluir que, “habida cuenta de la confusión que se detecta en la literatura jurídica de la época entre ‘secreto’ e ‘intimidad’, parece que la doctrina incluía en la esfera de intimidad también los aspectos patrimoniales o económicos del individuo” (21).

Pero los tiempos han ido cambiando, el secretismo se ha disuelto en la publicidad y la participación, y la intimidad se ha ido reduciendo a aquello que debe ser propio de cada persona y su contenido ha dejado de ser una esfera cerrada a la pesquisa social justificada. Este cambio de orientación se observa en el campo jurisprudencial en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984, que reconoció el derecho de la Administración a levantar el velo del secreto bancario y efectuó unas agudas observaciones sobre la materia de la intimidad.

Esta sentencia se planteó, efectivamente, dos importantes cuestiones en la materia de la intimidad personal: la primera en determinar en “qué medida el conocimiento de las cuentas bancarias por la administración a efectos fiscales debe entenderse comprendido en la zona de la intimidad constitucionalmente protegida”, y la segunda, si puede la Administración, a través de la investigación fiscal, conocer hechos pertenecientes a la esfera de la estricta vida personal y familiar; y a ambas dio soluciones acertadas a la vista de las orientaciones jurídicas más modernas.

La primera la resuelve entendiendo que la respuesta ha de ser negativa, pues aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el fisco operaría un límite justificado a ese derecho... pues “el conocimiento de las cuentas corrientes puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos”, y que el conocimiento de “estos datos” no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente, como no la tiene la declaración sobre la renta o sobre el patrimonio.

La segunda cuestión la resuelve estimando que la actuación inspectora no puede considerarse como una intromisión ilegítima en la intimidad

(20) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Protección del honor y la intimidad. Comentarios a la legislación penal dirigidos por Manuel Cobo del Rosal*, t. I, Madrid, 1982, pág. 101.

(21) Quizá este tratamiento proceda, como ha puesto de manifiesto NOVOA MONREAL en *Derecho a la vida privada y libertad*, Edit. Siglo XXI, 1979, pág. 78, en que el patrimonio era considerado como una proyección en lo material de la persona humana y se procura transponer a él algunas de las características personales, entre ellas la reserva para ciertos aspectos”.

personal por ser actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente.

Supone esta sentencia una clara apertura de la intimidad, en la esfera patrimonial, a la pesquisa social; una ruptura del hermetismo de la intimidad en todo lo que son bienes patrimoniales a la investigación y el conocimiento de la sociedad; una subordinación del individualismo a la solidaridad; un reconocimiento a la función social que hoy se atribuyen a todas las pertenencias patrimoniales. Se dibuja así lo patrimonial, lo que el hombre tiene, como una parte de la intimidad absolutamente permeable a la investigación y a la pesquisa social, de tal manera que si fuere permisible distinguir esferas dentro de la intimidad, ésta sería, seguramente, la menos íntima de todas.

El segundo criterio utilizado para la determinación de la intimidad es el de la voluntad de su titular, el de entender que es la voluntad del hombre la que debe decidir lo que quiere que se sepa sobre su persona y aquello otro que quiere guardar para sí. Este criterio, sin duda sugestivo y atrayente es, sin embargo, insuficiente, porque si bien la voluntad del hombre es un factor de singular importancia en la delimitación de lo que puede ser considerado como íntimo, pues en el aspecto positivo, en el sentido de hacer de su intimidad una esfera abierta para todos, legitimar cualquier investigación o información sobre ella, o hacerla susceptible, incluso, de comercio y tráfico mercantil —como a menudo se comprueba en las llamadas revistas del corazón—, es su voluntad la que decide, en el aspecto negativo, en la facultad de negarse a las pesquisas sociales, no es ella suficiente para convertir sus actos en privados o secretos ni para vetar las investigaciones de la sociedad porque no es ella sola la que decide, la puede diferenciar lo público y lo privado, ni es ella tampoco la que puede regir y fijar la línea divisoria entre ambas, pues junto a ella se alinea la voluntad social, la voluntad de la comunidad, que por principios de solidaridad puede exigir la comunicación y la publicidad.

Nuestra Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 atribuye a la voluntad toda su importancia, pero no la erige tampoco en el único y superior criterio delimitador, y así señala en su artículo 2 que para determinar la esfera de lo íntimo deberá atenderse “al ámbito que por sus propios actos tenga la persona reservado para sí o para su familia”; y en la misma idea abunda la Exposición de Motivos al determinar que la intimidad vendrá determinada de manera decisiva “por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento”; pero no desconoce tampoco el carácter no absoluto de este criterio al legitimar pesquisas independientes de la voluntad del sujeto y basadas en exigencias sociales de conocimiento.

La jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional manejan también estos criterios delimitadores, y así en Sentencia de 17 de octubre de 1985 el Tribunal Constitucional reconoció que la intimidad, ámbito o recinto en el que se veda que otros penetren no puede ser delimitado por la sola voluntad de su titular, sino que su determinación habrá de ser efectuada por el Juzgador, quien para hacerlo deberá tener en cuenta los tiempos, las personas, pero además también los intereses que entren en juego; y en 22 de octubre de 1987 el Tribunal Supremo señaló que la intimidad “viene constituida por dos aspectos directamente relacionados: el de la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia, integrada por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad”.

La voluntad es, en consecuencia, un parámetro importante en la delimitación del ámbito íntimo protegido; pero no es el único porque, de serlo, se convertiría la intimidad y su ámbito en un señorío absoluto y cerrado a la sociedad y a la voluntad en un poder omnímodo y arbitrario, lo cual es contrario a la concepción moderna de los derechos subjetivos, que han dejado de ser poderes sin limitaciones para convertirse en funciones, en poderes-deberes, en facultades que deben ser ejercitados en correlación con los demás poderes y facultades concedidos por el ordenamiento jurídico; y así el Tribunal Constitucional sancionó reiteradamente que “no existen derechos ilimitados” y que “todo derecho tiene sus límites, que en relación con los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino otros bienes constitucionales protegidos” (22).

El tercer criterio es el del interés, pues en materia de intimidad se produce habitualmente el conflicto entre el interés individual de mantener reservada una esfera de la personalidad y el interés de la sociedad de conocer y penetrar en aquel dominio reservado. Este conflicto ha de resolverse mediante una valoración adecuada de los intereses en juego y una elección, en cada caso, de aquel que deba estimarse como más valiosos. Un dato, un hecho, o un acto deberá ser incluido en la esfera permeable al conocimiento y la información si el interés de la comunidad en su conocimiento es más valioso que el interés del agente en que dicho acto no sea conocido. La dificultad, como es evidente, no es establecer un principio general, sino aplicarlo, pues en cada caso los intereses son siempre distintos

(22) Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril, fundamento jurídico 7, y Sentencia 2/1982, de 29 de enero, fundamento jurídico 5.

y, desde el punto de vista individual, los intereses particulares se presentan siempre, o al menos lo parecen, como más valiosos que los generales.

El Tribunal Constitucional hizo estimaciones puntuales en los casos concretos que ante él se plantearon, y así en la Sentencia ya citada de 26 de noviembre de 1984 estimó más valioso el interés público en conocer los datos relativos a la situación económica de un contribuyente que la intimidad personal de éste, porque “la simple existencia del sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria” permita tal investigación, la cual tiene además un claro “apoyo constitucional en el artículo 31.1 de la norma fundamental según la cual todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que en ningún caso tendrán carácter confiscatorio... De ahí la necesidad de la actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta”, reconociendo además que estas intromisiones están legitimadas “por imperativos de interés público”.

Los intereses sociales permiten, pues, una apertura de la intimidad que se justifica en esa dualidad ínsita en toda existencia, lo individual o íntimo que constituye el núcleo de nuestra personalidad y que deriva de la llamada por nuestro primer texto legal “la dignidad humana”, y lo social, que se manifiesta en una interdependencia mutua tanto en lo personal como en lo patrimonial y que, también, es recogido en el texto constitucional en formulaciones indirectas como la de la función social de la propiedad y la de que todos los bienes de la comunidad están destinados a sufragar las cargas y a satisfacer las necesidades de la sociedad entera.

Conjugando alguno de estos criterios, o armonizándolos y reuniéndolos todos, la doctrina jurídica ha formulado en torno a la intimidad teorías distintas y construcciones diversas, en un deseo de ordenar y armonizar los múltiples datos y los contradictorios intereses que confluyen en ella; y aunque sería imposible enumerarlas todas, sí vamos a referirnos a tres de ellas, las más características, que por las consecuencias que pueden obtenerse de ellas tienen un especial interés para nuestro tema. Son éstas las llamadas teoría de la esferas, la del mosaico y la de los *roles*.

La primera entiende que las diversas manifestaciones de la personalidad pueden ordenarse en una escala progresiva que, desde lo íntimo y personal, confluye en lo público y general. Plásticamente, esta escala se representa en esferas distintas y concéntricas; la más interna, núcleo de lo íntimo y la más externa, lugar de la ubicación de lo público; pero con ellas pueden distinguirse, además, una esfera secreta, una esfera de confianza y una esfera social. La más interna, la íntima, constituye el núcleo de la

personalidad y está concebida como un ámbito totalmente hermético a las injerencias externas.

Esta doctrina, muy poco seguida actualmente en cuanto sostiene la existencia de esferas totalmente cerradas a la inspección e investigación social y que, sin embargo, tuvo alguna manifestación en las sentencias de los Tribunales Supremo y Constitucional (23), ha sido criticada no sólo por su desentendimiento de las interrelaciones y las exigencias que la dimensión social del hombre tiene, sino también porque fue incapaz de dar parámetros objetivos y generales que sirvieran para defender y justificar cada una de estas esferas y determinar qué actos, hechos o datos deberían ser incluidos en una y otra (24).

Ante su insuficiencia para justificar la necesaria intromisión social en la esfera de lo íntimo, así como la superación de la construcción de la intimidad como una esfera totalmente cerrada a intromisiones exteriores y la conversión en dogma del principio de que no existe dato alguno en las personas que no pueda estar sometido a alguna injerencia de la sociedad, la doctrina posterior, sin abandonar totalmente la plástica construcción de las esferas, buscó nuevas fórmulas, nuevas orientaciones que permitieran un equilibrio entre la información que cada uno tiene que emitir y la intimidad que cada uno puede guardar para sí mismo; y así, partiendo del hecho real de un hombre miembro activo de una sociedad determinada, los nuevos estudios observaron que la personalidad de cada hombre se compone de un entramado de datos que éste comunica en su vivir social, datos que constituyen continuas aperturas de su intimidad en contextos distintos, en situaciones diversas, y que permanecen dispersos en toda la sociedad.

Esta comunicación de datos y esta dispersión de los mismos son esenciales para la vida del hombre, pues la comunicación constituye el entramado social de su vida y la dispersión es la que hace compatible aquélla con la intimidad personal de cada uno. Mientras los datos permanezcan dispersos en distintos archivos manejados por distintas personas en distintos Registros que sólo conocen personas determinadas, la intimidad sigue subsistiendo, pues nadie conoce la totalidad de los datos. El peligro existe cuando todos los datos se reúnen o confluyen en un archivo común, pues entonces toda la vida personal aparece en un conjunto, y no existe nada, no existe ninguna individualidad que no sea conocida.

(23) Así, la Sentencia de 8 de marzo de 1974 nos habla de la intimidad personal como "el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre", y la de 2 de diciembre del Tribunal Constitucional la califica "como un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren".

(24) Véase F. MORALES PRAT, *La tutela penal de la intimidad: "privacy" e informática*, Edit. Destino, Barcelona, 1984, págs. 128 y sigs.

Este punto de vista supone un positivo avance frente a la teoría de las esferas, porque ya no hay esferas cerradas a la sociedad y porque entiende que la intimidad no se pierde por la comunicación de alguno o algunos datos personales, ya que la intimidad es un todo complejo que constituye la personalidad íntegra del hombre y que se conserva aunque algunos datos, algunos hechos o algunas informaciones se viertan hacia los demás, y se pierde sólo cuando todos los datos, todos los hechos y todas las informaciones se reúnen en un solo banco y permiten conocer total e íntegramente a la persona (25).

Esta teoría concibe la personalidad del hombre a la manera de los antiguos mosaicos —y por ello se la ha bautizado con este nombre—, de tal manera que cada dato es como una de las innumerables piedrecillas de los mosaicos que por sí mismas nada dicen ni significan, pero cuya integración en el conjunto les da un significado específico y permite la construcción del todo. El peligro para la intimidad, según esta doctrina, no está entonces en la comunicación de algún dato específico, sino en la inclusión de este dato en el conjunto general de todos los demás; inclusión que significaría el desvelo general de la intimidad y el conocimiento de todo lo que de íntimo existe en la persona.

Tampoco existe para ella una diferencia sustancial entre una esfera pública y otra privada, una esfera íntima y otra abierta al conocimiento social, sino que una y otra serían accesibles al conocimiento social y la ilegitimidad de la pesquisa no provendría de la intromisión, sino de la manipulación de los datos y de su reunión, pues sería en este momento donde se rompería la reserva y se violaría la intimidad.

Junto a la teoría del mosaico, y muy relacionada con ella, está la llamada teoría de los *roles*, defendida por MULLER (26), que toma como punto de partida el principio de que todo individuo por el mero hecho de vivir en una sociedad organizada protagoniza distintos *roles*, representa diversos papeles en el teatro social e interpreta, a la manera de los actores teatrales, diversos y distintos personajes. Cada hombre debe, en determinados momentos, asumir el papel de amigo, el de padre, el de propietario, el de pagador de impuestos, el de enfermo, el de viajero, etc., y en cada uno emite una cantidad de información adecuada al personaje que está interpretando.

Como propietario deberá desvelar los bienes que le pertenezcan, justificar cómo los ha adquirido y demostrar, en su caso, la inexistencia de

(25) Este es el gran peligro que anuncia la informática moderna y que ha generado importantes estudios dentro y fuera de nuestra patria. Véase, entre otros, la obra de MORALES PRAT, ya citada.

(26) Véase MADRID CONESA, *ob. cit.*, pág. 49.

cargas o limitaciones. Como sujeto pasivo de los impuestos debe desvelar su patrimonio, cuantificar sus ingresos, expresar sus gastos, justificar sus operaciones mercantiles o bursátiles, acreditar el movimiento de sus cuentas, etc. Como enfermo debe hacer constar todas sus dolencias, sus enfermedades anteriores, sus limitaciones físicas, todas sus miserias humanas y, además, en ocasiones también, hasta sus ingresos y los de su familia. Como viajero, señalar sus lugares de preferencia, sus épocas de vacaciones, su número de cuentas bancarias, etc. En todos los supuestos está, sin duda, desvelando parte de su intimidad, pero en todos ellos aún conserva una parte de ésta oculta e indesvelada. Esta parte, como es evidente, estará en función, en cada caso, de la naturaleza del receptor de la información, pues en cada supuesto serán distintos los datos relevantes a comunicar; pero está en función, también, del papel que cada persona asuma en cada momento.

Resulta, entonces, que en todo individuo existen unos datos privados o íntimos cuya naturaleza no se determina de una manera fija y total para todas las personas y para todas las situaciones, sino que la delimitación será variable y dependerá, en cada caso, del *rol* que el hombre ejecute o represente en cada momento y de la naturaleza de la persona que haya de recibir esa información, pues lo que para una persona puede estar abierto a la investigación y la pesquisa, para otra puede estar cerrada. No hay una esfera íntima, sino más bien datos íntimos que será posible conservar para uno mismo o será necesario comunicar, según los casos y la cualidad de la persona que efectúa la pesquisa. No se distinguen, pues, entre datos que pueden ser guardados para uno o que se deben comunicar, sino que se distingue entre los *roles* asumidos y las personas y receptores de la información, y la ilegitimidad de la intromisión no nacerá por el conocimiento, sino por el desvío de la información recibida, pues ésta debe ser destinada al cumplimiento del fin para el que ha sido obtenida y sólo este destino justifica su conocimiento.

La teoría de los *roles*, con independencia de la sutilidad de sus pronunciamientos, la agudeza de sus planteamientos y la modernidad de sus fundamentos se convierte, hasta cierto punto, en una teoría autodestructora que rechaza más que construye, pues no establece otra norma general que la de la imposibilidad de establecer normas generales y la necesidad de sustituir aquélla por el examen pormenorizado de cada caso; pero desde otro punto de vista es también una verdadera teoría porque inviste al intérprete de un principio orientador de su pesquisa y su investigación, un principio ordenador de sus indagaciones: el principio de que no hay información alguna o dato alguno que no esté abierto al examen de la sociedad en el cumplimiento de algún fin social, y que para determinar

ante un caso concreto si el dato pertenece o no a la esfera íntima es necesario ponerlo en relación con el *rol* asumido por la persona y la naturaleza del receptor a quien va dirigido.

Los parámetros que determinan la lesión de la intimidad estarán determinados por dos condiciones subjetivas y dos objetivas. Las dos primeras están constituidas por el *rol* específico que en cada momento ejecute la persona que debe abrirse a la pesquisa y por la legitimación subjetiva del receptor del dato informativo y de los medios utilizados para obtenerlo. Las objetivas estarán constituidas por la naturaleza del dato a comunicar y por el uso que se efectúe del dato informativo recibido. La lesión se producirá, o bien porque el dato no es relevante en el específico papel asumido por el titular del derecho a la intimidad, y por tanto no existen razones fundadas para imponerle su comunicación, o bien porque el receptor no tenga legitimación jurídica para solicitar la apertura del velo de la intimidad, o porque para obtener aquélla se utilicen medios contrarios a la Ley o prohibidos por el Derecho.

Si para cerrar este examen del estado actual de la intimidad nos detenemos ahora en su regulación legal, podemos observar que en todos los países y en todos los ordenamientos existe una gran preocupación y una especial sensibilidad ante los problemas planteados por su salvaguardia, y en todos hay leyes que la tutelan o la protegen por ser uno de los bienes jurídicos probablemente más amenazados en nuestros días, nuestro Derecho no es una excepción; y así la intimidad como ámbito de la personalidad protegida aparece expresamente recogida en el artículo 18 de la Constitución y desarrollado puntualmente en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, a la que ya hemos hecho anteriormente referencia.

Esta Ley Orgánica, de singular importancia y trascendencia por ser la primera que efectúa en nuestro Derecho una regulación completa de la intimidad, va precedida de una importante Exposición de Motivos que resuelve no sólo problemas doctrinales anteriores, sino que efectúa pronunciamientos que permiten conocer sin ambigüedad la concepción que de la intimidad tiene el legislador. Así, frente a la Sentencia de 8 de marzo de 1974 que, recogiendo el sentimiento social que exigía una protección del bien jurídico de la intimidad no fue capaz de acoger la doctrina moderna de los *roles* ni de acertar con la verdadera naturaleza de este derecho y se mantuvo sustancialmente en superada doctrina de las esferas (27), la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, después de expresar que “los

(27) Esta sentencia, anterior a la publicación de la Ley Orgánica, seguía entendiendo la intimidad como una esfera cerrada a los extraños y, a la manera de COOLEY, como el derecho a ser dejado en paz y solo, desconociendo las posiciones doctrinales posteriores

derechos garantizados por la Ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más moderna entre los derechos de la personalidad, calificación de la que, obviamente, se desprende su carácter, irrenunciable, irrenunciabilidad referida con carácter genérico a la protección civil que la ley establece”, rechaza la teoría de la esferas y reconoce que “los derechos protegidos en la Ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados” y que los imperativos del interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que no podrán ser reputadas ilegítimas, así como que tampoco serán ilegítimas las consentidas por el propio interesado, posibilidad esta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran”.

La Exposición de Motivos se refiere también a los medios que deben ser utilizados o a los principios que deben ser seguidos para delimitar el ámbito de la intimidad, y a este efecto determina que, además de las leyes, en lo no previsto en ellas se debe acudir a las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y al propio concepto que cada persona, según sus actos propios y su comportamiento, tenga al respecto. Se recoge así la concepción relativista moderna de la intimidad, si no en cuanto a su esencia o existencia, pues en cuanto a esto ya se ha dicho que era un derecho inherente a la personalidad humana, sí en cuanto a sus límites y contenido, pues éste se hace depender de parámetros, que si bien en algunos casos son muy definidos, como las leyes, en otros son indeterminados, como las ideas sociales que se estimen prevalentes en cada momento, y en otros, en fin, son absolutamente indeterminados por tener carácter subjetivo, como son el concepto que cada persona tenga de su propia intimidad. De esta manera la decisión última y la delimitación definitiva de la intimidad se remite al criterio del Juzgador, y así lo reconoció el Tribunal Constitucional, quien señaló en la Sentencia de 4 de septiembre de 1986 que “la delimitación de la esfera íntima es eminentemente relativa y ha de ser el Juzgador quien en su referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso prudencialmente delimite el ámbito de su protección”, puntualizó en la de 28 de octubre de 1986 que “queda encomendado al Juzgador la determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”.

Pero si en materia de delimitación de la intimidad la Ley Orgánica no encuentra apropiado efectuarla de una manera directa y absoluta, en materia de su lesión, en materia de determinación de los modos o maneras de lesionarla no encuentra razones para omitir su numeración, y así en su artículo 5 señala que esta lesión puede tener lugar por:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o una familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de su actividad profesional u oficial de quien los revela.

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

7. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer de la consideración ajena.

Poniendo un mínimo orden en lo que es mera enumeración, podríamos distinguir entre las lesiones que se producen por la intromisión ilegítima misma, las que se producen por divulgación de datos conocidos, tal vez legítimamente, y las que tienen lugar por revelación de datos que, recibidos legítimamente suponen, o bien una desviación de la información recibida, o bien un quebranto del deber jurídico del secreto (28). Existen así lesiones a la intimidad por una intromisión, por divulgación y por revelación ilegítima de datos, y aunque todas ellas encuentran su sanción en la Ley su valoración en orden a la cuantía de un posible resarcimiento es distinto, pues suele entenderse como más grave aquellas que a la intromisión misma añaden la divulgación.

La intromisión supone algo más que una mera pesquisa o investiga-

(28) Las clasificaciones, como es evidente, pueden multiplicarse, y así la doctrina tanto española como extranjera presentan gran número de ellas. Por señalar una sola, producto del autor americano Porseer, que ha adquirido cierto valor paradigmático, se pueden distinguir cuatro maneras de lesionar la intimidad: 1.^a La intromisión en el retiro y soledad de las personas o en sus asuntos privados. 2.^a La divulgación al público de hechos privados. 3.^a Las publicaciones que presenten a las personas bajo una luz falsa no difamatoria. 4.^a La apropiación de determinados elementos de la personalidad de otro con ánimo de lucro. Véase L. FARIÑAS MATOS, *El derecho a la intimidad*, pág. 5.

ción; la intromisión es la inoportuna injerencia en la vida privada de otro, cualquiera que sean los medios utilizados y cualesquiera que sean los fines perseguidos. Ahora bien, no toda intromisión en la esfera íntima será perseguible por el Derecho, sino que, como puso de manifiesto el *Committee* presidido por K. Younger, la intrusión rechazable debía ser la que fuera “sustancial y no razonable” (29).

La intromisión sustancial se opone, como es evidente, a la venal, a la meramente anecdótica, a la que no lesiona esencialmente la intimidad y se mantiene en su periferia o sin dañarla gravemente. La no razonable es la que no encuentra un fundamento que la justifique, es la ilegítima de la que nos habla la Ley Orgánica y, por tanto, será “no razonable”, aquella que no se apoye en un interés general o público, no sea consecuencia del ejercicio de un derecho o no se justifique en la necesidad de evitar un daño mayor; por ende, serían legítimas las intromisiones que se efectúen para la salvaguardia de intereses generales (30), las que se produzcan en el ejercicio de un derecho de igual o mayor valor social que aquél (31) o cuando con ellas se trate de evitar un daño mayor (32).

Existe lesión de la intimidad, además de por las intromisiones ilegítimas, por la revelación de su contenido aun cuando a éste se ha llegado por medios legítimos, como sucede en los supuestos de quebrantamiento del secreto profesional o bien por la divulgación de los datos íntimos.

La divulgación es, evidentemente, un grado más que la revelación de un dato personal; la divulgación incluye, desde luego, a aquélla, pero además supone, en términos generales, la publicación de los datos conocidos, utilizando para ello cualquiera de los medios de comunicación de masas, y en ella incide con especial virulencia la cuestión de las relaciones entre la intimidad y la libertad de información.

La última forma de lesión de la intimidad se produce por la revelación de los datos recibidos legítimamente cuando ello suponga un quebranto de la obligación del secreto que tienen algunos profesionales y que no sólo se protege civilmente en la Ley Orgánica, sino que tiene una directa y efectiva protección penal, o cuando suponga desviación de los datos personales del fin para el que fueron emitidos, pues si bien es cierto que el Estado moderno tiene legitimación suficiente para efectuar específicas intromisiones en la intimidad, también lo es que los datos obtenidos deben

(29) K. YOUNGER, *ob. y loc. cit.*

(30) Es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984 que justifica la legitimidad de que los inspectores fiscales examinen las cuentas bancarias fundándose en el interés general de un equitativo reparto de las cargas fiscales.

(31) Es el caso del ejercicio del derecho de información.

(32) Un ejemplo lo encontramos en la violación del principio de inviolabilidad del domicilio efectuado para salvar la vida de uno de sus titulares.

ser reservados exclusivamente para el fin solicitado sin producirse desviaciones o fugas en los mismos.

De este somero examen de la doctrina, la Ley y la jurisprudencia se deduce que la intimidad ya no puede considerarse un ámbito cerrado a toda pesquisa o investigación social y que no hay ninguna esfera cerrada en la persona humana, pues toda ella, por razones de solidaridad, puede en determinados casos estar sujeta a la intromisión de la sociedad; pero también que en la persona humana existe, como una cualidad inalienable, la posibilidad de tener ámbitos cerrados a pesquisas determinadas, a investigaciones concretas, de tal manera que si frente a la sociedad no hay esferas cerradas, sí las hay frente a personas determinadas; que no hay tampoco datos absolutamente íntimos, pero sí los hay relativamente, y esta relatividad se manifiesta especialmente en aquello que el hombre es y sus pertenencias espirituales, pero que junto a ello lo que el hombre tiene pertenece más a la esfera pública que a la privada, es lo menos íntimo de su intimidad y ha de estar abierto a las pesquisas e investigaciones sociales, porque las pertenencias y las propiedades del hombre están ordenadas a la satisfacción no sólo de sus necesidades personales, sino a las de la sociedad entera.

III. CONCLUSION

Recogiendo en esta parte final de mi estudio las consecuencias de las ideas expuestas en las dos primeras en torno a la publicidad y a la intimidad personal, creo que no puede sostenerse de manera muy fundada que deba cerrarse la información que emana del Registro de la Propiedad en razón a que ésta puede afectar a la intimidad personal protegida, y las razones que cabe alegarse en favor de esta tesis no son otras que las que se deducen de lo ya expresado y que, sintéticamente, pueden reducirse a las siguientes:

El acceso al Registro de la Propiedad para obtener información en torno al estado de las fincas y derechos reales inscritos, así como para conocer quiénes sean los titulares de los mismos y los procedimientos por los que han accedido a sus titularidades debe ser incluido entre una de las manifestaciones de la libertad constitucional de emitir y recibir libremente información veraz, porque el Registro es una institución de titularidad pública y de finalidad igualmente pública y su justificación la constituye la publicidad que presta, constituyendo un derecho inalienable de la sociedad conocer cuáles son los bienes de cada persona y cómo han sido adquiridos para, a través de esa información, determinar si cumplen la finalidad

social que constitucionalmente le corresponde y si en su adquisición se ha observado el principio de legalidad.

Por ello la publicidad registral debe abrirse no sólo a aquel que quiere obtener sus protecciones directas mediante la inscripción de actos jurídicos concretos o de conocimientos precisos sobre fincas determinadas, sino también a aquel que pretende una información más genérica, menos particular, más solidaria y menos individualizada, a aquel que pretende conocer datos o hechos que no afectando a una situación subjetiva y particular afectan, sin embargo, al interés general de que se cumpla el derecho, que se efectúe una correcta distribución de las cargas fiscales y un cumplimiento de la legalidad y la finalidad social de la propiedad, pues la legitimidad democrática se obtiene mediante el respeto generalizado al derecho y la vigilancia de su cumplimiento, siendo la denuncia de sus transgresiones un deber de solidaridad en el que todos estamos involucrados (33).

Facilitar el acceso a los libros registrales es moverse en el ámbito de su finalidad y su justificación, y en consecuencia las limitaciones que pretenden construirse han de ser interpretadas siempre restrictivamente como meras excepciones, ya que no le alcanzan, como ha sido expresado anteriormente, ninguna de las dos limitaciones generales que delimitan el derecho de información: la veracidad y la corrección.

Tampoco, a mi juicio, la intimidad personal puede ser invocada como principio limitador de la publicidad registral y su correlativo derecho de información, pues admitiendo la distinción entre lo que el hombre es, lo que el hombre hace y lo que el hombre tiene a la manera que ha quedado expuesta, los datos que el Registro puede suministrar pertenecen, sin

(33) En sentido contrario la Resolución de 22 de febrero de 1991, manteniéndose en la postura más tradicional, regresiva y casi reaccionaria, dice que "no puede desconocerse el carácter relativo y limitado de la publicidad registral en correspondencia con los objetivos específicos de esta institución, cuales son la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el fomento del crédito territorial, lo que impone el necesario rechazo de todas aquellas pesquisas que son encaminadas a la consecución de otros objetivos absolutamente lícitos, pero ajenos al tráfico jurídico". El contenido de esta resolución no puede ser más desafortunado tanto desde el punto de vista del Derecho positivo como desde el punto de vista de sus consecuencias prácticas. Desde el primero, porque hace una personal interpretación del "interés conocido" del artículo 221 de la Ley Hipotecaria, ya que no basta ahora tener un interés "conocido" ni un interés "legítimo", ni basta tampoco un "interés lícito", sino que es necesario un interés económico que vaya dirigido a adquirir fincas determinadas o a fomentar el crédito territorial; cualquier otro interés podrá ser conocido, podrá ser legítimo, podrá ser lícito, pero al entender de la Administración es insuficiente. Y desde el punto de vista de las consecuencias prácticas, porque coloca fuera del ámbito de la publicidad registral todo el complejo y abundantísimo número de las notas simples que como informaciones solicitadas por las entidades de crédito sirven para la seguridad del derecho y el fomento del crédito personal.

duda, a la última de estas esferas, la menos íntima, la más pública, la que ha de ser más transparente por su carácter puramente patrimonial.

Saber lo que el hombre tiene no es lesionar su intimidad, es permitir que este ámbito en el que los intereses de la solidaridad priman sobre los puramente individuales del secreto se abra a la investigación social. La personalidad del hombre y su intimidad no se violan con este conocimiento, sino más bien se potencian, pues a través de este conocimiento se puede comprobar la moralidad de sus comportamientos sociales y la asunción responsable de sus obligaciones para con los demás.

Por otra parte, si la sociedad moderna se caracteriza por un continuo perfeccionamiento de los comportamientos éticos y por una mayor transparencia en la asunción de sus compromisos, es evidente que toda medida que vaya dirigida hacia la posibilidad de comprobar el cumplimiento de aquellos ideales ha de redundar en un beneficio para todos los miembros del colectivo social.

Además, si como reconoce nuestro más Alto Tribunal no existen derechos absolutos (34) y, por tanto, el derecho de información no puede serlo, tampoco, por idéntica razón, puede serlo el de la intimidad privada. Ambos están sometidos a mutuas interrelaciones y deben ceder ante los intereses que en cada caso tengan rango superior, y en consecuencia ante el interés social del conocimiento y la apertura de los datos meramente patrimoniales de las personas, parece adecuado que esa esfera mínima de intimidad que es la correspondiente al ámbito patrimonial se abra sin restricciones a la investigación y la pesquisa social.

A mayor abundamiento, la concepción moderna de los derechos subjetivos ya no los construye como esferas de poder omnímodas reconocidas a su titular, sino como esferas de poder-deber, como funciones que deben ser siempre ejercitadas *civiliter*, es decir, de la manera que sean socialmente más beneficiosos, pues se atribuyen a cada titular como parte integrante de una comunidad jurídica y es por ella que reciben su legitimación y es dentro de ella donde pueden ser ejercitados legítimamente y ella la que determina su contenido y sus límites. La inscripción en el Registro de la Propiedad es, sin duda, un derecho que el ordenamiento reconoce a todos los miembros de la colectividad y como tal atribuye a su titular unas protecciones jurídicas y unas tutelas específicas; pero junto a ellas le impone también unas limitaciones determinadas, como son un control social más pormenorizado y perfecto y la posibilidad de que otros puedan conocer los bienes que posea.

La publicidad y el derecho de información que por ella se genera tiene

(34) Véanse, entre otras, Sentencias de 8 de abril de 1981, 29 de enero de 1982, 26 de noviembre de 1984, etc.

así la doble función de todos los derechos: la activa de constituir una facultad o poder que el sujeto puede poner en acción, y la pasiva de obligar a su titular a permitir que por la sociedad sean conocidos los bienes que ha inscrito, los títulos por los que ha accedido a ellos y la legalidad y legitimidad de los mismos, permitiendo que una parte de sí mismo, la menos íntima, se abra a la pesquisa social, se haga propiamente pública y conocida.

Además, teniendo el Registro una finalidad tuitiva de las titularidades jurídicas que se acogen al sistema hipotecario del cual es parte fundamental, sería incongruente permitir que cada titular se acogiera al Registro para aquello que le es favorable y rechazara, sin embargo, aquello otro que le resultara incómodo, perjudicial o molesto alegando como excusa la lesión a su intimidad. La intimidad no puede ser instrumentada como un arma a utilizar sólo en la parte favorable, porque si se busca el lado favorable de la inscripción en el Registro debe admitirse el lado desfavorable del conocimiento social. De otra manera se destruiría la finalidad de la institución registral misma, que ha sido y es la de asegurar el tráfico jurídico mediante el conocimiento de las titularidades y los derechos que en ella constan inscritos.

Por otra parte, si como hemos visto una de las causas que excluyen la ilegitimidad de la intromisión la constituye la autorización o permiso de su titular al ser voluntaria en nuestro sistema hipotecario la inscripción, el hecho de acudir libre y voluntariamente a ella, y a través de ella a la publicidad del Registro, se puede entender que existe un consentimiento, al menos presunto, que autoriza la pesquisa y legitima la apertura a la información de los datos de su intimidad, lo cual excluye la ilegitimidad de la intromisión (art. 2.2 LO).

Pero además, si retomamos la distinción entre la lesión mínima a la intimidad, que sería su mero conocimiento y la más grave lesión que sería su divulgación, la consulta a los libros hipotecarios nunca podría tener otro carácter que una mínima lesión, legitimada en todo caso por el interés social del conocimiento, la naturaleza del Registro y la necesidad de proteger la seguridad de la totalidad del ordenamiento jurídico. La divulgación posterior de ese conocimiento o del resultado de esa consulta registral en alguno de los medios de comunicación de masas, lo que pudiera constituir una lesión grave de la intimidad, no depende nunca de la publicidad del Registro, sino del uso posterior que se pueda dar a esos datos registrales de la desviación de los datos recibidos y su destino a finalidades distintas a aquellas para las cuales han sido emitidos; y esta desviación nunca podrá ser referida al Registro mismo ni a su publicidad.

También hay que considerar que la interpretación racional del princi-

pio de cognoscibilidad general que emana de los libros registrales y del que resulta que su contenido se presume conocido por todos tiene que privar a cualquier investigación de su contenido de la condición de ser una “intrusión ilegítima”, porque no puede haber nada más legítimo que convertir en realidad lo que no es más que una ficción. Convertir el conocimiento presunto en conocimiento efectivo tiene que ser el ideal del sistema registral, pues supone la plena efectividad de su función publicitaria. Las ficciones jurídicas no son más que instrumentos que utiliza el derecho para la consecución de resultados justos, pero no por ello dejan constituir procedimientos espúreos e indirectos que se legitiman sólo por sus resultados y casi nunca por sus fundamentos. Sustituir las ficciones por las realidades es siempre contribuir a la pureza y justificación del derecho. Las ficciones facilitan, sin duda, o bien la eficacia de la norma misma, o bien la efectividad de determinadas situaciones cuya realidad, si tuviera que ser probada en cada caso, harían muy difícil su virtualidad o colocarían a los sujetos en diabólicas y difíciles coyunturas de prueba; pero no por ello deben dejar de ser consideradas como indeseables o como el último remedio al que sólo es lícito acudir cuando se han agotado todos los demás. Crear ordenamientos jurídicos sin ficciones, ordenamientos constituidos, apoyados y fundados en realidades es mucho más técnico y más jurídico que lo primero; por ello cualquier sistema que sustituya las ficciones por realidades ha de ser considerado más técnico y más seguro para la certidumbre y eficacia del Derecho. Conocer lo que ya se supone conocido y nos afecta no puede entrañar ninguna lesión de la intimidad personal, sino más bien debe ser el ejercicio de un derecho estimulado por la propia sociedad.

Desde otro punto de vista, desde el punto de vista de los intereses concurrentes, el interés social del conocimiento supera al interés privado del secreto, porque los datos que se guardan en el Registro tienen una finalidad social relevante ya que están ordenados a la seguridad del tráfico jurídico y, a través de él, a contribuir a la seguridad del derecho y al cumplimiento de la legalidad de todos los epifenómenos que en él confluyen, lo que constituye valores sociales irrenunciables en cualquier sociedad moderna y democrática.

Así, como fácilmente se comprueba, la seguridad del tráfico no es un valor individual, sino social; la función de la propiedad no es una función privada, sino social; la denuncia de posibles irregularidades en el uso del suelo tampoco es una acción individual, sino social; el conocimiento de las situaciones patrimoniales de las personas no es un beneficio individual, sino, sobre todo, social; lo mismo que el control del uso y destino de los fondos públicos es una exigencia pública más que privada, el conocimiento

de los patrimonios en orden a una adecuada y justa distribución de las cargas sociales es interés público más que privado, el conocimiento de la distribución de los bienes inmuebles en orden a su planificación y ordenación es finalidad social más que privada y, de igual manera, el conocimiento de las fortunas de las personas que ejerzan cargos públicos, en cuanto puede servir de medio para controlar el ejercicio del poder, el conocer las maneras como algunas personas han adquirido sus patrimonios, en cuanto puede ser un instrumento para combatir el fraude inmobiliario o el tráfico de influencias, son más intereses sociales que individuales.

Tampoco debe olvidarse que el Registro de la Propiedad es público y su finalidad es la publicidad, y si no puede decirse que por su propia naturaleza sea contrario a la intimidad personal, sí puede decirse que la ignora, que su desenvolvimiento y su desarrollo histórico se ha efectuado siempre dirigido y orientado por el parámetro de la publicidad, de hacer conocido lo que contienen sus libros, aunque para ello algunas veces necesite complementar ésta mediante recursos excepcionales como son la publicación de edictos en los tabloneros de anuncios de los Ayuntamientos (art. 205 LH) o en un periódico oficial, como sucede hoy día con el Registro Mercantil.

La grandeza del Registro ha consistido siempre en adaptarse, sin modificar sus planteamientos, a las necesidades de cada tiempo histórico. Originariamente, en los albores de la creación de la ciencia hipotecaria, el Registro se construyó con la estricta finalidad de obtener la seguridad de la propiedad y la seguridad del tráfico jurídico, pero de una propiedad y de un tráfico jurídico propio de los tiempos en que fue creado, de una propiedad y de un tráfico conforme con las directrices del liberalismo económico en la que los fines individuales y los objetivos personales primaban sobre lo colectivo y lo social, y de una seguridad del tráfico que se movía más por la protección de la clase poseedora que por la finalidad social de garantizar para todos la certeza de las relaciones jurídicas, y por ello la publicidad se construyó más para la protección de los poseedores, tenedores o propietarios antiguos que de la legitimación de los futuros adquirentes. El secreto del crédito todavía parecía asomarse entre las líneas de la concepción publicitaria de la Ley de 1861, y así la publicidad tenía que luchar todavía contra la larga tradición de oscurantismo, reserva y secreto, pues se presentaba como un enemigo irreconciliable de los grandes propietarios, que si bien eran grandes titulares de tierras, eran también soportadores de vinculaciones, gravámenes y cargas que ningún signo exterior mostraba; y así lo señaló en florida frase TREHILLARD en su discurso en defensa de la Ley de Hipotecas al decir que con la publicidad y la transparencia de las titularidades y las cargas de la propiedad “los

poderosos veían desvanecerse su funesto crédito; no podían, en adelante, consumir la riqueza de los crédulos ciudadanos que juzgando por las aparentes exterioridades suponían siempre la realidad donde encontraban brillo y esplendor”.

La evolución de los tiempos, el derrocamiento de aquellas concepciones ideológicas, la sustitución de la propiedad cuasiquiritaria por una propiedad social supuso la creación de nuevas concepciones jurídicas y nuevos aires renovadores en el universo social y político, rompiendo los esquemas liberales de la propiedad y la publicidad. La propiedad puso en primer plano su finalidad social y dejó de ser un señorío cerrado para todos, excepto su titular, para convertirse en un territorio abierto a la satisfacción de los intereses de la comunidad, un terreno donde a través de lo individual lo social cumplía su finalidad primera. Paralelamente, la publicidad ocupa su lugar y su función verdadera. Conocer quiénes son los propietarios y cuáles las cargas que gravitaban sobre ella y cómo habían sido los medios por los que habían accedido a la misma deja de ser un patrimonio exclusivo de sus titulares para convertirse en un objetivo de la sociedad entera.

Una seguridad del tráfico jurídico moderna tiene que superar la restringida manifestación de la adquisición y transmisión de determinados bienes individualizados, para convertirse en una seguridad general de la eficacia de los actos jurídicos y del cumplimiento de las obligaciones asumidas. La seguridad del adquirente de la propiedad o de las hipotecas tiene que ser completada con la seguridad del cumplimiento de meras obligaciones y contratos, y si la primera se construyó mediante la publicidad, la segunda debe seguir el mismo camino y orientarse hacia la publicidad de los patrimonios, pues el conocimiento de éstos permitirá deducir la solvencia y la seriedad de cada persona en la asunción de sus compromisos jurídicos, y consecuentemente con ello el Registro y su publicidad deben abrirse no sólo a aquellos que según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 “quieran adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle...”, sino también a aquellos otros que teniendo intención de celebrar algún contrato desean conocer la solvencia económica de alguna persona haciendo pesquisas de su patrimonio (35).

Esta ampliación de la publicidad no supone lesión alguna de la intimidad personal porque el usuario del Registro en su *rol* de titular de bienes

(35) Esta apertura de la publicidad registral a estos nuevos objetivos publicitarios ha permitido, sin duda, el desarrollo del crédito personal. Véase A. GIL MARQUÉS, “Proyección histórica y actual del sistema hipotecario”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Edit. Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1985, págs. 775 y sigs.

o derechos comunica una información, unos datos necesarios para el funcionamiento no sólo del sistema registral, sino también de la seguridad del cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico, y la comunicación de estos datos a otros usuarios no implica una desviación ilegítima de la información, sino, por el contrario, cumplir la finalidad para la que fueron obtenidos (36).

Y, en fin, si la intimidad es concebida como un mosaico integrado por la ordenación de infinitos datos, la revelación de alguno o algunos, como son aquellos que pueden obtenerse a través de la información registral, nunca pueden afectar a aquélla, porque ni constituyen todos las piezas del mosaico personal, ni siquiera todas las que constituyen la esfera patrimonial, pues numerosos datos de ésta nunca tendrán acceso a los Registros de la Propiedad.

Por todo ello, y como conclusión final, creo que es un objetivo deseable la extensión de la publicidad registral hasta los límites racionalmente posibles, y me parece que nunca puede constituir uno de estos límites la intimidad personal.

PLÁCIDO PRADA ALVAREZ-BUYLLA

Registrador de la Propiedad

(36) No es transferible mi juicio ni siquiera por vía de analogía; las limitaciones que en orden a los Registros administrativos recoge el artículo 105 de la Constitución, pues el Registro de la Propiedad no es un Registro administrativo y, por ende, su regulación, tanto en cuanto al funcionamiento como al acceso al mismo, está sometido a normas específicas que lo separan de los Registros administrativos

Características del Derecho comunitario europeo

SUMARIO: I. POSICION DEL DERECHO COMUNITARIO.—II. CARACTERÍSTICAS 1. UNA COMUNIDAD DE DERECHO 2. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS 3. SISTEMA INSTITUCIONALIZADO DE CREACIÓN DE NORMAS. 4. SISTEMA INSTITUCIONALIZADO DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. 5. COLABORACIÓN INTRACOMUNITARIA. 6. AUTONOMÍA. 7. COMPLEJIDAD. 8. UNIDAD FUNCIONAL. 9. PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL —III. A MODO DE CONCLUSION.

I. POSICION DEL DERECHO COMUNITARIO

Una de las primeras dudas que plantea el Derecho comunitario es la de su naturaleza jurídica, concretamente si es Derecho internacional o Derecho interno de los Estados miembros.

En principio, la respuesta parece inclinarse hacia el plano internacional y así parece confirmarlo su origen, ya que las Comunidades Europeas nacieron de Tratados internacionales (1); sin embargo, un análisis más detenido muestra que las Comunidades Europeas ofrecen una serie de rasgos distintivos con las organizaciones internacionales de tipo tradicional: La organización y forma de tomar decisiones de las Comunidades Europeas, totalmente desconocidas hasta ahora; la amplitud y el carácter de las competencias legislativas, administrativas y judiciales atribuidas a las Comunidades Europeas, a las que han renunciado los Estados miembros; los Tratados fundacionales imponen derechos y obligaciones no sólo

(1) Tratado de París de 18 de abril de 1951 por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea (CEE) y el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituyó la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEA o EURATOM).

a los Estados miembros, sino también a los ciudadanos de dichos Estados; las Comunidades Europeas producen una cierta integración de soberanías, originando un germen de supranacionalidad, mientras que las organizaciones internacionales son de cooperación de soberanías, etc. (2).

Ahora bien, el hecho de que el Derecho comunitario no sea Derecho internacional en sentido estricto, no significa, por este solo hecho, que sea Derecho nacional de los Estados miembros, porque se apoya sobre unos principios generales totalmente nuevos y, por tanto, desconocidos en los ordenamientos internos: a) el "efecto directo" de las normas comunitarias; b) la "primacía del Derecho comunitario"; c) la existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación de las normas comunitarias, realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), a través del recurso prejudicial (art. 177 TCEE) (3).

A) El "efecto directo" significa que las normas comunitarias deben desplegar la plenitud de sus efectos de una manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez (4).

Este efecto directo conlleva las siguientes consecuencias:

1.^a Las normas comunitarias no necesitan ser traducidas a normas de derecho interno, sino que son directamente aplicables desde su promulgación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*.

2.^a Las normas comunitarias son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes conciernen, sean Estados miembros o particulares.

3.^a Las normas comunitarias pueden ser directamente invocables por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros; esto es consecuencia de que los sujetos del Derecho comunitario son tanto los Estados miembros como sus ciudadanos, hecho que lo diferencia del Derecho internacional tradicional.

Gozan de "efecto directo" las normas comunitarias que sean jurídicamente perfectas (*self-executing*), o lo que es igual, las normas que establecen obligaciones claras y precisas de hacer o no hacer; que no estén

(2) Sobre este punto me remito a mi trabajo "Las fuentes del Derecho en el Derecho comunitario europeo y en el Código Civil", en la *RCDI* noviembre-diciembre 1990, núm. 601, págs. 349 y sigs.

(3) J. V. LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, págs. 6 y 9; COUVREUR, *L'ordre juridique communautaire en l'Espagne et les Communautés Européennes*, Bruselas, págs. 13 y sig.

(4) Sentencias VAN GEND-LOOS de 5 de febrero de 1963 y SIMMENTHAL de 9 de marzo de 1978.

sometidas a condición ni a término; no subordinadas a su ejecución o efectos a ningún acto posterior y que no dejan a los Estados un poder discrecional para dictar medidas de ejecución necesarias (5).

B) La "primacía del Derecho comunitario" es una consecuencia del efecto directo y de la obligatoriedad general del ordenamiento comunitario; la "primacía" radica en el "principio de autonomía o de atribución de competencias", puesto que las cedidas a la Comunidad solo pueden regularse por normas comunitarias, de ahí la nulidad de las leyes nacionales posteriores que pretenden regularlas (6).

La "primacía" obliga a los jueces nacionales, no a los poderes legislativos; corresponde al Juez ordinario nacional, competente en una materia determinada, la obligación de aplicar el Derecho comunitario íntegramente, dejando sin aplicar y en virtud de su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que haya de solicitar o esperar la eliminación previa de esta última por vía legislativa; por tanto, la "primacía" de las normas comunitarias puede tener un alcance mínimo (la no aplicación de las normas internas que se opongan, lo que se llama "esterilización") y un alcance máximo (la declaración de nulidad de dichas normas internas por el Juez ordinario si el derecho interno así lo autoriza).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario, ha declarado reiteradamente que el Derecho comunitario es un "ordenamiento autónomo", distinto del Derecho internacional y del Derecho interno de los Estados miembros (7); en efecto, el Derecho comunitario responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos que producen una cierta integración de soberanías, originándose con ello un germen de supranacionalidad; ello implica una atribución de competencias a las instituciones comunitarias y una correlativa limitación de soberanía para los Estados miembros. Cuando el TJCE habla de soberanía, no se refiere a la concepción abstracta y tradicional, como se estudia en el siglo XIX, sino a la "divisibilidad de la soberanía" o "soberanía dividida", perfectamente adecuada para describir el mecanismo de la integración. El nacimiento de un fenómeno nuevo, las Comunidades Europeas, conlleva la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, que afecta a las instituciones comunitarias, a los Estados miem-

(5) Sentencia VAN GEND-LOOS, ya citada.

(6) Sentencia de 16 de diciembre de 1960. El TJCE considera condición fundamental de la existencia y funcionamiento de la Comunidad la aplicación uniforme y regular del Derecho comunitario en todos los Estados miembros (S. 13 febrero 1969).

(7) Sentencias VAN GEND-LOOS de 5 de febrero de 1963 y COSTA-ENEL de 15 de julio de 1964.

bro y a las personas, físicas o jurídicas, de los Estados miembros; de esta forma, los ciudadanos comunitarios estarán sujetos a dos ordenamientos jurídicos, el nacional y el europeo, que prevalecerá siempre, caso de discrepancia entre ambos.

A la vista de las consideraciones expuestas, puede llegarse a la conclusión de que el Derecho comunitario se sitúa entre el Derecho internacional y los Derechos nacionales de los Estados miembros (8).

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COMUNITARIO

Aceptando como punto de partida este planteamiento, que el Derecho comunitario es un "ordenamiento autónomo", intermedio entre el Derecho internacional y los Derechos nacionales de los Estados miembros, vamos a analizar los rasgos generales de este nuevo ordenamiento jurídico, que se complementa y apoya en el Derecho interno (art. 5 TCEE) (9), y al que, sin embargo, se impone y modifica. Limitarse a afirmar, sin más precisiones, que es un "derecho *sui generis*", equivale a dejar el problema sin respuesta.

1. UNA COMUNIDAD DE DERECHO

La CEE ha sido caracterizada por WALTER HALLSTEIN como una "Comunidad de Derecho" (Rechtsstaat), como expresión paralela a la de "Estado de Derecho", para poner de relieve que la Comunidad es tributaria del principio de legalidad en igual o superior medida que los Estados miembros (10).

Este planteamiento conlleva las siguientes consecuencias:

1.^a Que el ejercicio de las competencias que los Estados transfieren a la comunidad se hace con sometimiento a unas normas jurídicas que, a su vez, cristalizan en otras normas jurídicas, que vinculan a las propias instituciones de las que emanan (11).

2.^a Que en la CEE existe una jerarquía normativa: el artículo 189 TCEE enumera los instrumentos normativos —Reglamento, Directiva,

(8) Sobre este punto me remito nuevamente a mi citado trabajo, pág. 352

(9) Este artículo 5 TCEE formula la llamada "cláusula de lealtad a la Comunidad o cláusula general *stand-still*", que veremos en la nota 2, letra b)

(10) MARTÍNEZ LAGE, "Las fuentes del Derecho comunitario", en la obra *Introducción al Derecho comunitario europeo*, editada por el Consejo General del Poder Judicial, 1984, págs. 73 y sigs

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, págs. 361 y sigs., citado por MARTÍNEZ LAGE, *op. cit.*, pág. 74.

Decisión, Recomendaciones, Dictámenes— que pueden utilizar la Comisión y el Consejo para el cumplimiento de las misiones que les encarga el Tratado de Roma (arts. 2 y 3 TCEE); dichos fines no se podrían lograr si no se respeta la jerarquía normativa del artículo 189 TCEE, con lo que no existiría ni una unión aduanera ni mercado común ni, en consecuencia, comunidad económica.

Aunque a primera vista pueda parecerlo, el artículo 189 TCEE no adopta un sistema de *numerus clausus*, ya que su enumeración no es exhaustiva, cerrada, como veremos al analizar su relación con el artículo 173 TCEE (12). Las instituciones comunitarias con capacidad legislativa, la Comisión y el Consejo, no disponen de poder general para adoptar todos los actos necesarios para realizar los objetivos de los Tratados, solo pueden ejercer este poder en el caso de que éstos lo hayan previsto (arts. 3.º y 189 TCEE).

El artículo 189 juega un papel esencial en el TCEE, aunque sólo contiene la “definición legal” de los actos comunitarios; todos los actos que enumera tienen un denominador común: son actos funcionales, pues se refieren al cumplimiento de la misión que deben realizar la Comisión y el Consejo, con lo cual se diferencian de las disposiciones que tienen un alcance meramente interno y de organización.

El artículo 189 TCEE no establece ninguna jerarquía formal de las fuentes comunitarias; sin embargo, no resulta forzado distinguir entre: actos vinculantes (Reglamentos, Directivas, Decisiones) y no vinculantes (Recomendaciones y Dictámenes); cualquiera de los actos normativos puede proceder indistintamente bien de la Comisión, bien del Consejo.

Aunque el Tratado de París, de 18 de abril de 1951 por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA) es más audaz en cuanto a su técnica jurídica que el TCEE, sin embargo el artículo 189 constituye un progreso en la sistematización y terminología jurídica con respecto de aquél, pues ante la amplitud y complejidad del objetivo a conseguir la creación no sólo de un mercado común, sino también de una verdadera comunidad económica hubiera sido absurdo pretender codificarlo todo, lo que se traduciría en un Tratado con miles de artículos, repitiendo con ello el error de la excesiva rigidez del TCECA. Por esta razón, la lógica jurídica impuso una solución de tipo constitucional: atribuir a las instituciones comunitarias, la Comisión y el Consejo, un auténtico poder normativo, guardando el más completo respeto a los principios recogidos en los Tratados fundacionales (13).

(12) En la conclusión siguiente.

(13) Para un estudio detenido de este artículo 189 TCEE y de sus instrumentos normativos me remito nuevamente a mi trabajo citado, págs. 359 y sigs.

3.^a Que la Comunidad ha establecido un control jurisdiccional de su propia actividad, con competencias muy similares a las que en el derecho interno ejercen las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa (arts. 175 y sigs. TCEE).

En efecto, el artículo 173, después de establecer que el Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión que no sean Recomendaciones o Dictámenes (es decir, de los Reglamentos, Directivas y Decisiones), añade que será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o “de cualquier norma jurídica” relativa a su ejecución o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión. Al hablar este artículo 173 TCEE de Tratado o de “cualquier norma jurídica” se deduce que tiene un alcance general, un valor que trasciende al mero recurso de anulación de los actos comunitarios; en otros términos, esto significa que los autores del TCEE destacaron que las normas del Derecho forman parte de las normas escritas del Tratado, de donde se deduce que, cuando el TJCE aplica o interpreta el Derecho comunitario, ha de juzgar también en base al Derecho comunitario no escrito, por lo que podrá aplicar normas, escritas o no escritas, de la civilización jurídica europea, lo que pone de relieve el carácter amplio y abierto del Derecho comunitario.

Prescindiendo, de momento, de la función de asegurar el “respeto del derecho” en la interpretación y aplicación de los Tratados (14), el TJCE tiene como función esencial asegurar el “control de la legalidad” de los actos de las instituciones comunitarias con respecto al Tratado y demás fuentes del Derecho comunitario, a petición de los Estados, de otras instituciones o de los particulares, bien directamente, bien con ocasión de un recurso que se le presente; en definitiva, vela para que los Estados miembros respeten las obligaciones que les imponen los Tratados y el Derecho derivado.

En virtud del “control de la legalidad”, el TJCE se asemeja a la jurisdicción constitucional cuando debe juzgar si los actos legislativos del Consejo se ajustan o no al Derecho comunitario. En cambio, su papel se parece al de una jurisdicción contencioso-administrativa cuando debe pronunciarse sobre la legalidad de los actos individuales de la Comisión. Pero como la infracción al ordenamiento jurídico puede realizarse mediante acción u omisión de las instituciones Comunitarias, el recurso de omisión permite a las instituciones, a los Estados miembros y, en determinadas condiciones, a los particulares, hacer que el TJCE declare la abstención

(14) Artículos 164 TCEE, 136 TCEEA y 31 TCECA, que veremos al estudiar la nota 4.

culpable del Consejo o de la Comisión. Mediante Sentencia de 29 de marzo de 1990, asunto C-62/88, GRECIA/CONSEJO, apoyado por el Reino Unido y la Comisión, el TJCE rechazó el recurso presentado por Grecia, con el que se pretendía obtener la anulación de un Reglamento CEE (núm. 3955/87 del Consejo) relativo a las condiciones de importación de productos agrícolas originarios de terceros países como consecuencia del accidente ocurrido en la central nuclear de Chernobyl, basándose en la necesidad de un “control completo y coherente de la legalidad”.

El profesor J. V. LOUIS resumía con gran precisión esta característica de Comunidad de derecho: “La Comunidad no tiene poder directo de coerción, ejército ni policía; tiene una infraestructura administrativa limitada y debe basarse, en gran parte, en la de sus Estados miembros; no es un Estado y sus normas son el derecho que crea...” (15).

2. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Para expresar la gran importancia que el TJCE ha tenido en la formación y elaboración del Derecho comunitario, JEAN BOULOUIS hablaba de una verdadera “legislación jurisprudencial” (16). Pues bien, pocas veces resulta tan evidente esta afirmación como ante el fenómeno esencial de la atribución de competencias a las instituciones comunitarias y de la correlativa limitación de soberanía a los Estados miembros. De manera sistemática, el TJCE ha ido perfilando las bases en que se apoya esta atribución de competencias comunitarias: a) el “principio de los poderes limitados”; b) el “principio de lealtad comunitaria”, y c) la doctrina de “efecto útil y del efecto necesario.

a) Según el “principio de los poderes limitados”, la transferencia de competencias soberanas entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros sólo opera en el ámbito de las materias a que se refieren los Tratados, pero dicha transferencia significa una privación definitiva de los Estados miembros mientras subsista la CEE, salvo revisión de los Tratados.

Este principio fue formulado por la importante Sentencia de 15 de julio de 1964, M. FLAMINIO COSTA contra ENEL, con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Giudice Conciliatore de Milán, en base al artículo 177 TCEE, para interpretar varios artículos del Tratado

(15) J. V. LOUIS, *op. cit.*, pág. 21.

(16) JEAN BOULOUIS, *Droit institutionnel del Communautés Européens*, París, 1981-1982, pág. 156.

en el litigio por no pagar el demandante, M. Flaminio Costa, un recibo de electricidad a ENEL ("Entre Nationale Energia Elettrica", impresa già della Edison Volta). En el motivo fundado en la obligación del Juez de aplicar la Ley interna, señala que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el TCEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; al constituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más particularmente, de poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y han creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos; esta integración, en el derecho de cada país miembro, de disposiciones que proviene de fuente comunitaria, y más generalmente los términos y el espíritu del Tratado, tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, en consecuencia, serle opuesta: que la fuerza ejecutiva del Derecho comunitario no puede, en efecto, variar de un Estado a otro al amparo de medidas legislativas internas ulteriores, sin poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado contemplados en el artículo 5 TCEE ni provocar una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 7 TCEE. La transferencia operada por los Estados de un ordenamiento jurídico interno en beneficio del ordenamiento jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, implica, pues, una limitación definitiva de sus derechos soberanos contra la cual no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de comunidad (17).

Esta distribución de competencias entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias permite hablar, al menos desde un plano teórico, de competencias excluyentes, concurrentes y paralelas. Para las primeras, competencias exclusivas o excluyentes, tiene que existir una atribución expresa en los Tratados para que los órganos comunitarios puedan actuar en un sector determinado, fijando una política común, por ejemplo, la comercial (18); en estos casos, los poderes normativos de los Estados

(17) *Jurisprudencia del TJCE*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Secretaría de Estado para las relaciones con las Comunidades Europeas, Madrid, 1984, págs. 32-34.

(18) Desde que finalizó el período transitorio el 31 de diciembre de 1969 (art. 113 TCEE)

miembros dejan de existir y no pueden dictar medidas que amplíen o modifiquen su alcance. En la Sentencia de 18 de noviembre de 1970, CHEVALLEY contra COMISION, caso 15/70, el primero preguntó a la segunda qué conducta debería seguir en caso de un posible conflicto entre la legislación nacional y el Derecho comunitario, no buscando una Decisión, en el sentido del artículo 189 TCEE, sino más bien un consejo, contestando la Comisión que no iba a adoptar ninguna medida (19).

Hay competencias concurrentes, señala PELLICER ZAMORA, en los sectores en los que la capacidad de actuación del Estado miembro subsiste, siempre y cuando no haya habido una actividad comunitaria en el sector; cuando no haya actuación comunitaria, los Estados miembros quedan libres (20). La Sentencia de 14 de diciembre de 1971, COMISION contra REPUBLICA FRANCESA, declaró el incumplimiento por parte de Francia de las obligaciones que le incumbían en virtud del TCEEA o EURATOM, al concluir fuera de la Agencia de Abastecimientos contratos sobre la importancia del uranio enriquecido y plutonio procedentes de Canadá y Africa del Sur, señalando que cualquier iniciativa adoptada fuera del marco de las instituciones comunitarias es incompatible con la unidad del mercado común y la aplicación uniforme del Derecho comunitario, siendo inseparables el régimen de las medidas internas de la Comunidad del régimen de las relaciones externas (21).

b) El artículo 5 TCEE formula la llamada "cláusula de lealtad a la Comunidad" o "cláusula general *stand-still*", es decir, la prohibición de introducción por los Estados miembros de nuevas medidas que puedan implicar una reglamentación más restrictiva en el ámbito de las libertades comunitarias. Para ello impone a los Estados miembros una doble conducta: a) positiva, adoptar todas las medidas, generales o particulares, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del TCEE, y b) negativa, abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado.

Apoyándose en esta norma, la jurisprudencia comunitaria ha ampliado las competencias de la Comunidad, reconociéndose no sólo las facultades

(19) Casos complementarios: Caso 125/78, GEMA (Comunicación de posición), 18 de octubre de 1979; Caso 90/78, GRANARIA (Reglamento), 28 de marzo de 1979; Caso 134/73, HOLTZ y WILLEMSSEN (Reglamento), 15 de enero de 1974; Caso 8/71, DEUTSCHER KOMPONISTENVERBAND contra COMISION (Naturaleza de acción), 13 de julio de 1971; Caso 59/70, HOLANDA contra COMISION (Límites temporales y certeza legal), 6 de julio de 1971; Caso 48/75, LÜTTICKE (Pasos dados durante las fases preparatorias), 1 de marzo de 1966.

(20) R. PELLICER ZAMORA, "Los caracteres del Derecho comunitario", en *La Gaceta Jurídica de la CEE*, noviembre 1985, págs. 75 y sigs.

(21) Sentencia de 14 de diciembre de 1971, en *Jurisprudencia del TJCE*, citado, págs. 185-194.

que expresamente le asignan los Tratados, sino también los llamados “poderes implícitos”, que se deducen de las competencias ya reconocidas en dichos Tratados. La Sentencia de 31 de marzo de 1971, COMISION contra CONSEJO (ERTA), caso 22/70, abordó el tema de los “poderes implícitos”, señalando que estos poderes surgen no sólo de una explícita atribución hecha por el Tratado, por ejemplo, los artículos 113-114, y puede derivarse igualmente de otras disposiciones del Tratado y de medidas adoptadas por la Comunidad en el marco de esas disposiciones. Cada vez que la Comunidad, con vistas a completar una política común prevista por el Tratado, adopta disposiciones, los Estados miembros no disponen ya más del derecho de asumir obligaciones con terceros países que afecten a esas normas. Después de la adopción de esas medidas internas, solamente la Comunidad está en posición de asumir y llevar a cabo obligaciones contractuales para terceros países; el sistema de medidas internas comunitarias no puede así ser separado de las relaciones exteriores. En la medida en que las normas comunitarias han sido promulgadas para conseguir los objetivos del Tratado, los Estados miembros no pueden, fuera del marco de la Comunidad, asumir obligaciones que puedan afectar a esas normas. Estos poderes de la Comunidad excluyen de poderes por parte de los Estados miembros, ya que cualquier paso dado fuera del marco de las instituciones comunitarias sería incompatible con la aplicación uniforme del Derecho comunitario (22).

c) Como consecuencia lógica de dichos “poderes implícitos”, el TJCE ha aplicado la “doctrina del efecto útil y del efecto necesario”, según la cual las normas establecidas por un Tratado internacional o por una Ley implican aquellas otras normas, sin las cuales las primeras no tendrían sentido o no permitirían una aplicación razonable y útil o son indispensables para garantizar la eficacia de las primeras; en consecuencia, la jurisprudencia comunitaria adopta siempre aquella interpretación de una norma comunitaria que sea más favorable al proceso de integración, permanente y dinámico, de las Comunidades.

Este fenómeno esencial de la atribución de competencias a las instituciones comunitarias y correlativa limitación de soberanía a los Estados

(22) Casos relacionados: Caso 187/..., LAND DE SARRE contra FRANCIA (Central nuclear de Cattenon), 22 de septiembre de 1988, Caso 165/87, COMISION contra CONSEJO (No competencia expresa del Consejo), 27 de septiembre de 1988; Caso 804/79, COMISION contra REINO UNIDO (Pesca), 5 de mayo de 1981; Caso 141/78, REPUBLICA FRANCESA contra REINO UNIDO (Política de pesca), 4 de octubre de 1980; Casos 185/204/78, VON DAM (Política de pesca), 3 de julio de 1979; Opinión 1/78, GOMA NATURAL (Política comercial común), 4 de octubre de 1979; Caso 61/77, COMISION contra IRLANDA (Política de pesca), 16 de febrero de 1978; Casos 3, 4, 6/76, KRAMER (Política de pesca), 14 de julio de 1976, Caso 8/55, FEDECHOR (Poderes implícitos), 16 de julio de 1956.

miembros está estrechamente relacionado con el tema de las fuentes del Derecho. En efecto, como ya hemos visto, el artículo 189 TCEE distingue claramente entre actos vinculantes (Reglamentos, Directivas y Decisiones) y actos no vinculantes (Recomendaciones y Dictámenes).

El concepto "Reglamento", en el ámbito comunitario, no tiene el mismo sentido que el derecho interno, en el que no sólo tiene rango inferior a la Ley, sino también subordinado en la jerarquía normativa en general (23). Si hubiera que buscarle un equivalente en el ámbito interno, habría que referirlo a la Ley; Reglamento, en el ámbito comunitario, equivale a Ley en el ámbito interno.

"El Reglamento... será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro" (art. 189 TCEE); esto significa que sin la intervención de los Estados miembros tiene vigencia automática en la Comunidad y, como tal, es fuente de derechos y obligaciones para los Estados, sus órganos y los particulares, como la propia Ley nacional; por tanto, el Reglamento no sólo necesita la intervención normativa del Estado miembro, sino que, además, es contraria a su naturaleza. En base a ello, el TJCE ha señalado que los Reglamentos, en cuanto tales, entran en vigor en virtud de su exclusiva publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades (DOCE)* y que son contrarias a los Tratados todas las modalidades de ejecución, cuyas consecuencias podrían ser las de dificultar el "efecto directo" de los Reglamentos Comunitarios y de comprometer de esta manera su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad (24).

El Reglamento, pues, es el instrumento jurídico más completo y eficaz de que dispone la Comisión y el Consejo para cumplir los objetivos del Tratado. En palabras de SAVARY: "El Reglamento es... el verdadero poder europeo. Con él la Comunidad adquiere el derecho de legislar directamente para las poblaciones de los Estados miembros, sin que medien instancias nacionales. Así pues, en aquellos campos en que se prevea el poder reglamentario hay una posible y verdadera delegación de soberanía de los Estados miembros a favor de la CEE" (25).

De lo expuesto anteriormente, la conclusión es evidente: en aquellas materiales en las que las instituciones comunitarias —la Comisión o el Consejo— legislen por vía de Reglamento existirá una efectiva atribución

(23) VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho administrativo*, t. I, UNED, págs. 440 y sigs.

(24) Sentencia de 17 de febrero de 1973, COMISION contra REPUBLICA ITALIANA, Considerando 17, confirmada por las de 10 de octubre de 1973, 2 de febrero de 1977, 31 de enero de 1978, 7 de marzo de 1978, etc.

(25) A. SAVARY, ponente del proyecto de Ley en el que Francia ratificó el TCEE,

de competencias en favor de la Comunidad por parte de los Estados miembros.

La Directiva impone a los Estados miembros una obligación de resultado, pero les deja libertad para elegir la forma y los medios de darle cumplimiento (art. 189 TCEE). La Directiva coincide con el Reglamento en que es obligatoria; pero así como éste constituye una fuente normativa directa, la Directiva es una fuente indirecta; ello supone, por una parte, que la decisión política se toma por las instituciones comunitarias, y, por otra, que los Estados miembros adoptan las disposiciones internas necesarias para lograr ese resultado.

La Directiva deberá ser notificada a sus destinatarios y surtirá efecto a partir de tal notificación (art. 191.2 TCEE), señalándose un plazo para su cumplimiento; los destinatarios deberán comunicar a la Comisión las medidas internas que adopten para lograr el resultado señalado en la Directiva, para poder ejercer el control y entablar, llegado el caso, un recurso por incumplimiento. En consecuencia, una vez transcurrido el plazo concedido para adoptar el derecho interno a la Directiva comunitaria existirá, al menos en teoría, como en el caso del Reglamento, una efectiva atribución de competencia de los Estados miembros a favor de la CEE (26).

La Decisión coincide con el Reglamento en que ambos son obligatorios en todos sus elementos (art. 189 TCEE); se diferencian en que el Reglamento tiene un destinatario general, la Decisión, un destinatario individual, sea uno o varios Estados miembros, una o varias personas, físicas o jurídicas.

La Decisión, como la Directiva, debe ser notificada a sus destinatarios, y a partir de ese momento surtirá efectos (art. 191.2 TCEE) semejantes a los del Reglamento, produciéndose en consecuencia una atribución de competencias en favor de la Comunidad.

Las Recomendaciones y los Dictámenes al no ser vinculantes (art. 189 TCEE) no producirán ninguna atribución de competencias a favor de la CEE.

sesión ordinaria, 1956-1957; sesión de 26 de junio de 1957, anexo 5266, pág. 2365, citado por J. V. LOUIS, *op. cit.*, pág. 50.

(26) Sobre las dificultades prácticas de transposición de la Directivas, la Comisión Europea en su sexto "Informe anual al Parlamento europeo sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario" durante 1988, publicado el 30 de diciembre de 1989 (*DOCE*, núm. C330), señalaba que el panorama de incumplimientos resultaba desolador.

3. SISTEMA INSTITUCIONALIZADO DE CREACIÓN DE NORMAS

Una de las exigencias de tipo político que se impone a los Estados que pretenden ingresar en las Comunidades Europeas es la de constituir un Estado de derecho en el que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial tienen un ámbito perfectamente delimitado.

En el plano comunitario el planteamiento es más complejo por la necesidad de mantener un delicado equilibrio entre los intereses de la Comunidad, representados por la Comisión, y los de los Estados miembros, representados por el Consejo; Comisión y Consejo comparten el poder legislativo y el poder ejecutivo, si bien en el procedimiento normativo la iniciativa corresponde, en principio, a la Comisión y la decisión al Consejo. Esto pone de relieve que el sistema normativo de la Comunidad no es equiparable al de un Estado; de ahí la conveniencia de conocerlo.

El artículo 4 TCEE enumera las instituciones comunitarias: el Parlamento, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia (27), que pueden clasificarse en dos grupos. *a)* órganos con facultad de decisión: la Comisión y el Consejo de Ministros; *b)* órganos de control: el Parlamento y el TJCE.

A) *La Comisión*

Es un órgano ejecutivo a quien compete la defensa y promoción de los intereses comunitarios. Sus rasgos más destacados son: su absoluta independencia no sólo de los Estados miembros e intereses privados, sino también respecto de las otras instituciones comunitarias; en consecuencia, no podrán solicitar ni recibir instrucciones de ningún Gobierno, comprometiéndose los Estados miembros a respetar esa independencia y a no intentar influir en los miembros de la Comisión en el desempeño de sus funciones.

En garantía de esa independencia, los Comisarios, mientras dure su mandato (28), no podrán ejercer ninguna otra actividad profesional, sea o no retribuida; respetarán las obligaciones de su cargo, y, caso de incumplimiento, el TJCE, a instancia de la Comisión o del Consejo, podrá decretar su cese o privarle del derecho a la pensión. 2) La comisión es un órgano colegiado en el que las decisiones se adoptan por mayoría y son asumidas colectivamente por todos sus miembros. Esta nota de colegiali-

(27) Otros órganos auxiliares son el Comité Económico y Social y el Tribunal de Cuentas.

(28) Tiene una duración de cuatro años, renovable.

dad conlleva dos importantes consecuencias prácticas: *a)* la corresponsabilidad o responsabilidad solidaria de todos los Comisarios en las medidas adoptadas por la Comisión; *b)* la igualdad entre sus miembros.

Sobre la base del artículo 155 TCEE, los poderes de la Comisión pueden ser clasificados en cuatro grupos: *a)* poder normativo; *b)* poder de control; *c)* poder de decisión, y *d)* poder de ejecución.

a) Poder normativo. La Comisión tiene potestad para dictar disposiciones (art. 189 TCEE) y para iniciar la labor normativa del Consejo de Ministros, lo que la convierte en el motor de la Comunidad. Como regla general, la mayoría de las decisiones del Consejo se toman en virtud de la iniciativa de la Comisión, lo que ha permitido establecer una política común en algunos campos (agrícola, prácticas restrictivas de la competencia...); sólo en casos excepcionales, expresamente previstos por los Tratados, el Consejo goza de este poder de iniciativa [arts. 93.2; 126.b); 236.2; etc.]. De esta manera, la Comisión, haciendo uso de esta iniciativa normativa, colabora a la integración económica de Europa.

b) Poder de control. El TCEE encarga a la Comisión la tarea de vigilar el cumplimiento del Derecho comunitario, primario y derivado (art. 155.1 TCEE), en la que deben colaborar los Estados miembros en virtud de la "cláusula de lealtad a la Comunidad" o "cláusula general *stand-still*" (art. 5 TCEE), antes examinada. Por esta razón, si un Estado incumple la normativa comunitaria, la Comisión le remitirá una comunicación para que ponga fin al incumplimiento. Este procedimiento lo inicia la Comisión mediante un dictamen motivado (art. 169 TCEE), en el que se concede al Estado infractor un plazo para que justifique o se ratifique en su conducta, frente a las apreciaciones de la Comisión (29). Si el Estado no contesta o su respuesta se considera insuficiente, a juicio del TJCE, la Comisión emitirá un informe motivado, requiriéndole para que finalice el incumplimiento en el plazo acordado. El objetivo del informe motivado es doble: por una parte, concretar el objeto del litigio (30), y, por otra, conseguir que el Estado infractor se ajuste al criterio de la Comisión. Finalmente, si el Estado no modifica su conducta en el plazo concedido al efecto, la Comisión queda facultada para iniciar el procedimiento correspondiente contra dicho Estado (recurso de carencia, arts. 175 y 176 TCEE) (31).

(29) El TJCE considera esta posibilidad de alegar observaciones como una garantía de que la Comisión ha observado el procedimiento de constatación de infracciones (S. 15 diciembre 1982, COMISION contra DINAMARCA, núm. 211/81).

(30) Sentencia de 27 de mayo de 1980, Repertorio 1981, págs. 1432-1433.

(31) También en uso de este poder de control la Comisión puede imponer multas a los particulares (art. 87.2 TCEE).

c) *Poder de decisión.* La Comisión tiene un doble poder de decisión: directo o propio, es decir, atribuido directamente por el Tratado de Roma (arts. 155.3.º y 189 TCEE), e indirecto, es decir, el que le atribuya o delegue el Consejo (art. 155.4.º TCEE).

El primero, el poder de decisión directo o propio, se pone de relieve en la potestad de la Comisión para establecer cláusulas de salvaguarda, recogidas en el articulado del TCEE.

El segundo, el poder de decisión delegado por el Consejo de Ministros, es mucho más que una simple delegación de poder, como las de derecho administrativo interno, porque el órgano delegante —el Consejo— no tutela al órgano delegado —la Comisión— y porque la atribución sólo puede hacerse precisamente en favor de la Comisión y no de ningún otro órgano comunitario.

En uso del poder de decisión propio, la Comisión puede emitir dictámenes y formular recomendaciones (art. 155.3.º y 189 TCEE), que aunque no son jurídicamente vinculantes tienen un indudable valor político y moral para los Estados miembros; también puede dictar normas obligatorias (Reglamentos, Directivas, Decisiones), para el cumplimiento de las misiones que tiene asignadas (art. 189 TCEE).

d) *Poder de ejecución.* El artículo 155.4 TCEE atribuye poderes de ejecución para la Comisión; el TJCE ha señalado que por poder de ejecución debe entenderse que el Consejo de Ministros puede conferir a la Comisión amplios poderes de apreciación y de ejecución en razón de los objetivos generales.

Finalmente, en relación al poder de ejecución atribuido por el Consejo, la Comisión ejecutará el presupuesto de la comunidad y podrá transferir créditos de capítulo a capítulo o de subdivisión a subdivisión (art. 205 TCEE).

B) *El Consejo de Ministros*

Es el órgano que goza de un verdadero poder de ejecución al tener potestad legislativa (art. 189 TCEE). El Tratado de Roma lo configura desde una doble perspectiva: *a)* como órgano comunitario, cuando se reúne en el seno de las Comunidades Europeas y actúa por iniciativa de la Comisión, y *b)* como órgano intergubernamental, emanado de la soberanía de los Estados miembros.

Esta doble perspectiva convierte al Consejo en el único órgano comunitario en el que aparecen representados los intereses de los Estados miembros, pero, sin embargo, es independiente de dichos Estados. Esta inde-

pendencia permite al Consejo: adoptar sus acuerdos por mayoría de los miembros que lo componen (art. 148.1.º TCEE); que la abstención de un Estado miembro no impide la adopción de los acuerdos que requieran unanimidad (art. 148.3.º TCEE); que un Estado pueda interponer recurso ante el TJCE contra una decisión del Consejo (art. 173 TCEE), y que ningún Estado miembro puede argumentar que su representante no ha seguido las instrucciones recibidas para no cumplir una obligación emanada del Consejo.

Indudablemente, el rasgo más acusado del Consejo es el de ser el órgano legislativo de la Comunidad Europea. El artículo 145 TCEE le atribuye “poder de decisión”, para cuyo ejercicio podrá utilizar todos los instrumentos normativos enumerados en el artículo 189 TCEE (32). Se trata, pues, de un órgano legislativo de carácter no parlamentario y no sometido al control político de ninguna institución comunitaria. Como órgano legislativo, la única responsabilidad del Consejo es estrictamente jurídica, que puede serle exigida ante el TJCE a través de un recurso directo para controlar la legalidad de los actos del Consejo (art. 173 TCEE); sin perjuicio, naturalmente, de la responsabilidad de tipo político a nivel interno de cada Estado miembro.

La principal tarea del Consejo consiste en adoptar las disposiciones de aplicación de los Tratados. En efecto, en base al artículo 145 TCEE, el Consejo tiene claramente atribuidas las siguientes competencias:

1.^a Asegurar la coordinación de las políticas económicas generales de los Estados miembros con el propósito de acercarlas paulatinamente para conseguir una auténtica integración económica.

2.^a En uso del “poder de decisión” puede adoptar actos normativos de carácter obligatorio (Reglamentos, Directivas, Decisiones) y no obligatorio (Recomendaciones y Dictámenes); unos y otros señalan las líneas generales de actuación de la Comunidad y tienen una clara influencia no sólo en los Estados miembros, sino también en los demás órganos comunitarios.

3.^a Dentro del “poder de decisión” cabe incluir también las “decisiones *sui generis*” (Beschätüsse) (33), concepto diferente del comprendido en el artículo 189 TCEE (por ejemplo, la decisión del concluir un acuerdo internacional), pero que encuentran apoyo en otras normas del Tratado (arts. 8, 25, 70, 93, 98, 108...).

(32) Ha sido precisamente el TJCE el que desde hace bastantes años viene relacionando este “poder de decisión” del Consejo con la potestad legislativa (S. 9 marzo 1978, SIMENTHAL).

(33) WOHLAFARTH, EVERLING, CLAESNER y SPRUNE, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zur Vertrag*, Berlín, 1960, pág. 444.

C) *El Parlamento Europeo (PE)*

Es un órgano consultivo de la Comunidad de carácter esencialmente político, con competencias de control y deliberación (art. 137 TCEE), que guarda muy poca semejanza con los Parlamentos nacionales en orden al desarrollo de sus funciones porque carece de toda potestad legislativa y sólo participa a título consultivo en la elaboración de los actos normativos (34). De entre las facultades que tradicionalmente se reservan a los Parlamentos, la única que tiene atribuida es la de aprobar el presupuesto general de la Comunidad; sin embargo, se intenta imprimirle una nueva fuerza, un mayor dinamismo, confiriéndole para ello mayores competencias que las actuales, como veremos más adelante.

Las atribuciones del PE pueden sistematizarse en la siguiente forma:

a) Poder de deliberación: La participación del PE en la elaboración de los actos normativos emanados de la Comisión o del Consejo se limitan a la pura y simple consulta; ahora bien, el hecho de que los Tratados exijan esa consulta para determinados supuestos no significa que la opinión del PE sea vinculante para el Consejo o la Comisión, pues sólo hay esa obligación de consulta en los casos señalados expresamente en los Tratados; sin embargo, desde 1979, como consecuencia de las primeras elecciones por sufragio universal directo, el PE es consultado en la totalidad de los casos para adoptar una decisión.

b) Poder de control: El PE ejerce un control político sobre la actuación de la Comisión a través de la moción de censura; caso de prosperar, los Comisarios se verían obligados a renunciar colectivamente a sus cargos.

Dentro de este poder de control, la Comisión debe presentar anualmente un informe general sobre la situación de la Comunidad (art. 148 TCEE), en el que deberá existir un capítulo especial dedicado a la evolución de la situación social de la Comunidad (art. 50 Reglamento de Régimen Interno del PE).

c) Poder de participación en la revisión de los Tratados: El PE tiene competencia para proponer, a título consultivo, modificaciones en los Tratados funcionales (art. 14.7 TCEE); cuando se haga necesaria una acción de la Comunidad para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de sus objetivos, sin que el Tratado haya previsto poderes al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al PE, adoptará las disposiciones oportunas (art. 235 TCEE).

d) Poder de participación en la conclusión de determinados acuerdos

(34) El Tratado de Roma lo llama "Asamblea" (art. 4 TCEE), pero a partir de la Resolución de 20 de marzo de 1962 (*DOCE* 26 abril) se le denomina Parlamento Europeo

internacionales: El Tratado de Roma establece la necesidad de consultar previamente al PE cada vez que se trate de concluir acuerdos de asociación por parte del Consejo (art. 238 TCEE). En este sentido, el PE desempeña un importante papel en las relaciones internacionales a través de las Delegaciones permanentes o misiones parlamentarias, relaciones con parlamentarios de terceros países, creación de la Asamblea consultiva ACP-CEE, etc.

e) Poder en materia presupuestaria: Cada año, la Comisión elabora un proyecto de presupuesto que remite al Consejo y, este, al PE; las posturas que el PE puede adoptar son varias: 1) aceptar el presupuesto, en cuyo caso se convierte en definitivo; 2) modificarlo, en cuyo caso si el Consejo acepta las enmiendas introducidas por el PE respecto de los gastos no obligatorios se entiende aprobado; caso contrario, el Consejo deberá elaborar un nuevo proyecto de presupuesto; 3) que el PE se abstenga no manifestando su opinión, en cuyo caso el presupuesto es aceptado.

El poder del PE en materia de presupuestos se ve reforzado por una doble circunstancia: que, en definitiva, es el PE quien aprueba el presupuesto y que será el PE el que encargue oficialmente a la Comisión la ejecución del presupuesto comunitario.

D) *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)*

Como en todo Estado de derecho, en la Comunidad Europea rige la clásica división de poderes legislativo, ejecutivo y judicial; éste corresponde al TJCE, único para las tres Comunidades CECA, CEE y CEEA o EURATOM, desde el Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965, también llamado Tratado de Fusión de los ejecutivos. Órgano supremo del ordenamiento comunitario, es la institución más prestigiosa e independiente, garantiza la constitucionalidad de toda la actividad comunitaria; de carácter permanente y obligatorio; se trata de una jurisdicción interna, de creación original, que se inserta en un ordenamiento jurídico particular, como es el comunitario, y que no deriva ni del derecho interno de los Estados miembros ni del Derecho internacional, sino del Derecho comunitario europeo.

Sus funciones resultan una combinación de las que corresponderían a un Tribunal Constitucional, a una jurisdicción administrativa, a una jurisdicción civil y a una jurisdicción internacional; es de naturaleza supranacional y, a través de sus interpretaciones, favorece la creación y consolidación de un auténtico Derecho comunitario europeo (35).

(35) Una exposición muy detenida de las instituciones comunitarias puede verse en

4. SISTEMA INSTITUCIONALIZADO DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Como ya hemos indicado anteriormente (36), el Derecho comunitario se apoya sobre unas bases o principios generales totalmente nuevos y desconocidos en los ordenamientos internos: a) la “primacía del Derecho comunitario” sobre los derechos nacionales; b) el “efecto directo” de las normas comunitarias; c) la existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación de las normas comunitarias, realizada por el TJCE, a través del recurso prejudicial (art. 177 TCEE).

El Tratado de Roma atribuye al TJCE la misión de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado (art. 164 TCEE); de pronunciarse sobre las infracciones del Derecho comunitario por los Estados miembros (arts. 169 a 171 TCEE) y de controlar la legalidad de los actos de los otros órganos comunitarios (arts. 173 a 176 TCEE). A diferencia del TCECA, al que se considera como “Tratado-ley”, pues el carbón y el acero han quedado sustraídos a la soberanía de los Estados miembros, al TCEE se le considera, en términos generales, como “Tratado-marco”, es decir, que se remite a la acción de las instituciones comunitarias, enuncia objetivos y principios y prevé el procedimiento mediante el cual esas mismas instituciones deberán ponerlos en práctica. Ante este planteamiento, el TJCE se inclina por métodos funcionales de interpretación, concretamente por el método sistemático y teleológico, es decir, en función del objetivo perseguido, interpretando las normas según el espíritu, economía y términos de los Tratados (37), complementando cada uno de los Tratados en función de los otros dos (38) y estableciendo los principios fundamentales de la creación comunitaria: los principios de igualdad, de libertad, de solidaridad, de unidad del mercado común, de primacía y efecto directo, la doctrina del efecto útil y el efecto necesario de las normas y, finalmente, el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. Prescindiendo de los principios de primacía y efecto directo ya examinados, vamos a referirnos brevemente a los restantes.

El principio de igualdad o de no discriminación lo formula uno de los “principios” del Tratado de Roma, en la primera parte: con carácter general, el artículo 7 TCEE prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad y, con carácter específico, el artículo 48.2 TCEE lo aplica a la libre circulación de personas, servicios y capitales. Resumiendo la abundante

E. BARRACHINA JUAN, *Las instituciones de la CEE*, Barcelona, 1988, y MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 1987, págs. 89-182.

(36) En apartado I, *Posición del Derecho comunitario*.

(37) Sentencias de 7 de noviembre de 1962 y 1 de diciembre de 1965.

(38) Sentencia de 13 de junio de 1958.

jurisprudencia comunitaria sobre esta materia, puede señalarse que la prohibición de discriminación comprende:

- a) Las discriminaciones directas, por ejemplo, los empleos reservados a los nacionales.
- b) Las discriminaciones indirectas, por referencia a criterios aparentemente neutros, pero que, en realidad perjudican a los no nacionales, por ejemplo, reservando empleos a los que residen en el país desde hace cinco años.
- c) Las discriminaciones formales contenidas en la legislación o en las reglamentaciones.
- d) Las discriminaciones de hecho como consecuencia de una decisión o de una práctica administrativa (39).

El principio de libertad es esencial en el ámbito comunitario, inspirado en la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (art. 8.A TCEE) (40), lo que implica eliminar los obstáculos a la libre circulación e interpretar restrictivamente las excepciones a este principio, contenidas en los artículos 48.4 y 55 TCEE, que, en esencia, señalan que la libre circulación no es aplicable a los empleos de la Administración Pública o que estén relacionados, aunque sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

En una conocida sentencia, REYNERS contra BELGICA (41), el TJCE tuvo que pronunciarse sobre el alcance del artículo 55 en lo referente a la profesión de abogado. Al señor Reyners, holandés residente en Bélgica, se le negó el ejercicio profesional en Bélgica donde tenía el diploma legal para ejercer la profesión de abogado, porque la legislación belga subordinaba la concesión del derecho de establecimiento a los no nacionales a una condición de reciprocidad y no existía un acuerdo de esta naturaleza entre Bélgica y Holanda. A la pregunta de si la profesión de abogado entraba en la libertad de establecimiento (art. 52 TCEE) o le eran aplicables las restricciones del artículo 55 TCEE, el Tribunal señaló que las excepciones consentidas por el artículo 55.1 deben limitarse a aquellas actividades que, en sí mismas, constituyan una relación directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública. La profesión de abogado, en su

(39) Sentencias de 11 de abril de 1973, asunto MICHEL S., pág. 457; 3 de julio de 1974, CASAGRANDE, pág. 773; 29 de enero de 1975, ALAIMO, pág. 109; 30 de septiembre de 1975, FLORINI; etc. Un estudio sobre este punto puede verse en F. HERBERT, "La libre circulación de los trabajadores en el Tratado CEE", en *Gaceta Jurídica de la CEE*, marzo 1986, págs. 365 sigs.

(40) Artículo añadido por el artículo 13 del Acta Unica Europea.

(41) Sentencia de 21 de julio de 1974, Caso 2/74.

conjunto, no lleva aparejado el ejercicio de la autoridad pública, ni siquiera cuando la asistencia de abogado es obligatoria, o es un monopolio legal. La discreción de la autoridad judicial y el libre ejercicio del poder judicial quedan intactos; el artículo 55.1 TCEE no es, por tanto, aplicable a la mayoría de las actividades típicas de un abogado (42). En definitiva, comentaba J. V. LOUIS, la jurisprudencia se desliga del fundamento puramente económico para hacer prevalecer el concepto general de la igualdad de trato (43).

El principio de solidaridad también ha sido invocado por el TJCE con respecto a la negativa deliberada de un Estado miembro de respetar sus obligaciones comunitarias, así como apoyar la afirmación de competencia exclusiva en materia de política comercial. En la Sentencia de 7 de febrero de 1973, COMISION contra ITALIA, Caso 39/72, la Comisión recurrió contra Italia por incumplir su obligación de establecer un sistema de incentivos para el sacrificio de vacas y para mantener fuera del mercado la leche y productos derivados, señalando que un Estado miembro no puede basarse en un hecho del que él mismo es responsable; para eludir el procedimiento judicial y que una sentencia comunitaria puede ser de interés sustantivo para establecer las bases de la responsabilidad en la que puede incurrir un Estado miembro como resultado de su incumplimiento, en relacion a otros Estados miembros, la Comunidad o particulares (44).

5. COLABORACIÓN INTRA-COMUNITARIA

Uno de los rasgos más destacados del ordenamiento comunitario es, a mi juicio, la colaboración entre los órganos comunitarios en el proceso normativo, consecuencia del carácter *sui generis* de la estructura institucional comunitaria.

Para regular este diálogo Comisión-Consejo, el Tratado de Roma, en su redacción primitiva, estableció el procedimiento decisorio (art. 149 TCEE), que, en la práctica, resultó ser de una gran complejidad y atribuía un limitado papel al Parlamento Europeo. Por estas razones, en la primera ampliación y revisión sustancial de los Tratados, efectuada por el Acta

(42) Casos relacionados: Caso 292/86, GULLUNG (Abogado ejerciente), 19 de enero de 1988; Caso 222/86, UNECTEF y HAYLENS (Discriminación de diplomas), 15 de octubre de 1987, Caso 96/85, COMISION contra FRANCIA (Requisitos para el simple ejercicio), 30 de abril de 1986; Caso 197/84, STEINHAUSER (pintor artístico), 18 de junio de 1985; Caso 182/83, FEARON (Requisito de residencia), 6 de noviembre de 1984; Caso 246/80, BROEKMEULEN (Protección del nacional en el Estado de acogida), 6 de octubre de 1981, etc.

(43) J. V. LOUIS, *op. cit.*, pág. 26.

(44) Caso relacionado: FRANCIA contra COMISION, 7 de febrero de 1979.

Unica Europea (AUE) (45), se modificó el procedimiento de toma de decisiones, mejorándolo, al sustituir la unanimidad por la mayoría cualificada de los miembros, por el nuevo procedimiento de cooperación con el Parlamento Europeo y por el reforzamiento de las competencias de la Comisión en la ejecución de las decisiones.

El nuevo procedimiento de cooperación del artículo 149 TCEE, redactado por el artículo 7 del AUE, distingue tres fases correspondientes a la participación de otras tantas Instituciones comunitarias, que señalamos brevemente.

1. *La iniciativa de la Comisión*

En el proceso normativo, el poder de iniciativa corresponde casi en exclusiva a la Comisión, mediante una propuesta para que el Consejo pueda deliberar; normalmente, se trata de una propuesta formal, pero también puede ser de otro tipo (memorándum, comunicación o informe), que después se traducirá en propuestas específicas, a sugerencia de organismos profesionales o de los gobiernos; el Consejo también puede pedir a la Comisión que proceda a los estudios oportunos para la realización de objetivos comunes y que le presente las propuestas adecuadas (art. 152 TCEE).

La propuesta de la Comisión al Consejo es el resultado de un largo proceso de negociación, en el que intervienen la propia Comisión, organizaciones profesionales, interlocutores sociales y expertos nacionales. Se inicia mediante una fase de documentación, en la que se recogen informaciones exactas sobre la cuestión y su situación, de hecho y de derecho, en los Estados miembros. Sigue una fase de consulta, sobre la base de las posibles soluciones propuestas y el comienzo de las deliberaciones; una vez elaborado un anteproyecto, se somete al Colegio de Comisarios, que se publica en la serie C del *Diario Oficial de las Comunidades (DOCE)*, en caso de ser aprobado por mayoría simple de los Comisarios (art. 17 del Tratado de Fusión de los Ejecutivos). Aprobada definitivamente la propuesta, se transmite al Consejo, acompañada de una Exposición de Motivos y de una carta de transmisión, en la que se indica el trato que se espera reciba la propuesta y la conveniencia de consultar o no al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

(45) El AUE entró en vigor plenamente el 1 de julio de 1987, *BOE* de 3 de julio de 1987, núm. 158.

2. *La consulta al Parlamento Europeo*

El Parlamento Europeo representa la participación de los pueblos en la construcción europea; hasta ahora, su papel ha sido muy reducido, pues se limitaba a emitir un dictámen consultivo, no vinculante, para el Consejo, pero, actualmente, se le ha dado una mayor participación en la toma de decisiones, mediante el procedimiento de concertación y el procedimiento de Cooperación.

a) Dictámenes: El dictamen sólo resulta preceptivo en determinados casos, pero, en la práctica, se solicita aun cuando no sea necesario; la consulta la solicita formalmente el Consejo, una vez recibida la propuesta de la Comisión.

Como regla general, el dictamen no es vinculante para el Consejo, por excepción, el AUE ha establecido dos supuestos en los que es necesario: en caso de adhesión de nuevos Estados a la CEE y en los acuerdos de asociación y asimilados (arts. 237 y 238 TCEE, redactados conforme a los arts. 8 y 9 AUE).

b) Concertación: el procedimiento de concertación concede al PE una especie de veto suspensivo, que permite retrasar la decisiones del Consejo; se inicia en los casos en que el Consejo no se ajusta al dictamen del PE; se nombra una Comisión de Concertación, constituida por el Consejo y el PE, con participación de la Comisión, para aproximar posturas, y cuando este objetivo ya se ha logrado, el PE emite un nuevo dictamen y el Consejo decide.

El procedimiento de concertación se aplica a los actos comunitarios de alcance general con notable implicación financiera y, dentro de éstos, sólo a los que originan gastos repetitivos, por ejemplo, un Reglamento para establecer un fondo comunitario.

c) Cooperación: el procedimiento de cooperación también constituye una especie de veto suspensivo, que retrasa la decisión del Consejo. En síntesis, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previo dictamen del PE fija una posición común, que somete al PE y que puede o no ser aceptada: caso afirmativo, el acto es adoptado; caso negativo, la propuesta vuelve a la Comisión, para que acepte o no las modificaciones del PE; a continuación, el Consejo realiza una segunda lectura; si el PE ha propuesto modificaciones, el Consejo se pronuncia por mayoría cualificada, si la Comisión ha aceptado las modificaciones del PE, o por unanimidad, si la Comisión no las ha aceptado. Si no ha decidido en segunda lectura en un plazo de tres meses, la propuesta originaria se considera no adoptada (art. 149 TCEE, redactado según el art. 7 AUE).

En definitiva, pues, el procedimiento de cooperación supone que cuan-

do las tres instituciones comunitarias están de acuerdo, el Consejo puede decidir por mayoría cualificada y, caso de desacuerdo, ha de decidir por unanimidad.

3. *La decisión por el Consejo*

El proceso de decisión por el Consejo consta de tres etapas: en Grupos de Trabajo, en el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) y en el Consejo propiamente dicho; durante el procedimiento, la Comisión puede modificar su propuesta para llegar a un acuerdo (art. 149.2 TCEE) (46).

6. AUTONOMÍA

En general, la autonomía del Derecho comunitario se desprende de todas las características expuestas anteriormente y, en especial, de la posición de este ordenamiento jurídico, que sirve como punto de partida de este estudio (47).

En efecto, ya hemos visto que entre el Derecho comunitario y las organizaciones internacionales de tipo tradicional existen una serie de rasgos distintivos que los diferencian, pero este hecho, por sí solo, no significa que el Derecho comunitario sea derecho nacional de los Estados miembros, porque se apoya sobre unos principios generales totalmente originales y, por tanto, desconocidos, en los ordenamientos internos: *a)* el “efecto directo” de las normas comunitarias; *b)* la “primacía del Derecho comunitario”; *c)* la existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación de las normas comunitarias, a través del recurso prejudicial del artículo 177 TCEE, anteriormente examinados.

Basándose en estos nuevos principios el TJCE, intérprete supremo del ordenamiento comunitario, ha declarado reiteradamente que el Derecho comunitario es un “ordenamiento autónomo”, distinto del Derecho internacional y del Derecho interno de los Estados miembros (48), que responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos, que originan un germen de

(46) Un interesante estudio sobre el Acta Unica Europea puede verse en E. BONET MARCO, *Introducción al AUE*, Madrid, 1988.

(47) Ver apartado 1, *Posición del Derecho comunitario*.

(48) Las conocidas sentencias VAN GEND-LOOS de 5 de febrero de 1963 y COSTA-ENEL de 15 de julio de 1964.

supranacionalidad; esto explica la atribución de competencias a las instituciones comunitarias y una correlativa limitación de soberanía para los Estados miembros. El nacimiento de un fenómeno nuevo, las Comunidades Europeas, conlleva la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, que se sitúa entre el Derecho internacional y los Derechos nacionales de los Estados miembros (49).

7. COMPLEJIDAD

El ordenamiento comunitario está formado por un conjunto de normas y de principios que, con base en los Tratados fundacionales, inspiran la vida europea, en relación constante con los distintos ordenamientos internos de los Estados miembros. Este orden de cosas hace que en el Derecho comunitario coexistan elementos autónomos o propiamente comunitarios (Tratados constitutivos y Derecho derivado), elementos de Derecho internacional general (Acuerdos de los Estados miembros entre sí o con terceros Estados, Acuerdos de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo) y elementos de Derecho interno (medidas de desarrollo y de colaboración del derecho nacional con las normas e instituciones comunitarias. Este entramado jurídico convierte al Derecho comunitario en un ordenamiento sumamente complejo, en el que se distinguen tres bloques normativos: 1) El Derecho Primario u originario (Tratados constitutivos, nuevas adhesiones, Acta Unica Europea...). 2) El Derecho derivado o secundario (Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes). 3) El Derecho complementario (Jurisprudencia, Costumbre, Principios generales del Derecho, Derecho internacional).

Normalmente, las relaciones entre el ordenamiento interno y el comunitario son de cooperación, que se pone de relieve en varios aspectos: las jurisdicciones nacionales son las encargadas de aplicar el Derecho comunitario (art. 5 TCEE); los reenvíos son efectuados por el ordenamiento comunitario al Derecho nacional, etc.; sin embargo, entre ambos ordenamientos pueden surgir tensiones causadas, en la mayoría de los casos, por la transposición de las normas comunitarias al Derecho interno, tarea compleja, delicada y difícil.

La transposición del Reglamento no plantea dificultad al ser fuente

(49) Esta autonomía del Derecho comunitario se manifiesta en varios aspectos: en la atribución de competencias a las instituciones comunitarias, en el sistema institucional de creación de normas y en el sistema institucional de aplicación e interpretación de las normas ya examinadas anteriormente.

obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 189 TCEE); por tanto, no sólo no necesita la intervención normativa de los Estados miembros, sino que, además, es contraria a su naturaleza. Tampoco planteará dificultades la transposición de la Decisión, que coincide con el Reglamento en que ambos son obligatorios, diferenciándose en que el Reglamento tiene un destinatario general, mientras que, en la Decisión, el destinatario es individual, sea uno o varios Estados miembros, una o varias personas, físicas o jurídicas; el destinatario deberá ser notificado y, a partir de ese momento, la Decisión surtirá efecto (art. 191.2 TCEE). Las Recomendaciones y los Dictámenes, al no ser vinculantes (art. 189 TCEE), tampoco provocarán tensiones. El problema de la transposición con todas sus dificultades, se planteará respecto de las Directivas, que, al imponer una obligación de resultado, exige la intervención normativa de los Estados miembros para transformarla en derecho interno, lo que puede motivar reticencias y retrasos por parte de los destinatarios.

8. UNIDAD FUNCIONAL

El Derecho comunitario constituye una “unidad funcional” en el sentido de que está orientado, con carácter dinámico y progresivo, a la realización de los fines del Tratado, es decir, a la integración europea.

A mi juicio, los factores que configuran este carácter funcional son varios: *a)* el propio Tratado de Roma, que, en su artículo 2, recoge conjuntamente los objetivos económicos (un desarrollo armonioso de la actividad económica en el ámbito comunitario, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente y una elevación acelerada del nivel de vida) y el objetivo político central (relaciones más estrechas entre los Estados miembros); *b)* el TJCE, que ha defendido (Sentencia de 15 de julio de 1960), de manera sistemática y constante, que el ordenamiento comunitario es un “sistema”, cuyo núcleo esencial es el TCEE, no sólo por sus aspectos normativo y jurisprudencial, sino también porque persigue la integración general de las economías, a diferencia del TCECA y del TCEEA o EURATOM, que representan regímenes especiales y, por tanto, parciales; *c)* el llamado “*acquis* comunitario”, entendiendo por tal el conjunto de disposiciones y normas legislativas jurisprudenciales y reglamentarias, decisiones y acuerdos de los representantes permanentes en el Consejo (COREPER), convenciones y acuerdos de la Comunidad Europea con terceros países u organizaciones internacionales y acuerdos entre los Estados miembros, que están en relación con esos acuerdos o convenios,

que constituyen elementos de la integración europea, sobre los cuales no cabe la puesta en discusión por los Estados miembros (50).

La palabra francesa *acquis* (51) tiene una doble acepción: *a)* significa aquello que ya se ha logrado, con esfuerzo, y a lo que no se está dispuesto a renunciar; *b)* algo que está consensuado, que se admite sin discusión; por estas razones de amplitud e imprecisión del concepto, en numerosas lenguas comunitarias se utiliza la palabra francesa original *acquis* (52). Desde la primera adhesión, la Comunidad Europea sentó el principio de que el *acquis* era innegociable: el Estado solicitante podría obtener, en las negociaciones previas, suspensiones temporales de aplicación de algunas normas, medidas transitorias graduales, etc., pero deberá aceptar el *acquis* en el estado en que se encuentre en el momento de la adhesión. Esta aceptación, íntegra y previa, por el país solicitante de todo el Derecho primario, derivado y complementario, contribuye eficazmente a lograr esa unidad funcional con vistas a la integración europea (53).

9. PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL

La noción de personalidad internacional exige el cumplimiento de ciertos requisitos: *a)* autogobierno, y, por tanto, una autonomía sustancial respecto de otras personas de Derecho internacional, en especial, Estados soberanos, *b)* competencia territorial; *c)* potestad del imperio respecto de otros sujetos territorialmente individualizables; *d)* desarrollo de relaciones internacionales de una manera autónoma. El elemento determinante de la relevancia jurídica en el ordenamiento internacional es el resultado de manifestaciones concretas, consistentes en reconocimientos formales o en hechos, implícitos o explícitos, por parte de otras personas jurídicas internacionales (54).

El artículo 210 del TCEE señala que la Comunidad tendrá personalidad jurídica, lo que indica que los Estados miembros han querido proporcionarle la posibilidad de actuar como unidad en el tráfico jurídico internacional y de ser titular de derechos y obligaciones en el ámbito del Derecho internacional. El artículo 211 del TCEE constituye la base para

(50) J. P. LÓPEZ DE SILANES, *Diccionario de las Comunidades Europeas* (voz *Acervo comunitario*), pág. 18.

(51) Participio del verbo *acquérir* (conquistar, adquirir).

(52) Una exposición sobre el *acquis comunitario* puede verse en S. MARTÍNEZ LAGE, *op. cit.*, págs. 95-96.

(53) Sobre esta nota pueden verse BUENO ARUS, *op. cit.*, pág. 103, y M. IGLESIAS CABERO, *Fundamentos de Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1989, pág. 134.

(54) CATALANO y SCARPA, *Principios de Derecho comunitario*, pág. 111.

la personalidad jurídica privada de la Comunidad, al señalar que la Comunidad Europea, dentro del Derecho nacional de los Estados miembros tiene la más alta capacidad de obrar concedida a personas jurídicas por las legislaciones nacionales, en especial, las posibilidades de adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio; en estos casos, la representación de la Comunidad corresponde a la Comisión (55).

La personalidad jurídica internacional de las Comunidades afecta no sólo a los Estados miembros sino también a aquellos países que hayan reconocido la personalidad jurídica de las Comunidades; este reconocimiento surte sus efectos, bien en el ámbito del Derecho interno de los Estados miembros, bien en el ámbito internacional; en este último aspecto, las Comunidades no sólo tienen relaciones con otros Estados, sino también con Organizaciones internacionales (art. 228 TCEE), como las Naciones Unidas, sus organismos especializados, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (art. 229.1 TCEE), el Consejo de Europa (art. 230 TCEE), la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE, hoy OCDE) (art. 231 TCEE), etc., pudiendo celebrar con un tercer Estado, una unión de Estados o una organización internacional, acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocas, acuerdos comunes y procedimientos particulares (art. 238 TCEE).

La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la Ley aplicable al contrato de que se trate (art. 215.1 TCEE); las controversias surgidas sobre esta materia serán de competencia de las jurisdicciones nacionales. En materia de responsabilidad extracontractual, se sigue el principio de la responsabilidad orgánica al establecerse que la Comunidad deberá reparar, conforme a los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, los daños causados por sus Instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones; las controversias sobre esta materia corresponden al TJCE y están sujetas a un plazo de prescripción de cinco años, contados desde el hecho que origina la demanda (Sentencia de 14 de julio de 1967).

La responsabilidad personal de los agentes frente a la Comunidad entra en el marco de las relaciones internas entre la propia Comunidad y sus subordinados, sin que interfiera, por tanto, en el ordenamiento de los

(55) Conforme el artículo 28 del Tratado de Fusión, las Comunidades gozan en el territorio de los Estados miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su cometido; en consecuencia, los edificios, terrenos y archivos de las Comunidades gozan de inmunidad (arts. 1 y 2), están exentos de todos los impuestos directos y tasas (arts. 3 y 4), los diputados europeos gozan de inmunidad parlamentaria (arts. 8 y sigs.) y los funcionarios europeos no pagan impuestos sobre la renta en su país, sino los europeos.

Estados miembros, remitiéndose el Tratado a las disposiciones contenidas en los estatutos o reglamentos aplicables a los mismos agentes (art. 215.3 TCEE).

El propio Tratado de Roma (art. 228 TCEE) impone límites a la competencia internacional de la Comunidad Europea: 1) los acuerdos internacionales sólo podrán celebrarse en los casos textualmente previstos por el Tratado; 2) el acuerdo será negociado por la Comisión y concluido por el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo (56); 3) el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar previamente el dictamen del TJCE sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con el Tratado; si el dictamen es negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor después de que el Tratado haya sido enmendado. Los acuerdos internacionales, una vez concluidos, vinculan a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros, lo que significa que no estarán sometidos al control de legalidad del TJCE (57).

El TJCE ha desempeñado un papel esencial al elaborar la "teoría del paralelismo de competencias internas y externas" (principio *in foro interno/in foro externo*), basada en el reconocimiento a la Comunidad Europea de una amplia competencia implícita en sus actuaciones exteriores. Las resoluciones judiciales en materia de relaciones exteriores, cuantitativamente escasas, cualitativamente muy importantes, son:

— Sentencia AETR, COMISION/CONSEJO, de 31 de marzo de 1971, resolvió un litigio entre ambas instituciones para analizar a quién correspondía, en aquellas fechas, la negociación y conclusión, en el marco de la Comisión económica para Europa de las Naciones Unidas, de un acuerdo europeo relativo al trabajo de las tripulaciones de los vehículos que efectúen transportes internacionales por carretera, AETR, en sus siglas francesas.

— Sentencia KRAMER, de 14 de julio de 1976, que tenía por trasfondo las acciones penales iniciadas contra pescadores holandeses, a quienes se acusaba de haber violado determinadas normas nacionales, adoptadas en ejecución de unos compromisos internacionales en los que Holanda había participado en el marco del Convenio sobre pesquerías del Atlántico Nordeste, firmado en Londres el 24 de enero de 1959, y modificado en 1970.

— Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975; Dictamen 1/76, de 24

(56) Para los tratados más importantes, los de asociación, el TCEE prevé la decisión unánime, previo dictamen conforme del PE, que se pronunciará por mayoría absoluta de sus miembros (art. 238, redactado conforme al art. 8 AUE).

(57) Por esta razón, evitar los inconvenientes del control *a posteriori*, se ha previsto la posibilidad del dictamen previo del TJCE.

de abril de 1976, y Dictamen 1/78, de 4 de octubre de 1979, que responden al dictamen previo del artículo 228 del TCEE antes expresado.

Todas estas decisiones del TJCE tienen un denominador común: reforzar los poderes de la Comunidad en materia de relaciones exteriores e intentar, simultáneamente, presentar tal reforzamiento en términos aceptables para los Estados miembros (58); para conseguir este resultado, el TJCE ha seguido el método teleológico y el razonamiento sistemático, inspirados en los principios de igualdad o no discriminación, libertad (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales), solidaridad (preferencia comunitaria, ayuda mutua) y unidad (unidad de mercado), que desempeñaban un papel determinante en materia de competencias externas de la CEE (59).

III. A MODO DE CONCLUSION

Las consideraciones expuestas destacan, a mi juicio, los rasgos generales del Derecho comunitario y ponen de relieve las dificultades de su armonización con el Derecho interno de los Estados miembros, que le sirven de base (art. 5 TCEE) y al que, sin embargo, se impone y modifica. Estas dificultades se ven acentuadas por el carácter dinámico, progresivo y en constante evolución del ordenamiento comunitario; en efecto, desde comienzos de 1991, la Conferencia intergubernamental trabaja en lo que será el Tratado o Tratados que transformen las Comunidades Europeas

(58) J. M. SOBRINO HEREDIA, "Aproximación a la cuestión de la delimitación de la competencia internacional de la CEE", en *Gaceta Jurídica de la CEE*, julio 1989, págs. 149 y sigs.

(59) J. V. LOUIS, *op. cit.*, págs. 30 y sigs., señala como otra característica del Derecho comunitario la "flexibilidad y rigor en la adaptación de la Constitución comunitaria" en base al artículo 235 TCEE, que, en síntesis, permite a las instituciones comunitarias abordar una serie de problemas vitales para el desarrollo de la Comunidad sin tener que modificar los tratados constitutivos. Sin embargo, a mi juicio, este hecho no constituye por sí solo una nota del Derecho comunitario, sino que se enmarca dentro del mecanismo que todo ordenamiento jurídico prevé para su propia renovación y evolución.

En esta misma línea, MOLINA DEL POZO, *op. cit.*, págs. 326-327, apunta también como una posible nueva nota del Derecho comunitario la "posibilidad de alegación", es decir, que los particulares puedan alegar, en apoyo de una pretensión ante el Juez nacional, una norma comunitaria sin efecto directo y, por tanto, sin posibilidad de ser invocada; esta posibilidad ya había sido negada por el TJCE (S. 22 marzo 1977) sobre la base del artículo 92 TCEE. Como apoyo cita la posición de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, Ed. Cívitas, 1981, pág. 55, en relación con la posibilidad de alegación, ante los Tribunales ordinarios, de los principios rectores de la política social y económica en base al artículo 53.3 de la Constitución; en realidad no señala ningún argumento, limitándose a suscitar el debate.

en una verdadera Unión Política (60); las materias a debate son muy complejas (política exterior, seguridad, ciudadanía europea...), pero desde el punto de vista jurídico, único que aquí interesa, merecen destacarse varias propuestas de transformación de las Instituciones comunitarias.

La primera propuesta, largamente esperada, es la de atribuir al Parlamento Europeo un verdadero poder legislativo, aunque sea compartido con el Consejo, la famosa "co-decisión". El 15 de abril de 1991, la Presidencia luxemburguesa presentó una propuesta de texto articulado reformado del TCEE, en cuyo artículo 137 se reconoce expresamente al Parlamento Europeo poder legislativo y, en consecuencia, un mecanismo de "co-decisión" para la adopción de las "leyes comunitarias" (61).

Estas "leyes comunitarias" son una nueva categoría normativa que se añadiría a las actualmente establecidas por el artículo 189 TCEE, en rango jerárquico superior, cuyo objeto sería fijar los "principios fundamentales o las reglas generales aplicables a una materia concreta" y habilitar al "Consejo o a la Comisión para adoptar los textos de aplicación necesarios para su ejecución". Este procedimiento de co-decisión implica, por tanto, que el Parlamento Europeo pueda formular enmiendas e, incluso, un derecho de veto al texto elaborado por la Comisión, privándole, en consecuencia, del poder de iniciativa que actualmente posee.

La segunda propuesta tiende a evitar que el incumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros pueda quedar, como hasta ahora, prácticamente impune e, incluso, resultar rentable.

En base al actual artículo 169 del TCEE, el TJCE sólo puede constatar que determinado Estado ha incumplido las obligaciones asumidas en virtud del Tratado; aunque el artículo 171 TCEE obliga al Estado condenado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia, el incumplimiento de esta obligación no lleva aparejada en el Derecho comunitario ninguna obligación.

La propuesta luxemburguesa incluye dos nuevos párrafos en el artículo 171 del TCEE: el primero permite al Consejo formular recomendaciones al Estado infractor que se ha abstenido de ejecutar una sentencia; el segundo permite que, una vez constatada la infracción mediante una segunda sentencia, el Consejo pueda adoptar cualquier medida para asegurar el cumplimiento de la sentencia.

(60) Si se respeta el calendario previsto, los trabajos deberán concluir en octubre de 1991, disponiendo los Parlamentos nacionales de catorce meses para su ratificación, entrando en vigor el 1 de enero de 1993.

(61) Esta propuesta ya ha merecido duras críticas tanto del presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, como del presidente del Parlamento Europeo, Enrique Barón, quien ha denunciado la posible intención de los Doce de "aprobar leyes en silencio".

Ambas propuestas serán probablemente insuficientes para lograr el deseado cumplimiento del Derecho comunitario, pues, para conseguirlo, habría que atribuir mayores competencias al TJCE, de suerte que, constatada una infracción, pueda señalar las medidas necesarias para corregir su incumplimiento, incluida la propia declaración de incumplimiento, para que los particulares perjudicados puedan reclamar, por vía de recursos, la responsabilidad de la Administración nacional por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias.

Paralelamente con estas propuestas de transformación de las Instituciones comunitarias, el 1 de abril de 1991 ha entrado en vigor el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en ocho de los Estados miembros (62). En realidad, el Convenio no forma parte de Derecho comunitario, ni siquiera por la vía indirecta del artículo 220 del TCEE, lo que ha permitido su entrada en vigor parcial (art. 29). Contiene normas de conflicto de carácter universal, es decir, que se aplican a toda relación que implique un conflicto de leyes, aunque las normas en conflicto no sean las de los estados parte en el Convenio, siendo posible que la ley aplicable sea la de un tercer estado, ajeno al Convenio y a la Comunidad (art. 2); en consecuencia, el Convenio entrará en vigor en los Estados ratificantes, cuyos tribunales habrán de aplicarlo a todos los contratos celebrados a partir del 1 de abril de 1991, que impliquen un conflicto de leyes, independiente de cuales sean estas leyes.

La primera y principal norma de conflicto recogida en el Convenio coincide con la norma más frecuente en las legislaciones nacionales: la autonomía de la voluntad (art. 3.1), pero sin añadir la engorrosa y poco práctica exigencia de nuestro artículo 10.5 del Código Civil, "siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate"; en defecto de pacto expreso (art. 3.1), se aplicará la ley del país con el que el contrato presente los lazos más estrechos (art. 4), lazos que en algunos casos se determinan mediante presunciones. Es de destacar la gran diferencia existente entre esta norma supletoria recogida en el Convenio y nuestro artículo 10.5 del Código Civil que, en defecto de ley expresa, remite sucesivamente a la Ley nacional común, la de residencia habitual común y, en último término, a la Ley del lugar de celebración del contrato. Cuando el Convenio entre en vigor en España, el artículo 10.5 del Código Civil verá limitada su aplicación a aquellas escasas materias contractuales a las que el Convenio no se aplica (art. 1). En virtud del artículo 3.2 del Tratado de Adhesión, España

(62) Francia, Italia, Dinamarca, Luxemburgo, Grecia, Alemania, Bélgica y el Reino Unido. El Convenio preveía su entrada en vigor a los tres meses de que se hubiera depositado la séptima rectificación.

deberá incorporarse al Convenio de Roma y sería deseable la mayor rapidez en esta incorporación al nuevo sistema de Derecho internacional privado en materia de obligaciones contractuales, entre cuyas ventajas está la uniformidad y la supresión de esa engorrosa restricción a la autonomía de la voluntad contenida en el artículo 10.5 del Código Civil, de conexión entre la ley elegida y el negocio de que se trate (63).

De lo expuesto pueden deducirse, a mi juicio, las siguientes conclusiones.

1.^a La conveniencia de conocer las líneas generales del Derecho comunitario, que introducirá profundas modificaciones en nuestra legislación civil (fuentes del derecho, obligaciones contractuales, Derecho internacional privado...), similares a las ya practicadas en el ámbito mercantil (64).

2.^a La necesidad de revisar o replantear los esquemas jurídicos tradicionales, al estar la principal fuente normativa causante de estas modificaciones, no en los ordenamientos internos, sino en otro sistema jurídico de orden superior, acorde con la idea de supranacionalidad.

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA

Doctor en Derecho.

Registrador de la Propiedad

(63) España ha firmado el Primer Protocolo relativo a la interpretación por el TJCE del Convenio de Roma y el Segundo Protocolo, por el que se atribuyen al TJCE determinadas competencias en materia de interpretación del citado Convenio.

(64) Por el Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para adaptarla a las Directivas comunitarias, y el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, aprobando el Reglamento del Registro Mercantil.

El régimen jurídico de la comunidad postganancial

INTRODUCCION

El matrimonio en cuanto consorcio de vida supone una comunidad de personas y de bienes. Durante la vigencia del vínculo los cónyuges han desarrollado una actividad jurídica y económica que ha dado lugar a un conjunto de bienes, derechos y relaciones.

Constante el matrimonio, o bien los cónyuges han previsto en capitulaciones cómo ordenar su actividad jurídico-económica, o bien quedan sometidos a uno de los regímenes económicos que aparecen en el Código.

Uno de estos regímenes es el de gananciales, el cual dejará de regir, según ordena el Código, por diferentes razones, que podemos ordenar de la siguiente manera.

Causas que afectan al vínculo matrimonial

Son la disolución del matrimonio [art. 85 CC: muerte (1), declaración de fallecimiento y divorcio] y la declaración de nulidad del vínculo (art. 1.392.1.º).

(1) A los efectos de estudio de la sociedad postganancial surgirá ésta tanto por muerte de uno de sus cónyuges como de los dos. Y ello porque según dicen MESSINEO, COSSÍO y A. CORRAL en *La sociedad de gananciales*, INEJ, Madrid, 1963, "los herederos añadirán separadamente el patrimonio particular de éste y el patrimonio de la comunidad".

*Causas que afectan a la vida
del régimen económico matrimonial*

- Alteración convencional del régimen económico existente (art. 1.392.4.º CC).
- Realización de actividades unilaterales de disposición o gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la Comunidad (art. 1.393.2.º CC).
- Incumplimiento grave y reiterado del deber de información sobre la marcha y rendimientos de las actividades económicas (art. 1.393.4.º CC).
- Petición del cónyuge no deudor para conseguir el embargo de la parte que el deudor ostenta en la sociedad ganancial (art. 1.373 CC).

*Causas que afectan a los cónyuges
o a sus relaciones personales*

- Separación judicial de los cónyuges (art. 1.392.3.º CC).
- Separación de hecho por más de un año por acuerdo mutuo o abandono del hogar (art. 1.393.3.º CC).
- Incapacitación, ausencia, quiebra o concurso de acreedores declaradas judicialmente (art. 1.393.1.º CC).
- Condena de uno de los cónyuges por abandono de familia (art. 1.393.1.º CC).

COMUNIDAD POSTGANANCIAL: INICIO Y FIN

La comunidad postganancial surge en todos estos supuestos en que, desaparecido el régimen, no se haya procedido a la realización de las operaciones de división y adjudicación. En unas ocasiones la comunidad postganancial convivirá con un matrimonio todavía existente (arts. 1.392.4.º y 1.393 CC) y no en los restantes casos.

Los posibles sujetos de esta peculiar comunidad son:

- a) Los cónyuges. Supuestos de los artículos 1.392.3.º y 4.º, 1.393 y 1.373 del Código Civil.
- b) Los ex cónyuges. Supuestos del artículo 1.392.1.º (en caso de divorcio) y artículo 1.392.2.º.
- c) El cónyuge superviviente y los herederos del premuerto. Artículo 1.392.1.º en caso de muerte o declaración de fallecimiento.

d) Los herederos de los dos cónyuges en caso de fallecimiento de ambos.

En todos estos casos previene el artículo 1.435 del Código Civil que, disuelta la sociedad constante matrimonio y salvo determinación de las partes en contrario, existirá entre los cónyuges separación de bienes.

Aunque el régimen de separación se caracteriza en sentido negativo por la falta de comunidad de bienes y la consiguiente distinción entre el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer, no se excluye por ello, como indica el profesor LACRUZ (2), la adquisición de cosas en común; entre estas cosas adquiridas en común pueden figurar los bienes ex gananciales como masa de bienes en *pro indiviso* ordinario en que los cónyuges tienen cada uno un derecho a la mitad.

Podemos por ello decir que la comunidad postganancial puede existir en un régimen de separación de bienes sin ser obligatoriamente dividida.

La sociedad postganancial concluirá cuando realizadas completamente las operaciones liquidatorias haya desaparecido completamente esa masa común, o bien cuando sin ser precisa la liquidación los partícipes en esta peculiar comunidad pacten la indivisión. Y ello porque la sociedad postganancial, según la doctrina, es una comunidad en liquidación; por consiguiente, en los casos en que haya un ánimo de mantenerse en la indivisión habrá desaparecido esa característica que parece esencial al concepto de comunidad postganancial (3).

Como señala LACRUZ (4), si los partícipes en la comunidad postganancial pactan la continuación de la misma..., "lo más que podrán conseguir es convertir la situación de indivisión que sigue a la comunidad en una sociedad ordinaria de ganancias, pero gobernada por las reglas de la sociedad o las que se hayan convenido, y sin que pueda pactarse la aplicación a tal sociedad como normas de funcionamiento de los artículos 1.392 a 1.431 del Código Civil, de las cuales la mayor parte no serían adaptables a ella".

Parece que el ánimo de mantener la indivisión hace desaparecer el concepto de la sociedad postganancial para dar lugar a una sociedad ordinaria de ganancias o bien a una sociedad civil, esta última cuando haya existido una clara *afectio societatis* entre los partícipes, bien manifestada de forma expresa o bien por medio de actos concluyentes. La mera

(2) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, t. IV, fasc. 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1989, pág. 567.

(3) Véase en este sentido M. PEÑA BERNALDO QUIRÓS, *Derecho de familia*, 1.ª ed., Madrid, 1989, págs. 283-284.

(4) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, t. IV, vol. 1, Barcelona, 1963, pág. 559.

continuación en la situación de indivisión no es suficiente para poder hablar de una sociedad tácita (5).

LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL: CARACTERÍSTICAS

La masa de bienes que componen el patrimonio postganancial forma, como señala PEÑA (6), un patrimonio colectivo separado, es decir, una unidad abstracta a la que se atribuyen como propios derechos y obligaciones. Podemos señalar como sus características:

1) Subsiste sólo como patrimonio en liquidación. La sociedad postganancial es considerada jurídicamente como una situación transitoria, provisional e interina (7). La función de dicho patrimonio, según COSSÍO (8), es doble, señaladas en orden inverso a como lo hace el autor, por el orden de preferencia para nuestro Código tras la reforma: en primer lugar, pagar las cargas sociales, y en segundo, completar a cada cónyuge el capital que aportó.

2) Cada partícipe tiene sobre el conjunto de bienes una cuota, no existen cuotas sobre bienes concretos. Cuota definida por el profesor LACRUZ (9) como independiente, homogénea y alienable, añadiendo (10) que se trata de una cuota de activo sobre un conjunto de bienes gravados con deudas, las cuales no competen ni se transmiten al titular de la cuota en cuanto tal. Asimismo la cuota es embargable por las deudas de su titular, ya sea un cónyuge o un heredero (11).

3) Esta nueva comunidad deja de estar regida por las normas reguladoras de la sociedad legal de gananciales, y así:

- a) El patrimonio no se incrementa con las ganancias, frutos y rentas de los patrimonios privativos. La posibilidad de incremento del patrimonio no desaparece absolutamente, puesto que los frutos que produzcan esos bienes aumentarán la masa según la regla *fructus augen haereditatem*, y al mismo tiempo señala PEÑA (12) otros supuestos de incremento de esta masa, cuales son la consu-

(5) L. DIEZ-PICAZO, *Dictámenes jurídicos*, 1.^a ed., Madrid, 1987, pág. 292.

(6) *Op. cit.*, pág. 283.

(7) J. L. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVIII, vol. II, Madrid, 1984, pág. 456.

(8) A. COSSÍO y CORRAL, *op. cit.*, pág. 243.

(9) En *Elementos...*, pág. 520.

(10) En *El matrimonio...*, pág. 562.

(11) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, pág. 521.

(12) *Op. cit.*, pág. 567.

mación de la usucapión en su beneficio, cobro de créditos y los resultados del principio de subrogación real. Sin embargo, no parece esto incremento del patrimonio, sino realización de derechos que ya estaban en el patrimonio postganancial.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO (13) indica que a los frutos de bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución se les aplicarán analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo.

- b) No nacen nuevas deudas gananciales, si bien señala PEÑA (14) el nacimiento de nuevas obligaciones; como ejemplos: responsabilidades por daños producidos en cosas gananciales, gastos por administración del patrimonio, gastos de las operaciones liquidatorias, el pago de alimentos del artículo 1.408 del Código Civil, etc.
- c) Desaparece la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil, comenzando a regir las reglas generales en materia probatoria. En la comunidad postganancial constante matrimonio, los cónyuges se encontrarán bajo el régimen de separación de bienes, salvo que hayan previsto otro régimen distinto. En este caso será de aplicación el artículo 1.441 del Código Civil, en virtud del cual siempre que no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece privativamente algún bien o derecho, le corresponderá a ambos por mitad.
- d) Rige en esta comunidad el principio de subrogación real, cesando todas las posibilidades de alteración de este principio, las cuales, vigente el régimen de gananciales, daban lugar al derecho de reintegro.
- e) Cesan las potestades orgánicas de administración y disposición previstas para la sociedad ganancial. Tampoco persisten las posibilidades de un cónyuge de endeudar a la comunidad ni al otro cónyuge (15). Cabe en este punto señalar la minoritaria opinión de PEÑA según la cual, pese a la validez de lo dicho anteriormente, los actos provenientes de la actuación individual de un cónyuge tras la disolución podrán seguir teniendo eficacia: en primer lugar, por efecto de las normas protectoras de la seguridad del tráfico y por la doctrina del poder extinguido; en segundo lugar, por efecto de la Ley que regula el tráfico de determinados bienes (dinero, títulos-valores, bienes muebles), y en tercer lugar, en los casos en

(13) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 4.^a ed., Madrid, 1988, pág. 204

(14) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 567.

(15) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *op. cit.*, pág. 522.

que los poderes del cónyuge se basen en razón que no sea afectada por la disolución (16).

4) La masa de bienes gananciales se convierte en otro tipo de comunidad; si bien esta idea es aceptada en la doctrina unánimemente, surge posteriormente el desacuerdo sobre el tipo en concreto.

Así, PEÑA (17) considera que estaremos ante la comunidad de tipo germánico, porque:

a) Cada cónyuge no tiene una cuota sobre cada uno de los bienes, sino que la cotitularidad recae sobre la masa postganancial.

b) En caso de cesión de la cuota se entiende transmitido el contenido económico de su participación en ese patrimonio separado que se ha formado, pero no supone dicha cesión el abandono de la consiguiente responsabilidad y titularidad. La cualidad de titular es intransferible.

Otros, por el contrario, defienden la naturaleza romana de la sociedad postganancial debido a la existencia de cuota, la alienabilidad de la misma y la posibilidad de que cualquiera de los partícipes pueda exigir la participación.

Así, PUIG BRUTAU (18): "Disuelta la sociedad, sus titulares son partícipes en una comunidad ordinaria". Y después: "La conversión de comunidad ganancial en ordinaria es inevitable bajo el régimen de Código Civil..."

Algunas sentencias siguen la teoría mantenida por este último autor; así STS de 21 de noviembre de 1987: "... el régimen de dicha comunidad (se refiere a la comunidad postmatrimonial) ya no puede ser el de la sociedad de gananciales que quedó disuelta con la muerte, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria".

Asimismo la DGRN en Resolución de 1952 señala que, una vez disuelta la sociedad conyugal, la comunidad germánica se orienta hacia la copropiedad romana, si bien luego matiza que "en tanto que la adjudicación no se practique no puede atribuirse al cónyuge sobreviviente el dominio del todo o una cuota parte de bienes gananciales determinados".

Esta misma idea es señalada por la Resolución de 22 de mayo de 1986: "La disolución sólo implica un derecho a la mitad en el conjunto patrimonial en liquidación, pero no queda por este hecho atribuida una mitad *pro*

(16) *Op. cit.*, pág. 285.

(17) *Op. cit.*, pág. 283.

(18) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, vol. I, Barcelona, 1967, pág. 784.

indiviso sobre cada uno de los bienes que integran la masa de bienes en liquidación”.

La comunidad postganancial no encaja plenamente en el marco de la comunidad romana ni en el de la comunidad germánica. No es romana, porque podemos pensar que en la comunidad postganancial existan tantas comunidades como comuneros, teniendo cada uno de ellos una cuota en todos los bienes. Ya se ha indicado que el derecho de los partícipes es un derecho abstracto a la mitad de dicho patrimonio indiviso. Tampoco podemos entender que se trate de una comunidad germana en puridad, puesto que la cuota-participación abstracta es enajenable y el patrimonio está avocado a su disolución.

Otra solución alternativa señalada por el profesor Díez-PICAZO (19) sería entender que la sociedad de gananciales, en tanto no se produce su absoluta liquidación con la consiguiente partición, continuaría existiendo como tal y, por lo tanto, con el mismo régimen legal de los artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil.

Podría señalarse en su apoyo el que los bienes gananciales, como indica COSSFO (20), siguen afectos a la responsabilidad por las deudas contraídas en su día por la sociedad. También el hecho señalado por este mismo autor de que durante el período en que subsiste la comunidad postganancial “los bienes gananciales continúan en cierto modo afectos a su finalidad característica”, puesto que de ellos mismos se darán alimentos a los partícipes en la comunidad postganancial a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.408 del Código Civil.

Más bien parece que “no hay razón para incrementar el patrimonio común con las rentas del trabajo e industria o con las rentas de capital de los bienes que no sean comunes sino privativos; y falta toda posibilidad de aplicar las reglas sobre gestión, administración y disposición de los gananciales que presuponen la subsistencia del matrimonio y de un matrimonio en régimen de normal vida común” (21).

Aparte de ello, los términos de los artículos 1.392 y 1.393 son claramente imperativos (“concluirá de pleno derecho...”, dice en un caso, y “concluirá...”, en el otro).

Para el derecho anterior, señalaba COSSFO como principio general en esta materia de la comunidad postganancial que tratamos el de la extinción *ipso iure* de la sociedad de gananciales al quedar disuelta la comunidad familiar. Principio que creo puede ser hoy extendido a los casos en que no

(19) En *Sistema...*, pág. 203.

(20) *Op. cit.*, págs. 250 y 247.

(21) L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 203.

se extinga la dicha comunidad en virtud del tenor de los dos artículos citados anteriormente.

Un dato a señalar es la remisión que el artículo 1.410 del Código Civil hace a las normas de la liquidación y partición hereditaria, pudiéndose señalar, como hace nuestra doctrina, que la comunidad postganancial tenga una naturaleza similar a la de la comunidad hereditaria anterior a la partición con la que, cuando la causa de disolución sea la muerte, coincide en cuanto a sujetos y objeto, si bien parcialmente.

Prácticamente, indica LACRUZ, la estructura y el régimen de la comunidad postganancial equivalen a los de la hereditaria. La discusión sobre la naturaleza de la comunidad postganancial es, a juicio del mismo autor, un tanto pintoresca porque todos los autores están de acuerdo en el contenido, centrándose la discusión en el nombre que haya de dársele (22).

La comunidad postganancial, podemos concluir reuniendo todo lo expuesto hasta el momento, es un patrimonio en liquidación que surge tras la desaparición de la sociedad legal de gananciales afecto a dos finalidades específicas cuales son el pago del pasivo ganancial y la reintegración a cada cónyuge del capital aportado, formado por todos los bienes gananciales, sus frutos y los subrogados de ambos, sobre el que cada partícipe tiene una cuota abstracta de igual valor y cuya estructura y régimen equivalen a los de la comunidad hereditaria.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

El régimen jurídico aplicable a la comunidad postganancial es el siguiente:

- En cuanto a la liquidación y responsabilidad de los partícipes, los artículos 1.394 a 1.410 del Código Civil.
- En cuanto a todos los demás, en primer lugar lo que hayan convenido las partes; en segundo lugar, las normas aplicables a la comunidad hereditaria; y en último lugar, los artículos 392 y siguientes relativos a la copropiedad (23).

I. ADMINISTRACION

Para la administración del patrimonio común será preciso, por aplicación del artículo 398 del Código Civil, acuerdo de la mayoría de los

(22) *Op. cit.*, pág. 561.

(23) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 286.

participes, el cual se entenderá conseguido con el de aquellos que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad.

Para el régimen anterior, según COSSÍO (24), al cesar en la administración de los bienes comunes el cónyuge supérstite, se hacía precisa la designación de un administrador que actúe en tanto dure la indivisión. Este sería nombrado por acuerdo unánime de los interesados o bien por la autoridad judicial. En virtud de la equivalencia de régimen de la comunidad hereditaria y la comunidad postganancial podría pensarse en la aplicación analógica del artículo 1.026 del Código Civil, de donde:

a) Si quedaren deudas pendientes a cargo de la sociedad, la masa postganancial habría de entenderse en administración y, por tanto, necesitada de un administrador que habrían de nombrar los participes o bien se procedería a su designación judicial.

b) Si no quedasen deudas pendientes de pago, el régimen de la administración sería el del artículo 398 del Código Civil. Si bien incluso en este supuesto, entendiendo que los participes siempre son dos, pues aun en el caso de disolución por muerte sólo existen dos cuotas, nunca se podrá obtener la mayoría, disponiendo para este caso el citado artículo 398 del Código Civil, que “el Juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda, incluso nombrar un administrador”. Así lo indica PEÑA (25) cuando señala la dificultad que presenta el hecho de tratarse de una comunidad de dos participes con derechos iguales, presentando como solución la designación de administrador judicial conforme a las normas del juicio de testamentaria.

II. DISPOSICION

En relación a la cuota, diremos con la generalidad de la doctrina que en cuanto posición activa puede ser disponible por los titulares.

De manera muy amplia lo expresa PEÑA al señalar que cada cónyuge puede ceder a título oneroso o gratuito los derechos que tiene sobre el patrimonio en liquidación o renunciar a ellos. Entre las formas de disposición incluye la *mortis causa*; cabe que el cónyuge haya otorgado testamento antes de la disolución, disponiendo de su cuota abstracta mediante legado o a título de herencia (26). Igualmente, COSSÍO (27): “Es preciso

(24) *Op. cit.*, pág. 251.

(25) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 290.

(26) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 286.

(27) *Op. cit.*, pág. 249.

admitir la libre disponibilidad de ese derecho abstracto que en su día ha de concretarse sobre bienes determinados”.

La cesión de cuotas, por cuanto es, como indiqué anteriormente, sucesión en la posición activa, no supone de ninguna manera el abandono para el cedente de su personalísima cualidad de cotitular, lo que implica el no abandono de la condición de responsable por las deudas que constituyen el pasivo de la sociedad. En caso de renuncia, la parte renunciada acrece a los demás cotitulares y pasa en la relación interna gravada con las deudas, de las cuales no se libera el renunciante (28). PEÑA (29) señala cómo para la transmisión de las deudas haría falta el consentimiento del respectivo acreedor.

En esta materia surgen dos puntos debatidos: en primer lugar, sobre la posibilidad del retracto, y en segundo lugar, determinar quién debe concurrir a la participación en caso de cesión de cuota: el cedente o el cesionario.

A) EL RETRACTO

Enajenada la cuota por uno de los partícipes, ¿tienen los demás el derecho de retracto? Y si la solución fuese afirmativa..., ¿es retracto de comuneros o bien retracto de coherederos el oportuno?

Parece comúnmente admitida la posibilidad del retracto, lo cual supone una limitación de la facultad de disposición del titular en beneficio de los demás (30).

La STS de 11 de junio de 1951 se inclinó por el retracto de comuneros argumentando la imposibilidad de aplicar el artículo 1.067 del Código Civil puesto que “los herederos de un consorte intervienen en la liquidación de la sociedad de gananciales en calidad de condóminos o consocios y no de coherederos”. También falta la condición de heredero que el citado artículo exige al enajenante para la posibilidad del retracto de coherederos en el supérstite, pues éste no es heredero de los bienes de la sociedad postganancial, sino condueño de los mismos.

En la doctrina, LACRUZ y DE LOS MOZOS señalan ser indudable la aplicación del retracto de comuneros y discutible la del retracto de coherederos. En todo caso, sostiene el primero, al ser la comunidad de gananciales un bien individualizado dentro de la comunidad hereditaria y no una cuota dentro de ella, el retracto debe ejercitarse colectivamente por

(28) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, pág. 521.

(29) *Op. cit.*, pág. 287.

(30) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 288.

todos los coherederos del difunto, tomando en este punto una postura contraria a la sentencia citada anteriormente. Indica este autor que no tendría sentido conceder el retracto a un coheredero que, acaso, por la distribución de la comunidad hereditaria llegue a no tener parte alguna en la comunidad de gananciales o en el bien concreto retraído (31).

Sin embargo, PEÑA considera al caso procedente el retracto de coherederos en virtud de la remisión del artículo 1.410 del Código Civil y por aplicación del artículo 1.067 del Código Civil (32).

No obstante, la discusión se mantiene en el ámbito meramente doctrinal, pues entre ambos retractos no hay diferencias sustanciales en cuanto a su régimen legal (33).

B) ¿QUIÉNES DEBEN CONCURRIR A LA PARTICIÓN?

PEÑA indica, en concordancia con su postura de ser la enajenación de cuota mera cesión del activo sin abandono de la cualidad del titular de las deudas, que la partición se ha de hacer con el partícipe originario. Señala asimismo este autor cómo es el cedente quien sigue directamente interesado en las operaciones particionales por ser él quien responde frente a los acreedores frente al otro cónyuge (o sus herederos) por pagos que éste hiciera de deudas de las que todos han de responder y así mismo de las consecuencias de la partición: por evicción (art. 1.071 CC) en la adjudicación de créditos, por insolvencia del deudor, por nulidad, por rescisión, etc. (34).

LACRUZ (35), por su parte, cree ser el cesionario quien principalmente concurre a la partición; el cedente interviene como acreedor (36) y el cesionario como cotitular de los bienes con que se pagan las deudas externas e internas.

Para PEÑA, la legitimación que el artículo 403 del Código Civil concede al cesionario para concurrir por su propio derecho a las operaciones particionales no le legitima para decidir los términos de la partición, sino sólo para evitar que ésta se realice en fraude de su derecho (37).

A la cesión de cuota se aplicarán analógicamente los artículos 1.531 y

(31) J. L. LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio*, pág. 563.

(32) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 288

(33) F. CRESPO ALLUE, "La comunidad postganancial", en *Actualidad Civil*, núm. 8, Madrid, 1991, pág. 113.

(34) PEÑA, *op. cit.*, pág. 288.

(35) En *El matrimonio*, pág. 563

(36) Debe entenderse "como deudor".

(37) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 288

1.534 del Código Civil para la interpretación de la voluntad de los contratantes (38).

Por último, para terminar este apartado, indicar con COSSÍO (39) la fundamental diferencia que con respecto al régimen de la sociedad legal de gananciales supone la posibilidad de enajenación de la cuota, pues vigente el régimen económico matrimonial “no es posible a los cónyuges llevar a cabo la enajenación de su posible participación en los bienes comunes”.

Hasta aquí hemos visto cómo es la disposición que cada titular hace de su participación abstracta en la masa común; veamos ahora cuáles son las facultades respecto de lo que se ostenta en común.

Concurriendo al acto todos los partícipes y tomada la decisión por unanimidad, la disposición será plenamente válida y eficaz sea cual sea la naturaleza del acto realizado.

Así, la adjudicación de bienes gananciales a uno solo de los partícipes es calificada por PICAZO como una transmisión de patrimonio válida si los transmitentes son mayores de edad y plenamente capaces o, en caso de ser incapaces, hubieran visto suplida su falta de capacidad. Se transmite plenamente la propiedad al adquirente, obteniendo recíprocamente los demás comuneros un derecho de crédito contra el primero (40).

La disposición de concretos bienes comunes no precisa de previa liquidación de la sociedad de gananciales y tampoco es obstáculo la existencia de pasivo ganancial. No es necesaria la concurrencia de los acreedores de la masa, puesto que su derecho es de naturaleza obligacional, careciendo de cualquier garantía real sobre el patrimonio postganancial (STS 15-III-1945); salvo la ya indicada necesidad de concurrencia y acuerdo unánime de todos los partícipes, no se requiere formalidad específica alguna (41).

Indica LACRUZ (42) la imposibilidad de recurso judicial si algún partícipe se niega a concurrir al acto de decisión.

En caso de disposición unilateral hecha con fondos ex gananciales, el acto según doctrina del Tribunal Supremo está viciado de nulidad absoluta (SSTS 27-XII-1978, 29-IV-1986 y 8-VII-1988).

Esta afirmación debe hacerse con alguna reserva, pues encontramos casos en los que lo que el Tribunal ha resuelto es la eficacia puramente condicional del acto dispositivo; en concreto, subordinada a la inclusión en la cuota del disponente del bien enajenado (STS 28-V-1986).

PEÑA (43) indica que “en cuanto acto dispositivo sería ineficaz por ser

(38) J. L. LACRUZ BERDEJO. *Elementos...*, pág. 521.

(39) A. COSSÍO Y CORRAL, *op. cit.*, pág. 250.

(40) L. Díez-PICAZO, *Dictámenes...*, pág. 293.

(41) J. L. LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio...*, pág. 567.

(42) En *Elementos...*, pág. 522.

(43) *Op. cit.*, pág. 289.

incompleto, pero convalece cuando el titular que dispuso por sí solo del bien común llega a hacerse dueño (por adjudicación o por cualquier otro título) del bien común del que había dispuesto”.

Si el acto dispositivo es la adquisición de un bien con fondos comunes, realizado unánimemente por todos los comuneros o por uno de ellos actuando en nombre y representación de la comunidad, los nuevos bienes o derechos adquiridos entran a formar parte de la comunidad postganancial en virtud del principio de subrogación real.

Pero ¿qué ocurre cuando la adquisición ha sido realizada individualmente por uno de los partícipes? En línea de principio, aplicando la regla señalada anteriormente para la disposición unilateral con fondos comunes, tal acto adolecería de nulidad absoluta.

La doctrina apunta dos soluciones alternativas:

a) Que el bien o derecho adquirido sea propiedad de quien realizó la disposición. En la comunidad postganancial nacería un derecho de crédito por el importe de los fondos utilizados.

b) Aplicar el principio de subrogación real. El nuevo bien o derecho pasa a integrar la comunidad.

Como apoyo de la segunda postura —defendida por LACRUZ y DíEZ-PICAZO— se argumenta la concurrencia de los presupuestos necesarios para que pueda tener lugar la subrogación real (44):

1.º Que no exista *intuitus rei*. Es la consideración del bien antiguo (el que sale del patrimonio común), más en su valor que en su individualidad.

2.º Especial régimen jurídico de los bienes cuyo objeto sea asegurar la estabilidad y permanencia de los derechos resultantes de este régimen.

3.º Respecto a la confianza que de buena fe tengan los terceros en la aplicación de las reglas jurídicas de carácter general.

La adquisición comunitaria es defendida por ESCRIVÁ DE ROMANÍ (45) con base en el artículo 1.063 del Código Civil.

La aplicación de una u otra solución tiene su repercusión en períodos de crisis económica en los que las constantes fluctuaciones monetarias pueden producir enriquecimiento o detrimento en una de las partes a costa de la otra.

DíEZ-PICAZO (46) toma distinta postura según quiénes sean los sujetos de la comunidad postganancial. En caso de que la indivisión se produzca

(44) L. DíEZ-PICAZO, *Dictámenes* ..., pág. 296.

(45) ESCRIVÁ DE ROMANÍ, cit., y F. CRESPO ALLUE, *op. cit.*, pág. 116.

(46) En *Dictámenes*..., pág. 302.

entre cónyuges o ex cónyuges, disponiendo individualmente uno de ellos de bienes comunes, se inclina por el nacimiento de un derecho de crédito a favor de la comunidad. Sin embargo, si la indivisión convive con una comunidad hereditaria, la existencia entre los partícipes de una comunidad vital justifica el régimen de la subrogación real.

No parece lógico diferenciar el régimen de la comunidad postganancial según la causa de la disolución del régimen económico matrimonial haya sido el fallecimiento de uno de los esposos o cualquier otra de las causas previstas (47). Continúa el autor diciendo: "Tanto si la comunidad postganancial se establece entre los cónyuges o entre ellos y los herederos del otro, cualquiera de los titulares podrá pedir en cualquier momento la liquidación; y de no hacerlo ha de entenderse que opta porque siga vigente y con vida propia la comunidad, con los efectos propios de la misma, y particularmente la subrogación real".

Por mi parte, creo que la solución debe ser el nacimiento de un derecho de crédito a favor de la comunidad, pues lo contrario supone admitir la validez del acto de disposición realizado unilateralmente.

III. DEFENSA DE LOS BIENES COMUNES

Cualquier partícipe puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, entendiéndose que actúa siempre para la misma. El posible perjuicio obtenido de la acción recaerá sobre quien accionó; el beneficio, en cambio, lo será para todos los comuneros (48).

IV. RESPONSABILIDAD EN LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

- A) Frente a los acreedores de la masa.
- B) Frente a los reembolsos y reintegros de los cónyuges.
- C) Frente a los acreedores privativos de los cónyuges.

A) FRENTE A LOS ACREEDORES DE LA MASA

Tras la disolución del régimen económico matrimonial, el patrimonio común sigue respondiendo de las deudas que en su día se contrajeron con

(47) F. CRESPO ALLUE, *op. cit.*, pág. 116.

(48) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 290.

carácter ganancial. Como señala LACRUZ (49), los acreedores del consorcio son además acreedores personales de los cónyuges; por ello pueden también perseguir los bienes del cónyuge deudor, ejercitar las acciones de cualquier acreedor, tercería, subrogación, rescisión por fraude, y por la remisión que se hace en el artículo 1.410 del Código Civil a las normas de partición y liquidación de la comunidad hereditaria, hacer uso de los derechos conferidos en los artículos 1.082 y siguientes del Código Civil. Estos derechos, concretamente en el momento previo a la división, se reducen a uno, cual es la oposición a la partición hasta el pago o afianzamiento de sus créditos (art. 1.082 CC).

Este derecho de crédito que ostentan es de naturaleza obligacional, es decir, los acreedores carecen de garantía real sobre el patrimonio postganancial. Este es el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1945, seguido también por el profesor LACRUZ en el manual de *Derecho de familia*. Sin embargo, hay que destacar que más recientemente diversas sentencias del Supremo hablan de la *responsabilidad real* de la masa de bienes gananciales (SSTS 13-VI-1986 y 17-XI-1987); incluso la DGRN, en 28 de octubre de 1987, exige que se declare en procedimiento adecuado y de forma indubitada la *responsabilidad directa* de los bienes comunes para que pueda extenderse a ellos la ejecución del embargo. Las dos sentencias últimamente citadas añaden que dicha responsabilidad real de los bienes no desaparecen por el hecho de haber sido éstos adjudicados, de lo cual deduzco que esta responsabilidad real o directa persiste mientras los bienes estén en manos de los titulares de la comunidad postganancial (que son personalmente responsables del pasivo), pero desaparece si el bien sale de la masa, como indica el Tribunal en 15 de marzo de 1945 cuando afirma: “No hay en la Ley precepto alguno que en este supuesto ampare la nulidad de enajenación a instancia de acreedores de la comunidad, ya lo sean por derecho meramente personal, ya por derecho con garantía hipotecaria a la que, en todo caso, no afectaría la enajenación de los bienes gravados, porque gravamen y finca son inseparables cualquiera que sea el poseedor del inmueble”.

A juicio del profesor PEÑA (50) la situación de indivisión de la masa postganancial no sólo no altera las posibilidades de actuación de los acreedores sociales, sino que incluso las amplía; así, se exige a los partícipes ajustarse al rígido régimen de elaboración de un inventario o sufrir en otro caso la responsabilidad personal y solidaria por deudas que no les afecten directamente, responsabilidad que alcanza incluso a su patrimonio privativo.

(49) En *Elementos...*, pág. 523.

(50) *Op. cit.*, págs. 293-294.

En segundo lugar, por su derecho de oponerse a la partición, pueden promover el juicio de testamentaria (siempre que cumplan las exigencias de los arts. 1.038 y 1.040 CC: presentación de título escrito, no aseguramiento de su crédito ni prestación de fianza bastante por parte de los partícipes en la comunidad para responder con independencia de los bienes del deudor), con lo que ello supone en cuanto a la intervención del patrimonio postganancial.

En tercer lugar, están facultados para pedir anotación preventiva de su derecho de crédito sobre los bienes inmuebles gananciales.

Los acreedores sociales, si desean que el embargo de bienes comunes sea anotable en el Registro de la Propiedad deberán dirigir la demanda frente a todos los partícipes de la comunidad postganancial, como lo indica el artículo 144.4.º del Reglamento Hipotecario.

B) FRENTE A LOS REEMBOLSOS Y REINTEGROS DE LOS CÓNYUGES

En todos los casos en que el Código Civil altere el principio de subrogación real, atribuyendo a un bien carácter ganancial siendo que fue adquirido con fondos privativos, y en aquellos en que un cónyuge realice un pago de obligaciones que sean de cargo de la sociedad de gananciales, el patrimonio postganancial responde frente al cónyuge por el valor de dicho importe actualizado al tiempo de su liquidación.

Disuelta la sociedad legal y en fase de liquidación, el artículo 1.403 del Código Civil establece el pago de estos reintegros una vez pagadas las deudas y cargas de la sociedad. La prelación que establece este artículo es discutida por la doctrina; así los profesores GUILARTE GUTIÉRREZ y TORRALBA SORIANO (51) se muestran conformes con la preferencia establecida por el legislador, pues de este modo se evita el fraude a los terceros acreedores. DIEZ-PICAZO (52) interpreta el artículo 1.403 del Código Civil como aplicable al supuesto en que el activo sea superior al pasivo; en caso contrario habrá que acudir al segundo párrafo del artículo 1.399 del Código Civil, el cual remite a las normas generales de concurrencia y prelación de créditos.

De esta misma opinión es LACRUZ (53), indicando que “dentro del contexto institucional del régimen no se encuentran motivos para ver en

(51) V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, pág. 415.

(52) En *Sistema...*, pág. 211.

(53) En *Elementos...*, pág. 532.

él una derogación parcial del régimen general de concurrencia y prelación de créditos". Insiste este autor en señalar la injusticia e irracionalidad a que una interpretación literal del artículo 1.403 del Código Civil nos conduce. Injusto, pues supone que deudas que son de cargo de la sociedad ganancial (y a efectos del presente trabajo, de la comunidad postganancial) son pagadas definitivamente por el cónyuge que resulta ser acreedor del consorcio; e irracional, puesto que el legislador pone especial cuidado en salvar los derechos del cónyuge al reintegro en los artículos 1.364 y siguientes, para luego hacer a este derecho de peor condición frente a los créditos que terceros ostentan sobre la masa. Por otro lado, resulta que si el crédito es del consorcio frente al cónyuge, concurre en pie de igualdad sobre el patrimonio privativo con los restantes acreedores de su titular, mientras que si el crédito es del cónyuge (o participe en la comunidad postganancial) frente a la masa, los terceros tienen un derecho preferente. Por todo ello deduce LACRUZ (54) la siguiente interpretación del artículo 1.403 del Código Civil:

1.º Supone una precaución frente a la mayor proximidad de los cónyuges a los bienes comunes y quiere evitar que éstos perciban sus reembolsos, dejando en la estacada a los terceros; pero para ello no es preciso marcar la preferencia contraria. No señala un orden de preferencia necesario, sino un orden de liquidación en los casos ordinarios.

2.º El cónyuge no deudor concurre en pie de igualdad con los acreedores externos; el artículo 1.403 del Código Civil únicamente prohíbe esta concurrencia para el cónyuge deudor.

C) FRENTE A LOS ACREEDORES PRIVATIVOS DE LOS CÓNYUGES

El derecho abstracto que ostenta cada participe en la comunidad postganancial responde de las deudas que hubieran podido contraer o contraigan en el futuro sus titulares. Por la disolución del régimen económico matrimonial, los acreedores privativos de los cónyuges pierden la facultad concedida por el artículo 1.373 del Código Civil: posibilidad de dirigirse frente a concretos bienes gananciales. Así PICAZO (55), quien indica que dicho artículo está pensado para una sociedad de gananciales en funcionamiento. Igualmente el profesor REBOLLEDO VARELA, basándose en la existencia de cuotas tras la disolución del régimen (56). No obstante,

(54) En *Elementos...*, pág. 480.

(55) *Op. cit.*, pág. 204.

(56) Opinión vertida en una conferencia en la Universidad de Valladolid.

LACRUZ (57) se plantea en hipótesis la aplicación del artículo 1.373 del Código Civil tras la disolución de la sociedad.

Tras esto y admitido el embargo del derecho abstracto, podemos plantearnos con PEÑA (58) qué significa dicho embargo. El citado autor entiende que no cabe el remate del derecho embargado (la cuota en la sociedad postganancial) para satisfacer con el importe obtenido al acreedor. El embargo equivale a la retención del remanente que pueda resultar a favor del deudor; el remate procederá no sobre el derecho abstracto, sino sobre los bienes que conformen en su día, y tras la participación, ese derecho abstracto embargado. Para LACRUZ, la sentencia de remate cae sobre la participación en el complejo de bienes (59).

V. EL DERECHO DE ALIMENTOS

El artículo 1.408 del Código Civil establece el derecho de alimentos de que disfrutaban los cónyuges o bien, si la sociedad se extinguió por muerte, el sobreviviente y los hijos durante la liquidación y hasta que reciban los bienes concretos que conforman su cuota.

Proviene este artículo del primitivo artículo 1.430 del Código Civil, que tras la reforma de 11 de mayo de 1981 tomó su redacción actual. La única variación fue la inclusión como beneficiarios del derecho en él previsto a los dos cónyuges en el supuesto de disolución del régimen económico matrimonial constante el matrimonio y, a través del cambio del posesivo "sus" por el determinado "los", no sólo a los hijos del cónyuge superviviente, sino también a posibles hijos del difunto que no fueran comunes a los cónyuges.

Aunque el Código habla de "alimentos", señala la doctrina que no estamos ante un supuesto de los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Se señalan varios datos:

1.º El supuesto del artículo 1.408 del Código Civil no presupone estado de necesidad en el partícipe en la comunidad postganancial.

2.º El hecho de ser los alimentos obtenidos de un caudal que es propio.

3.º La no existencia de un concreto obligado es la masa común quien responde.

(57) *Op. cit.*, pag. 524.

(58) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 296.

(59) *Op. cit.*, pág. 476.

No se aplican, pues, en principio, las normas del derecho de alimentos entre parientes, pero sí supletoriamente y con las debidas matizaciones, por mandato del artículo 153 del Código Civil (60).

El precepto establece un derecho a la anticipación de cantidades que debe ser obtenida de los frutos y rentas de los bienes comunes, sin sacrificar el capital (61). Indica también PÍCAZO que el ámbito de aplicación de este artículo se reduce al caso del cónyuge carente de bienes propios y de rentas propias, por lo cual acude a recibir anticipos de la masa.

El fundamento aparece muy pronto señalado por MANRESA (62), el cual señala cómo en la masa común están comprendidos los capitales privativos (la cuota tras la disolución es un derecho privativo); mientras dura la liquidación los partícipes están privados de su capital y por ello “nada más lógico que esos frutos se destinen a la alimentación de los que han de ser y son propietarios de los bienes, y todo lo tienen mezclado y confundido en ese período anormal, necesario y transitorio”. En este mismo sentido LACRUZ (63) entiende este derecho como pago de intereses a cargo de la masa por contener en ella valores privativos que no pueden restituirse inmediatamente.

Los beneficiarios de este derecho son, como indiqué anteriormente, los cónyuges, y en caso de muerte, el cónyuge supérstite y los hijos. Una interpretación literal del artículo 1.408 del Código Civil nos llevaría a concluir que sólo los herederos forzosos del premuerto, y no los voluntarios tienen derecho a percibir estos especiales alimentos (el Código dice “los hijos”). De nuevo utilizamos el argumento de MANRESA (64), quien no encuentra razón para excluir a estos herederos voluntarios del cónyuge fallecido. Alude al fundamento del precepto, y así, siendo, en efecto, una especie de compensación por la imposibilidad de disfrute de un patrimonio personal, parece lógico que se atribuya el derecho en él recogido a todos los partícipes en la comunidad, sean del tipo que sean: herederos forzosos, voluntarios e, incluso, el adquirente de la cuota. MANRESA lo expresa de la siguiente manera: “No encontramos razón bastante para limitar el derecho a los hijos cuando, en todo caso, se trata de un adelanto de renta, deducible después en el respectivo haber de cada interesado”. No obstante, admite este autor que por razón de mayor necesidad de los hijos pueda la jurisprudencia tomar una solución distinta.

(60) L. Díez-Pícazo y A. Gullón, *op. cit.*, pág. 205

(61) L. Díez-Pícazo, *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1084

(62) J. Manresa y Navarro, *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 4.ª ed., Madrid, 1930, pág. 628.

(63) En *El matrimonio*, pág. 570.

(64) *Op. cit.*, pág. 628.

En cuanto a la pensión, en concreto será fijada —unánimemente lo señala la doctrina— de acuerdo por las partes o, en otro caso, por el Juez. Se atenderá a la cuantía presunta de la participación del interesado en los gananciales, según COSSÍO (65); a la importancia del caudal, a juicio del profesor LACRUZ (66), y finalmente, según MANRESA (67), además de lo señalado por el anterior autor, también teniendo en cuenta la posición social de los interesados. Se tiene derecho a la pensión, caso de ser solicitada, desde la disolución de la sociedad de gananciales, y durante toda la extensión de la indivisión, hasta la efectiva adjudicación de la cuota.

La pensión de alimentos regulada en el artículo 1.408 del Código Civil no se obtiene automáticamente, sino que, como indica MANRESA, es un derecho concedido por la Ley susceptible de ser renunciado por el interesado caso de no necesitarlo (68).

Obtenidos los alimentos, en el momento de fijación del haber a que cada partícipe le corresponda, previene el artículo 1.408 del Código Civil que se deduzcan de éste, pero “en la parte que excedan de los que les hubiera correspondido en razón de frutos y rentas”. No supone, siguiendo a DÍEZ-PICAZO (69), imputación ninguna al haber; la reducción se limita a la condición señalada: que lo entregado durante la indivisión exceda de lo que les hubiera correspondido como frutos y rentas de la masa común postganancial.

BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES

Ayudante de Derecho Civil
Valladolid

(65) *Op. cit.*, pág. 254.

(66) En *Elementos*..., pág. 523.

(67) *Op. cit.*, pág. 632.

(68) *Op. cit.*, pág. 628.

(69) En *Sistema*..., pág. 205.

Coalitio

1. La *coalitio*, en cuanto conjunción o unión orgánica, es uno de los requisitos que en algunos supuestos (*avulsio*, *satio*, *implantatio*) considerados como figuras de accesión se exige para que se produzca la adquisición de la propiedad.

Los modos de adquisición de la propiedad aún siendo numerosos se encuentran taxativamente establecidos por la Ley, si bien no en orden sistemático (1).

Las definiciones de los modos de adquisición de la propiedad han sido múltiples aún cuando la mayor parte de ellas recogen la misma idea, así BIONDI (2) considera que son “todos aquellos hechos jurídicos a los que la Ley atribuye la eficacia de determinar la adquisición de la propiedad”.

Dada la falta de sistemática de las fuentes y los diversos supuestos posibles de adquisición de la propiedad, la doctrina romanística ha intentado realizar diversas clasificaciones de los mismos (3). Sin embargo, la distinción que más consenso ha alcanzado en la doctrina ha sido aquella que distingue entre modos de adquisición originarios y derivativos, si bien en las fuentes tan solo se hace referencia textual a modos conformes al Derecho civil o al Derecho natural, como observamos en GAYO 2,65:

(1) GAYO se refiere a ellos en el libro segundo de sus Instituciones; igualmente en D. 41,1 (*De acquirendo rerum dominio*) y en I. 2,1 (*De rerum divisione*).

(2) *Istituzioni di Diritto romano*, Milano (1965), pág. 235. En el mismo sentido se han manifestado, entre otros, ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli (1957), pág. 188; BONFANTE, *Corso di Diritto romano. La proprietà*, II, 2, Milano (1968), pp. 255 ss.; *Instituciones de Derecho romano* (trad. esp. de BACCI y LARROS), Madrid (1929), pp. 252 ss.; C. LONGO, *Corso di Diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano (1946), p. 86; GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in Diritto romano*, Torino (1955), pp. 11 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano (1990), p. 413, señala que modo de adquisición de la propiedad es cualquier hecho jurídico que produce tal adquisición en favor de un sujeto.

(3) Sobre las distintas clasificaciones y su crítica, vid. BONFANTE, *Corso. .*, II, 2, pp 55 ss.; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano (1952), pp. 6 ss.

"Ergo ex his, quae diximus, adparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium et civium Romanorum".

El mismo GAYO en D. 41,1,1 pr (*Libro II. Rerum quotidianarum*) (4) distingue entre modos de adquisición por derecho de gentes (o por derecho natural) y por derecho civil:

"Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. Et quia antiquis ius gentium cum ipso genere humano proditum est, oportet ut de hoc prius referendum sit" (5).

Las Instituciones de Justiniano (I. 2,1,11) exponen la distinción entre modos de adquisición por Derecho civil y por Derecho natural o de gentes apoyándose en el fragmento de GAYO de *Res cottidianae* que acabamos de exponer:

"Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarundam iure civili. Palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natural prodidit: civilia enim iura tunc coeperunt, cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi coeperunt".

Este texto que constituye según VOCI (6) un progreso en el aspecto sistemático al establecer en el inicio del desarrollo de los modos de adquisición la clasificación que nos interesa, es observado por BONFANTE (7) como una exageración por parte de los compiladores de las Instituciones al falsear el modelo de Gayo descrito en sus Instituciones (GAYO 2,65), en el cual no se sitúa en la base de la exposición la distinción de los modos naturales y civiles aunque cada adquisición se declare conforme al Derecho natural (*naturalis ratio*) o al Derecho civil.

(4) Sobre las relaciones existentes entre GAYO, 2,65, y D. 41,1,1 pr., vid. BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 60; ARANGIO RUIZ, "Ancora sulle Res Cottidianae", en *Studi Bonfante*, I, Milano (1930), p. 497.

(5) Sobre este texto se plantea la existencia de una interpolación en el inciso relativo a la mayor antigüedad del *ius gentium* o bien que sea fruto del origen postclásico de *Res Cottidianae*. Así, VOCI, *Modi di acquisto...*, pp. 2-3, señala que dicha observación no pudo atribuirse a GAYO, ya que éste se preocupa por establecer si un instituto es o no de *ius naturale*, pero jamás realiza la historia de éste. Vid también BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 60-61, que consideraba interpolado *Et quia antiquius... sit*.

(6) *Modi di acquisto...*, p. 2.

(7) *Corso...*, II, 2, pp. 59-60.

A pesar de esta consideración manifestada por BONFANTE, creemos, como expone VOCI (8), que en las Instituciones de Justiniano se reproduce con bastante exactitud el esquema de GAYO en su sustancia, exceptuando la reflexión acerca de los orígenes del *ius naturale*.

Observamos, por lo tanto, como la clasificación mencionada es la única que puede extraerse textualmente de las fuentes. No obstante, la importancia de la misma no es excesiva en Derecho clásico y carece de toda relevancia en Derecho justinianeo (9) al desaparecer las antiguas formas de enajenación en las cuales se apoyaba su significado práctico.

En esta situación nos apoyaremos en la distinción entre modos de adquisición a título originario y modos de adquisición a título derivativo elaborada por la escuela del Derecho natural y ello a pesar de no encontrar esta clasificación refrendo en las fuentes (10).

Considerando que la adquisición de la propiedad a título derivativo se funda en la relación con el titular anterior del derecho y la adquisición a título originario tiene lugar independientemente de dicha relación, por un acto unilateral del adquirente o por un hecho natural (11), tradicionalmente ha venido considerándose la accesión como un modo originario de adquisición de la propiedad que junto a la ocupación fueron en Derecho antiguo los únicos modos de adquisición originaria de la propiedad (12).

2. El término *accessio* presenta en las fuentes un significado más amplio de aquello que nosotros entendemos por accesión (13) en cuanto expresión técnica que designa uno de los modos de adquisición de la propiedad. Por este motivo, con el fin de evitar confusiones, algunos autores han preferido referirse a “unión” (14) o incluso a “aumentos” (15).

(8) *Modi di acquisto*. .. p. 3.

(9) Vid. la crítica a esta distinción en BONFANTE, *Corso*..., II, 2, pp. 56-57; VOCI, *Modi di acquisto* ..., p. 3.

(10) Sobre esta clasificación vid. BONFANTE, *Corso*..., II, 2, pp. 57 ss.; C. LONGO, *Corso di Diritto romano*..., pp. 87 ss.; VOCI, *Modi di acquisto*..., pp. 3 ss.; TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza (1987), pp. 252 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di...*, pp. 413 ss., señala que si bien esta distinción es desconocida para los “prudentes”, se adapta sin embargo a la realidad romana.

(11) TALAMANCA, *Istituzioni di...*, pp. 413-414.

(12) Así se manifiesta BONFANTE, *Corso*..., II, 2, p. 92; SOHM, *Institutiones de Derecho privado romano* (trad. esp. por ROCES), Madrid (1928), pp. 275-276.

(13) *VIR*, I, pp. 77-78: *Accessio opponitur decessioni-accessio opponitur principali rei*. BRANCA, “Accessione”, en *Enciclopedia del Diritto*, I (1958), p. 261; FERRINI, “Accessione”, en *NNDI* (1964), pp. 129-130; ASCOLI, BONFANTE y SEGRÉ, en GLÜCK, *Commentario alle pandette*, VI, Milano (1888), p. 80, n. b.; C. LONGO, *Corso di Diritto romano*, pp. 106 ss.

(14) C. LONGO, *Corso di Diritto romano*, pp. 106 ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it. por FADDA y BENSÀ), I, Torino (1925), p. 683, se refiere a “acquisto della proprietà mediante congiunzione”.

(15) En este sentido RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche*

Teniendo en cuenta los problemas que el término *accesión* encierra y sus múltiples posibilidades interpretativas en los textos, utilizaremos el mismo por cuanto existe un consenso bastante general en su utilización, aún cuando las fuentes emplean también el término *cedere* para referirse a estos supuestos, colocando entonces el acento sobre la cosa accesorio y no sobre la cosa principal (16).

La *accesión* que ha sido objeto de múltiples definiciones (17) comprende aquellos casos en los cuales el propietario de una cosa adquiere *ipso iure* la propiedad de otra cosa que es *res nullius* o propiedad de otros, y que se añade, se une o se incorpora a la primera (18).

Si la *accesión*, tal y como la entendemos, ha sido objeto de una abstracción de diversos supuestos para la elaboración de una teoría general, era necesario, según la doctrina tradicional, realizar una clasificación que permitiese integrar dichos supuestos y así se ha venido manteniendo la distinción entre unión de cosa mueble a cosa mueble, unión de cosa mueble a inmueble y la unión entre sí de cosas inmuebles.

Es en este último apartado donde mayoritariamente se han encuadrado aquellas figuras genéricamente denominadas como incrementos fluviales (19), es decir, *alluvio*, *avulsio*, *insula in flumine nata* y *alveus derelictus* (20).

in *Diritto romano*, Torino (1936), pp. 15 ss., señala que reagrupa bajo la denominación genérica de *aumenti* todos los casos que han sido denominados como *accessioni* por la doctrina romanística, ya que la adquisición por *accesión* no ha sido precisada con exactitud en su significado jurídico.

(16) MADDALENA, "Accedere e Cedere nelle fonti classiche", en *LABEO* (1971), pp. 169 ss.; BRANCA, "Accessione", en *ED*, I, pp. 263-264. La categoría general de la *accesión* se debe a los intérpretes, quienes han agrupado bajo el mismo perfil los numerosos casos dispersos en las fuentes en los cuales se adquiere el dominio por incorporación; si bien dichos supuestos no son siempre homogéneos, tienen la misma disciplina jurídica. Vid. BIONDI, *Istituzioni*..., p. 240; BONFANTE, *Corso*..., II, 2, pp. 92 ss; TORRENT, *op. cit.*, p. 255.

(17) Vid., entre otros: ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*..., p. 191; BONFANTE, *Corso*..., II, 2, p. 92; BIONDI, *Istituzioni*..., p. 239; ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, I, Paris (1886), pp. 634 ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, Paris (1929), p. 349; MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, I, Paris (1947), pp. 398 ss.; ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, I, Torino (1968), p. 106, entiende la *accesión* como la absorción de una cosa en la unidad material de otra; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 417; VOCI, *Modi di acq...*, p. 253.

(18) VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. esp. por DAZA MARTÍNEZ), Madrid (1986), p. 334; B. BRUGI, *Istituzioni di Diritto romano*, Torino (1926), p. 215, existe *accesión* cuando las cosas de propietarios diversos, que tienen entre ellas una relación de accesorio a principal, forman un todo inseparable por consideraciones diversas.

(19) Los incrementos fluviales se designan por los romanos como *ius alluvionum*: Cic., *De Or.*, I, 38; D. 41, I, 16; vid. VOCI, *Modi di acq...*, p. 254, n. 2, C. LONGO, *Corso*..., p. 102.

(20) Sobre la polémica referente a si los incrementos fluviales se consideran como

3. Como hemos señalado al inicio del presente estudio nuestro objetivo es el análisis de la *coalitio*, que fundamentalmente se presenta en la *avulsio*, como requisito para que se produzca la adquisición de la propiedad.

El término *avulsio*, que no aparece mencionado en las fuentes (21) se encuentra únicamente citado por PLINIO el Viejo en tres pasos y con distintos significados (22).

Se considera, de manera general, que existe *avulsio* cuando por efecto de la corriente impetuosa de las aguas o por otra fuerza natural se separa de un fundo una parte visible de terreno que se adhiere a un fundo perteneciente a otro propietario.

Sin embargo esta concepción se muestra como incompleta si lo que se pretende es demostrar que la "porción de terreno" desgajada de un fundo pasa a ser propiedad del dueño del fundo al cual se adhiere. Es por este motivo por el cual se considera que este hecho es condición necesaria pero no suficiente para adquirir la propiedad (23).

Para que la *avulsio* pueda considerarse como un caso de accesión y, en consecuencia, como un modo de adquisición de la propiedad, es preciso que se verifique un requisito más, aparte de la adhesión del trozo de

instituto autónomo independiente de la accesión, vid, entre otros: ARANGIO RUIZ, *Ist.*, pp. 193 ss; JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano* (trad. esp. por PRIETO CASTRO), Barcelona (1937), p. 190; C. LONGO, *Corso...*, p. 102, señala que no es correcto colocar los incrementos fluviales dentro de la accesión, ya que ésta presupone la naturaleza accesoria de la cosa de la cual se adquiere la propiedad, mientras que en los incrementos fluviales la accesibilidad no se toma en cuenta para la adquisición de la cosa.

(21) MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli (1970), p. 29; LANDUCCI, "L'avulsio", en *AG*, 31 (1883), p. 147, nn. 2-3; la palabra *avulsio* no es romano, no encontrándose registrada en ningún vocabulario, siendo frecuente su uso a partir del siglo XIX, ya que con anterioridad el primero que utilizó este término fue AYGELÉE, jurisconsulto del siglo XVI, en su versión de la Nov. 95 de León el Filósofo "et qui avulsionem passus est..". Por otro lado, el hecho denominado como *avulsio* se designó también mediante *vis fluminis*, *impulsio*, *appulsio*. En este sentido VOET, *Commento alle pandette*, V, Venezia (1852), p. 308, utiliza los términos *appulsio* y *avulsio*: "Proxima alluvioni est appulsio, vel avulsio..." Se pronuncia en idéntico sentido SERRAGLI, "La accessioni fluviali nel Diritto romano e nel Cod. civ. italiano", en *AG*, 41 (1888), p. 477.

(22) PLINIO, N.H. 17,9 (10) "Et abunde praedicta ratione caeli et terrae de iis arboribus dicemus, quae cura hominum atque arte proveniunt. Nec pauciora prope sunt genera; tam benigne naturae gratia retulimus. aut enim semine proveniunt aut plantis radicis aut propagine aut avolsione aut surculo aut insito aut consecto arboris trunco..." PLINIO, N.H. 17,13: "Et aliud genus simile monstravit, avolsique arboribus stolones vixere, quo in genere et usu perna sua avelluntur partemque aliquam e matris quoque corpore auferunt secum fimbriato corpore..." PLINIO, N.H. 17,21: "...Sabina erba propagine seritur et avolsione; tradunt facce vini aut e parietibus latere tuso mire ali..." Vid. MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 29, n. 40; LEWIS y SHORT, *A latin dictionary*, Oxford (1975), p. 216.

(23) LANDUCCI, "L'avulsio", en *AG*, 31, p. 158.

terreno a otro fundo, y es este precisamente el que se designa con el nombre de *coalitio* o conjunción orgánica.

En esta línea se manifiesta BONFANTE (24) al establecer dos fases, en primer lugar el mero contacto o *positio* y la conjunción orgánica o *coalitio* para que se produzca la adquisición de la propiedad.

Si hemos de buscar refrendo a lo expuesto anteriormente en las fuentes, debemos en un principio acercarnos a la exposición que GAYO realiza en sus Instituciones:

GAYO 2,71: "*Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet*".

En el presente fragmento, GAYO excluye la existencia de una adquisición de la propiedad al permanecer la parte separada del fundo en poder del propietario de las tierras desprendidas, "*haec pars tua manet*". No existiendo ninguna referencia a una posible *coalitio*, quedando reflejada tan solo la frase de mero contacto o *positio*, según la descripción de BONFANTE (25).

En este sentido puede afirmarse que, en sus Instituciones, GAYO no considera la *avulsio* como uno de los supuestos de incremento fluvial, a los cuales se refiere en GAYO 2,70; 72 (26).

Sobre este texto, MADDALENA (27) elabora una hipótesis en la cual considera que GAYO se refiere a la *avulsio* como una de las manifestaciones de la *alluvio*, pudiendo ésta considerarse como *incrementum latens* del fundo en cuanto *alluvio* propiamente dicha o bien como *incrementum patens* del fundo constituyendo la *avulsio*. Es decir, según este autor, la avulsión en época clásica no obtendrá un reconocimiento autónomo, siendo tratada como un supuesto de *alluvio* (28).

(24) BONFANTE, *Corso*., II, 2, p. 121; *Ist.*..., p. 262, n. 2; REGGI, "Alluvione e usufrutto", en *AG*, 142 (1952), p. 95, es necesaria la fase de mero contacto y de la *coalitio* SANFILIPPO, *NNDI*, I, p. 131; C. LONGO, *Corso*., p. 103.

(25) *Op. y loc. cit.*

(26) GAYO, 2,70: "Sed et id quod per alluvionem nobis adicitur, eodem iure nostrum fit; per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus, quantum quoque momento temporis adiciatur; hoc est, quod volgo dicitur per adlucionem id adici videri, quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat". GAYO, 2,72: "At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte, quae proxima est, iuxta ripam praedia habent". Vid. CERVENCA recens. MADDALENA, "Gli incrementi fluviali", en *LABEO*, 18 (1972), p. 107.

(27) *Op. cit.*, pp. 34-35.

(28) Vid., en contra, CERVENCA, *op. cit.*, p. 107; GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli (1976), pp. 578 ss., separa los incrementos fluviales de la accesión y considera la *alluvio* como *incrementum latens* y la *avulsio* como *incrementum patens*.

De la redacción de GAYO 2,71 no podríamos deducir la exigencia de la conjunción orgánica que supone la *coalitio*, hecho ante el cual podríamos preguntarnos si en el fenómeno descrito, "*si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad menum praedium pertulerit*", existiría la posibilidad de una transmisión de la propiedad o si por el contrario el trozo desgajado pertenecerá indefinidamente al propietario de cuyo fundo se ha segregado.

GAYO calla ante dicho interrogante, por lo cual en un análisis aislado del texto, la solución sería aquella ya expuesta "*haec pars tua manet*", es decir, no existiría ninguna posibilidad de transmisión de la propiedad del trozo separado.

Sin embargo este fragmento se inserta en una exposición más amplia, aquella que el jurista viene realizando sobre la transmisión de las cosas por Derecho natural o por Derecho civil a partir de GAYO 2,65 (citado) (29).

Hemos de tener en cuenta, por tanto, para realizar el estudio de GAYO 2,71 el conjunto en el cual se encuentra integrado.

En primer lugar se pone de manifiesto una contraposición respecto a GAYO 2,70, referente a la *alluvio*, cuando el fragmento objeto de análisis comienza con *itaque*, para concluir que en este supuesto no existe adquisición de propiedad de la parte desgajada. En este sentido, MADDALENA (30) señala que *itaque* evidencia en ambos textos el empleo de los mismos esquemas lógicos, de ahí que se excluya la adquisición de la propiedad en GAYO 2,71, al describir el fenómeno de la avulsión en sentido negativo. Este argumento permite a este autor aseverar que la *avulsio* en Derecho clásico no constituye una figura autónoma respecto de la *alluvio* (31).

Frente a esta opinión, nosotros consideramos que GAYO 2,71 refleja un ejemplo en el cual no se produce la adquisición por Derecho natural que es lo que el jurista viene desarrollando a partir de GAYO 2,66 (32) cuando se refiere a la ocupación de aquellas cosas que estaban sin dueño. Es en este sentido en el cual se inscribe la adquisición de "*quod per alluvionem nobis adicitur*", como se expone en GAYO 2,70 referente a la *alluvio*. Se considera así que las partículas de terreno que la corriente de

(29) Sobre la oposición *civilis-naturalis* en GAYO, 2,65, vid., entre otros: CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, Genève (1964), pp. 57 ss; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München (1971), p. 204, y allí bibliografía.

(30) *Gli incrementi...*, p. 30.

(31) En contra, vid. CERVENCA recens. a MADDALENA, "Gli incrementi..", en *LA-BEO*, 18 (1972), p. 107.

(32) "Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturaliter nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur".

un río añade a un fundo son *res nullius* (33), adquiriéndose las mismas *naturali ratione*.

Hemos de tener en cuenta la distinción existente en Derecho clásico entre fundos *arcifinii* y *limitati*, lo cual nos lleva a establecer que tan solo en el supuesto de aquellos considerados como *arcifinii*, sin confines delimitados, podrían aplicarse los principios de la accesión, debiendo utilizar en cambio, en los fundos *limitati* los principios propios de la ocupación (34).

En el caso de la *avulsio* el pedazo de terreno no es *res nullius* sino *res aliena*, lo cual impide que a la adquisición en este supuesto puedan aplicarse los criterios anteriores. Ello no implica, sin embargo, que no pueda tener lugar una adquisición del trozo desgajado, si bien dicha adquisición debe inscribirse en el ámbito del *ius civile*, ya que como señala GAYO en sus *Institutiones*, para justificar la admisión de la usucapión, "las propiedades no deben permanecer inciertas durante mucho tiempo, bastándole al dueño con uno o dos años para buscar lo suyo" (35).

En este aspecto podemos considerar que el pedazo de terreno objeto de *avulsio* puede calificarse, ante la no reivindicación por parte del dueño originario, como *res derelicta*, como cosa abandonada, y por tanto susceptible de ocupación, con lo cual nos adentraríamos de nuevo en el campo de actuación del *ius naturale*, al considerar en dicho supuesto como *res nullius* la parte desgajada por la fuerza del río.

Ante esta posibilidad, hemos de constatar como en Derecho romano existe una serie de *res nullius* que se sustrae al régimen de la ocupación como por ejemplo las *res Mancipi* abandonadas que no pueden adquirirse más que por usucapión (36).

Por tanto, ante el supuesto expuesto por GAYO 2,71, hemos de concluir

(33) La mayor parte de la doctrina coincide en afirmar el carácter de *res nullius* de los detritos del aluvión, vid. BONFANTE, *Corso*, II, 2, p. 120, BRANCA, "Accessione", en *ED*, I, p. 264, CERVENCA, *op. cit.*, p. 106; MADDALENA, *Gli incrementi*, p. 30.

(34) BONFANTE, *Corso*, II, 2, p. 120; VOCI, *Modi di acquisto*, p. 254.

(35) GAYO, 2,44: "Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut bienii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est".

(36) C. LONGO, *op. cit.*, p. 88. Para GUARINO, *op. cit.*, p. 588, en las *res Mancipi* pertenecientes a alguien la *occupatio* era tan sólo el primer momento del *tempus ad usucapionem*. Sobre el polémico tema de la *derelictio*, vid. A. BERGER, "In tema di derelizione", en *BIDR*, 32 (1922), pp. 131 ss.; BONFANTE, "La derelizione di res Mancipi nel Diritto classico", en *Scritti giuridici vari*, II, Torino (1926), pp. 326 ss.; "La derelizione e l'apprensione delle cose derelitte", en *Scritti*, II, pp. 343 ss.; M. KASER, "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht", en *ZSS*, 65 (1947), pp. 222 ss.; S. ROMANO, *Studi sulla derelizione nel Diritto romano*, Padova (1933), pp. 3 ss.; L. VACCA, *Derelictio e acquisto delle res pro derelicto habitae*, Milano (1984), pp. 1 ss., y allí abundante bibliografía.

que no existe un incremento fluvial cuando se produce únicamente un contacto (*positio*) de la parte separada al fundo al cual se añade (*pertulerit*), debiendo acudirse a la *usucapio* por parte del propietario del fundo al cual se ha adherido el trozo de terreno. En este sentido estimamos que, frente a aquellos autores (37) que no aprecian la existencia de la *bona fides* en el propietario del terreno incrementado, ésta se da desde el momento en que el nuevo *dominus* considere que se trata de una *res derelicta* y que, por tanto, no perjudica el derecho de otro (38).

En esta línea se manifiesta el propio GAYO (2,51) cuando se refiere a la usucapción de un fundo ajeno cuando este se encuentra deshabitado por abandono, muerte sin sucesor o larga ausencia del dueño, "*Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit...*"

En consecuencia, la *coalitio*, como hemos venido señalando, no se menciona en GAYO 2,71. Sin embargo el propio GAYO refiriéndose a la *avulsio* en D. 41,1,7,2 (*libro II. Rerum cottidianarum sive aureorum*) señala:

"*Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, queas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse*".

Se pone de manifiesto así como mediante la inmisión de las raíces en el fundo, que por efecto de la fuerza del río se ha visto incrementado, se produce la adquisición de la parte desgajada de otro predio.

No obstante este texto extraído de *Rerum cottidianarum sive aureorum* puede ser objeto de deuda en cuanto a que refleje el pensamiento de GAYO y, por tanto, haga referencia a una situación de la época clásica.

(37) Vid. LANDUCCI, "L'avulsio", en *AG*, 31, pp. 159-160, 200-201, n. 1, concluye en favor de la *usucapio* cuando el propietario pudiese demostrar haber creído abandonada la porción desgajada a pesar de D. 41,7,6 (*Julianus. Libro III, ad Urseim Ferocem*): "Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse", debiendo, según este autor, presumir la buena fe y juzgar con cautela "*falso*", exigido por Juliano. Sobre este texto BONFANTE, "Le singole iustae causae usucapionis e il titolo putativo, en *Scritti...*, II, p. 555, señala que la "*falsa existimatio*", la buena fe, no puede sustituir nunca la derelicción real. VACCA, *op. cit.*, pp. 70 ss., considera que en determinadas situaciones objetivas se podía justificar el error de aquel que creía efectivamente abandonada la cosa por el propietario y admitir así la usucapción no *pro derelicto*, sino *pro suo*.

(38) En cuanto a los otros requisitos de la *usucapio*, no se plantea problema alguno al tratarse de una *res habilis* y al considerarse el título *pro derelicto* como *iusta causa*. BONFANTE, "La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto colla bona fides", en *Scritti...*, II, pp. 469 ss.

Conocida es la problemática existente sobre la clasicidad de *res cottidianae* que aún hoy no ha sido bien aclarada (39).

No obstante, en referencia al tema que nos preocupa, es decir, la exigencia de la *coalitio*, podemos señalar que en época clásica es conocida como se demuestra el examen de textos correspondientes a distintos juristas como son el propio GAYO (40), VENULEYO (41), PAULO (42), ULPIANO (43) quien además permite afirmar su conocimiento ya en época republicana gracias a la mención, por ejemplo, de ALFENO EN D. 39,2,9,2 (*libro LIII ad Edictum*): "*Alfenus quoque scribit... ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*".

(39) Vid. sobre este tema, entre otros. ARANGIO RUIZ, "Ancore sulle Res Cottidianae", en *Studi Bonfante*, I (1929), pp. 495 ss., que considera que *Res Cottidianae* deriva de las Instituciones de Gayo; CERVENCA, *LABEO*, 18, p. 107, aun admitiendo que *Res cottidianae* hayan sido redactadas en época tardía, nada impide que puedan contener material clásico. FERRINI, "Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano", *BIDR*, 13 (1901), pp. 107 ss., señala cómo *Res Cottidianae* pueden considerarse como una nueva elaboración de las Instituciones con menos referencia a detalles de instituciones anticuadas, pero con una exposición teórica más completa del Derecho vigente y de las aplicaciones en la práctica. En este sentido, Ferrini no duda que en la mente de Gayo *Res Cottidianae* estuviese destinada a sustituir a las Instituciones, sin entrar a analizar las razones por las cuales esto no llegó a producirse. A. M. HONORÉ, *Gaius: A biography*, Oxford (1962), pp. 68 ss., rechaza que *Res Cottidianae* no haya sido escrita por Gayo, diferenciando las Instituciones, que habían sido redactadas con fines didácticos, y *Res Cottidianae*, dedicadas a la lectura. Sobre esta obra vid. la recensión realizada por G. G. ARCHTEN *SDHI*, 29 (1963), p. 433; MADDALENA, *Gli incrementi ...*, p. 15, n. 16, 32, se manifiesta inseguro respecto a la posibilidad de poder reconstruir el pensamiento clásico apoyándose en D. 41,1,7,2; VOCI, *Modi di acquisto...*, p. 2, para quien *Res Cottidianae* es una elaboración postclásica, observándose en determinados supuestos la intervención del compilador; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen (1960), p. 187, WOLFF, "Zur Geschichte des Gaiustextes", en *Studi Arangio Ruiz*, 4 (1953), pp. 192 ss., para quienes *Res Cottidianae* pertenecen a un texto de Gayo no publicado en época clásica; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze (1968), pp. 269 ss.. *Res Cottidianae* contiene, evidentemente, una versión o elaboración de las Instituciones de Gayo, aunque se haya alterado el orden de la exposición. Para este autor puede que la obra completa pertenezca al inicio del período postclásico, pero puede ser que represente notas a lecciones que, si no compuestas por el mismo Gayo, sí por un profesor de Derecho del período clásico que se hayan reencontrado en el período postclásico. O. STANOJEVIC, "Gaius noster. Plaidoyer pour Gaius", en *Studia Amstelodamensia ad Epigraphicam, ius antiquum et papyrologicam pertinentia*, XVIII (1989), afirma que *Res Cottidianae*, tal y como las conocemos por los fragmentos del *Digesto*, son auténticamente de Gayo. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo (1982), pp. 499 ss., señala que el núcleo serían las Instituciones de Gayo, quizá reelaboradas por algún discípulo, considerándose los *libri rerum cottidianarum sirve aureorum* de factura post-clásica.

(40) GAYO, 2,74.

(41) D. 43,24,22.

(42) D. 41,1,26,1.

(43) D. 6,1,5,3; 39,2,9,2; 47,7,3,3.

Sobre D. 41,1,7,2 puede plantearse la existencia de posibles interpolaciones (44). Sin embargo, observando el texto comprobamos como el término *plane* que podría ser sospechoso es uno de los términos que GAYO utiliza en distintas ocasiones, como señala HONORÉ (45). Estimamos, por tanto, que sustancialmente D. 41,1,7,2 expone el pensamiento de GAYO sobre lo que posteriormente se denominó *avulsio*. En este sentido DE SARLO (46) afirma que este texto al menos en su sustancia es clásico.

Del análisis de D. 41,1,7,2 se deduce inmediatamente la existencia de dos partes dentro del mismo texto. Así "*Quod si vis fluminis... eam tuam permanere*" reproduce el contenido de Gayo 2,71, ... *si flumen... haec pars tua manet*, con lo cual nada nuevo aporta sobre lo reseñado, la parte de un predio arrancada por la fuerza de un río y transportada a otro predio permanece siendo del propietario del fundo desgajado.

Es en la segunda parte: "*plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse*", donde se plantea la adquisición del pedazo separado por parte del propietario del fundo al cual se incorpora. Se constata así claramente la fase de *positio* en la primera parte y la fase de *coalitio* en el segundo apartado.

El estudio de la segunda parte del texto de GAYO parte de una adhesión del trozo arrancado durante un período más largo de tiempo, *plane si longiore tempore fundo meo haeserit*, al fundo al cual se añade. Esta prolongación en el tiempo se contrapone al primer apartado de D. 41,1,7,2 (*plane*), con lo cual obtenemos la impresión de que el suceso relatado se refiere a una incorporación de duración limitada en el tiempo.

No obstante concretar que ha de entenderse por *longiore tempore* es objeto de duda, ya que los autores, que lo han intentado, han llegado a soluciones distintas.

Sobre este punto SERRAGLI (47) considera que no puede ser más que el tiempo necesario para que se produzca el traspaso de la propiedad, es decir, *haeserit fundo meo et arbores quas secum traxerit radices egerint*.

Mas recientemente, MADDALENA (48) basándose en *longiore tempore fundo meo haeserit* establece que la *avulsio* es un caso de *alluvio* ya que

(44) Vid. *Index Interpolationum*. Para PAMPALONI, en *Studi Senesi*, 4, p. 235, cit por L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano (1940), p. 50, n. 1, el fragmento *Plane si longiore tempore... adquisita esse* sería fruto de los compiladores justinianos, ya que no se recogería en GAYO, 2,71.

(45) *Op. cit.*, p. 114, n. 17; D. 18,6,16; 41,1,3,1; GAYO, 2,205. Igualmente sucede, según este autor, con *palam est*: D. 41,1,5,6; 44,7,1,9, 44,7,5 pr, GAYO, 2,78, p. 114, n. 20.

(46) *Op. cit.*, p. 50, n. 1

(47) "Le accessioni ..", en *AG*, 41 (1888), pp 487-488

(48) *Gli incrementi*, pp 94-95.

el pedazo segregado accede lentamente, se trata de un *accessio paulatim*. En cuanto al tiempo, este autor, señala que será aquel que coincida aproximadamente con el tiempo necesario para la usucapición por parte del propietario del fundo incrementado (49).

LONGO (50) identifica *longiore tempore* con el tiempo necesario para que la vegetación de la zona arrancada eche raíces en el fundo, no precisa, por lo tanto, este concepto cuando expone: “ma se con l'andar del tempo la vegetazione di questa zolla mette radici nel fondo, se cioè avviene la *coalitio*, essa da questo momento va perduta definitivamente pel precedente proprietario e si acquista al fondo cui si è saldata”. En este sentido se manifiesta igualmente BONFANTE (51) al exponer que “la accesión tiene lugar cuando el tiempo y la vegetación une orgánicamente la tierra transportada y las plantas, que lleva ésta, con el nuevo terreno”.

Sobre el estudio de este texto ACURSIO (52) refiere como Azon interpreta *longiore tempore* como el transcurso de diez a veinte años. En cambio el propio ACURSIO al estudiar I. 2,1,21 refiriéndose a *longiore tempore* señala que será tan largo como lo hagan las raíces (53).

Sobre este aspecto consideramos que *longiore tempore* se encuentra definido en este texto de GAYO por el hecho de que las raíces de los árboles se extiendan al fundo incrementado, no pudiendo realizarse una concreción mayor desde el momento en que este hecho dependerá de variantes particulares, como la especie de árbol de que se trate o la distancia existente entre el árbol situado sobre el terreno arrancado y el fundo al cual se une.

Por otro lado, la opinión expuesta por MADDALENA sobre que el tiempo coincidirá aproximadamente con la usucapición puede ser acertada en determinados supuestos, es decir, cuando la variedad de árbol de que se trate precise de dicho tiempo para que la unión orgánica se produzca. No obstante, es factible considerar que la adquisición mediante la *coalitio* tiene lugar en un tiempo más breve que aquel que la *usucapio* exige y ello sin olvidar que los requisitos exigidos para la usucapición son superiores a la exigencia de “echar raíces”, es decir, a la *coalitio*.

Continuando con la exposición del texto de GAYO: “... *arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint...*”, se nos plantea el

(49) Vid., en contra, CERVENCA recens., *LABEO*, 18, pp. 107 y 112, n. 13; VOCI recens., *IURA*, 21 (1970), p. 239

(50) *Op. cit.*, p. 103.

(51) *Ist.*, p. 262.

(52) *Corpus iuris civilis iustinianei. Cum commentariis Accur sii...* Studio et opera IOANNIS FEHI (reimpressio phototypica editionis Lugduni, 1627; Osnabruck, 1965), III, p. 363.

(53) *Corpus iuris civilis iustinianei. Cum commentariis Accur su...*, V, p. 133.

hecho de que la tierra arrancada transporte con ella árboles y que estos árboles echen raíces en el fundo al cual la parte separada se adhiere.

Con esta manifestación el jurista parece querer señalar que la existencia de árboles se requiere como condición necesaria, o, como señala LANDUCCI (54) como condición esencial, ya que, continúa exponiendo este autor, no se utiliza *ut puta* o frases similares, siendo las palabras de GAYO rigurosas y exclusivas.

Según este argumento a la exigencia de la presencia de árboles se añadiría que las raíces de estos penetren, se extiendan al fundo incrementado, para que de *coalitio* puede hablarse y por lo tanto de adquisición de la propiedad mediante *avulsio*.

Esta rotundidad de GAYO es la que lleva a LANDUCCI (55) a la conclusión de que el trozo separado no se adquiere jamás, salvo que existan árboles, en cuyo caso se adquieran únicamente dichos árboles (56).

De manera similar se manifiesta OTOMANO (57) al señalar que cuando no existían árboles no podía tener lugar el traspaso de la propiedad, siendo por lo tanto ridículo que se haga depender de la existencia de ellos.

Por esta misma solución se han inclinado también otros autores, como MAYNZ (58) para quien no se pierde jamás la propiedad del terreno separado para su propietario, adquiriéndose únicamente los árboles (59).

Más recientemente MADDALENA (60) señala que con seguridad tan solo puede afirmarse la adquisición de los árboles, ignorando que sucede en el plano jurídico cuando el terreno forma una unidad perfecta con el fundo al cual se adhiere.

Frente a esta postura, la mayor parte de los autores adoptan la posición de considerar que una vez que los árboles han echado raíces en el fundo al cual se adhiere el terreno arrancado, se adquieren tanto árboles como terreno.

Así ACURSIO (61), PUCHTA (62), VOET (63) quien afirma que “echar raíces constituye adherencia y atribuye el dominio del trozo de tierra

(54) *Op. cit.*, p. 193.

(55) *Op. cit.*, p. 200.

(56) Vid. *infra*, pp. 28 ss Sobre la teoría de LANDUCCI vid. pp. 29-30

(57) Cit. por SERRAGLI, *AG*, 41, p. 486.

(58) Cit. por LANDUCCI en *AG*, 31, p. 182, n. 4, y por SERRAGLI, *ag*, 41, pp. 486-487.

(59) Idénticamente PASQUALI, *Accessione, D.I.* (1884), pp. 289 ss.; ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, I, Paris (1886), p. 636. Vid. más bibliografía citada por LANDUCCI en *AG*, 31, p. 182, n. 4.

(60) *Gli incrementi...*, p. 34.

(61) *Glossa ad*, D. 41,1,4,2, t. III, p. 363.

(62) *Pandekten*, Leipzig (1845) (reimp. 1982), 164, p. 233.

(63) *Comm. alle pandette*, V, Venecia (1852), pp. 308-309.

añadido por avulsión, y ello supone que se consiga el dominio de la tierra y de los árboles a ella inherentes" (64).

BONFANTE (65) señala que "sería extraño e irrenconciliable con los principios una adquisición de los árboles separados del terreno".

En esta dirección ha venido también manifestándose los autores más modernos como RODDI (66) quien establece que la unión orgánica de los árboles al nuevo fundo hace que se adquieran tanto los árboles como el terreno sobre el cual se encuentran plantados. LONGO (67) concluye en idéntico sentido, sin plantearse la polémica reseñada.

No obstante, aun cuando mayoritariamente los autores coinciden en que la adquisición tiene lugar tanto de los árboles como del terreno, no todos ellos coinciden en su fundamentación. Así BECHMANN (68) considerado *radices egerint* como esencial, establece que la tierra se adquiere únicamente gracias a los árboles y plantas, no pudiendo ser adquirida por sí sola. Es decir, la adquisición de la propiedad por avulsión es una consecuencia de la adquisición de la propiedad por *implantatio*; adquiridos los árboles o plantas transportados debe necesariamente adquirirse la tierra en la cual se encuentran (69).

Frente a esta interpretación de BECHMANN se ha manifestado SERRAGLI (70) para quien no debe creerse que la adquisición de la tierra desgajada sea una consecuencia jurídica de la adquisición de los árboles, en cuanto que adquirido un árbol se adquiera la tierra que lo circunda, ya que con este sistema el terreno arrancado se adquiriría a medida que se adquieran los árboles y si pocos o ninguno se adquirirían, poca o nada de tierra se adquiriría (71).

(64) En el mismo sentido, vid., entre otros: ORTOLAN, *Explication historiques des institues*, 1 (1852-1853), p. 371; ARDNTS, *Trattato delle pandette*, 1, Bologna (1882), 54.55, pp. 170 ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, 1, Torino (1925), 188, pp. 683 ss.; SERRAGLI, "Le accessione fluviali...", en *AG*, 41, pp. 477 ss., y la bibliografía citada por LANDUCCIO en *AG*, 31, p. 183, n. 1, FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano (1953), p. 297, n. 2, sería extraño atribuir la propiedad de los árboles y no la de la tierra que nos rodea

(65) *Corso...* II, 2, p. 121.

(66) *I mutamenti...*, p. 36.

(67) *Corso...*, p. 103. Igualmente G. LONGO, *Corso di Diritto romano. I diritti reali*, Padova (1962), p. 139.

(68) "Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten (Sulla dottrina dell'acquisto della proprietà per accessione e delle universalità di cose)", Kiel (1867), pp. 27-28, cit. por WINDSCHEID, *Pandette*, 1, p. 684, n. 6, y por PAMPALONI, "La legge delle XII Tavole De Tigno iuncto", en *AG*, 41, p. 489.

(69) Vid. en el mismo sentido WINDSCHEID, *Pandette*, 1, p. 684, n. 6.

(70) "Le accessioni...", en *AG*, 41, p. 489.

(71) En este sentido vid. VOET, *Commento...*, V, p. 309, para quien adquirido el dominio del trozo de terreno se adquieren como consecuencia los árboles que allí se encuentran, dado que las cosas plantadas son accesorias del suelo, *dum implanata solo cedunt*

Sobre la discusión planteada consideramos que tanto los árboles como el terreno desgajado, por la fuerza del río, sobre el cual se encuentran son adquiridos una vez que *in meum fundum radices egerint*, ya que no consideramos viable la adquisición únicamente de los árboles al vulnerarse el principio "*plantae quae terra coalescunt solo cedunt*", independientemente de que, como han señalado algunos autores (72), en la práctica no tenga gran importancia debido al escaso valor económico del trozo de terreno. En esta línea concluimos que por otro lado la adquisición del terreno no tiene lugar como consecuencia de la *implantatio*, sino que *radices egerint* es el hecho que demuestra la adquisición del terreno y por lo tanto de los árboles, es así la prueba de que la *coalitio* se ha producido.

Ahora bien, podríamos plantearnos según lo expuesto si la *coalitio* tiene lugar exclusivamente cuando existen árboles. A este aspecto fundamental de nuestro trabajo nos dedicaremos en breve mediante el estudio de los diversos textos que a ello se refieren.

En el último inciso de D. 41,1,7,2, GAYO concluye respecto a lo que ha venido relatando, es decir, la adquisición de la parte del predio que fue arrancada por la fuerza del río por parte del fundo al cual se adhiere, "*ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse*", desde el momento en que se produce la *coalitio*.

No se precisa por parte de GAYO, ni tampoco se podría, *ex eo tempore*, puesto que, como ya hemos señalado al referirnos al *longiore tempore*, él mismo lo define como aquel período de tiempo necesario para que se extiendan las raíces en el fundo que sufre el aumento.

La polémica, que hoy ha sido abandonada, se entabló respecto a "*videtur... adquisita*", sirviendo la misma de base a las distintas posiciones que, sobre la adquisición ya sea de los árboles, del trozo de predio o de ambos, hemos expuesto.

Para comprender qué motivó la controversia hemos de establecer la relación existente con el texto de GAYO (D. 41,1,7,2) por parte de I.2,1,21:

"Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et vicini praedio appulerit, palam est eam tuam permanere. Plane si longiori tempore fundo vicini haeserit arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse".

Observando este texto comprobamos como no existen diferencias sustanciales respecto al texto de GAYO, reproduciéndose incluso la estructura interna de la cual pueden deducirse las dos fases de *positio* ("*Quodsi vis*

(72) MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 34.

fluminis... eam tuam permanere”), que se corresponde palabra por palabra con lo señalado en D. 41,1,7,2 y que a su vez repite en sustancia lo expuesto en GAYO 2,71, y la fase de *coalitio* (“*Plane... adquisitae esse*”).

Es en esta fase denominada *coalitio* en la cual existe únicamente una mínima diferencia en su redacción, *videntur* en lugar de *videtur* y *adquisitae* por *adquisita*. Ante esta simple trasposición de singular en *Res cotidianae* por plural en las *Institutiones* de Justiniano, ¿es factible plantearse una polémica?

Evidentemente los autores más antiguos consideraron su respuesta de forma afirmativa, elaborando así toda una teoría sobre este hecho, que les llevó a establecer la adquisición únicamente de los árboles una vez que *radices egerint*, dando así preferencia al texto de las *Institutiones*, ya que suponían constituía una emanación más directa de la voluntad de Justiniano (73).

En este sentido se manifiesta ACCARIAS (74) para quien en D. 41,1,7,2 debe leerse “*videntur adquisitae*” en lugar de “*videtur adquisita*”, ya que de otro modo se entraría en contradicción con lo señalado por las *Institutiones* de GAYO y la *Paráfrasis* de TEÓFILO (75).

Inciendiendo en esta contradicción señalan como todos los manuscritos de las *Institutiones* están de acuerdo en señalar el plural (76), añadiendo

(73) Vid. esta exposición en BONFANTE, *Corso ...*, II, 2, p. 121, siendo esta interpretación inaceptable para este autor. LANDUCCI, *op. cit.*, p. 189.

(74) *Précis de Droit romain*, I, p. 636.

(75) ACCARIAS, *op. cit.*, p. 637, n. 2. Sobre la Paráfrasis de Teófilo respecto a l. 2,1,21, vid. la versión de FERRINI en GLÜCK, *Comm...*, VI, Milano (1888), p. 84, n.b. “*Quod si vis fluminis et impetus parte aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo appularit praedio, palam est adiectam partem tuam permanere, non enim sine sensu id factum est. Si vero pars quae ex tuo praedio detracta est arbores habuerit, et meo appulsa praedio longiore tempore ei haeserit, arboresque quas secum traxerit suas extenderint radices ita ut meum attingerent fundum, ex eo tempore videntur mihi adquisitae ex quo coeperint ex mea terra nutriri, utpote quae in mea terra radices habuerint*”. Otra interpretación latina de CURZIO se recoge por LANDUCCI en AG, 31, p. 181: “*Sin vero vi et impetu fluminis, pars aliqua fundo tuo detracta, praedio meo appulerit, dubium ea res non habet quin quod adiectum est, tuum maneat: neque enim id sine cuiusquam intellectu factum est. Quod si pars quae fundo tuo detracta est, arbores habet, et praedio meo adiecta, longiori tempore ei adhaesit, et arbores quas ferebat, ita radices egerunt ut in meum perveniant, ex eo tempore meae fiant ex quo terra mea solum ali coepere, ut quae scilicet radices habeant in terra mea*”.

(76) En contra de la concordancia de todos los manuscritos de las *Institutiones* que expone, por ejemplo, LANDUCCI, *op. cit.*, p. 188, vid. SERRAGLI, *op. cit.*, p. 482, donde señala cómo en algunos manuscritos puede leerse *videtur adquisita*, si bien este autor se inclina por la redacción plural (p. 483). Para VINNIO el texto de las *Institutiones* debe enmendarse, puesto que el cambio de la última proposición del singular al plural cambia el sujeto del fragmento, en el cual no se quiere establecer cuál sea la suerte de los árboles, sino, en cambio, cuál ha de ser la del terreno desgajado (cit. por SERRAGLI, *op. cit.*, p. 488).

como un argumento irrefutable que TEÓFILO, compilador de las *Institutiones* de Justiniano (77), tendría ante sus ojos la obra de GAYO *Rerum cottidianarum sive aureorum*, de la cual habría extraído dicho texto. Por otro lado, continúan señalando, TEÓFILO tomó parte también en la compilación del *Digesto* (78) y si hubiese existido alguna diferencia lo habría advertido recogiendo la misma en la *Paráfrasis*.

Frente a la unanimidad presentada por los manuscritos de las *Institutiones*, según la opinión mayoritaria, en los manuscritos del *Digesto* no existe esa concordancia, así mientras en la Vulgata y en la Haloandrina se recoge *videntur-adquisitae*, en la Florentina puede leerse *videtur-adquisita*, siendo esta contradicción entre los diversos manuscritos lo que también ha provocado que gran parte de los autores se inclinen por la lección plural (79). No obstante, MOMMSEN (80) se inclina por la redacción singular al igual que ACURSIO (81).

(77) Vid. R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bologna (1987), pp. 47 ss., en relación a la compilación de las *Institutiones*, exponiendo en pp. 50 ss. el controvertido problema de la división del trabajo entre los comisarios. Así HUSCHKE y FERRINI, "De Iustiniani Institutionum compositione coniectanea", en ZSS, 11 (1890), pp. 106 ss., "Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano", *BIDR*, 13-14 (1901-1902), pp. 101 ss., han considerado que en los trabajos no participó Triboniano personalmente, existiendo dudas respecto a la paternidad de los dos primeros libros y de los dos últimos, presuponiendo un reparto de los trabajos entre Teófilo y Doroteo, lo cual se justifica por el diverso modo de actuar de ambos juristas. Más recientemente, R. AMBROSINO, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*, Mediolani (1942), partiendo de antiguas observaciones de BUONAMICI, considera que la división de los trabajos se realizó por materias y no por libros, afirmando además la intervención de Triboniano. Por otra parte, SANGIORGI, "Il metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano", en *AUPA*, 27 (1959), pp. 181 ss., con una postura intermedia, habla también de una división por materias, pero excluye que Triboniano tuviese una participación concreta en dichos trabajos. Para T. HONORÉ, *Tribonian*, London (1978), pp. 187-211, Triboniano sería el autor de la parte histórica del manual.

(78) Vid. sobre este punto BONINI, op. cit., p. 29. En la constitución *Tanta*, recogida en C. 1,17,2, se señala en el párrafo 9 los nombres de los distintos componentes de la comisión, entre ellos Teófilo, "nec non Theophilum, virum illustrem, magistrum iurisque peritum in hac splendidissima civitate laudabiliter optimam legum gubernationem extendentem". Se señala que Teófilo formó parte de la subcomisión sabiniana a la cual pertenece D. 41,1,7,2, según la teoría de BLUHME en cuanto al método compilatorio del *Digesto*, teoría que ha sido objeto de críticas desde comienzos del presente siglo. Vid. BONINI, op. cit., pp. 34 ss.; BLUHME, "Die Ordnung der Fragmente in den Pandektenstellen", en *Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, 4 (1820), pp. 257 ss., rep. en LABEO (1960), pp. 50 ss.; 235 ss.; 368 ss.; GARINO, *L'esegesi delle fonti del Diritto romano*, I, Napoli (1968), pp. 508 ss., y allí bibliografía sobre el método compilatorio del *Digesto*.

(79) LANDUCCI, op. cit., pp. 189 ss. Más recientemente L. PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, Milano (1953), p. 500, considera que en D. 41,1,7,2 se constata la existencia de interpolación en *videtur... adquisita*, debiendo señalarse en el original *videntur... adquisitae*.

(80) *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini (1963). Igualmente PAMPALONI, cit. por SERRAGLI en *AG*, 41, p. 482, n. 3, para quien el texto de la Florentina es segurísimo

(81) *Glosa ad D. 41,1,7,2, l. III*, p. 363; SERRAGLI, op. cit., p. 488

En este aspecto, FERRINI (82) señala que las Instituciones presentan alteradas en las personas los pronombres y los correspondientes verbos y adjetivos, de modo que el tratado de *Res cottidianae* es seguramente preferible al de las *Instituciones* de Justiniano (83), lo cual nos induce a pensar que también este autor se inclina por la redacción de la Florentina.

Esta supuesta antinomia ha provocado en gran parte que se atribuya al texto del *Digesto* (D. 41,1,7,2) en su versión *videtur-adquisita* la adquisición del trozo de terreno segregado frente a la adquisición de los árboles en el textos de las Instituciones (I. 2,1,21), razón esta por la cual algunos autores (84) han considerado preferible la lección plural de *Res cottidianae* con el fin de armonizar ambos textos estableciendo la adquisición tan solo de los árboles.

No obstante, no existe unanimidad respecto a considerar que de una redacción plural pueda derivarse únicamente la adquisición de los árboles, así SERRAGLI (85), que adhiriéndose a la mayoría acepta la redacción plural de las Instituciones, afirma que dicha posición no obstaculiza que tenga lugar la adquisición tanto de los árboles como del terreno arrancado.

En este sentido, BONFANTE (86) al señalar que el texto de las Instituciones puede haber sido objeto de un error por parte del amanuense, añade que además gramaticalmente el plural pudo referirse tanto al terreno como a los árboles (87).

DE SARLO (88) considera que "*ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse*" no puede explicarse de ninguna manera si no es corrigiéndole. Así los escritores están obligados a cambiar *videntur-adquisitae* por *videtur-adquisita* tal y como había propuesto FERRINI (89) aun cuando la

(82) "Sulle fonti delle Istituzioni...", en *BIDR.* 13-14, pp. 146 ss.

(83) FERRINI, *op. cit.*, p. 108.

(84) Vid. a este respecto lo expuesto en p. 25

(85) *Op. cit.*, pp. 483-488.

(86) *Corso...*, II, 2, p. 121

(87) En contra de esta justificación, LANDUCCI, *op. cit.*, p. 192, señala que basta con leer el texto de Gayo para convencerse de la inadmisibilidad de este hecho, ya que Gayo en sus Instituciones señala cómo no existe excepción respecto a la tierra arrancada desde el momento en que se encuentra omitido el fragmento *plane... sine*. Frente a lo expuesto por LANDUCCI y ORTOLAN, *op. cit.*, p. 371; WINDSCHEID, *Pandette*, I, p. 683, entre otros, creen que los compiladores de las Instituciones, viendo que Gayo hablaba de *pars fundi* y de *arbores*, se permitieron cambiar la oración del singular al plural refiriéndola así a ambos. Recientemente, MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 31, n. 45, dice que I. 2,1,21 es perfectamente análogo a D. 41,1,7,2, y ello aun cuando opta por la versión singular en el texto del *Digesto* y por el plural en el de las Instituciones

(88) *Op. cit.*, p. 51.

(89) *Pandette*, p. 297, n. 2.

diferencia a la que aludimos entre el texto del *Digesto* y el de las *Instituciones* es poco importante (90).

Partiendo de estos supuestos LANDUCCI (91) realiza una teoría peculiar en la cual establece dos tipos de *avulsio*: "*avulsio per sovrapposizione*" y "*avulsio per adesione o per accosto*", considerando que en el primer caso, por superposición, se está haciendo referencia a D. 39,2,9,2 existiendo aquí una verdadera accesión y, por tanto, adquisición de la propiedad tanto de los árboles como del terreno. En el segundo supuesto, por simple adhesión, que las fuentes recogen en D. 41,1,7,2; l. 2,1,21; GAYO 2,71, faltan los requisitos de la accesión, no existiendo cambio alguno en la propiedad, y si existiesen árboles en el terreno desgajado, una vez que hayan echado raíces en el fundo al cual se adhiere el terreno avulso, el propietario del fundo vecino adquiriría por accesión dichos árboles, pero no así el terreno ya que ambos terrenos permanecerán siempre distintos, no existiendo razón alguna para despojar a uno de los propietarios (92).

Sobre la polémica establecida consideramos, al igual que BONFANTE y FERRINI, la escasa importancia de la misma debido a que tanto en su redacción *videntur-adquisitae* como *videtur-adquisita* se produce la adquisición tanto de los árboles como del terreno. No podría ser de otra forma ante la dificultad de pensar en unos árboles que son propiedad de alguien distinto del propietario del fundo sobre el que se encuentran.

4. Hemos estado analizando hasta este momento aquellos textos que referidos a la *avulsio* aportan la solución en favor de la *coalitio* cuando existen árboles que son transportados con la tierra arrancada por la fuerza de un río. Ahora bien, como hemos planteado anteriormente, ¿existe únicamente la *coalitio* ante la presencia de árboles?

(90) GIRARD, *op. cit.*, p. 327, n. 1, señala que la contradicción entre D. 41,1,7,2 e l. 2,1,21 es tan sólo aparente. Idénticamente concluye en este sentido A DI PIETRO, *Gayo. Institutas*, Buenos Aires (1987), pp. 244 ss.

(91) *Op. cit.*, pp. 198 ss.; "L'avulsio. Nuove osservazioni", en *AG*, 31 (1883), pp. 498 ss.

(92) En contra de la teoría de LANDUCCI vid., entre otros, SERRAGLI, *op. cit.*, pp. 481 ss., donde expone sus razones frente a la argumentación de LANDUCCI, que expone anteriormente en pp. 478 ss.; ASCOLI, BONFANTE y SEGRÉ, en GLÜCK, *Comm.*, 6, pp. 84 ss.; M. PAMPALONI, "Osservazioni alla teorica dell'avulsio", en *AG*, 32 (1884), pp. 167 ss.; "La legge delle XII Tavole. De tigno iuncto", en *AG*, 32 (1883), p. 424, n. 95, para quien la distinción propuesta por LANDUCCI no logra alcanzar el fin propuesto, considerando este autor que la adquisición tiene lugar como adquisición de porciones de *alveus derelictus* por parte del propietario del fundo ribereño en *Sopra l'isola formata per avulsione nei fiumi in Diritto romano e odierno*, Prato (1885), pp. 30 ss. También en contra FADDA, *Lezioni di Diritto romano* (1884-1885), pp. 137 ss., en GLÜCK, *Comm.*, 6, p. 86, n.a.

Con el fin de aclarar este interrogante hemos de acercarnos al texto de ULPIANO D. 39,2,9,2 (*libro LIII ad edictum*):

"Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est".

Observando detenidamente este texto de ULPIANO percibimos la existencia en el mismo de dos apartados que reproducen la estructura ya expuesta en D. 41,1,7,2 de GAYO, es decir, dos fases que hemos venido denominando *positio* y *coalitio*.

En la primera parte, *Alfenus quoque scribit, ..., quae sunt prolapsa*, se expone aquella situación considerada como *positio*, en la cual no se produce cambio en el derecho de propiedad.

ULPIANO hace referencia a la opinión manifestada en este sentido por juristas anteriores, Alfeno y Labeon, lo cual nos lleva inmediatamente a la conclusión de cómo este fenómeno, del cual nos venimos ocupando, era conocido ya en época republicana, en la cual se inscribe Alfeno.

No obstante, en relación a la mención que ULPIANO realiza de las opiniones manifestadas por Alfeno, hemos de tener en cuenta la opinión expuesta a este respecto por FERRINI (93) cuando señala "como Ulpiano en seis ocasiones se refiere a *Alfenus* o *Varus* pero sin mencionar la obra ni indicar el libro", de modo que para este autor ULPIANO no conocía la obra de Alfeno al no citar la obra original. Por otro lado, señala FERRINI que en muchas ocasiones la doctrina que se atribuye a Alfeno no es suya sino de Servio Sulpicio, de quien fue alumno (94).

Independientemente de las dudas expuestas por FERRINI, parece comprobado como en época clásica y finales de la época preclásica se conocen las situaciones a las cuales estamos refiriéndonos.

En D. 39,2,9,2 la *positio*, la fase de mero contacto, tiene lugar cuando

(93) "Ricerche critiche ed esegetiche intorno ai Digesti di Alfeno Varo", en *BIDR*, 4 (1981), pp. 1 ss.

(94) FERRINI, *Ricerche...*, pp. 7-8. Sobre Alfeno Varo vid. también, entre otros, DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*; SOLAZZI, "Alfeno Varo e il termine dominium", en *SDHI* (1952), pp. 216 ss; GUARINO, *op. cit.*, p. 142. Alfeno recoge en sus *Digesta* respuestas suyas y de su maestro Servio Sulpicio.

desde un fundo superior cae una capa de tierra sobre un fundo inferior, "*si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum*", no produciéndose, como hemos señalado, modificación alguna en el derecho de propiedad de los respectivos propietarios. Hecho que se demuestra ante la posibilidad de reivindicación por el propietario del fundo superior, aun cuando deba hacer frente a los daños causados en el fundo inferior, "*eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa*".

Sobre este apartado se ha planteado la existencia de interpolación en *nec aliter-prolapsa* por BESELER (95) y por DE SARLO (96) cuando afirmando que el texto está alterado aduce como razonamiento la comparación con D. 39,2,7,2 (ULPIANO. *Libro LIII ad edictum*) que recoge una respuesta de Juliano, aun cuando duda de la claridad del mismo, en el cual no se hace referencia a la reivindicación sino a un interdicto mediante el cual el pretor permitía al propietario de la casa derrumbada retirar los escombros de la casa del vecino (97).

En este aspecto y sin dudar de la existencia de la interpolación reseñada, consideramos que el interdicto al que se alude en este texto (D. 39, 2,7,2), se concede al propietario de la casa sobre la cual hubiesen caído los escombros con el fin de que sean retirados por el propietario de la casa derruida o que se tenga por abandonada toda la casa, afirmación esta que se deduce de la propia redacción de D. 39,2,7,2:

"Unde quaeritur, si ante, quam caveretur, aedes deciderunt neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquant, an sit aliqua adversus eum actio. et Iulianus consultus, si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro sed et de praeterito damno cuvere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes

(95) *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen (1910), p. 19. Sobre la alteración recogida por BESELER manifiesta sus dudas G. MELILLO, *Tignum iunctum*, Napoli (1964), p. 92, n. 131, ya que para este autor, extrañamente BESELER parte del presupuesto de que se trate de una acción reivindicatoria. LANDUCCI, "L'avulsio", en *AG*, 31, p. 174, n. 4, las palabras *nam-prolapsa*, que presentan sin duda cierta dificultad, no son esenciales. Vid. *Index*.

(96) *Op. cit.*, p. 49, n. 3, para quien el texto D. 39,2,9,2 se encuentra alterado en la primera parte sobre el resarcimiento acordado por los daños producidos por el derrumbamiento del terreno.

(97) DE SARLO, *op. cit.*, p. 69, n. 3.

rudera decidissent, per quod vicinus compelletur aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere" (98).

Sobre el *interdictum* mencionado, BONFANTE (99) considera el mismo de difícil reconstrucción (100) teniendo en cuenta que para este autor el fragmento que al mismo hace referencia no es clásico, sino producto de una alteración de los compiladores, alteración que supone una tutela más amplia en favor del perjudicado que aquella que GAYO establecía en D. 39, 2,6 (*Libro I ad edictum provinciale*):

"Evenit, ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint; adeo ut plerisque placuerit nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat".

En este texto de GAYO se establece como el vecino que no se ha garantizado contra un daño futuro mediante caución no tiene derecho de resarcimiento en el supuesto de que se verifique el daño, se estima así que el interdicto que en D. 39,2,7,2 se establece supone una ampliación en la tutela de aquel que sufre un perjuicio. En este tema se plantea por tanto un derecho de retención sobre la totalidad de los escombros por parte del perjudicado como un arma que asegura su pretensión de que sean retirados aquellos materiales que estorban o que son perjudiciales.

No obstante, independientemente de las dudas expuestas sobre el interdicto mencionado, se establece como limitación que el mismo se concederá cuando el perjudicado no haya podido protegerse como una *cautio* por algún impedimento: *"quod forte tunc recte dicitur, cum nom ipsius negligentia sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit"* (D. 39, 2,8; GAYO *ad edictum praetoris urbanis titulo de damno infecto*).

Como otro de los argumentos que se utilizan en favor de la interpolación mencionada en D. 39,2,9,2 (*"nec aliter dandam actionem, quam ut*

(98) Texto interpolado, vid. *Index*. Sobre este texto BONFANTE, *Corso...*, II, 1, p. 424, considera que el fragmento *"quod si dominus . pro derelicto habere"* es fruto de los compiladores. En este sentido se manifiesta también BRANCA, *Damno temuto e damno da cose inanimate nel Diritto romano*, Padova (1937), pp. 252 ss.; "Accessione", en *ED*, I, p. 264; A. MOZZILLO, *Contribui allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli (1960), p. 55, n. 4.

(99) *Corso...*, II, 1, p. 423.

(100) Para BRANCA, *Damno...*, pp. 252 ss.; MOZZILLO, *op. cit.*, p. 56, n. 4, se trata del *interdictum rudibus tollendis*, en el cual ante la falta de una caución obtenida antes del daño, el propietario perjudicado no tiene otro derecho que la *retentio* de los materiales derrumbados sobre su fondo. ACURSIO señala que *petentur* y *actionem* hacen referencia al interdicto *ne vis fiat ei...* Para BONFANTE, *Corso* ., II, 2, pp. 124-125, no existe acción a excepción del interdicto *quod vi aut clam*.

omnia tollantur”), se suele establecer la relación de este texto con D. 39, 2,9,1 (ULPIANO. *Libro LIII ad edictum*):

“*De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent*” (101).

La relación entre ambos textos parece evidente, pero no necesariamente como justificación de la interpolación puesta de manifiesto, sino en cuanto al derecho del resarcimiento, independientemente de la retención, que podía conseguir con la *cautio* ya sea para el *damnum futurum* o para resarcir el *damnum praeteritum* (102).

En este aspecto TREBACIO (D. 39,2,9,1) se refiere al *damnum futurum*, “*si modo damni repromitterent*”, mientras que Alfeno hace referencia al *damnum praeteritum*, “*damnum in te iudicium de damno iam facto*” (103).

Hemos establecido por tanto como Alfeno en ULPIANO D. 39,2,9,2 establece en la primera parte del texto la fase de mero contacto o *positio*, si bien no como consecuencia de la fuerza de un río sino por otro medio, derrumbamiento, terremoto..., por supuesto fase a la que se llega de forma natural, sin la intervención humana.

El apartado que presenta para nuestro estudio un interés relevante es:

“*Ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est*”.

(101) DE SARLO, *op. cit.*, p. 69, n. 2, donde señala que TRABACIO expone un caso análogo, el de *res delatae vi fluminis*.

(102) Vid. BONFANTE, *Corso*, II, 1, pp. 425 ss., E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in Diritto romano*, Milano (1947), pp. 392 ss., donde señala que todos los intérpretes están de acuerdo en considerar que el interdicto está ligado a una *cautio damni infecti*, planteándose si *modo damni infecti repromitterent* supone una emanación del interdicto o bien una condición que contiene en el orden intelectual. Vid. también DE SARLO, *op. cit.*, p. 70, FERRINI, *Pandette*, p. 298, expone que la *crusta* puede reivindicarse como los muebles que el Tiber inundando “*in aliena aedificia detulisset*”, salvo el resarcimiento de daños.

(103) En el texto de la *Vulgata* figura el *damno infecto* en lugar de *damno iam facto* que recoge la Florentina, divergencia esta que utilizan algunos autores para preferir la redacción de la *Vulgata* con el fin de evitar una posible contradicción en el texto de Alfeno. En contra de dicha contradicción, BONFANTE, *Corso*..., II, 1, p. 426, para quien se produciría así una forma nueva y absurda en cuanto que *iudicium* no pudo significar *cautio*; y si, como es obvio, significa juicio, no pudo referirse a un *damnum infectum*. En favor de *infecto* ACURSIO, *Glosa*, t. III, p. 46.

Continúa ULPIANO en este fragmento recogiendo la opinión de Alfeno en el sentido de admitir la reivindicación de la capa de tierra tal y como ha expuesto anteriormente, siempre que proceda al resarcimiento de los daños causados, para inmediatamente establecer la limitación, *si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*. Es esta limitación a la reivindicación lo que dneominamos *coalitio*, a partir de la cual se produce un cambio en el derecho de propiedad.

En el análisis de D. 41,1,7,2 e I. 2,1,21 veíamos como la *coalitio* se manifestaba por medio de las raíces de los árboles que, transportados con la tierra desgajada por la fuerza de un río, se extendían al fundo al cual se adhería el terreno.

En este texto de ULPIANO, donde se recoge la opinión de Alfeno, no se constata la presencia de árboles en la *crusta*, con lo cual existen dos posibilidades, o bien no puede aquí hablarse de *coalitio*, o bien la *coalitio* no tiene lugar necesariamente ante la presencia de árboles.

La primera de las posibilidades ha de descartarse ante la simple lectura del texto, ya que de forma expresa y reiterada se hace referencia a la *coalitio*, *si non coaluerit... cum terra mea coaluit*, hecho que sin embargo no tenía lugar en los textos analizados, D. 41,1,7,2 e I. 2,2,21, donde la existencia de la *coalitio* la deducíamos de "*in meum fundum radices egerint*".

Podríamos pensar que ante la equivalencia establecida *coalitio-radices egerint*, tan solo podría tener lugar la *coalitio* ante la presencia de árboles (104). Sin embargo, esta consideración no tiene lugar, aun cuando algunos autores con el fin de mantener dicha hipótesis entienden que el término *crusta* hace referencia a un trozo de prado cubierto de arbustos (105), desde el momento que el texto se refiere únicamente a la capa de tierra, sin mencionar la presencia de árboles.

En este sentido hemos de inclinarnos ante la segunda de las posibilida-

(104) Hemos de entender el término árbol en sentido amplio; así, por ejemplo, Ulpiano en D. 43,27,1,3 (*libro LIII ad edictum*) señala: "Arboris appellatione etiam vites continentur". Igualmente Ulpiano en D. 47,7,3 pr. (*Libro LXXII ad Sabinum*): "Vitem arboris appellatione contineri plerique veterum existimaverunt". Ahondando en esta amplitud del término árbol, Pomponio, citado por Ulpiano en D. 47,7,3,3:4 establece que es árbol si tiene raíz y, por tanto, no es árbol ninguno que no hubiese echado raíces. "...cum nulla arbor proprie dicatur, quae radicem non conceperit", "id est stirpitibus arborem transtulerit, eam, quamvis nondum comprehenderit terram, arborem tamen videri..." Sobre diversos supuestos que se consideran como árboles, vid. D. 47,7,3,1; 2, 7. En cuanto a la consideración negativa como árbol, vid. D. 47,7,4 (GAYO, *Libro ad legem duodecim tabularum*).

(105) Vid. en este sentido lo expuesto por SERRAGLI, "Le accessioni fluviali..", en *AG*, 41 (1888), p. 489, donde señala que al interpretar el término *crusta* de esa forma se le otorga un sentido que no tiene.

des planteadas, la *coalitio* no exige necesariamente la existencia de árboles, pudiendo tener lugar aun cuando estos no existan, como se desprende de D. 39,2,9,2.

Así pues, establecido en este texto la ausencia de árboles, podemos plantearnos como se manifiesta en este caso la *coalitio*.

La respuesta nos la proporciona conjuntamente el propio significado del término (106), en cuanto que hace referencia a unirse, juntarse, echar raíces, fundirse, confundirse..., y la frase en la cual se inserta "*si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*", donde *unitatem* no se contrapone a *coaluerit* sino que lo completa y ratifica. Es decir, la *coalitio* se produce por la unión, la mezcla de la *crusta* con la tierra del fundo sobre la cual cae.

SERRAGLI (107) señala, refiriéndose al significado de *coaluit cum terra mea*, que no se requiera que la tierra caída sobre nuestro terreno esté totalmente mezclada, cosa difícil en la práctica que suceda y que pueda probarse, requiriendo además mucho tiempo, sino solamente que se haya unido estrechamente. Concluye este autor (108) estableciendo que basta la unión material como se desprende de D. 39,2,9,2 si bien en la mayor parte de los supuestos tendrá lugar una unión orgánica como se deduce de D. 41, 1,7,2 y de I. 2,1,21, si bien estos casos la unión orgánica se presenta como un caso frecuente a modo de ejemplo.

Estamos de acuerdo con SERRAGLI en cuanto a que no se exige la presencia de árboles y que por tanto la *coalitio* no tiene únicamente el significado de "*radices egerint*"; sin embargo no compartimos su opinión respecto a que en D. 39,2,9,2 se haga referencia a una unión material y no orgánica. Así si consideramos que se trata de una unión orgánica cuando esta sea inseparable (109), no se plantea problema alguno para ver en el texto de ULPiano una unión orgánica cuando la capa de tierra (*crusta*) se encuentra fundida, confundida... con la tierra sobre la cual cae.

En este aspecto BRUGI (110) habla de la formación de un todo inseparable por consideraciones diversas: por la confusión de los trozos que se juntan, por el alimento del suelo que transformó la planta allí arraigada...

Se observa, por tanto, como en este texto de ULPiano que recoge una

(106) *Coalesco, is, lui, litum, scere*. Vid. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, t. I, Berolini (1903), p. 765.

(107) *Le accessioni fluviali*..., p. 482.

(108) *Op. cit.*, pp. 489 ss.

(109) Así se manifiesta A. GUARNERI CITATI, "La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti", en *AUPA*, 14 (1930), p. 314. BONFANTI, *Isi*, p. 262, n. 2, señala que la *coalitio* es una verdadera conjunción orgánica generada por *unitatem cum terra mea* (D. 39,2,9,2).

(110) *Istituzioni di Diritto romano*, Torino (1926), p. 215.

opinión de Alfeno, la *coalitio* no supone la existencia de árboles y la extensión de sus raíces (111), sino simplemente la unión, mezcla, confusión... de tierras.

Continuando con la exposición de D. 39,2,9,2 se observa "*nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit*".

Las dudas planteadas sobre este inciso han sido muchas, de tal forma que se duda de su autenticidad. Así PAMPALONI (112) considera como genuina la hipótesis de la *crusta lapsa, nec aliter... prolapsa*, alteración a la cual nos hemos referido, y en cambio manifiesta que el fragmento *nec arbor... coaluit* ha sido alterado al considerarlo como superfluo y desde el punto de vista formal sin ninguna ligazón con la frase precedente al comenzar con "*nec*".

Frente a la opinión de PAMPALONI, se ha manifestado KASER (113) para quien este autor mantiene una opinión infundada. MELILLO (114) considera que es totalmente correcto el uso de "*nec*" y que la aproximación entre la *crusta lapsa* y *arbor* es totalmente aceptable ante la analogía que presentan ambas situaciones.

Igualmente no comparten la postura de PAMPALONI, DE SARLO (115) y RICCOBONO (116), para quien el texto es genuino como se demuestra al intentar reconstruir su forma original en comparación con D. 6,1,5,3, texto que se encuentra alterado.

Sobre la posible alteración de *nec arbor... coaluit*, consideramos que dicho inciso no sólo no es superfluo, como señalaba PAMPALONI, sino que evidencia las manifestaciones distintas de la *coalitio* estableciendo la comparación entre un supuesto de *crusta lapsa* y un supuesto de *implantatio*. Existe en ambos casos la fase de *coalitio*, que lleva consigo un cambio en el derecho de propiedad, pero en la *crusta* la *coalitio* se verifica ante la confusión de ambas tierras y en la *implantatio* la misma se produce mediante las raíces.

No obstante, la consecuencia es la misma, la unión orgánica, inseparable ya se trate de capa de tierra o de árbol.

De esta forma el empleo de "*nec*" lejos de romper la armonía en la

(111) En este sentido, LANDUCCI, *L'avulsio*, p. 199, si bien este autor considera que D. 39,2,9,2 es un supuesto de *avulsio* por superposición, mientras que D. 41,1,7,2 e l. 2,1,21 hacen referencia a la *avulsio* por adhesión. Sobre la diferencia existente entre ambos tipos de *avulsio*, según la teoría de este autor, vid. *op. cit.*, pp. 157 ss.

(112) "Appunti sopra l'acquisto di proprietà per alluvione", en *Studi Senesi*, 43 (1929), p. 235.

(113) "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten .", en *ZSS*, 65, p. 229, n. 29.

(114) *Tignum iunctum*, Napoli (1964), p. 92, n. 131.

(115) *Op. cit.*, p. 49, n. 3.

(116) "Tracce di Diritto romano classico", en *BIDR*, 18 (1906), pp. 211 ss.

exposición del texto, lo completa situando uno junto a otro aquellos supuestos que tienen entre ellos una relación de analogía y que presentan una misma fundamentación.

La conclusión a la exposición precedente, referente a la *crusta lapsa*, tiene su constatación en el apartado "*sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est*".

En este inciso se condensa y resume todo aquello que hemos venido exponiendo, es decir, una vez que se ha producido la *coalitio, si iam cum terra mea coaluit*, se adquiere la *crusta* por el propietario del fundo sobre el cual ha caído, *quia mea facta est*. Es esta frase rotunda la mejor y más clara conclusión del efecto que la *coalitio* ha producido.

La ratificación de este hecho se constata ante la imposibilidad de poder utilizar la acción negatoria contra el propietario anterior de la *crusta*, puesto que la misma "ya es mía", *sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere* (117). DE SARLO (118), estima "que es una consecuencia lógica que después de la incorporación yo no pueda utilizar la acción negatoria contra el propietario del fundo del cual ha caído la *crusta*, ya que la propiedad de ese pedazo de terreno adquirido por mí impide que en relación a él yo pueda hacer valer la libertad de mi fundo".

No podemos concluir la exposición referente a la *coalitio* en la *crusta lapsa* sin hacer referencia a la Nov. 95 de LEÓN el Filósofo (*De avulsae terrae crusta*):

"*Etiam antiquioribus, quaeque antea originem sumserunt legibus causam rerum necessitatibus usus praebuit. Ad vitae enim legislatorum voluntate vicissitudines semper intenta, pro eius natura leges condunt. Quoniam igitur ex communis vitae negotiis, quemadmodum diximus, legibus nascendi occasio existit, nos etiam, quum propter novitatem alicuius rei, et quae ex nulla antiqua lege explicari possit, lege opus esse videamus, ut si forte alias quoque tale aliquid contingat, id legitime diudicari possit, legem pro qualitate rei constituimus. Quae igitur illa lex? Agris vicinis diverso dominio subiectis, et altero superiore loco constituto, altero inferiore posito, in superficie limitato, si superioris agri pars aliqua vel cum arboribus, vel sine his praecepta inferiorem, qui avulsum exceperit, obtegit,*

(117) Sobre la interpolación de *sed nec ego potero...*, vid. LANDUCCI, *L'avulsio*, p. 174, n. 5; KASER, *ZSS*, 65, p. 229, establece la imposibilidad de utilizar, producida la *coalitio*, "eine Art Negatorienklage in factum". En el mismo sentido GROSSO, "L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità", en *SDHI*, 3 (1937), p. 285.

(118) *Op. cit.*, p. 50

non simpliciter licentiam habeat neque inferioris agri dominus avulsam materiam tanquam suam vindicandi, quod inter ipsius fines iacet, neque superioris dominus, et qui avulsionem passus est, de finium, qui partem avulsam exceperunt dominio, illi litem movendi, sed inferioris quidem agri dominus superioris agri dominio permittat, ut, si velit divulsam materiam, sive fructibus consista sit, sive sine fructibus, recipiat et reportet, ille autem ex duobus alterum eligat, et receptae suisque finibus restitutae materiae, quemadmodum antea, dominus sit, aut si hoc nolit, prorsus tum a materia, tum a finibus, qui illam exceperunt, absteineat, neque agri, qui avulsa suscepit, domino negotium facessat. Quemadmodum enim quum domus sibi invicem adiacent, et alterius structura eminentior sit, alterius humilior, si accadat, eminentiore domo in humiliorem collapsa, aut delapsam materiam recipere, aut, si id eligere nolit, illa prorsus cadere, neque omnino illi parti, quae casum exceperit, molestum esse, ita hic quoque convenit eandem consequentiam et exsistere et observari” (119).

La presente constitución, si bien no tiene un gran valor científico, nos sirve para ratificar aquello que hemos venido manteniendo en orden a que a la presencia de árboles no es una condición necesaria para que se verifique la *coalitio*, “*Agris vicinis diverso dominio subiectis, et altero superiore loco constituto, altero inferiore posito, in superficie limitato, si superioris agris pars aliqua vel cum arboribus, vel sine his praerupta inferiorem...*”. Sin embargo, el emperador LEÓN en su Nov. 95, en contraste con D. 39,2,9,2 no se refiere a la fase de *coalitio* expresamente, limitándose a relatar únicamente la fase de *positio* y las posibilidades que en esta situación poseen tanto el propietario del fundo superior como el propietario del fundo inferior. Posibilidades que en nada difieren de las ya expuestas (120) en cuanto a que el propietario de la *crusta* tiene derecho a recobrarla, y el propietario del fundo inferior tiene derecho a que aquel decida si retira la *crusta* o declara su abandono.

5. Hemos establecido, por tanto, como en el supuesto de la *crusta lapsa* la *coalitio* puede verificarse sin la presencia de árboles, mientras que en la *avulsio* en los textos examinados la mención de los mismos aparece siempre, de tal forma que surge la duda referente a si existe alguna afinidad entre la *crusta lapsa* y la *avulsio*, que, en orden a la *coalitio*, nos permita establecer una conclusión única.

En relación a este tema mayoritariamente los autores se inclinan por establecer una relación de afinidad. Así LANDUCCI (121) elabora su par-

(119) Sobre el valor práctico de la Nov. de León el Filósofo, vid. LANDUCCI, *L'avulsio*, pp. 175 ss.

(120) D. 39,2,7,2, vid. *supra*, pp. 33 ss.

(121) *L'avulsio*, pp. 173 ss.

ticular teoría considerando la *crusta* como un supuesto de *avulsio* por superposición frente a la *avulsio* por adhesión, pero en todo caso se trata de dos manifestaciones de un mismo fenómeno que los intérpretes han denominado como *avulsio* (122).

BONFANTE (123) señala que la avulsión es una accesión no necesariamente fluvial que pudo tener lugar por un derrumbamiento de una porción de terreno de un fundo sobre otro, teniendo lugar en este supuesto el hecho descrito en D. 39,2,9,2.

Para VOCI (124) la *crusta lapsa* es una especie particular que está junto a la *avulsio* y a la *implantatio*, exigiendo en estos supuestos la *coalitio* como condición para la adquisición de la propiedad.

LONGO, G. (125) sitúa bajo el mismo concepto y el mismo régimen ambos supuestos, manifestándose así claramente la afinidad existente (126).

VOLTERRA (127) establece como dos fenómenos distintos *avulsio* y *crusta lapsa*, aun cuando en ambos se exija la *coalitio* para el traspaso de propiedad.

Constatamos, por tanto, cómo una relación de afinidad se establece de forma prácticamente unánime aun cuando para algunos autores se trate de dos casos distintos, uno de ellos producto de la *vis fluminis* y el otro producto de otra fuerza natural independiente de la fuerza del río.

Nosotros estimamos, según el concepto que de *avulsio* hemos dado (128), que en ambos casos estamos en presencia de la *avulsio*, siendo manifestaciones de un mismo hecho que se desencadenen por fenómenos naturales distintos, fuerza de un río o derrumbamiento de terreno.

A esta concepción nos lleva también el significado del término *avulsio* en cuanto a que se refiere a “arrancar con violencia” o “separar a la fuerza”, no existiendo así ninguna oposición a la interpretación que hemos dado (129).

Una vez que hemos concluido que D. 41,1,7,2 (l. 2,1,21) y D. 39,2,9,2 son dos manifestaciones del mismo hecho, consideramos que la *coalitio*.

(122) En esta misma dirección FERRINI, *Pandette*, pp. 297 ss., se refiere al supuesto de superposición (*crusta lapsa*) dentro del fenómeno de la *avulsio*.

(123) *Corso*., II, 2, p. 121, n. 1.

(124) *Modi di acquisto*., p. 255.

(125) *Corso*., p. 139.

(126) Igualmente C. LONGO, *Corso*., p. 103, considera que la *crusta* descrita en D. 39,2,9,2 es un fenómeno análogo al descrito en D. 41,1,7,2; l. 2,1,21. MADDALENA, *Gli incrementi*, p. 32; CERVENCA recens. *LABEO*, 18, p. 111, n. 2; BRUGI, *Istituzioni*., p. 215, en D. 39,2,9,2, “si unitatem cum terra mea fecerit”, se aplican los mismos principios que regulan la *avulsio*. GUARNERI-CITATI, *AUPA*, 14, p. 315, n. 1, señala la *crusta* como un caso de avulsión.

(127) *Instituciones de Derecho privado* (trad. esp. de DAZA MARTÍNEZ), pp. 336 ss.

(128) Vid. *supra*, p. 8.

(129) R. DE MIGUEL, *Diccionario etimológico latino-español*, Madrid (1943).

que en ambos casos se requiere, ha de interpretarse de tal forma que dicha interpretación sea aplicable en todo caso, con independencia de que existan o no árboles.

6. Sin embargo, no es la *avulsio* el único supuesto donde se requiere la *coalitio*, así se presenta como imprescindible en la *satío* y en la *implantatio*, supuestos estos a los que nos referiremos brevemente.

La proximidad existente entre *avulsio* e *implantatio* se observa claramente en D. 39,2,9,2, "... *nec arbor... cum terra mea coaluit*", independientemente de las posibles alteraciones que haya sufrido, como hemos señalado (130).

Así en la *implantatio* el hecho de que un árbol perteneciente a otro se plante en nuestro suelo, no hace que adquiramos el dominio del mismo, siendo necesario para que el traspaso de la propiedad se produzca la *coalitio*, manifestándose por lo tanto de nuevo la existencia de dos fases, *positio* y *coalitio*.

En el caso de la *implantatio* la *coalitio* tiene lugar cuando el árbol eche raíces en el terreno de otro, "*si modo radicubus terra complexa fuerit*" (GAYO 2,74). Este hecho se ve ratificado en los principales textos que a la plantación se refieren:

D. 41,1,7,13 (GAYO. *Libro II. Rerum cottidianarum sive aureorum*): "*Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit: antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius et fuit. his conveniens est, quod, si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem: rationem enim non permittere, ul alterius arbor intellegatur, quam cuius fundo radices egisset. et ideo prope confinium arbor possita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est*" (131).

En este texto se observa una gran similitud con D. 41,1,7,2. En ambos mientras tiene lugar la fase de *positio* no se produce cambio alguno en el

(130) Vid. *supra*, p. 41.

(131) Sobre este texto, DE SARLO, *op. cit.*, p. 48, n. 3, señala que el mismo es genuino, al menos el apartado "*Si alienam plantam..., cuius et fuit*". I. 2,1,31: "*Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit: et ex diverso, si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit. Antequam autem radices egerit, eius permanet, cuius et fuerat. Adeo autem ex eo ex quo radices agit planta, propietas eius commutatur, ut si vicini arborem ita terra Titii presserit, ut in eius fundum radices ageret. Titii effici arborem dicimus: rationem etenim non permittere, ut alterius arbor esse intellegatur, quam cuius in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit*".

derecho de propiedad, *eam tum permanere* (D. 41,1,7,2) *illius permanet, cuius et fuit* (D. 41,1,7,13), definiéndose entre periodo por el hecho de que no haya echado aún raíces, *antequam enim radices agetet*.

La fase de *coalitio* presenta asimismo un paralelismo total, no mencionándose por GAYO en ninguno de los dos casos expresamente, siendo deducida por el mismo hecho, *radices egerit*, producido el cual tiene lugar un cambio en el derecho de propiedad, *Adeo autem ex eo, ex quo radices agit planta, proprietas eius commutatur...* (I. 2,1,31).

Esta misma interpretación se obtiene del texto de PAULO, D. 41,1,26,1 (*Libro XIV ad Sabinum*):

"Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris dominis est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominium revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam faciam" (132).

Observando este texto de PAULO se comprueba claramente todo lo expuesto:

En primer lugar se define perfectamente la fase de *positio*, "*arbor radicitus eruta et in alio posita*" y la fase de *coalitio*, "*ubi coaluit*".

En segundo lugar se manifiesta expresamente como la *coalitio* es la razón de la adquisición por parte del propietario de la tierra donde el árbol ha sido transplantado, ya que con anterioridad continúa siendo propiedad del dueño anterior, "*priusquam coaluerit, prioris dominis est*".

Partiendo de este texto algunos autores como BONFANTE (133) parece que exigen para que exista traspaso de la propiedad no solamente la *coalitio*, entendiendo esta en este supuesto como "echar raíces", sino también que el árbol reciba alimento de la nueva tierra, siendo este alimento, proporcionado por la nueva tierra, la causa de la transformación en otro árbol, *alia res*. Así esta transformación es la que motivaría el cambio en el derecho de propiedad (134).

A esta argumentación se oponen, entre otros, FERRINI (135) quien prescinde de la consideración de que durante la unión cambia la sustancia

(132) Sobre este texto se ha señalado que "*nam credibile est alio terrae alimento aliam faciam*" es fruto de una interpolación. Así se manifiestan: PAMPALONI en *Sr. Senesi*, 43 (1929), p. 223, *AG*, 31, p. 45; G. SEGRÈ, "Miscellanea", en *BIDR*, 48 (1941), pp. 34 ss.; RODDI, *I mutamenti...*, p. 35; KASER, *ZSS*, 65, p. 228, n. 24. En contra, GUARNERI-CITATI en *AUPA*, 14, p. 315, n. 4, para quien dicha interpolación parece poco probable, pero sin realizar justificación alguna.

(133) *Ist*, p. 261; *Corso...*, II, 2, p. 115.

(134) En este sentido vid. WINDSCHEID, *Pandette*, I, p. 684, n. 7, para quien partiendo de *nam credibile-aliā faciam* se deduce que el árbol no es ya la misma cosa que era anteriormente. LANDUCCI, *AG*, 31, p. 169, n. 1.

(135) *Pandette*, p. 382.

del árbol, es decir, que a causa del alimento el árbol se transforme en otro árbol distinto.

RODDI (136) manifiesta su disconformidad ya que si la transformación fuese el fundamento de la adquisición no podría establecerse la analogía, frecuentemente afirmada en las fuentes, entre *inaedificatio* e *implantatio*.

SEGRE (137), que no está de acuerdo con la formación de *alia res*, considera como no decisivas las razones expuestas por RODDI, y señala que los juristas clásicos requieren no la simple *positio* sino el *coalescere* entendiendo este como la unión orgánica con el suelo, no dando lugar por sí mismo el alimento que se toma de un fundo ajeno ni a la propiedad, ni al condominio, ni al dominio *pro diviso* en favor del *dominus* de dicho fundo. Concluye este autor exponiendo que la explicación de este efecto jurídico no es de la jurisprudencia clásica, sino de la postclásica o justinianea.

Sobre este tema consideramos que entendiendo la *coalitio* como conjunción orgánica que en la *implantatio* se demuestra cuando los árboles han arraigado, la consecuencia lógica es que el árbol se nutra de la tierra en la cual se encuentra desde el momento en que se alimenta a través de sus raíces. No existe así una condición añadida a la *coalitio*, sino que lo que se produce es la consecuencia de esa adherencia definitiva del árbol al fundo (138).

Este sentido de adherencia definitiva que en la *implantatio* se manifiesta por las raíces es el que se refleja también por ULPIANO en D. 6,1,5,3 (*Libro XVI. ad Edictum*):

“De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices inmisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet” (139).

(136) *I mutamenti* .. p. 36.

(137) En *BIDR*, 48, pp. 36 ss.

(138) En este sentido, FERRINI. *Pandette*, p. 295, n. 7; p. 297, n. 2, señala que debe tratarse de las raíces principales, ya que las ramificaciones son accesorias al árbol y por lo tanto del fundo donde tiene su consistencia principal, “radices quae in fundo meo sint, tuas fieri, quia his accessiones sint” (D. 43,24,22 pr). Para este autor es necesario, para que surja la propiedad de los árboles en la *implantatio*, que se extiendan las raíces principales y no las simples ramificaciones de éstas.

(139) Sobre este texto vid., entre otros: RICCOBONO, *BIDR*, 18, pp. 211 ss., PAMPALONI, *AG*, 31, p. 422, n. 86; KASER, *ZSS*, 65, p. 228, n. 26; GUARNERI-CITATI, *AUPA*, 14, p. 315, n. 3; LANDUCCI, *AG*, 31, p. 169, n. 2, DE SARLO, *op. cit.*, pp. 48 ss. Sobre la *implantatio*, vid. BRANCA, *ED*, I, p. 262, quien establece respecto a la adquisición la analogía con la *avulsio* por parte de la *implantatio* VOCI, *Modi...*, p. 255; F. MAROI, “La proprietà degli alberi separata da quella del fondo”, en *SDHI*, I (1935), pp. 349 ss.; D. DAUBE, “Implantatio and satio”, en *Acta Juridica*, I (1958), pp. 181 ss.; E. HOLTHÖFER, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und gemeinen Recht*, Berlin (1972); BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 115 ss.

Frente a la unanimidad expuesta por los juristas clásicos en relación a la *implantatio* sobre la existencia de la fase de *positio* y *coalitio*, en *Epitome Gai* 2,1,4 se requiere únicamente la *positio*, no haciéndose referencia a la *coalitio*:

“... vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quas-cumque posuerit, similiter superficies solo cedit; vel si messem in campo seminaverit, omnia haec, quae in terram alienam iactantur domino terrae adquirantur”.

Dicha omisión pudo considerarse como debida a una inexactitud en el sentido de que el compilador no diese la importancia que tenía, desde el punto de vista jurídico, a “*si modo radicibus terram complexa fuerit*”, estimando que podía omitir el inciso de GAYO o bien considerar que se trataba de una omisión consciente. En este aspecto ARCHI (140) concluye que no deben avanzarse hipótesis, permaneciendo la duda acerca de como debe interpretarse realmente ahora la *positio*.

En cuanto a la *satio* (141) pueden establecerse las mismas consideraciones que las realizadas respecto a la *implantatio*, si bien en este supuesto algunos autores (142) señalan que no debe aquí plantearse una discusión acerca de la existencia de dos fases, ya que la conjunción orgánica sería casi inmediata. No obstante, se mantiene también para la *satio* la *coalitio* mayoritariamente por los autores.

7. Una vez que hemos observado como se manifiesta la *coalitio* a través de las fuentes en distintos supuestos, preferentemente en la *avulsio*, hemos de plantearnos, ¿por qué se exigió la *coalitio*?

Si fijamos nuestra atención inicialmente en la *avulsio* y en la *implantatio* nos daremos cuenta de que el árbol o el trozo de terreno que se adhiere no es *res nullius*, sino *res aliena*, lo cual supone que exista una pérdida y respectivamente una adquisición de la propiedad (143).

En esta situación habría de establecerse una unión, una conjunción que fuese más allá del simple contacto (*positio*), que sin embargo era suficiente cuando de una *res nullius* se trataba, ya que en estos casos tenía lugar no solamente la adquisición de la propiedad por parte de un sujeto, sino también implicaba la pérdida de esa propiedad para otro.

Esa unión que va más allá del simple contacto ha venido considerán-

(140) *Epitome Gai*, Milano (1937), pp. 239-240.

(141) GAYO, 2,75; D. 41,1,9 pr; I. 2,1,32.

(142) BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 116, GUARNERI-CITATI, *AUPA*, 14, p. 315, n. 1; C. LONGO, *Corso...*, p. 109.

(143) BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 97.

dose como una unión orgánica, la cual ha sido interpretada de forma no unánime por los autores. Así BECHMANN (144) considera como más importante la indisolubilidad de las cosas unidas, mientras que para WÄCHTER y GÖPERT (145) ha de tenerse en cuenta que las dos cosas no sean separables sin destrucción o deterioro.

WINDSCHEID (146) considera que se tratará de aquella unión en la cual las dos cosas no deban ser separables de modo que adquieran de nuevo su individualidad.

BONFANTE (147) considera que la conjunción orgánica ha de tener como resultado una cosa simple (148), debiendo considerarse esta cosa simple por criterios económico-sociales (149). Así el término orgánico, continúa este autor, no es una realidad sino una metáfora para expresar una categoría económico-social.

Consideramos que no existe contradicción en las opiniones expuestas y así entendemos la *coalitio* como una conjunción orgánica que desde el punto de vista económico social constituye una cosa simple, la cual es inseparable y si se separa tiene lugar un deterioro que no permite que las dos cosas unidas adquieran la individualidad que tenían con anterioridad. Es decir, se ha producido una accesión definitiva.

Esta idea es la que mayoritariamente han adoptado los autores en los supuestos de *avulsio*, *implantatio* y *satio*, en los cuales producida la *coalitio* existe una cosa simple perdiéndose la propiedad de la porción de terreno, *crusta* o árbol de forma definitiva para el antiguo propietario (*prior dominus*), ya que las cosas ajenas que se funden en una cosa simple se pierden para el primer propietario.

En este sentido FERRINI (150) considera que la *coalitio* en la *crusta lapsa* supone que dicha *crusta* se ha unido de tal forma con el fundo que ha sido absorbida en la totalidad de ese cuerpo simple (*continetur uno*

(144) *Zur Lehre vom Eigentumserwerb...*, en BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 97, y en WINDSCHEID, *Pandette*, I, p. 683.

(145) WÄCHTER, "Accessione", en *Dizionario Giuridico*, I (1838), pp. 11 ss.; GÖPERT, *Über die organischen Erzeugnisse* (1869), pp. 87 ss., cit. por BONFANTE y WINDSCHEID, op. y loc. cit.

(146) *Pandette*, I, pp. 683 ss.

(147) *Corso...*, II, 2, pp. 97 ss.

(148) Sobre la tricotomía establecida por Pomponio en D. 41,3,30 pr sobre cosas simples, compuestas y colectivas, vid., entre otros, BONFANTE, *Corso*, II, I, pp. 119 ss.; FERRINI, *Pandette*, pp. 216 ss.; C. LONGO, *Corso...*, pp. 28 ss.; MADDALENA, "Accedere e cedere nelle fonti classiche", en *LABEO* (1971), pp. 169 ss.; ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in Diritto romano*, Torino (1968), pp. 131 ss. D. 6,1,23,5.

(149) MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, I, Paris (1947), pp. 398 ss.; VOLTERRA, *Instituciones...*, p. 334, n. 82.

(150) *Pandette*, p. 298, n. 1

spiritu: D. 41,1,30 pr), al igual que ocurre en la *avulsio* y en la *implantatio* (151).

Idénticamente BONFANTE (152) señala que en la *implantatio* producida la *coalitio*, el árbol constituye un *corpus* con el fundo (153).

En conclusión, en los supuestos aludidos (*avulsio*, *implantatio*, *satio*) una vez producida la *coalitio* se tiene una cosa simple que supone la pérdida definitiva para el *prior dominus* y la adquisición por parte del propietario del fundo donde se ha adherido la porción de terreno, el árbol... Esta adquisición no se produce sin embargo *ex novo*, sino como extensión del derecho de propiedad que ya poseía, puesto que se ha formado una cosa simple (154).

Por tanto, se exige la *coalitio* como demostración de que se forma una cosa simple que supone la pérdida definitiva para el *prior dominus*, pudiendo dicha *coalitio* manifestarse de distintas formas, siempre que la misma produzca una unión orgánica que justifique la pérdida de la propiedad para el antiguo propietario.

8. Una vez que se ha producido la adquisición definitiva e irrevocable, podríamos plantearnos si al antiguo propietario le corresponde alguna indemnización o resarcimiento por daños.

Del examen de los textos relativos a la *avulsio* y a la *crusta lapsa* no se deriva la existencia de acción alguna con dicho fin, ya que el propietario de la porción del terreno desgajado habría podido evitar la pérdida de la propiedad puesto que la *coalitio* no se verifica inmediatamente, y mientras esta no se ha producido podría utilizar la *actio ad exhibendum* y la *rei vindicatio* para recuperar dicha porción de terreno, *ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit, nec unitatem cum terra mea fecerit* (155).

En cuanto a la *implantatio* se señala la concesión por Varo y Nerva de una *utilis in rem actionem* al antiguo propietario del árbol para que pueda obtener la indemnización por la pérdida del mismo (D. 6,1,5,3).

Sin embargo, esta referencia a una acción real útil se ha considerado

(151) FERRINI, *op. cit.*, p. 295, pp. 297 ss

(152) CORSO..., II, 2, p. 115.

(153) C. LONGO, *Corso*, pp. 103 y 109, MONIER, *Droit romain*, pp. 398 ss.; VOLTERRA, *Instituciones*, p. 336.

(154) En este sentido, también C. LONGO, *Corso*, p. 103; TALAMANCA, *Istituzioni*, p. 419; RATTI, "Rinascita della proprietà in tema di accessione", en *Studi Bonfante*, I (1930), p. 271, n. 15.

(155) BRANCA, *ED*, I, p. 264; C. LONGO, *Corso*, pp. 103 ss., GUARNERI-CITATI, "Appunti critici in materia di accessione nel Diritto romano", en *Annali Macerata*, 5 (1929), pp. 261 ss., "La cosiddetta accessione separabile...", en *AUPA*, 14, pp. 227 ss.; RATTI, *Rinascita della proprietà*, pp. 273 ss.; VOCI, *Modi*, p. 267

fruto de una alteración justinianeas. Así se manifiesta BRANCA (156) para quien el derecho a ser indemnizado el propietario anterior no era reconocido en Derecho clásico y señala como no genuino D. 6,1,5,3 frente a D. 39, 2,9,2; D. 43,24,22 pr, seguramente pertenecientes a la época clásica (157). Para RICCOBONO (158) es evidente la tendencia en Derecho justiniano a dar en todos los casos de pérdida de la propiedad por accesión una compensación por vía de *actio*, función esta que no se puede dudar tenía en D. 6,1,5,3 la *utilis in rem actio*, pero que no hace referencia al Derecho clásico.

PAMPALONI (159) se refiere a este hecho poniendo de relieve las distintas opiniones existentes en la adquisición de la propiedad por *avulsio* en cuanto a si es o no posible la existencia de una acción que compense al antiguo propietario por la pérdida sufrida, para concluir que la *actio utilis in rem* (D. 6,1,5,3) se aplica también en el caso de la *avulsio* (160).

Se ha planteado también la posibilidad de que en los supuestos examinados pueda aplicarse una *actio in factum*, que se menciona a propósito de la *ferruminatio*, pero de aplicación general en D. 6,1,23,5, "... *ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est...*"

Sobre esta posibilidad se ha constatado también la existencia de una alteración por parte de los compiladores justinianos. Así RICCOBONO (161) considera que el texto tiene un alcance general, pudiendo el propietario que ha sufrido la pérdida de la cosa recuperar, en los casos más favorables, el valor de la misma con una *actio in factum* que tendrá una función equivalente a una *actio in rem* al poder distinguirse contra cualquier poseedor de dicha cosa que haya obtenido una ventaja de la propiedad que se ha extinguido. Sin embargo, RICCOBONO continúa señalando como aquí se manifiesta la existencia de un remedio nuevo que es sin duda una innovación introducida por Justiniano (162).

No existirá, por tanto, en Derecho clásico una vez que la *coalitio* ha tenido lugar acción alguna que permita al primer propietario obtener una

(156) ED, I, p. 264.

(157) DE SARLO, *Alfeno Varo.*, pp. 48 ss.; BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 124.

(158) En *BIDR*, 18, pp 211 ss.

(159) "La legge delle XII Tavole", en *AG*, 31, pp 411 ss.

(160) En este sentido, recientemente MADDALENA, *Gli incrementi...*, p 33, n. 48, KASER en *ZSS*, 65, p. 228, n. 26, manifiesta sus dudas acerca de la clasicidad o no de la *actio utilis in rem*.

(161) *BIDR*, 18, p. 209; O. GRADENWITZ, *Interpolationem in den Pandekten*, Berlin (1887), p 64, n. 1, 91, considera que existe una interpolación formal, pero que el contenido es clásico. BRANCA, *ED*, I, p 264; BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 124; VOCI, *Modi...*, p. 267

(162) NARDI, *Studi sulla ritenzione*, p. 349, n. 1, es indiscutible que la *actio in factum* de D. 6,1,23,5 y la *actio in rem utilis* de D. 6,1,5,3 tienen el mismo fin.

indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la adquisición por parte del propietario del fundo de la porción de terreno desgajado o del árbol allí trasplantado.

9. Una vez que hemos expuesto qué ocurría con la *coalitio* en Derecho romano, brevemente haremos referencia a la regulación de nuestro derecho histórico y a su reflejo actual en el Código Civil.

En cuanto a la avulsión la Ley 26, Título XXVIII, Part. III, en su segunda parte, señala:

“Mas cuando acaesciese que el rio llevase de una heredad ayuntadamente asi como alguna partida della con sus árboles ó sin ellos, lo que así llevase non ganan el señorío dello aquellos á cuya heredad se ayunta, fueras si estuviere y por tanto tiempo que raigasen los árboles en las heredades de aquellos á quien se ayuntasen. Ca estonce ganaría el señorío dellos el dueño de la heredad do raigasen; pero seria tenuto de dar al otro el menoscabo que recibió por ende según alvedrío de homes buenos”.

El examen de esta Ley plantea inicialmente el hecho de que la fuerza del río arrancase una parte de un fundo con o sin árboles, ... *que el rio llevase de una heredad ayuntadamente asi como alguna partida della con sus árboles o sin ellos...*, lo cual se inscribe en el hecho ya expuesto en relación con D. 41,1,7,2 e I. 2,1,31, manifestándose no obstante una variación, en esta Ley se hace alusión expresa a que puedan existir o no árboles, mientras que tanto en el texto de GAYO como en el de las Instituciones se plantea la existencia de árboles como una situación que se produce siempre, ... *arboresque, quas secum traxerit*.

Planteadas la situación producida por la fuerza del río esta Ley de las Partidas continúa con una exposición que en nada varía la que se recogía en el texto de GAYO y en las Instituciones de Justiniano, incluso el impreciso inciso *longiore tempore* se refleja en esta Ley “*y por tanto tiempo*”, señalando a este respecto GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (163): “este tiempo es incierto: en esta parte hallamos preferible que se fije uno conocido, aunque sea el año que señalaba el proyecto”.

La presente Ley presenta, además, las mismas dudas que las ya analizadas en D. 41,1,7,2 e I. 2,1,31 en cuanto a la adquisición del terreno o de los árboles, presentando una mayor afinidad con el texto de las Instituciones de Justiniano, ya que la interpretación que daban algunos autores (164) de *videntur-adquisitae* en cuanto a la adquisición únicamente de los árboles es la que parece deducirse de la redacción de las Partidas al referirse la palabra “ellos” a los árboles, *Ca estonce ganaría el señorío dellos el dueño de la heredad do raigasen*.

(163) *Estudios de Derecho civil español*, t. II, Madrid (1863), p. 74

(164) *Vid. supra*, pp. 25^{ss}.

Existe en este texto una innovación respecto a lo que hemos expuesto en el apartado anterior, la obligación por parte del adquirente de indemnizar, según tasación, a aquel que sufre el menoscabo (165).

Constatamos como la Ley 26, Título XXVIII, Part. III no presenta modificaciones sustanciales sobre lo que hemos venido exponiendo, manifestándose aquí la *coalitio* por el hecho de que los árboles arraiguen en el fundo.

Nuestro Código Civil en su artículo 368 en relación a la avulsión señala: "Cuando la corriente de un río, arroyo o torrente segrega de una heredad de su ribera una porción conocida de terreno y lo transporta a otra heredad, el dueño de la finca a que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de ésta".

De esta redacción deducimos la similitud existente con GAYO 2,71 y la primera parte de D. 41,1,7,2 (I. 2,1,21), donde se recogía la fase de *positio*, no figura en cambio en el artículo 368 del Código Civil la mención a la fase de *coalitio*, por lo cual habremos de deducir que no existe aquí modificación en el Derecho de propiedad.

VALVERDE (166) se plantea si dicha solución tiene lugar cuando el terreno segregado no se adhiere, sino que se superpone a otra heredad, supuesto este que enlaza con D. 39,2,9,2 y que LANDUCCI denominaba *avulsio* por superposición. Para este autor al mezclarse dicho terreno con la heredad de otro deja de ser "porción conocida", no pudiendo aplicarse la misma solución.

En contra de este razonamiento MANRESA (167) considera que a pesar de la superposición la porción es conocida y el terreno conserva, en lo esencial, su forma originaria (168).

En el artículo 369 del Código Civil: "Los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas pertenecen al propietario del terreno adonde vayan a parar, si no los reclaman dentro de un mes los antiguos dueños. Si éstos los reclaman, deberán abonar los gastos ocasionados en recogerlos o en ponerlos en lugar seguro", se plantea una solución distinta a la expuesta en el artículo 368 referente a las tierras segregadas, admitiéndose aquí la modificación en el Derecho de propiedad.

Esta regulación del Código Civil separando los supuestos de las tierras segregadas y de los árboles transplantados, choca con la exposición de los

(165) Vid. a este respecto lo expuesto por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 73 ss.

(166) *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Valladolid (1936), p. 101.

(167) Cit. por CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. I, Madrid (1984), p. 325.

(168) Vid. también sobre "porción conocida-desconocida", J. PINTO RUIZ, "Avulsión", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, III, Barcelona (1951), p. 215.

tratadistas que estudian dentro de la avulsión el fenómeno de los árboles (169).

La referencia al artículo 369 presenta una gran similitud con la segunda parte de D. 41,1,7,2 (l. 2,1,31) que refleja el supuesto de la *coalitio* dentro de la *avulsio*, no comprendiéndose así porque nuestro Código Civil separa en dos supuestos lo que puede ser tan solo uno de ellos, ya que puede darse el caso, ya analizado, de que la porción de terreno lleve con ella árboles y que transcurrido el mes prescrito para su reclamación, se adquieran éstos y no el terreno sobre el cual se encuentran, ante lo cual podemos dejar abierto el siguiente interrogante, ¿cómo se explica que el dueño de la porción segregada de tierra continúe siéndolo del terreno y no de los árboles que con dicha tierra fueron arrastrados?

Frente a la regulación de nuestro Código Civil, y partiendo de los mismos precedentes romanos, el Código Civil italiano adopta la posición totalmente contraria permitiendo que el propietario del fundo al cual se ha unido la parte desgajada adquiera la propiedad de la misma independientemente de que haya o no tenido lugar la fusión de terrenos (*coalitio*). Es decir, se produce la adquisición *ipso iure* del terreno avulso por parte del propietario del fundo al cual se ha unido (170).

Observamos, por tanto, como partiendo de los mismos antecedentes se han adoptado en la regulación actual soluciones totalmente distintas que a la *coalitio* afectan:

En el artículo 368 del Código Civil español no se realiza ninguna referencia a ella al redactarse dicho artículo de tal forma que no podemos deducir una modificación en el Derecho de propiedad.

En el artículo 944 del Código Civil italiano la simple fase de *positio* supone, en cambio, una adquisición *ipso iure* por parte del propietario del fundo al cual el terreno segregado se ha adherido, no se exige así tampoco la *coalitio*, por razones totalmente distintas a las de nuestro Código Civil.

MARÍA LUZ BLANCO RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho romano

(169) CASTÁN, *op. cit.*, pp. 325-326; J. PINTO RUIZ en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, III, p. 215.

(170) Artículo 944 del Código Civil italiano. Este artículo supone dos innovaciones respecto al Código Civil italiano de 1865: en primer lugar, se admite la adquisición automática de la propiedad, mientras que en el artículo 485 del Código Civil de 1865 se continuaba exigiendo la *coalitio*; en segundo lugar, mientras que en el Código Civil de 1865 se declaraba el derecho a la indemnización por parte del antiguo propietario, en el Código Civil italiano actual no existe dicha posibilidad. Vid. LANDUCCI, "L'avulsio", en *AG*, 31, pp. 201 ss.; BRANCA, en *ED*, I, pp. 265 ss.; F. PIGA, "Avulsión", en *ED*, IV (1959), pp. 606 ss.; SANFILIPPO, "Accessione", en *NN.DD.*, I, 1 (1964), p. 138.

El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos

SUMARIO: I. EXAMEN DEL DERECHO DE SUPERFICIE DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO: 1. *Breve referencia histórica y legislativa.* 2. *El derecho de superficie y la propiedad superficiaria. Sus relaciones y contenido:* a) El nacimiento de la propiedad superficiaria. Diferentes supuestos, b) Posibilidad jurídica de un derecho de superficie constituido sobre inmuebles ya construidos, c) Elementos personales, reales y formales del derecho de superficie constituido sobre inmuebles ya construidos. Esquema de los derechos y obligaciones entre concedente y superficiario —II. ASPECTOS REGISTRALES 1. *Consideraciones generales sobre el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de superficie.* 2. *Acceso al Registro de la Propiedad del derecho de superficie constituido sobre edificaciones ya existentes.* 3. *Inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión en régimen de arrendamiento financiero del Derecho de superficie sobre edificaciones existentes.*— III. CONCLUSIONES

I. EXAMEN DEL DERECHO DE SUPERFICIE DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO

I BREVE REFERENCIA HISTÓRICA Y LEGISLATIVA

Cualquier institución jurídica es el resultado de incardinar en el ordenamiento jurídico, un conjunto de relaciones sociales y económicas que, por su particular problemática, se encuentran necesitadas de una regulación legal.

Se ha dicho que esa necesidad de reconocimiento legal, era una realidad en Roma ante la situación planteada por la construcción de viviendas en terrenos de dominio público. Sin embargo, la rigidez del principio romano “superficie solo cedit” que, como pilar del Derecho privado, facilitaba el ejercicio absoluto del dominio, condiciona durante mucho tiempo su trán-

sito de derecho personal a derecho real. Así, esta configuración jurídica se alcanza tardíamente por obra del Pretor, al dulcificarse el principio de accesión y concederse al titular del derecho de superficie medios defensivos, como el interdicto de superficie y la *actio in rem*.

En el Derecho germánico, por el contrario, se admitió la posibilidad de que varios sujetos disfrutaran del rendimiento económico de una cosa —comunidad— con un mismo título sobre la misma, supuesto de cotitularidad, o con distinto título, caso de la titularidad dividida, haciendo posible la existencia de instituciones jurídicas perpetuas y proyectando la voluntad colectiva con preponderancia del principio del trabajo sobre el de accesión. De esta manera, puede afirmarse que el Derecho germánico reconoció al constructor la propiedad de lo edificado y, por ende, una propiedad superficiaria.

Pasando por alto las manifestaciones foráneas de esta figura, por razón de la brevedad arriba apuntada, y circunscribiéndonos al Derecho histórico español, puede señalarse la asimilación legal de la institución superficiaria a la enfiteusis que, según la doctrina, se lleva a cabo en las Partidas y en la Ley 74 de Toro, así como la constatación de supuestos superficiares rústicos de carácter consuetudinario dentro del territorio de derecho común, y de instituciones consideradas afines, como la *rabassa morta* o censo a primeras cepas, característico de Cataluña, entre otras regiones, regulada por el Código Civil, y no absorbida por la enfiteusis, aunque sí tratada dentro de la familia de los censos.

En definitiva, nuestro Derecho histórico positivo, y la interpretación doctrinal del mismo, parecen inclinarse por la incorporación del derecho de superficie a la enfiteusis, al margen de las ya citadas prácticas consuetudinarias. Tal vez, el origen de esta asimilación no fue otro que la existencia de textos legales contradictorios —romanos y germánicos— con influencia de éstos en cuanto a considerar a la superficie como un supuesto de propiedad dividida, y de aquéllos, al determinar la inclusión de la figura examinada dentro de la enfiteusis.

En el siglo pasado, la Ley Hipotecaria de 1861, contempló la existencia del derecho de superficie como derecho autónomo, desligado del molde enfiteutico. En efecto, el número 5 del artículo 107 admitió como susceptibles de ser hipotecados: “Los derechos de superficie, pastos, leñas y otros semejantes de naturaleza real siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad”. De manera más precisa y contundente a los efectos que aquí nos interesan, el artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1861, y más tarde el de 1870, configuró el derecho de superficie como propiedad separada del suelo al disponer que “en toda inscripción relativa

a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra, se expresará con claridad esta circunstancia”.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, puso de manifiesto que dicho artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1863 y del de 1870, respondían a una realidad vivida, pues diversas Resoluciones (12 de junio de 1863, 23 de marzo de 1864, 4 de noviembre de 1867, 29 de abril de 1871, 22 de julio de 1874, 2 de octubre de 1884 y 30 de julio de 1908) aplican el precepto referido a casos en que se establece como cosa natural que la edificación pertenece en propiedad a una persona, y el suelo o terreno a otra distinta.

El citado artículo 27 desapareció, sin embargo, en los Reglamentos Hipotecarios posteriores, y los casos de propiedad superficiaria no volvieron a ser objeto de recursos gubernativos a la Dirección. No obstante, una Resolución de 24 de abril de 1913 consideró que el artículo 358 del Código Civil regulador de la accesión, pese a su forma que recuerda la rigidez romana, se limitaba a establecer una presunción que podía ser destruida mediante prueba en contrario.

La mera referencia al derecho de superficie que aparece en el párrafo tercero del artículo 1.611 cuando al tratar de la redención de los censos señala: “Lo dispuesto en este artículo no será aplicable en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial”, no supone, como dice ROCA SASTRE (1), un verdadero reconocimiento legal del derecho de superficie en sentido técnico, sino que apunta al tipo medieval absorbido por la enfiteusis.

Efectivamente, el artículo 1.611 del Código Civil, ha sido relacionado con el artículo 1.655 del mismo texto que trata de “los foros y otros gravámenes análogos”, y así, de la interpretación conjunta de ambos preceptos, ha surgido una opinión doctrinal que asimila la superficie a la enfiteusis, si es perpetua, y al arrendamiento, si es temporal, negando suficiente autonomía en el ámbito del Derecho positivo civil a la institución jurídica estudiada.

La reforma hipotecaria de 1944-46 siguió recogiendo, por su parte, la hipotecabilidad del derecho de superficie en su artículo 107.3.º, siendo, además, fundamental en el orden registral, el tratamiento dado al repetido derecho en los artículos 16 y 30 del Reglamento Hipotecario de 1947 modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959.

La vigente Ley de Suelo (TR de 9 de abril de 1976) sustituyendo a la antigua de 1956 (arts. 156 y sigs.) regula la superficie en sus artículos 171

(1) R. M.ª ROCA SASTRE, “Ensayo sobre el derecho de superficie”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392/1961, pags. 7 y sigs.

a 174 reafirmando el carácter constitutivo de la inscripción, como ya estableció el artículo 16 del Reglamento Hipotecario referido, y la autonomía del mismo (art. 171.2). Otras disposiciones como la Ley de Montes del 1957 (art. 11.5.º) y su Reglamento de 1962 (arts. 287 a 295) se ocupan de la superficie rústica en su modalidad de vuelo.

Por último, merecen también destacarse: la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 11 de noviembre de 1980 (art. 3, apartados 3 y 4, fundamentalmente), y la Compilación de Derecho foral de Navarra de 1973 cuyos artículos 427 y siguientes, contienen disposiciones de marcado interés en el tema que nos ocupa.

Del examen de todos los textos indicados y, sin perjuicio de profundizar más tarde en el análisis de algunos de sus preceptos, podemos anticipar las siguientes conclusiones:

1.^a La de que aún siendo cierto que el derecho de superficie no tiene una regulación precisa en el Código Civil, sino tan sólo una vaga referencia en su artículo 1.611, existen suficientes elementos legales en nuestro Derecho como para poder llevar a cabo una construcción jurídica unitaria de aquél. En este sentido se manifiesta AMENGUAL (2) cuando, con visión integradora, propone una configuración moderna del derecho de superficie respetando el principio de jerarquía de las normas vigentes y su particular finalidad, pero tratando de armonizarlas entre sí.

Por su parte, LASO MARTÍNEZ (3) señala que “desde ambas concepciones —la hipotecaria y la urbanística— se produce una confluencia en el tratamiento de la institución del derecho de superficie dentro de las peculiaridades de cada una. La legislación hipotecaria proporciona un ámbito de regulación posible del derecho de superficie, y la legislación urbanística es el ariete de nuevas conquistas no solamente en el ámbito de la política urbanística, sino también en el juego de las instituciones civiles”.

2.^a Podemos afirmar que, tanto la legislación hipotecaria como la legislación urbanística, constituyen un inexcusable punto de partida para la configuración jurídica actual del derecho de superficie, pero en modo alguno impiden otra posible regulación más allá de sus preceptos y en cuanto no esté específicamente contemplado por éstos, o no se les oponga.

Así, el apartado 2 del artículo 171 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, señala que “el derecho de superficie... se regirá por las disposiciones

(2) P. AMENGUAL PONS, “El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 532/1979, págs. 635 y sigs.

(3) J. L. LASO MARTÍNEZ, “El derecho de superficie en el ámbito urbanístico”. Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, págs. 521 y sigs.

contenidas en esta sección, por el título constitutivo del Derecho y subsidiariamente, por las normas de Derecho privado”.

La creación del derecho de superficie entre particulares encaja dentro del ámbito del Derecho privado en cuya sede, y a falta de normas específicas, rige el principio de libertad de pacto conforme al artículo 1.255 del Código Civil sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales relativas a las obligaciones y contratos y, naturalmente, las que se refieran a la capacidad de los particulares.

En todo lo concerniente al régimen hipotecario del derecho de superficie así configurado, habrá que estar a lo dispuesto en el Reglamento Hipotecario (art. 16 fundamentalmente) y a las normas registrales de general aplicación como más adelante veremos, y en tanto en cuanto su constitución se lleve a cabo con fines urbanísticos, deberán respetarse los preceptos contenidos en los artículos 171 a 174 de la Ley del Suelo de 1976, de particular aplicación.

3.^a Estimamos equivocada la opinión doctrinal que sostiene que la regulación que establece la vigente Ley del Suelo es específica de la superficie urbanística y que, por tanto, no cabe extrapolar sus preceptos a aquellos supuestos en que el derecho de superficie se constituye con fines distintos a los urbanísticos.

Como muy bien señala LASO (4) “es insostenible que la creación del derecho de superficie en el ámbito urbanístico requiera del planeamiento, ya que es independiente de él. Lo que importa es que una Ley, del mismo rango formal que el Código Civil, dote de contenido a la institución donde antes no existía y ello al margen de su finalidad urbanística. La mención de los Planes de ordenación en el artículo 171 de la vigente Ley del Suelo, no tiene otra significación que la meramente motivadora de la inclusión en una Ley especial, porque ello sería tanto como pretender excluir del esquema legal, la creación del derecho de superficie cuando el suelo careciera de planeamiento y, a pesar de ello, hubiera voluntad de crearlo”.

2. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA. SUS RELACIONES Y CONTENIDO

Define ROCA SASTRE (5) el derecho de superficie como “el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida

(4) J. L. LASO MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 523.

(5) R. M.^a ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 7 y sigs.

mediante el ejercicio del derecho ajeno de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación existente”.

Para el autor citado, el derecho de superficie de configuración moderna, constituye uno de los dispositivos posibilitadores de la propiedad separada y la manifestación típica de la propiedad horizontal.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 apunta, también, hacia esa concepción moderna, al distinguir en su artículo 171 el derecho de construir edificaciones en suelo ajeno, de la propiedad de las edificaciones resultantes correspondiente al superficiario. Olvida, sin embargo, destacar como lo hace el Código Civil italiano, que el derecho de superficie lleva consigo también, el derecho de mantener la propiedad de lo edificado, es decir, la propiedad superficiaria.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario vigente concibe el derecho de superficie como “un derecho de construir edificios en suelo ajeno” pero no hace referencia en sentido técnico-jurídico estricto, a la propiedad superficiaria a pesar de presuponerla, ya que dispone en su apartado A) que “transcurrido el plazo previsto, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo salvo pacto en contrario”.

Más claro al respecto era el artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1861 cuando señalaba que “Toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantaciones a otra, expresará con toda claridad esta circunstancia, al hacer mención de las cargas que pesen sobre el derecho que se inscriba”.

Esa doble facultad posibilitadora que dimana del derecho de superficie en su versión moderna, aparece también recogida en la Ley 430 de la Compilación de Navarra al establecer que “el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido”.

Así pues, como bien señala ROCA, “el derecho de tener o mantener una edificación propia en terreno ajeno es el objeto básico del derecho de superficie. El simple derecho de construir o edificar tiene un carácter puramente medial o instrumental, ya que el superficiario no construye simplemente para construir (como ocurre en el contrato de obra o de empresa), sino como medio para lograr la plenitud del derecho de superficie, siendo posible también ésta, por el procedimiento de comprar o de adquirir al dueño de la finca edificada, la propiedad del edificio separada de la propiedad del suelo”, alternativa esta última a la que luego nos referiremos.

De lo expuesto se desprende que, en el derecho de superficie pueden distinguirse: Una expresión de aquella relación jurídica que como facultad, permite al superficiario construir, en su caso; el derecho de tener o man-

tener en terreno de otro la propiedad de una edificación, y la propiedad separada de esta edificación, denominada propiedad superficiaria. Esta, pues, tiene su soporte jurídico en el derecho de superficie.

Como señala Cabello de los Cobos y Mancha (6), en opinión que compartimos, “la relación jurídica superficiaria ofrece un doble aspecto: de un lado la relación del superficiario con la edificación objeto material de su derecho, y de otro, la relación del superficiario con el *dominus soli*, sujeto especialmente obligado por el deber genérico de abstención, por su contacto físico con la propiedad superficiaria. Se produce una situación similar a la de vecindad, caracterizada por la limitación recíproca de propiedades, con yuxtaposición jurídica de objetos. Al desprenderse el dueño del suelo de la dimensión cúbica de su derecho, se ofrece aquél —el suelo—, como soporte físico a una propiedad ajena, produciéndose los efectos de la enajenación de uno de los aprovechamientos económicos de la cosa objeto de su dominio, y multiplicándose al mismo tiempo las propiedades relacionadas con una misma finca en sentido físico”.

La admisibilidad de la propiedad superficiaria, supone un paso más en el proceso de adaptación del derecho a la realidad social. Así, desde la desmembración del dominio (en usufructo y nuda propiedad), a su división (en dominio directo y dominio útil); y desde ésta, hasta su diversificación objetiva (propiedad superficiaria), se atraviesa por diferentes etapas, en la última de las cuales, un mismo objeto físicamente hablando, da lugar a dos objetos jurídicos susceptibles de propiedades independientes.

a) *El nacimiento de la propiedad superficiaria.*
Diferentes supuestos

En el derecho de superficie con derecho anejo de construcción, la propiedad superficiaria no existe jurídicamente al tiempo de la constitución de aquél, sino que surge después, una vez efectuada la edificación. La naturaleza real de este derecho de superficie en la fase expresada queda fuera de toda duda, conforme resulta del artículo 16 del Reglamento Hipotecario que prevé la inscripción del derecho de superficie con derecho anejo de construcción. Los efectos atributivos de la accesión quedan neutralizados al constituir el expresado derecho, haciendo inaplicables los artículos 358 y siguientes del Código Civil. Nos encontramos ante uno de los supuestos tasados en que el Derecho español admite de forma inequí-

(6) L. M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, “Derecho de superficie. diversidad especificativa y régimen jurídico”. Ponencias y comunicaciones presentadas la VI Congreso Internacional de Derecho Registral, t. I, págs. 396 y sigs.

voca que el principio "superficie solo cedit" sea derogado de forma convencional amparándose en la Ley.

Cuando el derecho de superficie se constituye con edificación pendiente de realizar, su objeto jurídico va gradualmente concretándose a través del uso de las facultades inherentes al mismo y singularmente concedidas al superficiario: La de construir, expresamente reconocida por nuestros textos legales que con carácter fundamental regulan la materia (art. 16 del Reglamento Hipotecario y arts. 171 y sigs. de la Ley del Suelo de 1976); la de mantener lo edificado en suelo ajeno, cuyo reconocimiento se efectúa, indirectamente en los preceptos indicados; y la propiedad de lo construido o propiedad superficiaria que, indudablemente, constituye la manifestación más depurada del objeto jurídico del derecho de superficie y que, asimismo, encuentra apoyo legal en los citados textos.

b) *Posibilidad jurídica de un derecho de superficie
constituido sobre inmuebles ya construidos*

Como anteriormente señalamos, la legislación hipotecaria y la legislación urbanística, a falta de una regulación del derecho de superficie en el Código Civil, constituyen obligado punto de referencia en la construcción jurídica autónoma del referido derecho. En esta configuración moderna del derecho de superficie, no pueden tener cabida a nuestro juicio, ni siquiera por aplicación analógica, las normas civiles de la enfiteusis o las del arrendamiento, al tratarse de figuras jurídicas distintas a la estudiada. En efecto, a diferencia de aquéllas, no puede hablarse de una sola propiedad, sino de dos propiedades diversas: la del suelo, y la de la edificación, mutuamente condicionadas por su contacto físico en el marco del título constitutivo y de la Ley, pero no originadoras de un supuesto de cotitularidad al tener cada derecho objeto diverso.

El respeto a las normas de carácter imperativo contenidas tanto en la Ley hipotecaria como en la Ley del Suelo, las primeras, en cuanto proyectan su sombra incluso más allá del régimen registral del derecho de superficie estableciendo las bases de una regulación privada, y las segundas, aplicables, en cualquier caso, en el derecho de superficie constituido con fines urbanístico, no impide, sin embargo, hallar un margen adecuado a la regulación convencional libremente pactada en los términos que pasamos a examinar.

GARRIDO PALMA (7), al estudiar el derecho de superficie como uno de

(7) V. M. GARRIDO PALMA, "El principio de accesión y el principio de superficie", en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1969, págs. 91 y sigs.

los supuestos en que legalmente queda derogado el principio de “superficies solo cedit”, parte de la consideración de que la inescindibilidad jurídica del suelo y vuelo no responde a la misma naturaleza de las cosas, sino que, al contrario, cabe separar ambas titularidades y mantener propiedades separadas. La norma del artículo 358 del Código Civil no es, añade, rigurosamente imperativa, sino de derecho dispositivo; es decir, cabe pactar lo contrario por no ser el citado principio de orden público, siempre y cuando se canalice la estipulación contraria a través de alguna de las excepciones que la Ley permite, y una de éstas la constituye la institución analizada.

Aunque la constitución del derecho de superficie por cesión de una edificación ya preexistente, no está contemplada expresamente en ninguno de los textos legales examinados, entendemos, sin embargo, que el supuesto es posible desde un punto de vista conceptual, y válido partiendo de una interpretación razonable de nuestro ordenamiento jurídico.

La hipótesis planteada implicaría dejar sin efecto los efectos atributivos ya realizados de la accesión y, que de las tres facultades fundamentales que integran la estructura del derecho de superficie, la primera, esto es, la de edificar, meramente medial o instrumental como indica ROCA SASTRE, pero en modo alguno esencial, sería inoperante al existir ya la edificación, por lo que el contenido del derecho examinado quedaría reducido a lo que verdaderamente constituye su materia nuclear: La facultad de mantener en suelo ajeno la obra o edificación durante el período estipulado, y la de usufruirla en concepto de propietario o titular de la denominada propiedad superficiaria.

Si, como dice nuestro Código Civil (art. 3), “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, no se puede ignorar la rica realidad socio-económica en la que se desenvuelven las múltiples formas y relaciones de tráfico jurídico civil y mercantil, así como las razones de índole financiero y fiscal, entre otras, que pueden impulsar a la constitución de una propiedad superficiaria de la edificación, de manera derivativa, es decir, en virtud de un acto de enajenación de ésta por quien es titular del suelo y vuelo o subsuelo, y se reserva el suelo.

La doctrina española se ha ocupado poco, hasta fechas recientes, del supuesto de derecho de superficie constituido por cesión de una edificación existente. Pero la razón, como apunta ROCA SASTRE en la obra citada, no es otra que la débil de que nuestro Derecho (Reglamento Hipotecario y Ley del Suelo) sólo ha pensado en el Derecho de superficie con derecho

anejo a la edificación a diferencia del Derecho alemán y del Código Civil italiano que recogen expresamente la figura que nos ocupa. Lo que ocurre es que la falta de previsión legislativa no constituye obstáculo, a nuestro juicio y como antes expusimos, para proponer su admisión basándonos en la estructura interna del derecho de superficie tal como ha quedado analizada, y en el principio general de libertad de contratación contenido en el artículo 1.255 del Código Civil, al que indirectamente remite también el repetido artículo 171 de la Ley del Suelo.

LASO MARTÍNEZ (8), al tratar del derecho de superficie en el ámbito urbanístico, confirma el criterio señalado al decir que: “la estructura del derecho de superficie, cualquiera que sea la finalidad esencial que al mismo aporta la legislación urbanística, tolera que pueda crearse bien sea sobre un terreno con la finalidad de llevar a cabo la construcción, o sobre una edificación ya existente.

La utilización alternativa de una u otra variedad, no estará más que puesta en función de la finalidad perseguida en cada caso por la Administración concedente: Cuando se trate de la creación del derecho de superficie para promover la construcción de viviendas o servicios complementarios, parece claro que lo esencial será que se ceda el suelo para edificar; por el contrario, cuando se trate de la prestación de un servicio público, no hay inconveniente en que se ceda este derecho al que lo vaya a prestar sobre el edificio ya construido o adquiera por la Administración si es que fuere preciso, sin necesidad de reconstruir el edificio”.

También PRESA DE LA CUESTA (9) defiende la posibilidad de acceder directamente al dominio superficiario de lo edificado, al considerar “que la facultad de edificar no es esencial al derecho de superficie sino un simple medio para acceder a la propiedad superficiaria”.

- c) *Elementos personales, reales y formales del derecho de superficie constituido sobre inmuebles ya construidos. Esquema de los derechos y obligaciones entre concedente y superficiario*

En la constitución del derecho de superficie son partes, el concedente o superficiante, propietario del suelo, y el superficiario. Dado que constituye un acto de gravamen sobre inmuebles, el concedente que, en el caso

(8) J. L. LASO MARTÍNEZ, *ob. cit.*, págs. 533 y sigs.

(9) A. PRESA DE LA CUESTA, “Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria”. Comunicación al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, págs. 641-642.

que nos ocupa, ostenta la titularidad del suelo y la edificación, deberá tener capacidad de disponer y poder de disposición de la finca al tiempo en que, restringiendo la titularidad dominical que ostenta sobre el suelo mediante la constitución del derecho real de superficie, provoca un desplazamiento patrimonial pleno de lo edificado en favor del superficiario. Este necesitará capacidad para obligarse.

Cuando la finca pertenezca en comunidad a varias personas será indispensable en la constitución del derecho de superficie el consentimiento de todos los condóminos. Las sociedades mercantiles actuarán a través de sus órganos de representación, de carácter voluntario u orgánico, y con facultades bastantes atendiendo a la naturaleza jurídica del acto que se realiza.

Son elementos reales, el suelo (originario, virgen, vacío de contenido) y lo construido sobre, o bajo el mismo. El artículo 171 de la Ley del Suelo contiene una enumeración general cuando se refiere a "la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones". Aunque el precepto citado regula el derecho de superficie constituido con fines urbanísticos, no vemos inconveniente en hacer extensiva esta referencia al que se constituya sobre edificaciones existentes y sin contemplar los expresados fines.

En principio, el objeto físico de la propiedad superficiaria puede, pues, consistir en cualquier tipo de construcción o edificación que permita alcanzar desde el punto de vista económico y social algunos de los objetivos pretendidos con la constitución del derecho de superficie que le sirve de soporte jurídico.

Señala ROCA SASTRE (10) que es esencial, sin embargo, que se trate de algo incorporado al suelo de suerte que, sin el derecho de superficie, sería absorbido por aquél en virtud del proceso de accesión.

Así, las instalaciones transitorias respecto de las cuales no juege tal principio a favor del *dominus soli*, no pueden constituir físicamente objeto de la propiedad superficiaria.

El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos, puede extenderse también a porciones de terreno no edificadas (jardines, patios, espacios entre edificios, etc.) que por su destino útil sean accesorias a la edificación, así como a los diferentes elementos (de explotaciones comerciales o industriales, por ejemplo) situados dentro de un perímetro determinado, que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí.

Creemos que debe superarse en estos casos el tradicional concepto de finca en sentido físico singular, para pasar a otro de carácter funcional integrado no sólo por una porción de terreno edificada, sino también por

(10) R. M.^a ROCA SASTRE. *ob. cit.*, pág. 42.

todos aquellos elementos volumétricos y no volumétricos interdependientes que constituyan una unidad orgánica de explotación o que respondan al criterio de unidad económica en los términos del artículo 8.2.º de la Ley Hipotecaria y 44.2.º y 3.º de su Reglamento.

No vemos inconveniente en constituir el derecho de superficie sobre un edificio, previamente a su organización en régimen de propiedad horizontal. En este supuesto, y una vez organizado este régimen, por acuerdo entre superficiante y superficiario, a cada piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, le correspondería un derecho de copropiedad sobre los demás elementos de la finca necesarios para su adecuado uso y disfrute y una participación en el derecho real sobre el suelo, integrados ambos, como expresión de la relación superficiaria, en el marco de los denominados elementos comunes.

Sin embargo, no vemos posible por razones legales, establecer el derecho de superficie sobre un edificio ya organizado en régimen de propiedad horizontal. En efecto, al ser el suelo uno de los elementos comunes por naturaleza, le es aplicable la regulación imperativa contenida en el párrafo segundo del artículo 396 del Código Civil según el cual: "las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable". En la misma línea, el preámbulo de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 señala: "A tal fin, a este objeto de la relación, constituido por el piso o local, se incorpora el propio inmueble, sus pertenencias y servicios. Unos y otros se reputan inseparablemente unidos, unidad que también se mantiene respecto de la facultad de disposición". De esta forma, la Ley expresada, en el apartado *a)* de su artículo 3.º, tras reconocer el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, y en su apartado *b)*, la copropiedad con los demás condueños de pisos y locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, termina estableciendo que: "Cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad".

Sólo por vía de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, y cumpliendo los requisitos del apartado 1.º del artículo 16 de su Ley reguladora, previa desafectación del suelo como elemento común, y simultánea constitución de un derecho de superficie sobre el mismo, podría admitirse la validez del supuesto planteado. En este caso, la cuota de cada piso o local organizado en régimen de propiedad horizontal, comprendería la participación en el expresado derecho real sobre suelo

ajeno configurada como relación superficiaria y elemento común en los términos antes expuestos.

El negocio jurídico creador del derecho de superficie, exige escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad como requisito para su eficaz constitución según se examinará más adelante. La necesidad de instrumentar en documento público notarial el referido derecho, resulta del artículo 1.280 del Código Civil con carácter general y, en particular, del artículo 16 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 2 de la Ley, y del artículo 172.2.º de la vigente Ley del Suelo.

De acuerdo con los preceptos referidos, el propietario del suelo tiene derecho a percibir en concepto de contraprestación un precio o suma alzada o un canon periódico, así como a exigir que el uso y destino de lo edificado se lleve a cabo conforme a lo pactado y a que el superficiario soporte los gastos de conservación y el pago de contribuciones y arbitrios que recaigan sobre el objeto de la propiedad superficiaria. Las singulares características de este derecho forzarán a las partes a clarificar en el contrato generador de aquel la proporción en que cada una debe contribuir a las cargas fiscales que recaigan sobre el edificio o construcción en su conjunto.

Por su parte, el superficiario ostenta como derecho fundamental en el caso que nos ocupa el de tener o mantener en el terreno ajeno la propiedad superficiaria de la edificación, que es la función básica y típica del derecho de superficie. Por consiguiente, le corresponden sobre la edificación o construcción (entendidos estos términos en su más amplia acepción como vimos) todos los derechos inherentes al derecho de propiedad de la misma dentro de las limitaciones pactadas, de las propias que dimanar del derecho de superficie y, en especial, de los preceptos contenidos en la legislación hipotecaria y urbanística. A falta de éstos, y en ausencia de pacto expreso, procedería a nuestro juicio, y conforme a lo establecido en el artículo 4.º del Código Civil, la aplicación analógica de las normas comprendidas en el Título IV del Libro IV del indicado texto y relativas a la compraventa de inmuebles.

II. ASPECTOS REGISTRALES

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario recoge el principio de inscribibilidad del derecho de superficie como requisito para su eficaz cons-

titución al decir: "Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno...", indicando a continuación que, además de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, el título en que se establezca el precitado derecho contendrá las siguientes: A) Plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario. B) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario si el derecho se constituyese a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido. C) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podría exceder de cinco años; características generales y costo del presupuesto. D) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario. E) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos de contrato. Termina la Ley señalando que "no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso".

Por su parte, la Ley del Suelo, en el apartado 2 del artículo 172, insiste en la necesaria formalización del derecho de superficie en escritura pública y en la inscripción en el Registro de la Propiedad como requisito constitutivo de su eficacia.

El apartado 3 de la Ley 428 de la Compilación de Navarra señala la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de los derechos mencionados en la Ley 427 (entre los que se encuentra el derecho de superficie), "aunque no se determinen los elementos accidentales, como plazo de iniciación o terminación características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar".

Finalmente, y por lo que se refiere a la superfice rústica, el apartado 4 del artículo 3.º de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común, exige también su constancia en escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

De todo lo expuesto se infiere: 1.º Que tanto la Ley Hipotecaria como la Ley del Suelo contemplan la figura del derecho de superfice con derecho ajeno a edificar sin regular, siquiera de forma genérica, aquel que, como hemos examinado, puede constituirse sobre edificaciones ya existentes. 2.º Que no hay preceptos en la Ley Hipotecaria específicamente referidos a la forma en que se debe proceder a inscribir el derecho de superfice con derecho a construir y, menos aún plausiblemente, al supuesto de que se establezca sobre edificios ya inscritos.

Es evidente, sin embargo, que en el primero de los casos, esto es.

cuando el derecho de superficie se constituya sobre terreno aún sin edificar, su naturaleza de derecho real en cosa ajena implica su constancia registral inevitable en el folio abierto al suelo, de conformidad con los principios registrales aplicables con carácter general, y en particular con lo señalado en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria: “Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquiera carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan”.

2. ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE CONSTITUIDO SOBRE EDIFICACIONES YA EXISTENTES

Como anteriormente expusimos, la relación jurídica superficiaria ofrece un doble aspecto: de un lado, la relación del superficiario con el *dominus soli*, y, de otro, la relación del superficiario con la edificación objeto material de su derecho en que fundamentalmente consiste la propiedad superficiaria.

Mientras aquella relación debe trascender al Registro de la Propiedad en el folio abierto al suelo y a continuación de la última inscripción del mismo, la propiedad superficiaria constituye un nuevo objeto jurídico, siquiera tenga su origen en el derecho de superficie establecido, y requiere un tratamiento registral diferente del correspondiente al suelo conforme a los principios hipotecarios y, singularmente, al de especialidad. Este principio tiene su razón de ser en la necesidad de dar claridad al Registro, de forma que sólo accedan a él situaciones jurídicas perfectamente determinadas y que, a través del mismo, pueda conocerse con exactitud quién es el titular de cada derecho, la finca que recae y el contenido del referido derecho.

Nuestra Ley Hipotecaria adopta el criterio de llevar los Registros por fincas concentrando su historial jurídico en el folio abierto de aquéllas. Así, el artículo 243 de la Ley Hipotecaria dispone que: “El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación...”

Por su parte, el artículo 7.1 de la citada Ley preceptúa que: “La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio”; y el artículo 8 expresa que: “Cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez un número diferente y correlativo.

En nuestro sistema hipotecario, sin embargo, el concepto de finca no

es unívoco ni responde a una consideración meramente física. Es finca toda entidad objetiva registral que pueda servir de soporte al dominio y derechos reales relativos a inmuebles. En este sentido, de la lectura de los artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 44 de su Reglamento puede inferirse la gran amplitud conceptual con la que se pronuncia aquélla a tratar del concepto "finca" y la existencia fundamental de dos grupos según lo sean por naturaleza o por equiparación.

Cuando sobre una finca inscrita, constituida por el suelo y la edificación, se establece un derecho de superficie, el primitivo soporte físico origina dos objetos jurídicos diferentes conectados entre sí y atribuidos a distintos titulares. La especial naturaleza de la propiedad superficiaria que implica un dominio pleno de lo edificado y sus accesorios en los términos ya estudiados, ofreciendo una entidad objetiva registral suficiente conforme al artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, exige la apertura de un folio independiente en el que se concentre su propio historial jurídico y sus vicisitudes, sin perjuicio de la constancia en asiento independiente pero practicado en el folio del suelo, del derecho real sobre éste que toda propiedad superficiaria conlleva.

Un examen de la doctrina española nos muestra, pese al tratamiento precario del supuesto que nos ocupa, una posición manifiestamente favorable a la apertura del Registro de la Propiedad a la institución superficiaria. Así, la Segunda Comisión del VI Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en 1984 recoge entre sus conclusiones sobre "Derecho de superficie y el Registro" las siguientes:

Tercera. La propiedad superficiaria separada de la del suelo puede ser conveniente para abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, para facilitar la política de suelo de las Administraciones Públicas o para la creación de equipamientos.

Cuarta. Es recomendable, dada la utilidad de la figura jurídica del derecho de superficie, que en los países que no la recogen en su Ordenamiento o que tienen establecido el sistema de *numerus clausus* se lleve a cabo la regulación imperativa del derecho de edificar y de la propiedad superficiaria como separada de la del suelo, así como de sus características posibles de temporalidad, reversibilidad, adquisición preferente y tráfico jurídico independizado.

Quinta. Dada la configuración de este derecho, y especialmente para la debida protección de los terceros, es conveniente la inscripción registral de la relación superficiaria, de su constitución, contenido, transmisión, extinción y extinción.

Diferentes autores: FOSAR (11), CADENABA y GARCÍA PUMARINO (12), BURGOS y MARTÍN (13) y LASO MARTÍNEZ (14) se muestran partidarios de abrir folio registral independiente (con las conexiones precisas) a la propiedad superficiaria: para resaltar su autonomía jurídica; por razones de claridad de su historial y descongestión del correspondiente al del suelo, y para lograr una mayor movilidad jurídica de aquélla.

También del examen de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 1983 y 14 de mayo de 1984, entre otras, cabe inferir un principio de doctrina de ese cuerpo directivo favorable a la obtención de la debida cobertura registral de las nuevas construcciones jurídicas (entre las cuales creemos se encuentra la institución superficiaria en su versión moderna), siempre y cuando no se violenten las normas legales vigentes y puedan adaptarse a los principios inmobiliarios registrales, particularmente al principio de especialidad, sin forzarlos en su esencia.

Por todo lo expuesto, consideramos que la constitución del derecho de superficie sobre finca ya inscrita y consistente en suelo y edificación debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad de la forma siguiente:

1.º En el folio abierto a la finca donde figure inscrito el suelo y a continuación de su última inscripción. No es suficiente una nota al margen de ésta, ya que al constituirse un verdadero derecho real debe practicarse un asiento principal con el contenido mínimo que resulta de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, en particular de sus reglas 5.ª y 6.ª.

Entendemos que puesto que el derecho de superficie es el origen de la propiedad superficiaria, y ésta su objeto jurídico más depurado, la inscripción correlativa que recoja la constitución del precitado derecho tendrá la condición de inscripción extensa, evitándose así repeticiones inútiles en la de la propiedad superficiaria como veremos a continuación.

2.º Abriendo folio especial y aparte de la propiedad superficiaria conforme a las reglas contenidas en los artículos 7, 8 y 243 de la Ley Hipotecaria. En este folio se hará referencia al tomo, libro, folio, número de finca e inscripción donde conste constituido el derecho de superficie.

(11) E. FOSAR BENLLOCH, "Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie", en *Anuario de Derecho Civil*, 1958, págs. 849 y sigs.

(12) J. M.ª CADENABA COYA y E. GARCÍA PUMARINO, "El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad" Ponencias al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, págs. 417 y sigs.

(13) I. BURGOS BRAVO y A. J. MARTÍN MARTÍN, "Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria". Ponencia al VI Congreso..., cit., págs. 353 y sigs.

(14) J. L. LASO MARTÍNEZ, *ob cit.*, pág. 550.

Además de las razones anteriormente apuntadas, consideramos que tal apertura de folio encaja en el supuesto contemplado en el apartado 3.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria. En efecto, la singular naturaleza de la propiedad superficiaria, que implica el desdoblamiento del primitivo soporte físico en dos objetos jurídicos diferentes, tiene también entidad material suficiente para obtener cobertura registral propia.

En la inscripción primera del edificio o construcciones con sus accesos que constituyan el objeto de la propiedad superficiaria, se expresarán las circunstancias generales de toda inscripción, además de las particulares del título que hagan específica referencia al superficiario, la finca sobre la que recae su derecho y contenido y extensión de su titularidad. Se aplicarán por analogía y en cuanto fuera posible las normas del artículo 47 del Reglamento Hipotecario relativas a la segregación de fincas y se hará remisión al tomo, libro, folio e inscripción donde conste la constitución del derecho real de superficie.

3. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA CESIÓN EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO DEL DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE EDIFICACIONES EXISTENTES

Reconocida legalmente la disponibilidad del derecho de superficie [art. 16, apartado D), del RH y art. 171.2 de la vigente LS] y admitiendo, en particular, la posibilidad de su cesión en régimen de arrendamiento financiero en los términos y condiciones que expusimos ampliamente en otro lugar (15), la inscripción en el Registro de la Propiedad de la expresada cesión, cuando tenga por objeto edificaciones ya existentes, deberá hacerse necesariamente en el folio abierto a la denominada propiedad superficiaria, único lugar idóneo, de acuerdo con nuestro sistema tabular, para recoger el historial jurídico de aquélla en cuanto objeto específico de tráfico jurídico.

La inscripción se practicará en asiento independiente y correlativo al de la propiedad superficiaria y contendrá, además de las circunstancias generales exigidas por la legislación hipotecaria, las específicas que resulten de este tipo de contratos: duración del arrendamiento financiero, que no podrá ser superior a la del derecho de superficie que constituye su objeto ni inferior a diez años conforme al apartado 2 de la disposición adicional

(15) J. L. BENAVIDES DEL REY, "Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 558/1983, págs. 1208 y sigs.

7.^a de la Ley 26/1988, de 29 de julio; las cuotas del arrendamiento financiero, de acuerdo a lo que señalan los apartados 3 y 4 de esta norma; forma y plazo de entrega de las mismas; resolución del contrato por falta de pago.

Además se indicarán las condiciones generales de utilización de la edificación cedida, con sus accesorios en su caso; su destino; circunstancias de la entrega; responsabilidad en los casos de evicción y vicios ocultos; deterioro o pérdida parcial o total por caso fortuito y fuerza mayor; datos relativos a los seguros concertados; subrogación de acciones; etc.

Asimismo se harán constar las cláusulas concernientes a la utilización de hecho del inmueble objeto de la propiedad superficiaria cedida en cuanto a obras, reparaciones y mejoras.

Por último, en el asiento se expresarán las condiciones generales de la opción de compra: plazo, requisitos, precio y forma para hacer constar su ejercicio o la cancelación de la misma.

III. CONCLUSIONES

Primera. Nuestro Derecho positivo ofrece suficientes elementos como para intentar una construcción jurídica unitaria del derecho de superficie en una versión moderna del mismo que respete el principio de jerarquía de las normas vigentes y trate de armonizarlas entre sí.

Segunda. Tanto la legislación hipotecaria como la legislación urbanística constituyen un inexcusable punto de partida para lograr una configuración jurídica adecuada del derecho de superficie. Pero ni la una ni la otra impiden la posible regulación más allá de sus preceptos en cuanto no se contemple específicamente por ellos o no se les oponga.

Tercera. Si bien la constitución del derecho de superficie por cesión de una edificación preexistente no está expresamente contemplada en los textos legales vigentes, entendemos, sin embargo, que el supuesto es posible no sólo en el plano de los puros conceptos jurídicos, sino también en base a una interpretación razonable y global de nuestro Ordenamiento positivo.

Cuarta. La relación jurídica superficiaria ofrece un doble aspecto: de un lado, la relación del superficiario con el *dominus soli*, y, de otro, la relación del superficiario con la edificación objeto material de su derecho en que fundamentalmente consiste la propiedad superficiaria.

Mientras aquella relación debe trascender al Registro de la Propiedad en el folio abierto al suelo y a continuación de su última inscripción, la

propiedad superficiaria constituye un nuevo objeto jurídico que requiere un tratamiento registral diferenciado del referido al suelo conforme a los principios hipotecarios, y singularmente al de especialidad.

Por ello, cuando se constituya el derecho de superficie sobre finca ya inscrita y consistente en suelo y edificación, además de su constancia en el folio registral donde figuren inscritos ambos elementos como una sola finca se abrirá un nuevo folio conectado con el anterior para registrar como inscripción primera la desmembración respecto al suelo de la edificación y sus accesorios, en su caso objeto de la propiedad superficiaria, y el simultáneo nacimiento de ésta a la vida jurídica.

En el primitivo folio correspondiente al suelo y edificación, y al margen de la última inscripción vigente, esto es, de la que refleje la constitución del derecho real de superficie, se indicará por nota la apertura del folio registral propio relativo a la propiedad superficiaria, en el cual y en sucesivas inscripciones se harán constar las vicisitudes jurídicas susceptibles de inscripción separada y especial de acuerdo con la legislación hipotecaria.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

Aspectos registrales
de la expropiación forzosa.
Alcance y significado
de los artículos 138
y siguientes de la Ley
de Régimen del Suelo
y Ordenación Urbana, texto
refundido de 9 de abril de 1976

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. TEMAS GENERALES. A) LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA. B) LA SITUACIÓN DEL EXPROPIANTE O BENEFICIARIO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES DE INSCRIPCIÓN, INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA. C) LAS CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO ESPAÑOL EN RELACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS DESCRIPTIVAS Y DE IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS. D) LA FINALIDAD DE LA EXPROPIACIÓN, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO —II. LA LEGISLACION EXPROPIATORIA GENERAL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: A) LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A 1954. B) LA LEY DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954 Y SU REGLAMENTO DE 16 DE ABRIL DE 1957: 1. *La aplicación del principio de legitimación en la determinación del expropiado*. 2. *La aplicación de los principios de inoponibilidad y de fe pública*. 3. *Tipo de asiento*. 4. *Título inscribible*. 5. *Crítica del sistema*.—C) EL ARTÍCULO 32 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—III. LA EXPROPIACION URBANISTICA. EXAMEN DE SU REGULACION EN LA LEY DEL SUELO: A) ANTECEDENTES DE LA LEY DE 1976: 1. *La Ley de 12 de mayo de 1956*. 2. *La Orden de 9 de marzo de 1964*. 3. *El Decreto-Ley 7/1970, de 27 de junio, sobre actuaciones urbanísticas urgentes*.—B) LOS ARTÍCULOS 138 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE 9 DE ABRIL DE 1976. TEXTO REFUNDIDO SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA: 1. *La aplicación del principio de legitimación*. 2. *La aplicación del principio de fe pública*. 3. *La aplicación del principio de inoponibilidad*. 4. *La práctica de los asientos y su subsistencia*. 5. *La aplicación*

del artículo 32 del Reglamento Hipotecario. 6. Los requisitos materiales para la inscripción. 7. La actuación del Registrador. 8. El ámbito de aplicación del nuevo sistema.—CONCLUSION.

INTRODUCCION

Como indica su título, la intención de este trabajo es, exclusivamente, el estudio de la expropiación forzosa en su relación con el Registro de la Propiedad. Se omite, por tanto, el tratamiento de otros temas como la legitimación para expropiar, la caracterización del expropiante beneficiario, la valoración de los bienes o derechos que constituyen el objeto de la institución y, en general, otros ampliamente tratados por la doctrina.

También hay que señalar que no se toma partido a favor de la aplicación amplia o restringida del procedimiento expropiatorio, sobre todo en materia de urbanismo. La expropiación es una herramienta jurídica puesta al servicio de los poderes públicos y puede ser bien o mal aplicada, como ocurre con toda institución. Lo único que se pretende es un análisis de las normas vigentes y, sobre todo, de las últimas soluciones que la Ley del Suelo establece en relación con la institución registral, la aplicación de sus principios y el respeto a la protección que se otorga a quien tiene inscrito el bien o derecho objeto de expropiación.

Como veremos a lo largo del estudio, la legislación urbanística, al desarrollar el sistema de expropiación forzosa como uno de los procedimientos de ejecución de los planes de ordenación, establece una serie de normas registrales sobre cuyo alcance y significado se han producido muy pocos comentarios, pese a su indudable trascendencia en el ámbito hipotecario.

Hay que tener en cuenta, además, que la expropiación constituye no sólo uno de los procedimientos de ejecución del Planeamiento, sino que sus principios sirven de base, en alguna medida, a todos los sistemas de actuación o procedimientos ordenados para llevar a efecto las previsiones del planificador urbano.

La legislación en materia de expropiación forzosa, en relación con los fines que se intentan en este trabajo, está constituida por dos grupos normativos carentes de una adecuada interrelación. El primer grupo se integra en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de aplicación, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957. El segundo, por los artículos 138 y siguientes de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido de 9 de abril de 1976, y por los artículos 199 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978.

Desde el punto de vista registral, los únicos preceptos aplicables a la materia son los resultantes del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, redactado por reforma de 17 de marzo de 1959, y el apartado último del artículo 313 de la Ley Hipotecaria. Está pendiente de publicación la adaptación a la legislación urbanística de las normas reglamentarias registrales ordenadas tanto por la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 como por la Disposición Adicional décima de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre revisión del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Lógicamente, el nuevo Reglamento deberá contener las disposiciones necesarias para adaptar el conjunto de normas registrales a las nuevas necesidades que impone la realidad y la legalidad urbanística, incluidas naturalmente las que afectan a la expropiación. Por tanto, cualquiera de las ideas que van a ser objeto de comentario no tienen otra intención que el análisis de la legislación vigente y deberán ser objeto de revisión en cuanto se produzca la definitiva elaboración y publicación de las modificaciones reglamentarias aludidas.

Para desarrollar adecuadamente el fundamento y la interpretación de los preceptos vigentes creemos necesario el estudio previo de una serie de temas generales, puesto que el criterio que se adopte en relación a cada uno de ellos influye en gran medida en la interpretación de las disposiciones positivas. Cabe señalar:

- La naturaleza jurídica de la expropiación forzosa.
- La situación del expropiante o beneficiario desde el punto de vista de la aplicación de los principios registrales de inscripción, inoponibilidad y fe pública.
- Las características del Registro español en relación a las circunstancias descriptivas y de identificación de las fincas.
- La finalidad de la expropiación, especialmente en el ámbito urbanístico.

Se examinarán separadamente a continuación.

I. TEMAS GENERALES

A) LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

El estudio previo de esta cuestión tiene una importancia fundamental en el enfoque registral de la institución expropiatoria. El problema puede examinarse desde diferentes perspectivas:

1. Desde el punto de vista administrativo, la doctrina más moderna conceptúa la expropiación como una privación singular de un derecho patrimonial privado en función de una "causa" pública, tasada y tipificada por la Ley (1).

Como consecuencia de este concepto la expropiación se rodea de una serie de notas o características que la separan del negocio jurídico traslativo civil ordinario. En efecto:

- a) La "causa" o fin de la expropiación no es la mera privación singular de un derecho de naturaleza privada, sino el fin posterior a que se destina el bien que se expropia. La expropiación supone, por tanto, un acto instrumental y dirigido a un fin concreto.
- b) El elemento básico del concepto es el de la "privación" y, además, de una privación singular que afecta al titular de un derecho determinado, no a la generalidad de titulares de derechos sobre cosas. En este segundo caso estaríamos ante una auténtica "delimitación" del contenido de la propiedad en el sentido moderno del término, mientras que en la expropiación lo que se produce es el "despojo" específico y singular de un derecho concreto.
- c) Como consecuencia de lo anterior la razón de ser del percibo del justiprecio por el expropiado no debe buscarse tanto en el concepto civil clásico de la contraprestación o el sinalagma, en el sentido que utiliza el artículo 1.274 del Código Civil, sino en la perspectiva del principio de igualdad de los ciudadanos. Si se tratara de una limitación genérica, todos los sufrirían por igual; pero cuando la privación es singular y en beneficio de un interés colectivo es preciso restaurar el equilibrio patrimonial destruido entre el que sufre la expropiación y el resto de los ciudadanos (2).

2. Desde el punto de vista de la sistemática del Derecho civil, los criterios doctrinales han sido diversos:

- a) Una primera posición parte de considerar la expropiación como una venta forzosa. Este criterio puede fundamentarse en el artículo

(1) Por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en sus lecciones de Derecho administrativo, volumen II, página 193, señalan: "Desde el dogma del carácter absoluto del derecho de propiedad se inquiría por una justificación del poder que permite a la Administración extinguirlo o alterarlo en un caso concreto. Este planteamiento carece hoy de sentido. La propiedad no es, evidentemente, un derecho absoluto y, exactamente igual que todos los derechos, ha de servir a una necesidad colectiva para subsistir o mantenerse (...). Tal es la justificación "infraestructural" de la expropiación.

(2) En este sentido, y con mayor amplitud, estudia esta materia, sobre la base de la exposición de Enterría y Tomás Ramón Fernández, VICENTE L. MONTES, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Civitas (monografías), 1980.

1.456 del Código Civil, que habla “de enajenación forzosa por causa de utilidad pública”, como supuesto especial del contrato de compraventa, para remitirse en su regulación a la legislación especial. En este sentido se pronunció también el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de marzo de 1953.

Sin embargo, lo cierto es que el negocio jurídico de compraventa y sus esquemas y elementos propios no son aplicables, en gran medida, a la expropiación forzosa. En efecto, en la expropiación no existe consentimiento libre del transmitente ni se da la causa civil que expresa el artículo 1.274 del Código para los negocios onerosos, ni le son aplicables los criterios legales de resolución del contrato por incumplimiento ni tampoco las normas sobre obligaciones del vendedor en orden al saneamiento. El expropiante o beneficiario no trae causa de quién pierde la titularidad, sino que la razón de ser de la adquisición, como hemos señalado antes, está constituida por el ejercicio de la potestad pública basada en el interés comunitario.

- b) También se ha intentado la ubicación de la expropiación dentro del ámbito de las limitaciones del dominio, especialmente de las que afectan a la facultad de disponer a que se refiere el artículo 348 del Código Civil.

Hoy esta posición, intentada fundamentalmente por razones de sistema, puede considerarse abandonada. La expropiación no supone una limitación ni una delimitación estatutaria de la propiedad en el sentido que utiliza la doctrina moderna (véase nota 2), sino la privación o ablación imperativa del derecho.

- c) CASTÁN concluye en la conceptualización de la expropiación como una de las formas específicas de pérdida de dominio, lo que, desde el punto de vista civil, resulta perfectamente lógico. En principio, la propiedad privada, que es lo que interesa a los estudiosos clásicos del Derecho civil, desaparece con la expropiación, sobre todo en la realidad práctica de los supuestos expropiatorios tradicionales que, como veremos más adelante, daban lugar generalmente a que el destino del bien expropiado fuese una situación demanial de uso público.

Sin embargo, ni la doctrina administrativa ni la civil se han planteado con frecuencia cuál debe ser la conceptualización de la expropiación desde el punto de vista de la situación del adquirente. Se ha buscado el fundamento de la *causa expropriandi*, se ha procurado contemplar la situación del titular privado singularmente de la propiedad o de otros derechos reales; pero, en general, no ha sido objeto de un estudio profundo el problema de

si el expropiante adquiere a título originario o a título derivativo lo que tiene una trascendental importancia en el tratamiento registral de su situación jurídica.

Sobre este tema la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 25 de octubre de 1952 sentó la doctrina de que la expropiación forzosa tiene un carácter privilegiado que da lugar a una adquisición en cierto modo originaria, nacida de un acto de poder estatal, que determina la conversión del inmueble en dinero. Este criterio del Centro Directivo fue posteriormente ratificado por otra Resolución de 25 de febrero de 1953.

De este criterio jurisprudencial conviene destacar lo siguiente:

- Que en fecha anterior a la actual legislación vigente ya se señalaba que la expropiación constituye un acto de poder estatal.
- Que la titularidad resultante del acto expropiatorio, por la razón anteriormente apuntada, tiene el carácter de originaria, aunque se modaliza la palabra con la expresión “en cierto modo”.
- Que la expropiación convierte el inmueble en dinero. Esta frase es, a nuestro juicio, esencial, puesto que da lugar a la necesaria contemplación de dos situaciones desvinculadas entre sí: de una parte, la titularidad sobre el bien expropiado; de otra, el conjunto de derechos sobre el justiprecio, en cuyo estudio hay que partir de la existencia de dos situaciones distintas según se profundice sobre el derecho a la indemnización del expropiado o sobre la mutación que por subrogación real se ha producido en cuanto al objeto del derecho antecedente. Luego se examinará esta cuestión con más detalle.

La doctrina, en general, no se ha pronunciado sobre el problema. Como excepción, CARRETERO PÉREZ considera que la adquisición expropiatoria tiene carácter originario, y el mismo criterio parece ser el admitido por GONZÁLEZ PÉREZ, que cita expresamente las dos resoluciones aludidas. JOSÉ MARÍA CHICO estima que esta posición es, como mínimo, aventurada (3).

Opina CHICO que no puede hablarse de adquisición originaria, puesto que en la expropiación forzosa cabe la posibilidad de mantenimiento de derechos reales compatibles con el fin o destino del bien expropiado; que no se explica la desaparición de la relación antecedente a la vista de la posible reversión, y, por último, que si la expropiación tuviera carácter de adquisición a título originario daría lugar, en el plano hipotecario, a una

(3) CHICO ORTIZ, *Derecho inmobiliario registral*, vol. II, pág. 1064.

primera inscripción de dominio, y no a una segunda posterior, en el folio correspondiente a la finca expropiada.

No obstante, hay que señalar que los obstáculos que aduce JOSÉ MARÍA CHICO no son insalvables en absoluto:

- El hecho de que determinadas cargas o gravámenes sean mantenibles, lo que implica es que no les afecta el acto expropiatorio referido al resto de la titularidad objeto de privación. Respecto del dominio o de los demás derechos reales objeto de expropiación, la situación es la ya examinada. El expropiante o beneficiario no trae causa del titular de la relación preexistente.
- Por otra parte, la reversión se conceptúa en la doctrina como una situación expropiatoria en sentido inverso que nada tiene que ver con la posible ineficacia civil por resolución de los negocios bilaterales o por revocación de los negocios gratuitos, que produce sus efectos *ex nunc* y que nace de una disposición legal imperativa por desaparición de la causa instrumental de la expropiación.
- Por último, el hecho de que el acto expropiatorio abra o no abra folio es un problema secundario, de pura técnica registral. Es más, como veremos luego en materia de expropiación urbanística, en determinados casos a la finca expropiada se le abre folio independiente, con inscripción primera.

En realidad, el tipo y número de la inscripción no afectan a la definición del modo de adquirir, ni siquiera al carácter inmatriculador del asiento. Piénsese, por ejemplo, en la inscripción (inmatriculadora) de una participación indivisa en el mismo folio en el que ya constaban antes otra u otras cuotas indivisas inscritas sobre la misma finca.

Nuestra conclusión es que la posición de la Dirección General es la acertada. En efecto:

- La Administración o el beneficiario adquiere el bien con independencia de las características o modalidades de la titularidad anterior, tanto si se refiere al dominio o a otros derechos reales menores (art. 8.º 1 de la Ley y del Reglamento de Expropiación Forzosa vigentes).
- El titular privado de su derecho recibe el justiprecio en función del principio de igualdad entre los administrados en cuanto sometido a un sacrificio singular.
- La causa de la privación, es decir, del empobrecimiento patrimonial del expropiado, no es un negocio de atribución patrimonial que genera un enriquecimiento correlativo en la otra parte y, por tanto,

la necesidad de una contraprestación, sino la aplicación directa de la potestad pública que da lugar a una indemnización específica.

Por tanto, en la necesaria elección de la aplicación a la expropiación forzosa de una u otra calificación conceptual como modo de adquirir derivativo u originario nos inclinamos a esta última posición, que es la que permite explicar más satisfactoriamente los criterios registrales vigentes y la situación actual en el Derecho comparado.

**B) LA SITUACIÓN DEL EXPROPIANTE O BENEFICIARIO
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
REGISTRALES DE INSCRIPCIÓN, INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA**

Para centrar debidamente el problema hay que diferenciar las distintas posibilidades que ofrece la técnica registral, puesto que no es lo mismo tratar de la expropiación en los sistemas civiles en los que la inscripción tiene carácter constitutivo, con apoyo en un negocio causal o basada en un acuerdo traslativo abstracto, que en los que limitan los efectos del asiento registral al ámbito puramente declarativo o en aquellos del tipo del español en que la situación obedece a principios mixtos, por utilizar una terminología simplificada.

1. En los sistemas registrales de inscripción constitutiva en los que la inscripción es requisito de la adquisición de los derechos reales inmobiliarios, la expropiación forzosa se excluye directamente del criterio general.

En efecto, la inscripción constitutiva, en cuanto se considera elemento esencial del negocio traslativo, bien como culminación de un proceso abstracto de transmisión, bien como modo único de adquisición precedido de un título causal, se refiere al ámbito propio de los negocios jurídicos intervivos de carácter privado y parte de una concepción previa civil que toma la formalidad de la inscripción como elemento esencial del negocio, con el fin de dotar de plena seguridad al tráfico privado.

En este sentido los ordenamientos civiles alemán, suizo y austriaco, exponentes típicos de la eficacia constitutiva de la inscripción registral, aunque se apoyen en sistemas civiles de transmisión diferentes, excluyen de este requisito a las adquisiciones hereditarias, a las que tienen lugar por ministerio de la Ley, tipo accesión u ocupación; a las que se basan en una decisión judicial y a las que tienen su apoyo en un acto imperativo, como ocurre con la expropiación.

En todos estos casos la adquisición tiene lugar con carácter anterior a la inscripción registral. Sin embargo, hay que destacar que en materia de

expropiación forzosa el Código Civil suizo, si bien no exige la inscripción para la eficacia de la adquisición a favor del expropiante, sí impone ésta como obligatoria a efectos de disponibilidad del bien expropiado. Esta peculiaridad tiene una importancia grande, como veremos luego al hablar de la finalidad de la expropiación en general y de la expropiación urbanística en particular.

2. En los sistemas en que la inscripción tiene carácter declarativo con efectos de simple inoponibilidad de la titularidad no inscrita frente a la inscrita, no se plantea problema para el expropiante, puesto que no es necesario exceptuar su adquisición del régimen ordinario, como ocurre en los supuestos de inscripción constitutiva. El titular del bien expropiado podrá oponer su derecho, con independencia de que inscriba o no el título de adquisición, debido al privilegio que supone el acto imperativo público.

3. Donde el problema se plantea con mayor agudeza es en aquellos sistemas que, como el español, establecen con carácter general el valor declarativo de la inscripción, pero en que por aplicación de los principios de legitimación y fe pública aquélla se convierte en cuasi constitutiva, configuradora o conformadora del derecho inscrito respecto de terceros (4).

En efecto, en el sistema español no cabe hablar de inscripción constitutiva salvo las excepciones previstas por la Ley, ni tampoco de inscripción declarativa en sentido estricto. La inscripción del dominio y de los derechos reales no solamente desencadena la eficacia del principio de inoponibilidad, típico de los sistemas de raíz latina, sino que además puede provocar la inatacabilidad absoluta del derecho inscrito cuando se dan los requisitos exigidos para la aplicación del principio de fe pública registral.

Naturalmente, esta afirmación supone de alguna forma tomar partido por el criterio dualista en la concepción del tercero y admitir un distinto origen y una diferente eficacia de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, tal y como hace, en magistral análisis del sistema, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. Lo cierto, sin embargo, es que aunque se siga una tesis monista, sus consecuencias, a los efectos que estamos estudiando, no serían muy distintas. No obstante, preferimos mantener la distinción conceptual entre ambos principios de inoponibilidad y fe pública, que resulta mucho más clarificadora cuando se estudia la expropiación forzosa ante el Registro.

(4) Sobre esta materia es indispensable tener en cuenta la teoría de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA sobre la relación entre los distintos principios hipotecarios, su análisis sobre las concepciones monista o dualista del tercero y sobre la eficacia del principio de inscripción en nuestro ordenamiento civil, que expone en su obra *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo I, Civitas, 1988.

Admitido por tanto en nuestro Derecho que el sistema es el de inscripción declarativa, resulta evidente una primera afirmación: la adquisición originaria del derecho expropiado no exige para su eficacia la inscripción registral, y sobre este punto no existe discusión alguna. Ahora bien, firme la adquisición expropiatoria, será necesario estudiar la situación del expropiante o beneficiario frente al titular inscrito cuando éste no ha sido parte del expediente ni se le ha abonado la indemnización que corresponda.

El problema se plantea en nuestro sistema como consecuencia precisamente de la interrelación entre los principios de inscripción, de inoponibilidad, de legitimación y de fe pública, que, como dice GARCÍA GARCÍA, no pueden ser estudiados como conceptualmente independientes si no se quiere incurrir en errores de interpretación.

a) En el ámbito del principio de inoponibilidad, la cuestión está tratada muy confusamente en la legislación hipotecaria. El artículo 313, inciso último, de la Ley Hipotecaria, que la doctrina más moderna (TIRSO CARRETERO y GARCÍA GARCÍA consideran la manifestación procesal básica de este principio y, en alguna medida, el de legitimación) contiene una norma ambigua que exceptúa los expedientes de expropiación del criterio general de inadmisibilidad del documento no inscrito cuando el procedimiento se dirija contra el que tenga los bienes expropiados en concepto de poseedor.

Según GARCÍA GARCÍA, la *ratio* de la excepción es que en caso de expropiación no es necesario que el expropiado haya inscrito su derecho para poder culminar el procedimiento, si bien en comentarios posteriores añade, además, que si la finca está inscrita y falta la reanudación del tracto interrumpido la norma también está justificada, puesto que el titular registral ha de ser notificado, en todo caso, de la existencia del expediente.

A nuestro juicio, la desconcertante redacción del último inciso del artículo 313, difícilmente explicable cualquiera que sea el criterio que se siga en la interpretación de sus primeros párrafos, obedece en realidad a otra situación.

En efecto, la Administración expropiante, partiendo del criterio de que la adquisición del derecho expropiado se produce extrarregistralmente, pudo haber entendido el procedimiento con un titular civil distinto del titular inscrito por apreciar en éste un mejor derecho, por entender válido un título adquisitivo no inscrito que traiga causa de la titularidad anterior que sí accedió al Registro o, simplemente, porque no se aportan al expediente los datos registrales de la finca expropiada. La situación es posible en nuestro Derecho vigente como veremos luego al examinar las normas

contenidas en la Ley de Expropiación Forzosa y en su Reglamento de aplicación.

En estos casos, si existe un titular registral distinto de la persona con la que se entendió el expediente expropiatorio, dicho titular podría aducir, en base a los principios de legitimación e inoponibilidad, la pretensión de inadmisibilidad del expediente expropiatorio por aplicación del artículo 313 y mediante la actuación prevista en el artículo 586.2 del Reglamento Hipotecario.

Esta es la situación que trata de evitar el inciso último del citado artículo 313, refiriéndose al titular civil con el que se ha entendido el procedimiento con el término “poseedor”, lo que supone una evidente falta de técnica. El efecto del precepto es que la consecuencia procesal (art. 313) del principio de inoponibilidad (art. 32) no existe frente al expropiante, lo que supone, en principio, un desequilibrio notorio de la legislación en contra del titular según el Registro.

b) La cuestión es similar, aunque más grave, cuando lo que hay que contraponer es el privilegio que ampara la adquisición expropiatoria y la situación del tercero protegido por el principio de fe pública, es decir, cuando el titular registral con quien no se entendió el expediente y a quien no se pagó el justiprecio reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En este supuesto, el tercero hipotecario, no sólo pierde el dominio, pese a su inicial situación de titular inatacable, sino que además no tiene otra fórmula para reclamar el justiprecio que la acción de enriquecimiento injusto contra el titular civil que indebidamente lo ha percibido en base a lo señalado en el artículo 1.895 del Código Civil o la reclamación frente a la Administración por funcionamiento anormal de sus servicios que establece el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En ambos casos se trata de la aplicación de principios generales de difícil utilización en la práctica.

Por tanto, es necesario buscar una forma de equilibrio entre dos situaciones dignas de protección, pues si no existe una norma que determine la prevalencia de uno u otro régimen puede ocurrir:

- Que la eficacia de la adquisición expropiatoria quede enervada por la aparición posterior de un tercero protegido que, amparado en el principio de fe pública, pretenda la nulidad del expediente, en contra del principio de utilidad pública o de interés general que dio lugar al expediente expropiatorio.
- Que se mantenga a ultranza el principio de protección al expropiante, en cuyo caso quebraría la protección del tercero sin una norma precisa que lo establezca y que originaría no solamente la

pérdida del dominio para el tercero protegido, sino además la imposibilidad de éste de reclamar el justiprecio que ha sido ya satisfecho a un titular civil con el que la Administración ha entendido el expediente.

Ninguna de las dos situaciones es lógica, por lo que se hace indispensable la regulación del problema. En este punto hay que tener en cuenta que estas situaciones de doble protección a dos situaciones jurídicas contrapuestas no son nuevas en nuestro Derecho.

En efecto, cuando la cuestión se plantea entre el tercero protegido por el principio de fe pública y el que ejercita legítimamente la facultad de usucapir frente al Registro, el artículo 36 de la Ley Hipotecaria exige una especial diligencia al tercero, al que no le basta su situación registral estática, sino al que la Ley le impone una actuación positiva frente al poseedor extrarregistral si quiere mantener su situación de protección.

La tesis que aquí se preconiza es que en materia expropiatoria ha de llegarse a un equilibrio similar y a una solución legal concreta, que sí se encuentra en determinadas modalidades de la expropiación urbanística, pero no en nuestra legislación básica sobre expropiación forzosa.

C) LAS CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO ESPAÑOL EN RELACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS DESCRIPTIVAS Y DE IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS

Como se ha expuesto con más detenimiento en otras ocasiones (5), la identificación de las fincas en el Registro responde a un triple interés:

- El del propietario de la finca, en la medida en que el Registro constituye el medio fundamental de garantía de su derecho.
- El de la comunidad o, dicho de otra forma, de los poderes públicos que la representan, puesto que la actuación de las Administraciones públicas, cuando se refiere a fincas de particulares, exige un conocimiento previo de la definición física de los inmuebles y de su descripción registral, supuesto plenamente aplicable al ámbito de la expropiación.
- El de los colindantes. En efecto, los efectos de cualquier sistema

(5) Con más amplitud se estudia este tema en el informe dirigido por el Colegio de Registradores al Congreso de los Diputados en abril de 1989 (*BCNR*, núm. 260, octubre 1980). También en comunicación dirigida por el autor de este artículo al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Roma, 1982: *La inexactitud registral. La descripción de las fincas en el Registro*

registral vertidos siempre en un conjunto de presunciones de diferente alcance pueden referirse o al conjunto de derechos inscritos, lo que afecta especialmente a su titularidad, o a la finca objeto del derecho. En este último caso la protección concedida al titular inscrito, vía presunción de veracidad e integridad del Registro, nunca alcanza con la misma eficacia al objeto del derecho, sobre todo cuando se produce un supuesto de discordia entre el titular de la finca y sus colindantes. En este último caso, la posible discordancia de criterios se resuelve en todos los sistemas por un camino distinto al de la aplicación de presunciones basadas solamente en el contenido del Registro (6).

Pues bien, a los efectos que estamos estudiando conviene tener en cuenta que dentro de los sistemas de folio real pueden distinguirse dos procedimientos diferentes de ingreso de la finca en el Registro y de modificación de sus datos descriptivos:

1. El que parte de una definición física de los inmuebles inmatriculados basada en un catastro preexistente, lo que origina la consecuencia de que la Administración ha contrastado con anterioridad a la inscripción registral, la descripción del inmueble inscrito, y por tanto y en principio no ha de tener dudas cuando llega el momento de su expropiación.

Hay que tener en cuenta además que estos sistemas de inmatriculación con base catastral obedecen generalmente al principio de inscripción constitutiva, lo que supone que la Administración no puede entender el procedimiento expropiatorio con otro titular que el que resulte del Registro.

2. Como en otros ordenamientos, en el sistema español, implantado en un momento histórico en que el país carecía en absoluto de un catastro fiable y en el que, sin embargo, se estimaba imprescindible la creación de

(6) Por ejemplo, en Alemania, cuyo Registro se suele citar como ejemplo de concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral cuando se da un supuesto de incertidumbre sobre linderos, no se acude a las presunciones de integridad propias del sistema. Los parágrafos 919 y 920 del BGB establecen que "el propietario de una finca puede exigir del propietario de una finca vecina que colabore en la colocación de signos de demarcación estables (...). La clase de amojonamiento y el procedimiento se determinan según las leyes territoriales; si éstas no contuvieran disposición, decide el uso del lugar (...). Si en el caso de una incertidumbre acerca de los linderos no se puede averiguar el lindero exacto, es decisivo para el deslinde el estado posesorio. Si el estado posesorio no puede ser fijado, a cada una de las fincas ha de atribuirse una parte de igual extensión de la superficie litigiosa. Siempre que un señalamiento de linderos practicado conforme a estas disposiciones conduzca a un estado que no esté de acuerdo con las circunstancias comprobadas, en especial con la extensión conocida de la finca, el supuesto ha de tratarse como corresponda a la equidad, en atención a las circunstancias". Como se ve, el criterio es muy similar al establecido en los artículos 384 y siguientes del Código Civil español.

un Registro de desarrollo técnico, con aplicación directa del principio germánico de fe pública registral, el criterio partió de considerar la inmatriculación como una operación simultánea a la de la primera inscripción de dominio, en la que la descripción de la finca depende exclusivamente de las manifestaciones vertidas por las partes en el documento público en que se formaliza el negocio jurídico inscribible.

El sistema, en su esencia y en su conceptualización básica, permanece inalterado, puesto que España sigue careciendo de un catastro fiable en el que apoyar, generalizadamente, el sistema de inmatriculación y el de modificación de circunstancias descriptivas de las fincas inscritas.

Ello ha dado lugar a una crítica clásica sobre la eficacia del Registro dada la posibilidad de la existencia de dobles inmatriculaciones. Sin embargo, esta opinión se ha demostrado exagerada. En efecto:

a) La eficacia del propio sistema ha dado lugar a una confianza social en el Registro que supera el inconveniente de la falta de catastro. Si bien existen excepciones, el adquirente no solamente exige del transmitente que acredite su titularidad registral, sino, además, que modifique, si ello es necesario, la descripción registral de la finca para adecuarla a su auténtica realidad física. Este fenómeno se desarrolla plenamente en las últimas décadas como consecuencia de la propia eficacia protectora de los asientos registrales.

b) Desde otro punto de vista, las deficiencias catastrales se suplen mediante distintos procedimientos:

- Cuando es posible la coordinación catastral, ésta tiene su reflejo en el Registro a través del procedimiento especial previsto en el Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, cuyo contenido se recoge hoy también en la Ley 54/1991, de 4 de febrero, de la Comunidad Foral Navarra (7).

(7) Ambas disposiciones parten de un criterio de coordinación que, en alguna medida, toma su base formal del sistema francés, de tal forma que al título inscribible se acompañe la cédula catastral. Si esta cédula coincide con la descripción de la finca con la que resulta del título inscribible, el Registrador, además de practicar la inscripción, declarará coordinada la descripción registral de la finca con el catastro. El efecto es característico puesto que supone, según la norma 9ª del Decreto citado y en función de los principios expuestos sobre el triple interés a considerar en la descripción de la finca, que respecto del titular registral se aplicará la presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que respecto de la Administración la coordinación implicará su conformidad con los datos descriptivos contenidos en el folio registral y respecto de colindantes, y en general a efectos civiles, no obstante lo que se dispone, serán los Tribunales ordinarios los únicos competentes para conocer sobre cuestiones litigiosas sobre identidad y circunstancias físicas de las fincas. Por tanto, en este último punto se mantiene el criterio de que la cuestión de deslinde no puede resolverse sin intervención del colindante, y en su caso decisión judicial, conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

- La identificación de unidades urbanas construidas no ofrece problema de forma general, puesto que se trata de supuestos en que la alteración de linderos no es físicamente posible.
- La coordinación del Registro con la realidad física se produce de forma plena como consecuencia de la inscripción de los proyectos de gestión urbanística, cualquiera que sea el que se utilice, puesto que tanto el proyecto de expropiación como los de compensación o reparcelación culminan en un absoluto paralelismo entre las mediciones resultantes del levantamiento del terreno que lleva a cabo la entidad gestora y las inscripciones resultantes del proyecto.
- Por otra parte, el impulso dado en los últimos tiempos a la institución catastral puede facilitar en gran medida la coordinación de sus datos con los registrales, lo que supondrá, sin duda, una mejora sustancial del sistema.

Pues bien, si se parte de una legislación expropiatoria en que no se establece con toda claridad la legitimación única del titular registral para el percibo del justiprecio, y a esta circunstancia se añade la de que la Administración adquiere a título originario y puede oponer su título frente al titular inscrito según la lógica interpretación del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, la realidad es que se produce una clara discordancia entre el sistema registral y el sistema expropiatorio que ha de ser necesariamente superada.

La discordancia nace de una realidad innegable. En las transmisiones voluntarias intervivos el transmitente identifica respecto del adquirente los datos registrales de la finca o derecho transmitido, puesto que se trata de una obligación típica del vendedor sin cuyo cumplimiento no puede formalizarse la venta. Sin embargo, en la expropiación forzosa es perfectamente posible que el expropiado oculte su titularidad sobre la finca expropiada y deje a la Administración la labor de su identificación registral.

Pues bien, en determinados casos, como el de fincas de similar descripción y cabida, y situadas en el mismo paraje al no existir en el Registro español un dato extrarregistral que permita la identificación fiable del folio correspondiente a la finca por persona distinta de su titular, si éste no identifica el folio puede ocurrir que la Administración, e incluso el Registrador, tome una finca por otra. Ello podría dar lugar, a la vista de la legislación que luego examinaremos, o a una doble inmatriculación, o a la cancelación de derechos e inscripciones sin consentimiento de su titular o sin sentencia firme en contra de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Es más, puede suceder que esta discordancia origine por parte del

expropiado la utilización del sistema registral y de la protección que éste supone para que el titular amparado en las presunciones hipotecarias tienda a utilizar éstas para provocar el retraso e, incluso, la nulidad procedimental del expediente expropiatorio, en cuyo caso el Registro puede convertirse en un valladar frente al interés público, como ha destacado acertadamente JOSÉ LUIS LASO.

El supuesto podría producirse en función de lo establecido en el apartado 6 del artículo 20 del Reglamento vigente de expropiación forzosa, que, como veremos luego, no resulta especialmente coordinado con las normas de la propia legislación sobre aplicación del principio de legitimación registral ni sobre las garantías jurisdiccionales a favor del expropiado.

Además, el problema se agrava si se tienen en cuenta las ideas que a continuación se exponen sobre la finalidad de la expropiación forzosa.

D) LA FINALIDAD DE LA EXPROPIACIÓN, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

La doctrina no se plantea ya problema alguno en orden a la admisión de la expropiación como mecanismo ordinario de inmisión de la Administración en el ámbito del derecho de propiedad cuando existan intereses comunitarios que así lo exijan.

El problema consiste, a los efectos que estamos estudiando, en determinar la trascendencia de la finalidad de la expropiación en relación al Registro de la Propiedad.

La finalidad normal de la expropiación forzosa de bienes inmuebles ha consistido tradicionalmente en la obtención del suelo necesario para la implantación de infraestructuras públicas. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA llega a afirmar que la distinción entre utilidad pública e interés social nace de que, en relación al primer concepto, se entienden las exigencias del funcionamiento de la Administración (obras públicas, servicios públicos), mientras que por interés social habrá que entender otras formas de interés prevalente al individual del propietario; por ejemplo, municipalización o nacionalización de empresas, expropiaciones agrarias, construcción de viviendas o cumplimiento de la función social de la propiedad.

La distinción en sí es irrelevante, como indica el propio autor; pero sí supone una diferencia muy significativa que trasciende al ámbito registral.

En efecto, si lo que se pretende es conseguir la ocupación de la base física para caminos, carreteras, pantanos o, en general, obras públicas, el interés del expropiante se centra en la disponibilidad física del terreno; y,

por otra parte, el destino jurídico del bien expropiado, generalmente demanial y de uso público, hace innecesaria o al menos debilita bastante la necesidad de inscripción. En este sentido se pronuncia el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, cuya técnica ha de entenderse hoy superada como veremos más adelante.

A este criterio responde en términos generales nuestra legislación básica sobre expropiación forzosa.

Sin embargo, el objetivo de la expropiación urbanística no se agota normalmente en la necesidad de suelo para infraestructuras públicas, sino que el objetivo ordinario, al menos en términos generales, es la obtención de grandes masas de suelo con dos finalidades:

- La implantación de todos los usos previstos en el Plan de Ordenación, tanto de infraestructura, como residenciales, industriales, comerciales y, en general, de los que suelen denominarse de aprovechamiento privado.
- La incidencia en el mercado de suelo mediante la devolución a la iniciativa privada a través de procedimientos públicos de enajenación, del suelo útil resultante de la ejecución de la unidad expropiada, con el fin de abaratar el mercado inmobiliario.

Esta finalidad no siempre ha sido conseguida y desde el punto de vista teórico ha sido muy criticada por determinados sectores doctrinales, por ejemplo, González Pérez, que parte de la base de que la actuación administrativa debe producirse con carácter subsidiario, sin que el sistema de expropiación se paragone con los demás previstos por la Ley para la gestión privada. En este trabajo, como señalábamos en la introducción, no se toma partido sobre el problema, sino que se aceptan como base las puras previsiones legales.

Las dos características citadas llevan a la conclusión de que a la Administración no le basta, en principio, con la disponibilidad física de la superficie apropiada, sino que en cuanto ha de devolver al mercado una parte de las superficies ejecutadas necesita la disponibilidad jurídica, es decir, la inscripción registral inmediata de las superficies objeto de adquisición forzosa.

Ello hace resaltar los problemas que antes apuntábamos sobre la aplicación de los principios registrales. No solamente no cabe admitir que la publicidad registral pueda servir de obstáculo al interés colectivo que justifica la expropiación, sino que, además la inscripción a favor de la Administración es indispensable, como reconoce explícitamente el sistema suizo, a que antes hacíamos referencia.

Por ello la necesidad de la inscripción a favor de la Administración o beneficiario de la totalidad de la superficie gestionada por expropiación forzosa ha sido una constante que se ha ido afirmando progresivamente a partir de la Ley del Suelo de 1956.

Como conclusiones previas al análisis interpretativo de la legislación podemos, por tanto, señalar las siguientes:

1.^a Que la adquisición expropiatoria se produce a título originario, o al menos, se aleja claramente de las características propias de los títulos derivativos.

2.^a Que el principio de inoponibilidad registral no parece que pueda ejercitarse con claridad frente al expropiante y que, en todo caso, cuando el titular no tenido en cuenta en el expediente, tenga la condición de tercero protegido por el principio de fe pública, es necesario establecer un sistema equilibrado que determine la protección prevalente al privilegio expropiatorio o al principio civil de inatacabilidad del titular inscrito.

3.^a Que la eficacia declarativa de la inscripción, unida a las peculiaridades del sistema sobre identificación de fincas por quién no sea su titular, da lugar a conflictos entre la legislación expropiatoria y la registral, a menos que se establezca la adecuada correlación entre ambas, siempre sobre la base de la idea esencial de que el titular registral es el único que puede identificar su finca en los libros del Registro, por lo que es necesario exigirle una determinada diligencia, si quiere conservar frente al justiprecio el régimen de protección que la inscripción proporcionaba al derecho expropiado.

4.^a Que las necesidades de intervención en el mercado inmobiliario, mediante la aportación del suelo gestionado por expropiación forzosa, hacen indispensable la inscripción registral a favor del expropiante o beneficiario, pues en otro caso éste no gozará, en la práctica, de disponibilidad real de los terrenos que han de volver al mercado.

II. LA LEGISLACION EXPROPIATORIA GENERAL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Para estudiar debidamente la materia conviene distinguir la legislación anterior a 1954, la legislación expropiatoria general vigente y las disposiciones contenidas en la legislación hipotecaria.

A) LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A 1954

En esta etapa, que coincide temporalmente con la que podríamos denominar de implantación del Registro de la Propiedad en España, las notas más importantes fueron las siguientes:

1. La preocupación porque la hoja de valoración y de pago del bien expropiado tuviera la consideración de documento auténtico, a efectos de inscripción, aunque la traslación no constare en documento público (art. 65 último del Reglamento de Expropiación Forzosa de 13 de junio de 1879 ratificado por el art. 53 del Real Decreto de 10 de marzo de 1881, sobre expropiaciones del Ramo de Guerra, y de 18 de febrero de 1891, sobre expropiaciones del Ramo de Marina).

En todas las disposiciones citadas el requisito material para la inscripción es doble: que se formule la hoja de valoración y se pague el justiprecio. Sin embargo, el Real Decreto de 18 de noviembre de 1907, que regula las expropiaciones dirigidas a la reforma o ensanche de poblaciones, introduce una novedad interesante que reforma el artículo 65 del Reglamento de 1879 citado, al señalar que bastará para la inscripción el “acta de posesión acompañada del depósito del justiprecio”. Es notable que en este caso se constituya ya un precedente de lo que luego examinaremos en materia de expropiaciones con declaración de ocupación urgente y, sobre todo, de distinción del régimen aplicable a las expropiaciones ordinarias y a las que se llevan a cabo por razones de urbanismo.

2. La segunda nota distintiva es la de considerar legitimado para la percepción del justiprecio a quién “con referencia al Registro de la Propiedad o al Padrón de riqueza, aparezca como dueño o tenga inscrita la posesión” (art. 5.º I de la Ley de Expropiación de 12 de enero de 1879).

El Reglamento, por su parte, después de regular la necesaria formación de listas nominales de los propietarios sujetos a expropiación, establece que el Gobernador, después de recibir las relaciones citadas, rectificadas, en su caso, por los Alcaldes, recabará de los Registradores los datos necesarios para completar las listas y resolver los casos dudosos. El Registrador está obligado a suministrar estos datos a fin de definir exactamente la pertenencia legal de la finca, de forma que, si apurados estos trámites, no concurriese el propietario del terreno, se notificará al Ministerio público (art. 22 del Reglamento citado).

La obligación del Registrador de suministrar los datos solicitados se ratifica en Resolución de la Dirección General de 11 de mayo de 1888, en relación a la negativa formulada por el entonces Registrador de Vic, y se precisa en el Real Decreto de 23 de marzo de 1928, que en relación a las expropiaciones por obras a cargo de las Confederaciones Hidrográficas,

establece, en su artículo 18.2.º, que estos datos han de ser facilitados en plazo no superior a tres días.

De todos los preceptos citados resulta clara la preocupación del legislador de que el expediente expropiatorio que entienda con el verdadero titular del bien expropiado, pero con una matización importante.

En efecto, la Administración expropiante es, en último término, la que juzga sobre la titularidad definitiva, sin que sobre este aspecto la legislación señale ningún procedimiento específico de contención entre distintos interesados. Basta, en caso de surgir conflicto, la notificación al Ministerio Fiscal y el depósito del justiprecio. Ahora bien, la propiedad conflictiva se considera tal si efectivamente se ha planteado judicialmente, no por la constatación simple de la existencia de una titularidad inscrita y otra carente de inscripción, y así se deduce de los artículos 5 y 37 de la Ley de 1879 y concordantes de su Reglamento.

En el fondo, el problema se reconduce a lo que antes veíamos al examinar las peculiaridades de nuestro sistema registral. Si el propietario de la finca no suministra a la Administración los datos registrales correspondientes a la finca expropiada, aquella no puede encontrarlos por sí sola, ni muchas veces con el auxilio del Registrador, tal y como veíamos antes al examinar las características del sistema, sobre todo en su primera época.

Ante esta situación, el legislador de 1879 no se atreve a aplicar hasta sus últimas consecuencias el principio de legitimación registral, lo que en aquella época correspondiente a una inicial etapa de aplicación del sistema con un porcentaje muy escaso de propiedad inscrita, es bastante explicable.

B) LA LEY DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954 Y SU REGLAMENTO DE 26 DE ABRIL DE 1957

Como consideraciones previas al examen de la legislación vigente hay que tener en cuenta:

- Que había sido precedida por el artículo 313 de la Ley Hipotecaria de 1946, que examinábamos antes, y que establece, como excepción al principio de inadmisibilidad del documento no inscrito, precisamente el supuesto del expediente expropiatorio, lo que resulta coherente con lo que antes apuntábamos, en el examen de la Ley de 1879, sobre la no aplicación plena a tales expedientes del principio de legitimación registral en la determinación del titular expropiado.

- Que la legislación de 1954-1957, recogiendo el criterio de la Ley de 1 de octubre de 1939, extendió de forma absolutamente exagerada el sistema de expropiación urgente regulado en el artículo 52 de la Ley y 56 del Reglamento, de forma que este sistema llega a aplicarse a multitud de supuestos. El criterio de la Ley ha sido unánimemente criticado por la doctrina e, incluso recientemente, por algún sector significado de la Administración (8). Desde el punto de vista registral el procedimiento de urgencia presenta peculiaridades específicas que luego estudiaremos con detenimiento.
- Que, por último, la Ley de Expropiación se sitúa en el objetivo tradicional que antes examinábamos, es decir, el destino del bien expropiado a fines demaniales de uso público, en general obras públicas, por lo que no constituye preocupación prioritaria del legislador la inscripción registral a favor del expropiante o beneficiario. Es cierto que dicha inscripción es objeto de regulación, pero no se constituye el elemento esencial del sistema.

Teniendo en cuenta estas consideraciones previas, cabe examinar en el estudio de la legislación vigente sobre expropiación, en general y en su relación con el Registro, los siguientes aspectos:

1. *La aplicación del principio de legitimación en la determinación del expropiado*

La materia está recogida en los artículos 3 a 7 de la Ley y en los artículos 6.º1, 16, 19.1.b), y 3, y 51 de su Reglamento. De dichos preceptos resulta:

- Que la Administración, salvo prueba en contrario, considera propietario o titular a quién con este carácter conste en Registros públicos que produzcan presunción de titularidad que solo pueda ser destruida judicialmente, o en su defecto a quién aparezca con tal carácter en Registros fiscales o, finalmente, a quién lo sea públicamente y notoriamente.
- Que si, de los Registros que menciona el párrafo 3 del artículo 6, resultare la existencia de titulares reales o intereses económicos

(8) Concretamente, en las fechas en que se redacta este artículo, el Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, señor Borrell, en manifestaciones a la prensa, se ha referido a esta cuestión y ha señalado la necesidad de introducir criterios legislativos que afirmen de una forma más tajante el derecho del expropiado a percibir, en tiempo razonable, el justiprecio que le corresponda.

directos sobre la cosa expropiada será preceptiva su citación en el expediente.

- Que se entenderán las diligencias con el Ministerio Fiscal cuando no comparecieren en el expediente los propietarios incluidos en la relación a que luego se alude o estuvieren incapacitados y sin tutor o fuere la propiedad litigiosa.
- Que también serán parte en el expediente los que presenten títulos contradictorios sobre el objeto expropiable.
- Que la Administración expropiante o, en su caso el beneficiario, deberán formular relación concreta e individualizada de los bienes o derechos expropiables, en la que se expresará su estado material y jurídico, los nombres de los propietarios o representantes, con indicación de sus domicilios, y la de cuantos sean titulares de algún derecho indemnizable.
- Que, al finalizar el plazo de alegaciones, se llevará a cabo la rectificación procedente sobre la titularidad de los bienes.
- Que, cumplidos los trámites referentes a la publicación de la relación y de su examen en función de las alegaciones formuladas, se resolverá, previo informe de la Abogacía del Estado, sobre la necesidad de la ocupación, debiendo relacionarse detalladamente los bienes y derechos afectados, así como de los titulares de los mismos con los que hayan de entenderse los sucesivos trámites del expediente.

En relación a este conjunto normativo GARCÍA GARCÍA (9) señala que constituye consecuencia del principio de legitimación y, concretamente de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. GONZÁLEZ PÉREZ citando en su apoyo a CAMY y NÚÑEZ RUIZ, afirma que el principio de legitimación debe prevalecer en todo caso cuanto la titularidad consta inscrita, tal y como afirma el artículo 3.º de la Ley al señalar que se trata de titularidades que no pueden ser destruidas sino judicialmente (10). La doctrina en general, por ejemplo GARCÍA DE ENTERRÍA, se limita a exponer los textos legales, especialmente los artículos 3 a 7 de la Ley, sin ulterior comentario.

Nuestro criterio es que la dicción legal no resulta tan clara ni mucho menos. Es más, puede afirmarse que es confusa, ambigua y contradictoria. El legislador no se inclina decididamente por la aplicación de la norma civil básica contenida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por el

(9) *Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, 1986. Nota al artículo 3.º de la Ley de Expropiación Forzosa.

(10) *Comentarios a la Ley del Suelo de 9 de mayo de 1976*, Civitas, 1976.

contrario, sin afirmarlo expresamente, considera a la Administración expropiante con competencia suficiente para juzgar sobre la titularidad civil, con lo que no hace sino recoger los precedentes de la Ley de 1879 y su Reglamento y apoyarse en la confusa dicción del artículo 313 de la Ley Hipotecaria. En efecto:

a) Parangona todos los Registros públicos, tanto los productores de efectos materiales en el orden civil como los meramente fiscales, de puro carácter administrativo. Es cierto que sólo admite la titularidad resultante de estos últimos en defecto de los primeros pero engloba a ambos, y sus titularidades, bajo la frase “salvo prueba en contrario”, y, al no especificar a quién corresponde la apreciación de esa prueba, atribuye esta competencia, por vía de silencio, a la Administración expropiante.

b) Se refiere a la necesidad de citación de los titulares registrales, pero sólo de derechos reales menores y, lógicamente, en el caso de que aparezcan en el período de alegaciones a la relación que necesariamente ha de formular la Administración sobre las titularidades de los bienes expropiados.

c) No define lo que debe entenderse por litigio. Es verdad que se refiere al mismo en el artículo 50 del Reglamento, pero en relación al expropiado y Administración sobre la determinación del justiprecio, no al supuesto de contradicción entre titulares. De ello ha deducido unánimemente la doctrina que el litigio que origina la necesaria citación del Ministerio público es, solamente, el planteado formalmente con carácter previo a la iniciación del expediente. Si la titularidad contradictoria surge como consecuencia de dicha tramitación, sin litigio formalmente planteado, parece que es la Administración expropiante quién decide sobre el mejor derecho incluso, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.º, mediante apreciación de la prueba correspondiente, incluso contraria al pronunciamiento registral.

d) Se afirma la posibilidad de extender la condición de titular a quien lo sea pública y notoriamente. Con ello, se concede a la Administración una potestad de juicio que incluso sobrepasa la propia de la actuación notarial, cuando se le atribuye la posibilidad de apreciar la notoriedad de la titularidad dominical, puesto que en este caso el criterio del fedatario autorizante ha de ser refrendado por la autoridad judicial (art. 203.5.º LH).

e) El artículo 19 del Reglamento señala expresamente, como hemos citado antes, que al tiempo de decidir sobre las alegaciones a la relación de propietarios, la Administración resolverá sobre los titulares con los que hayan de entenderse los trámites del expediente.

f) Por último, dentro del ámbito de las garantías jurisdiccionales, el

artículo 126.3 de la Ley y el 20.6 del Reglamento, señalan que el recurso contencioso administrativo contra la resolución, que ponga fin al expediente, podrá fundarse en vicio sustancial de forma o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la propia Ley. De dicha dicción podría deducirse que el titular registral no tenido en cuenta en el expediente, podría interponer el recurso en base a lo dispuesto en el artículo 3.º, ya que su titularidad es sólo destruible judicialmente.

Sin embargo, el artículo 140 del Reglamento sale al paso de esta posibilidad y limita la legitimación activa para la interposición del recurso contencioso al beneficiario y a cualquiera que hubiera sido parte en el expediente. Por tanto, como la determinación de estas personas ha sido decidida previamente conforme a lo señalado en el artículo 19 del propio Reglamento, realmente parece que en el ámbito de las garantías jurisdiccionales el criterio legal, o al menos el reglamentario, se pronuncia en el mismo sentido que venimos afirmando, es decir, que el principio de legitimación se olvida o al menos se debilita extraordinariamente en la legislación expropiatoria.

Por tanto, en este punto, la legislación vigente mantiene íntegramente, e incluso reafirma el criterio que ya podía deducirse de la legislación anterior y que antes habíamos examinado. Introduce, sin embargo, una modificación consistente en no referirse en ningún momento a la obligación del Registrador de suministrar datos sobre los bienes y titularidades incluidos en el expediente. Quizá la derogación de esta obligación nazca de la apreciación práctica de la inutilidad de la medida, lógica si se tiene en cuenta lo que antes decíamos sobre las peculiaridades del Registro español en orden a la identificación de las fincas.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la solución de la legislación urbanística, en relación a este problema, es mucho más adecuada a la legislación hipotecaria y a la realidad registral.

2. *La aplicación de los principios de inoponibilidad y fe pública*

En este punto, nos limitaremos a señalar que la legislación de 1954-57 sigue sin contemplar el problema de la protección del tercero amparado en el principio de fe pública, sin alterar el régimen de la legislación anterior.

En cuanto al principio de inoponibilidad, la situación del expropiante se ve reforzada, como ya estudiábamos antes, por lo dispuesto en el último inciso del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, que por su fecha, es inmediatamente anterior a la legislación que se comenta.

3. *Tipo de asiento*

En esta materia la legislación de 1954-1957 introduce una novedad fundamental que es consecuencia directa de la admisión de la declaración de ocupación urgente de los bienes expropiados. Este sistema supone una modificación tan esencial que, con carácter previo al estudio del epígrafe, conviene hacer algunas precisiones sobre esta figura:

a) La declaración urgente de los bienes expropiados, que regula el artículo 52 de la Ley de 1954 y los concordantes de su Reglamento, especialmente el artículo 56, responde probablemente a la idea que antes hemos estudiado de que la finalidad ordinaria de la expropiación tradicional consiste en la implantación de obras públicas para cuya realización le basta al expropiante la disponibilidad física de los terrenos, sin que la inscripción sea esencial puesto que el inmueble se destina normalmente al uso público.

b) Supone, en definitiva, que con carácter previo a la adquisición del dominio del bien expropiado, que tiene lugar por la terminación del expediente y, consecuentemente, por el pago o consignación del justiprecio definitivamente fijado en vía administrativa, la Administración adquiere una situación posesoria inatacable mediante el pago o depósito de la capitalización del líquido imponible, de forma que le permita actuar sobre el terreno aún cuando todavía no haya adquirido la plena propiedad sobre el mismo.

c) En cuanto a la determinación del expropiado se mantiene el criterio general, ya estudiado, y en cuanto a la eficacia jurídica del procedimiento se establece expresamente que la Administración procederá a la inmediata ocupación, de forma que para conseguirla puede, incluso, utilizar la fuerza pública, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

d) Por último, dada la situación del expropiado, privado de la posesión sin que todavía haya concluido el expediente de fijación de la definitiva indemnización o justiprecio, se establece que los expedientes que se refieran a estos supuestos de ocupación urgente, tendrán preferencia a efectos de su tramitación. Sin embargo, la legislación no contiene ninguna garantía específica de que dicha preferencia vaya a tener lugar de forma efectiva.

Del examen de estas notas resulta claro que la novedad civil consiste en la escisión de dos supuestos distintos de adquisición. De una parte, la adquisición posesoria, lo que supone la posibilidad privilegiada de lanzamiento de otros poseedores sin necesidad de decisión judicial y de la

interposición de acciones interdictales de todo tipo, incluso la del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, contra la Administración ocupante. De otra, la adquisición dominical en sentido estricto que se pospone a la terminación del expediente y a la fijación definitiva del justiprecio.

Sin entrar en la valoración del procedimiento en orden a las garantías del expropiado, tema sobre el que ha incidido constantemente la doctrina, desde el punto de vista registral, las consecuencias son fundamentales:

- La adquisición del dominio en los supuestos ordinarios, y en los de ocupación urgente, cuando termina el procedimiento de determinación del justiprecio, ingresa en el Registro con asiento definitivo de inscripción a favor del expropiante o del beneficiario.
- En los supuestos de ocupación urgente, la situación provisional antes citada, accede al Registro mediante un asiento de anotación preventiva de carácter caducable. Así resulta de lo establecido en el artículo 60, apartados 1 y 3 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

La inscripción se configura como ordinaria y de transferencia o de inmatriculación, según la finca aparezca en el expediente expropiatorio como inscrita previamente en el Registro o como no inmatriculada. No ofrece peculiaridades especiales, salvo lo que luego señalaremos en la crítica del sistema.

Sin embargo la anotación preventiva se configura en el artículo 60 citado como un asiento de suspensión, en cuanto señala el precepto que se suspenderá la inscripción hasta que, fijado definitivamente el justiprecio, se haya verificado el pago o la consignación, sin perjuicio de que pueda practicarse en el Registro de la Propiedad anotación preventiva.

Sin embargo, pese a la dicción legal sobre la suspensión de la inscripción, parece más lógico entender que la anotación preventiva que estamos estudiando es más bien un asiento provisional del tipo de los de pura publicidad, en la terminología de Capó Bonafús, cuya finalidad es la de publicar la situación de ocupación, con el fin de evitar acciones interdictales (11), o del tipo de las anotaciones de demanda, preparatorias de una adquisición futura de dominio en cuyo caso se encuadraría dentro de las llamadas, por la doctrina clásica, reservas autenticadas, es decir, determi-

(11) Sería del mismo tipo que la prevista en el artículo 61 del Reglamento de aplicación de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística de la Generalidad de Cataluña de 18 de diciembre de 1981 para los supuestos de ejecución forzosa por la Administración sobre fincas de particulares en caso de incumplimiento por éstos de sus obligaciones de urbanización.

naciones registrales que publican la vocación a la adquisición futura del derecho real.

4. *Título inscribible*

En este punto la legislación básica de expropiación forzosa se limita a distinguir entre el idóneo para provocar la inscripción, es decir, el acta de ocupación y pago o consignación del justiprecio, y el adecuado para la práctica de la anotación, que se concreta en el acta de ocupación urgente acompañada de la justificación del pago o consignación de la capitalización del líquido imponible de las, entonces vigentes, Contribuciones Territoriales Rústica o Urbana.

Es importante precisar la ratificación que llevan a cabo tanto la Ley como el Reglamento del carácter inmatriculador del título inscribible, que, sin embargo, no se refleja en el caso de que lo pretendido sea únicamente la anotación de la ocupación urgente. De esta omisión podría deducirse que dicho asiento provisional se reserva, únicamente, para aquellos supuestos en que la finca ocupada haya sido objeto de inmatriculación previa, lo que estaría en concordancia con el carácter de reserva autenticada o anotación tipo demanda que anteriormente le atribuíamos al examinar la naturaleza del asiento, y que carecería de razón de ser en caso de que el suelo ocupado carezca de inscripción.

5. *Crítica del sistema*

Realmente el conjunto de preceptos examinados no puede dar lugar a una crítica favorable. En efecto:

a) La legislación de 1954-1957 sigue manteniendo el confuso y ambiguo criterio de la legislación de 1879 sobre la aplicación o inaplicación del principio de presunción de veracidad e integridad registral en la determinación del titular legitimado para la percepción del justiprecio.

b) Se apoya, además, en la confusa dicción del artículo 313, inciso último, de la Ley Hipotecaria, que parece excluir el expediente expropiatorio de las consecuencias procesales del principio de inoponibilidad proclamado por los artículos 608 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria.

c) No contempla el problema de la aparición o surgimiento del titular protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es decir, del favorecido por el principio de fe pública, que constituye el eje de la protección del tercero en el sistema traslativo civil español, puesto que si dicho tercero no

hubiera sido tenido en cuenta en el expediente, ni siquiera puede intentar la acción de nulidad ante la jurisdicción contenciosa por aplicación "a contrario" de lo establecido en el artículo 140.1 del Reglamento de Expropiación.

Ello supone que en la legislación general no se contiene ninguna norma que equilibre la protección resultante de la aplicación del principio de fe pública, en relación con el necesario privilegio de la Administración en la adquisición dominical por razones de interés público, a que antes aludíamos en el examen de las cuestiones generales, y sobre el que luego volveremos al examinar el contenido de los artículos 138 y siguientes del Texto Refundido de la vigente Ley del Suelo.

d) La Ley y el Reglamento insisten en el carácter inmatriculador del título expropiatorio. Esto es perfectamente lógico en un sistema legal equilibrado, en los términos que luego veremos. Sin embargo, dadas las características con que regula la expropiación la legislación general, y la precariedad en la aplicación de principio general de publicidad registral en sus distintas manifestaciones, no cabe duda de que, si no se tiene en cuenta al titular registral, aumenta la posibilidad de dobles inmatriculaciones no contempladas ni reguladas, que se generan, precisamente, a través del expediente expropiatorio.

e) Desde el punto de vista civil, en cuanto no se resuelve el problema de los títulos contradictorios respecto de los que no exista litigio formalmente planteado, se origina una aparente potestad administrativa para juzgar sobre la atribución civil de la titularidad del bien expropiado. Con ello se rompe un principio esencial de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria en esta materia, que aparece reflejado, sobre todo, en la carencia de los efectos de la cosa juzgada, no sólo en expedientes judiciales de jurisdicción voluntaria, tanto para conseguir la inmatriculación o la liberación de gravámenes prescritos, sino también en la sentencia que se dicte cuando existe la pretensión interdictal regulada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

f) En definitiva, el tratamiento registral de la expropiación, si bien no olvida los principios esenciales del sistema, da lugar, en la aplicación práctica de las normas vigentes, a una difícil aplicación de tales principios, cuando no a su ineficacia plena. La legislación responde a criterios típicos de derecho público, perfectamente respetables, pero que en función del principio de interpretación basado en la unidad orgánica del ordenamiento, deberían ser mejor concordados con la legislación civil y con los dos principios registrales que constituyen su consecuencia directa.

Este criterio crítico, que no aparece muy claro en la doctrina hipotecarista es perfectamente afirmable a la vista de las nuevas normas sobre

expropiación urbanística que, como veremos luego, aclaran y reorganizan el problema con un sistema no solamente más respetuoso con la legislación registral, sino además, más práctico y realista en la defensa de los intereses colectivos.

C) EL ARTÍCULO 32 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

El artículo 32 del Reglamento Hipotecario redactado por reforma de 17 de marzo de 1959, constituye, con el artículo 313 de la Ley Hipotecaria ya examinado, la única disposición reguladora de la expropiación forzosa contenida en la Legislación Hipotecaria.

El precepto responde a los criterios de la legislación vigente en el momento de su redacción, sin aportar, salvo lo que luego señalaremos, ninguna innovación respecto de los problemas apuntados al examinar la Ley de 1954 y su Reglamento.

En este sentido:

1. Aunque en su párrafo 2.º intenta reforzar el principio de legitimación al establecer que el procedimiento expropiatorio deberá entenderse con el titular registral, matiza esta idea con la admisión como interesado en el expediente de quién justifique ser causahabiente de dicho titular, en la forma prevenida en la legislación especial y añade, además, que ello se entiende sin perjuicio de la intervención de otros interesados si los hubiere.

Con esta redacción el artículo mantiene todas las dudas que antes apuntábamos sobre la incidencia del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y su relación con el artículo 3.º de la Ley de Expropiación.

2. En su párrafo 3.º regula la duración de la anotación preventiva para el reflejo registral de los supuestos de ocupación urgente, por remisión al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y su conversión en inscripción definitiva.

Sin embargo, deja en el aire el problema de si se trata de una anotación de suspensión o de una anotación de demanda, con lo que plantea el problema, aparte de su posible prórroga, de la aplicación del supuesto de lo establecido en los artículos 198 y 199 del propio Reglamento, en caso de conversión en inscripción.

3. En su párrafo 4.º, apartado segundo señala que el justiprecio, a los efectos de la inscripción definitiva, se entenderá fijado definitivamente cuando haya sido determinado por el Jurado Provincial de Expropiación o el organismo competente con arreglo a las disposiciones especiales.

Sin duda, el último inciso se refiere a las peculiaridades de la expropia-

ción urbanística, tal y como se regulaba en la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, problema éste que se estudiará después con más amplitud.

Sin embargo, el artículo 32 introduce una innovación precursora de disposiciones posteriores en materia urbanística, basada en los criterios establecidos para los procedimientos de ejecución forzosa, bien dimanen de un gravamen hipotecario o de un crédito anotado, consistente en la nota marginal acreditativa de la iniciación del expediente a la que se refieren sus párrafos 1.º y 5.º

En relación a esta materia cabe destacar lo siguiente:

a) Que no especifica el artículo a instancia de quién debe expedirse la certificación, ni en virtud de qué documentación puede practicarse la nota, con lo que se ha planteado en la práctica la duda sobre si basta la instancia del titular registral del dominio o de alguno de los derechos reales inscritos sobre la finca, en la que simplemente se afirme la existencia del expediente o, por el contrario, es necesario acreditar este extremo mediante certificación de la Administración expropiante. También suscita la cuestión de si la Administración puede, por sí sola, solicitar la certificación y la práctica de la nota marginal.

Nuestra opinión es que cualquiera de estas posturas es defendible ante el silencio reglamentario y, de hecho, todas han sido admitidas en la práctica. Lo cierto es que aun cuando la certificación se expida a petición del interesado, ello no resuelve el problema de la ambigüedad normativa del artículo 3.º de la Ley de Expropiación en cuanto a la aplicación del principio de legitimación. Por otra parte, aun cuando se admita que la Administración pueda por sí sola solicitar la certificación, si se equivoca en la identificación de la finca, la nota marginal no solamente no resuelve ningún problema, sino que, incluso, puede agravar el ya existente, ante la posible cancelación de oficio de los derechos reales o titularidades que se inscriban con posterioridad.

b) Los efectos de la nota marginal se recogen en el apartado 5.º, según el cual el dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase, inscritos con posterioridad a la fecha de la nota se cancelarán al practicarse la inscripción, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente, en base a la expresión genérica de petición de dicha cancelación, mientras que los de fecha anterior no podrán cancelarse si no consta en el expediente su citación, su concurrencia al pago o a la consignación del precio y la determinación específica de cuales deben ser cancelados.

Por tanto, la técnica del artículo 32 es similar a la contenida en el

artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en relación a cargas subsistentes o cancelables en virtud de ejecución hipotecaria, y preceptos concordantes en materia de ejecución de créditos anotados.

El problema como veíamos antes, surge en caso de una identificación dudosa de la finca por la Administración, por lo que a los efectos previstos en la legislación general expropiatoria, nos inclinamos a pensar que es exigible en todo caso para la expedición de la certificación y la práctica de la nota marginal, que medie el consentimiento o la petición expresa del titular registral.

Como veremos luego, el problema no es idéntico en materia de expropiación urbanística puesto que los principios hipotecarios juegan de forma distinta en relación al pago del justiprecio y a la cancelación de asientos sin consentimiento de su titular.

Desde el punto de vista crítico el artículo 32, aunque supone un avance respecto de la legislación anterior sobre todo en la utilización de la nota marginal como medio de notificación, en lo que se refiere a su contenido sustantivo, merece un juicio similar al ya expuesto cuando examinábamos la legislación expropiatoria de 1954.

III. LA EXPROPIACION URBANISTICA. EXAMEN DE SU REGULACION EN LA LEY DEL SUELO

Los problemas que hemos venido apuntando a lo largo del estudio se resuelven en gran medida dentro del ámbito de la llamada expropiación urbanística, específicamente en su modalidad de expropiación sistemática por el procedimiento de tasación conjunta.

La expropiación por razón de urbanismo no se somete al mismo régimen jurídico cualquiera que sea su clase. Por ello, es necesario distinguir las distintas modalidades contenidas dentro de su definición general y para ello puede ser útil cualquier criterio. Por su simplicidad elegimos el de CARRETERO PÉREZ, que contempla cuatro tipos de expropiación urbanística:

- El sistema de expropiación forzosa, que actúa por unidades o sectores.
- La expropiación que realiza actuaciones aisladas.
- La expropiación supletoria cuando resulta imposible la gestión urbanística por otro sistema.
- La expropiación sanción, por incumplimiento de la función social

de la propiedad, a la que se podría añadir hoy la que viene motivada por el incumplimiento de deberes urbanísticos y que, con carácter general regula la Ley de 25 de julio de 1990.

De las cuatro modalidades expuestas, la que nos interesa por ofrecer peculiaridades propias, que suponen una innovación básica de la legislación general expropiatoria, en relación con el Registro de la Propiedad, es la primera, es decir, la expropiación sistemática y, además, cuando se realiza por el denominado procedimiento de tasación conjunta.

Sin embargo, con carácter previo al examen concreto de sus preceptos reguladores, conviene estudiar alguna de las características generales de esta modalidad de expropiación, así como sus antecedentes, pues sin tales ideas, que en parte han sido ya expuestas, es difícilmente explicable el criterio seguido por la legislación vigente.

A) ANTECEDENTES DE LA LEY DE 1976

A los efectos que estamos estudiando, se contienen en la Ley de 12 de mayo de 1956 de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; en la Orden de 9 de marzo de 1964, sobre circunstancias y requisitos de las Actas de Expropiaciones por razón de Urbanismo, y en el Decreto Ley de 27 de julio de 1970 sobre Actuaciones Urbanísticas Urgentes en Madrid y Barcelona.

Como idea general, hay que señalar que la legislación va marcando un progresivo interés por la inscripción registral de los terrenos adquiridos en virtud de expropiación urbanística, sin duda como consecuencia de lo que antes apuntábamos, sobre la finalidad característica de la expropiación urbanística.

Omitimos, puesto que no presentan interés especial alguno, los antecedentes sobre expropiación para ensanche de poblaciones, si bien conviene recordar la peculiaridad vista antes al examinar el Real Decreto de 18 de noviembre de 1907 en que ya se facilitaba la inscripción registral de este tipo de expedientes.

1. *La Ley de 12 de mayo de 1956*

La Ley de 1956, cuya técnica básica se mantiene en su Ley de Reforma y en el Texto Refundido de 1976, ya señalaba en su Exposición de Motivos, con un criterio muy ambicioso y reconocidamente utópico que "si ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario

para la expansión de las poblaciones fuera de propiedad pública, mediante justa adquisición, para ofrecerlo, una vez urbanizado a quienes desearan edificar, la solución no es viable en España (...), no obstante si la adquisición de la totalidad de las superficies escapa a los medios económicos del Estado, de los municipios y de las provincias, es, en cambio, asequible a las corporaciones locales adquirir paulatinamente terrenos que puedan servir como reguladores de precio en el mercado de solares”.

En esta frase se contiene ya el principal cometido del sistema de actuación por expropiación forzosa, es decir, la intervención en el mercado inmobiliario mediante la utilización del suelo adquirido como regulador de precio. Ello lleva, inevitablemente consigo la necesidad, ya destacada anteriormente, de que la adquisición se rodee de los requisitos jurídicos necesarios para que la Administración pueda disponer inmediatamente del suelo para su devolución al mercado. En otro caso, la finalidad primordial del sistema caería por su base, puesto que, el mercado inmobiliario exige que las transacciones se ajusten al régimen ordinario del tráfico jurídico sobre inmuebles.

En el ámbito de sus disposiciones positivas la Ley de 1956 regula el sistema de expropiación en sus artículos 121 y siguientes, si bien, como consecuencia de lo señalado anteriormente en su Exposición de Motivos, parte del criterio de que su aplicación tendrá carácter subsidiario respecto de los demás sistemas que la propia Ley regula como de gestión privada del suelo ordenado, criterio que se mantiene en la Ley de 1975 pero que se pone en duda en la Ley 8/90, de 25 de julio, dada la redacción de su artículo 40.1.

Desde el punto de vista registral la Ley del Suelo citada, no introduce ninguna modificación en la legislación general de 1954-1957, de forma que la aplicación de los principios hipotecarios juega, en esta primera etapa, de la forma ya estudiada en apartados anteriores.

Sin embargo, si introduce la Ley una modificación sustancial que afecta a los requisitos materiales para la inscripción. Así, en el artículo 122, se establece que en la expropiación de los terrenos correspondientes a un polígono para el que se elija el sistema de expropiación, el expropiante podrá optar entre seguirla individualmente para cada propietario, o aplicar el procedimiento de tasación conjunta.

En este último caso las normas segunda y tercera señalan que informadas las alegaciones al proyecto, el Ayuntamiento elevará el expediente a la Comisión Central de Urbanismo para que decida sobre las valoraciones y que dicho acuerdo aprobatorio será impugnabile mediante recurso contencioso administrativo, previo al de reposición ante la propia Comisión Central.

Este criterio, que suprime en las expropiaciones por tasación conjunta la intervención del Jurado Provincial de Expropiación, fue luego recogido, por vía de remisión a la legislación especial, en la regla 4.^a, apartado segundo, del artículo 32 del Reglamento Hipotecario.

2. *La Orden de 9 de marzo de 1964*

Se refiere esta disposición a las circunstancias y requisitos de las actas de expropiaciones por razón de urbanismo.

Su contenido, por tanto, es exclusivamente formal y, según el Preámbulo de la Orden, tiene por finalidad el desarrollo de la norma 6.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario en cuanto señala que “los asientos contendrán las circunstancias prevenidas para la inscripción de la legislación hipotecaria y las necesarias según la legislación especial”.

Dado que las circunstancias del título aparecían recogidas únicamente en el artículo 55 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 1957, sólo para aquellos casos en que el expediente expropiatorio hubiere de ser objeto de inscripción y, además, con una normativa muy escueta, el Preámbulo de la Orden que se comenta señala que es conveniente dar mayor amplitud a esta materia, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de 12 de mayo de 1956 y del propio artículo 55 del Reglamento de Expropiaciones citado. Todo ello con la finalidad de evitar interpretaciones dispares.

Esta orden viene a demostrar, de alguna forma, lo que antes veníamos señalando. Mientras que la legislación general expropiatoria no contemplaba la inscripción como elementos esenciales del sistema, cuando se trata de expropiaciones urbanísticas la práctica demostraba que la escueta normativa vigente planteaba problemas, no ya de fondo, sino incluso en el puro terreno de las circunstancias del título inscribible.

Del conjunto de disposiciones contenidas en el articulado de la Orden, que regula minuciosamente las circunstancias relativas a las personas, a las fincas y derechos inscribibles, y a las formalidades del título, lo más destacable es el contenido del artículo 4.º, que establece un deber específico de colaboración del Registrador en cuanto señala “que si estimase defectuoso el título, sin perjuicio de hacerlo constar al pie del mismo, se dirigirá oficio al Organismo expropiante en que de forma clara y concreta se consignarán los defectos observados, su trascendencia, precepto legal que se considera infringido y forma de subsanarlos”.

Con ello se intenta la colaboración del Registrador con la Administración, con un criterio más exigente, incluso, que el establecido para el

funcionario calificador en el artículo 133 del Reglamento Hipotecario, en relación a las notas de denegación o suspensión de documentos judiciales.

La norma no constituyó una solución del problema en cuanto que las cuestiones de fondo, es decir, de discordancia material entre la legislación expropiatoria y los criterios que informan la normativa civil y registral, permanecían sin resolver.

3. *El Decreto-ley 7/1990, de 27 de junio, sobre Actuaciones Urbanísticas Urgentes*

Esta disposición constituye el antecedente más directo de la normativa vigente en materia de expropiación forzosa como sistema de actuación urbanística.

Su Exposición de Motivos señala que “para hacer frente a la demanda de viviendas sociales en las grandes concentraciones urbanísticas, y en especial en Madrid y Barcelona, se plantea, con carácter previo, la necesidad de disponer de suelo urbanizado a precio razonable. (...) Por ello, el Decreto-ley se concreta a introducir en el sistema de expropiación de la Ley del Suelo los mínimos retoques que permitan la preparación de suelo en estas grandes concentraciones urbanas en las condiciones de rapidez y seguridad imprescindible para su eficacia. (...) En el aspecto registral se arbitra un procedimiento que, respetando los principios contenidos en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y en la legislación hipotecaria, facilite la inscripción de los bienes expropiados”.

El Decreto-ley destaca ya de forma expresa la incuestionable necesidad de la inscripción, que como veíamos antes, surgía ya tímidamente en la Ley de 1956, al señalar la finalidad del sistema de actuación por expropiación, y que había sido subrayada por la Orden de 1964 e, incluso, por las disposiciones sobre creación y desarrollo de la Gerencia de Urbanización.

Las medidas registrales que concretamente adopta la norma son las siguientes:

a) Desde el punto de vista de los requisitos materiales para la inscripción, atribuye al Ministro de la Vivienda la competencia para la fijación definitiva del justiprecio en vía administrativa que, según el artículo 122 de la Ley del Suelo, correspondía a la Comisión Central de Urbanismo, Organismo que no llegó nunca a crearse, por lo que el Decreto-ley se limita a hacer constar una situación que ya se daba en la práctica.

b) En materia de aplicación del principio de legitimación, introduce una novedad respecto de la legislación general. En efecto, el organismo expropiante podrá entender las actuaciones con el titular real, siempre que, notificado el titular registral de la existencia del procedimiento ex-

propiatorio, no hubiere comparecido en el expediente en el plazo de un mes, en cuyo supuesto dicho titular real podrá percibir el justiprecio aprobado si acredita o bien la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, o bien su condición de poseedor a título de dueño por tiempo suficiente para adquirir por prescripción tales fincas o derechos, pudiendo justificarse ambos extremos por cualquier procedimiento legal o por acta de notoriedad tramitada conforme a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial.

Sigue señalando la norma que, si transcurridos tres meses desde la aprobación del proyecto, sin que se justifique por los interesados su titularidad, se procederá a la consignación del justiprecio que podrá abonarse posteriormente a quien acredite su derecho al mismo por cualquiera de los procedimientos señalados.

c) En cuanto al título inscribible y a la forma de practicar la inscripción, la innovación fundamental introducida por el Decreto-ley consiste en que una vez efectuado el pago o consignación, se podrán levantar una o más actas de ocupación e inscribir como una o varias fincas registrales, la totalidad o parte de la superficie objeto de la actuación, sin que sea necesaria la previa inscripción de todas y cada una de las fincas expropiadas, de forma que el hecho de que alguna de ellas no estuviere inmatriculada no será obstáculo para que pueda practicarse directamente aquella inscripción. Añade la norma que el título se integrará del acta o actas de ocupación en la que se describirá, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, la total superficie ocupada, así como todas y cada una de las fincas objeto de ocupación, con indicación de sus titulares, sus datos registrales si estuvieren inscritas y la fecha de pago o consignación del justiprecio, y que a dicho título se acompañarán las actas de pago o los justificantes de la consignación correspondiente, de forma que si estuviere interrumpido el tracto registral se acredite el cumplimiento de las normas que antes hemos expuesto en el apartado b).

d) En cuanto a la colaboración del Registrador señala que si al procederse a la inscripción (de la totalidad o parte de la superficie expropiada) surgiesen dudas fundadas sobre si dentro de dicha superficie existiese alguna finca registral no tenida en cuenta en el expediente expropiatorio, el Registrador procederá en la forma prevista en el artículo 306 del Reglamento Hipotecario.

Como comentario del contenido del Decreto-ley cabe señalar lo siguiente:

- Constituye un avance fundamental en la aplicación del principio de legitimación. En efecto, por una parte comienza ya a exigir una

especial diligencia al titular registral en cuanto le concede tres meses para comparecer en el expediente y, lógicamente, identificar su finca y aportar los datos registrales. De otra, atribuye la determinación de la titularidad real a quién corresponda de acuerdo con el procedimiento ordinario que se siga para la reanudación del tracto o la declaración de la adquisición por prescripción, introduciendo como procedimiento corrector en orden a la justificación del dominio el acta notarial. Sin embargo, deja en el aire si dicha acta debe ser refrendada judicialmente, en los términos de lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria o basta con su simple tramitación notarial.

- Sin embargo, desde el punto de vista del principio de fe pública, mantiene sin solución el problema de la prevalencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria o del privilegio expropiatorio, aunque afirma ya la escisión entre el dominio de la finca, que se atribuye a la Administración, y los derechos preexistentes sobre el bien expropiado cuyo objeto será, en adelante, el justiprecio consignado.
- Desde el punto de vista de la mecánica de inscripción avanza la solución de la formación de una finca única con la totalidad o parte de la superficie expropiada, con lo que refuerza, en alguna medida, el carácter originario de la adquisición expropiatoria.
- Desde el punto de vista de la colaboración registral parte de las características del sistema y admite que el Registrador no puede saber con certeza, sin colaboración del titular registral, si una finca está o no incluida en el área expropiada bien de forma total o de forma parcial y, por ello, aplica la técnica del artículo 306 del Reglamento Hipotecario, es decir, el de la actuación registral apoyada en la duda fundada sobre la identificación de la finca.

En este punto, sin embargo, el artículo 306 del Reglamento en cuanto prevé una anotación preventiva de suspensión, no parece aplicable. Si lo será, en cambio, la norma por virtud de la cual el Registrador debe remitir a la autoridad correspondiente, en este caso la Administración expropiante, copia de los asientos contradictorios para que dicha autoridad remita, a su vez, la documentación a la autoridad judicial.

En términos generales el Decreto-ley sobre Actuaciones Urbanísticas Urgentes es un exponente típico de la preocupación del legislador por resolver los problemas formales y de fondo que afectan a la relación entre la legislación urbanística y los principios que informan la legislación hipotecaria. Constituye un antecedente muy valioso de la normativa vigente pero, evidentemente deja sin resolver todavía la cuestión esencial de la

eficacia ante la Administración expropiante del principio de fe pública en cuanto pueda proteger a un tercero no tenido en cuenta en el expediente.

Por tanto, en las fechas inmediatamente anteriores a la redacción de la Ley de 2 de mayo de 1975, de reforma de la Ley del Suelo, que se refundió con esta en la Ley de 9 de mayo de 1976, la regulación de la expropiación urbanística, si bien había avanzado respecto de la legislación general expropiatoria, mantenía dudas serias que en gran parte vienen a resolverse con el texto vigente.

**B) LOS ARTÍCULOS 138 Y SIGUIENTES DE LA LEY
DE 9 DE MAYO DE 1976, TEXTO REFUNDIDO
SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA**

Para examinar la cuestión a la luz del texto vigente conviene tener en cuenta una frase esencial de la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975. Señala dicho texto:

“Los retoques del sistema de expropiación (introducidos por la Ley) son fundamentalmente de orden técnico y tienden, sobre todo, a corregir deficiencias de esa naturaleza advertidas en la práctica. Mediante modificaciones tanto de la legislación expropiatoria general, como de la hipotecaria, se instrumentan mecanismos que faciliten el acceso al Registro de la Propiedad de los bienes objeto de estas expropiaciones, sin merma de las garantías de los propietarios y titulares de demás derechos reales en cuanto al contenido económico de sus derechos”.

Del contenido de la Exposición de Motivos pueden deducirse dos principios:

- De una parte, preocupa al legislador que el acceso al Registro de la Propiedad de las superficies expropiadas se facilite en la medida de lo posible, lo que supone la intención legislativa de que adquiriera su titularidad en las condiciones necesarias para poder destinar los bienes a los fines previstos por el Plan de Ordenación.
- De otra, entiende que esta facilidad de la inscripción no ha de suponer merma en los derechos de los expropiados, tanto sobre la cuantía de la indemnización que les corresponde, como sobre los procedimientos suficientes para discutir dicha cuantía.

A ello responde la reintroducción del trámite correspondiente al Jurado Provincial de Expropiación, cuyo régimen, en relación con el Registro, examinaremos después con más detalle.

En cuanto al contenido concreto de la reforma, se produce una evidente mejora técnica en la aplicación de los principios registrales de protección al titular inscrito. En efecto, de lo dispuesto en los artículos 138 y siguientes de la Ley y 195 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, resulta lo siguiente (12):

a) Las actuaciones del expediente expropiatorio se seguirán con quienes figuren como interesados en el proyecto de delimitación redactado conforme a la Ley de Expropiación Forzosa, o acrediten, en legal forma, ser los verdaderos titulares de los bienes o derechos en contra de lo que diga el proyecto. En el procedimiento de tasación conjunta los errores no denunciados y justificados en el plazo señalado (un mes) no darán lugar a nulidad o reposición de las actuaciones, conservando no obstante los interesados su derecho a ser indemnizados en la forma que corresponda.

b) Llegado el momento del pago del justiprecio, sólo se procederá a hacerlo efectivo, consignándose en caso contrario a aquellos interesados que aporten certificación registral a su favor en la que conste haberse extendido la nota del artículo 32 del Reglamento Hipotecario o, en su defecto, los títulos justificativos de su derecho, completados con certificaciones negativas del Registro de la Propiedad referidas a la misma finca descrita en los títulos. Si existiesen cargas deberán comparecer también los titulares de las mismas.

c) Cuando existan pronunciamientos registrales contrarios a la realidad podrá pagarse el justiprecio a quienes los hayan rectificado o desvirtuado mediante cualquiera de los medios señalados en la legislación hipotecaria, o con acta de notoriedad tramitada conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial.

d) Una vez efectuado el pago o consignación se podrán levantar una o más actas de ocupación e inscribir, como una o varias fincas registrales, la totalidad o parte de la superficie objeto de la actuación, sin que sea necesaria la previa inscripción de todas y cada una de las fincas expropiadas. El hecho de que alguna de estas fincas no estuviese inmatriculada no será obstáculo para que pueda practicarse directamente aquella inscripción. Al margen de la inscripción de las fincas agrupadas, y con efectos de transferencia, se entenderá la oportuna nota.

e) Será título inscribible el acta o actas de ocupación acompañadas

(12) La redacción material de los preceptos contenidos en la Ley, que en la materia que nos ocupa son idénticos a los del Reglamento de Gestión Urbanística, correspondió al Registrador de la Propiedad don José Antonio Nortes Triviño, colaborador también en la redacción del Decreto-Ley sobre actuaciones urbanísticas urgentes, con quien el autor de este artículo ha tenido la oportunidad de comentar ampliamente todo lo que en este trabajo se expone.

de las actas de pago o los justificantes de consignación del justiprecio de todas las fincas ocupadas, que habrán de ser descritas conforme a la legislación hipotecaria. Dicho título, así como los que sean necesarios, para practicar las inscripciones, deberán ir acompañados, en su caso, de los respectivos planos una de cuyas copias se archivará en el Registro.

f) Levantada el acta o actas de ocupación, se entenderá adquirida libre de cargas la totalidad de las fincas comprendidas en la misma por la Administración expropiante, la cual será mantenida en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, sin que quepa ejercitar ninguna acción real o interdital contra la misma, aún cuando posteriormente aparezcan terceros interesados no tenidos en cuenta en el expediente, quienes, sin embargo, conservarán y podrán ejercitar cuantas acciones personales pudieran corresponderles para percibir el justiprecio o las indemnizaciones expropiatorias y discutir su cuantía.

g) Si con posterioridad a la inscripción del acta conjunta de ocupación aparecieran fincas o derechos anteriormente inscritos que no se tuvieron en cuenta en el expediente expropiatorio, la Administración expropiante de oficio o a instancia de parte interesada o del propio Registrador, solicitará de este que practique la cancelación correspondiente, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la conservación de sus derechos a percibir y discutir el justiprecio. A estos efectos, si al procederse a la inscripción surgiesen dudas fundadas sobre si dentro de la superficie ocupada existiese alguna finca registral no tenida en cuenta en el expediente, sin perjuicio de practicarse la inscripción, se pondrá tal circunstancia en conocimiento del organismo expropiante.

Para el adecuado comentario del conjunto de reglas que han sido objeto de enumeración, cabe distinguir los siguientes apartados:

1. La aplicación del principio de legitimación

En este aspecto la modificación resulta sustancial. El organismo expropiante no pagará el justiprecio sino al titular que aporte al expediente la certificación a que se refiere el artículo 32 del Reglamento Hipotecario referida a la misma finca descrita en los títulos. En principio, por tanto, la Administración no juzga sobre la titularidad preexistente y aplica con todas sus consecuencias la presunción de veracidad y de integridad del Registro que resulta del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

La excepción, es decir, el pago a quién no sea titular registral exige la presentación de los títulos justificativos del derecho del expropiado, acom-

pañados de certificación negativa del Registro. En este caso la propiedad se sitúa dentro del ámbito de la no inscrita y, por tanto, sujeta a un régimen diferente de la inscrita, con criterio similar al que expone LA RICA, al comentar la eficacia de la inscripción en relación a la teoría del título y el modo, y a la posible sustitución de este por la inscripción.

En otro caso, es decir, cuando resultaren pronunciamientos registrales contrarios a la realidad jurídica, el texto legal exige, con carácter previo al pago del justiprecio, su rectificación o desvirtuación por cualquiera de los medios señalados en la legislación hipotecaria, es decir, los previstos en los artículos 198 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Admite, no obstante, que uno de los medios de rectificación sea el acta notarial tramitada conforme a lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento Notarial. En este último caso se plantea la misma cuestión, que ya examinábamos antes, en relación a si sería necesaria o no la homologación judicial de la apreciación notarial de la notoriedad del derecho de que se trate.

Dentro del ámbito del Decreto-ley la cuestión en realidad no quedaba clara, pero de acuerdo con el conjunto de preceptos contenidos en el Texto Refundido de 1976, puede llegarse a una solución determinada. En efecto, la Ley distingue con toda claridad el derecho de dominio que adquiere la Administración o el beneficiario y los derechos subsistentes sobre el justiprecio. Como consecuencia, inscrita el acta general de ocupación, lo procedente es la cancelación de los folios registrales de las fincas incluidas en la unidad, como señala el artículo 141.2, aun cuando el artículo 140 hable de nota a la finca agrupada con efectos de transferencia. Luego examinaremos esta última cuestión con más detalle.

Pues bien, privado de efectos el asiento correspondiente a la finca expropiada, no puede decirse propiamente que se esté rectificando o desvirtuando el pronunciamiento registral, por lo que podría entenderse que el acta notarial acredita, no una titularidad diferente de la registral sobre la finca, sino una legitimación diferente para la percepción del justiprecio.

Por otra parte, si lo pretendido hubiera sido que el acta fuere objeto de aprobación judicial no hubiera sido necesaria su cita como añadida a los demás medios de rectificación del Registro, pues en este caso hubiera quedado sujeta a lo dispuesto en el artículo 202 de la propia Ley, que tipifica dicha acta como uno de los medios normales de rectificación.

2. *La aplicación del principio de fe pública*

Constituye la novedad más característica de la Ley y supone la introducción de la norma de equilibrio a que nos hemos referido constante-

mente cuando hemos citado este principio como esencial al sistema. En realidad la nueva normativa obedece, a nuestro juicio, a los siguientes criterios:

a) Parece admitir de forma clara el carácter originario de la adquisición expropiatoria, o al menos cuasi originario en los términos a que se refería la Resolución que antes citábamos de 1952.

b) Escinde dos cuestiones que en las transferencias traslativas del dominio aparecen íntimamente ligadas a través del principio causal que informe los contratos bilaterales, es decir, la mutua dependencia del cumplimiento de sus prestaciones por ambas partes contratantes y, por tanto, la ineficacia sobrevenida del contrato traslativo en virtud de la resolución a que da lugar el incumplimiento.

Desde este punto de vista, la Administración adquiere el dominio en todo caso, y los derechos preexistentes sobre la finca expropiada pasan a recaer sobre el justiprecio, en la forma que ya había afirmado, aunque sin precisar sus efectos, el artículo 8 del Reglamento de Expropiación forzosa de 1957.

c) En su traducción registral este criterio se resuelve con una frase que responde a una técnica hipotecaria totalmente depurada. "La Administración será mantenida en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, sin que quepa ejercitar ninguna acción real o interdictal contra la misma".

Se trata, por tanto, de un supuesto en que la Administración no tiene la consideración de tercero civil en la terminología tradicional de NÚÑEZ LAGOS, puesto que no trae causa de la titularidad precedente, ni tampoco es tercero protegido frente al titular no inscrito, dentro de la técnica del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, o de su artículo 32, si se sigue una tesis monista. Por el contrario, a quién ampara el Registro en este caso es a un titular inscrito frente a otro que puede tener el mismo carácter e, incluso, gozar de la protección resultante del principio de fe pública.

Sería uno de aquellos supuestos en que el titular no se puede considerar tercero, pero sin embargo, "está en tercero", como dice GONZÁLEZ PALOMINO al estudiar esta figura.

Por tanto, en cuanto al dominio de la finca expropiada, una vez que la Administración inscribe su situación es idéntica a la del tercero del artículo 34, incluso frente a este y contra dicha situación protegida no caben acciones reales, ni siquiera la del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ni las demás de carácter interdictal previstas por el legislador civil.

d) En cuanto a los derechos del expropiado, sea o no titular registral y cualquiera que sea su grado de protección tabular, si no hubiere sido tenido en cuenta en el expediente, conservará y podrá ejercitar cuantas

acciones personales pudieran corresponderles para percibir el justiprecio o para discutir su cuantía.

Por tanto, se opera respecto de tales derechos un fenómeno de subrogación real. Quien estuviere protegido respecto del derecho inscrito, conserva dicha protección, pero referida sólo a la acción dirigida al cobro o a la contención sobre el precio. Si anunciada la expropiación, el titular registral no se muestra diligente, tendrá posteriormente que demostrar su titularidad si quiere percibir la indemnización que le corresponde. En este sentido, puede decirse que el respeto de la legislación expropiatoria hacia el Registro es pleno en estos casos. Se priva al titular registral de aquello que es imprescindible para el interés colectivo, pero no de la protección que el Registro le atribuía respecto del valor patrimonial que sustituye al derecho del que se le priva.

La Ley utiliza la expresión “conservarán cuantas acciones personales”, en expresión quizá no muy afortunada. Hubiera sido más expresivo de la subrogación operada decir que “respecto del justiprecio, los titulares del bien o derecho expropiado conservarán el grado de protección registral de que gozaban sobre el bien o derecho, antes de su expropiación”, o alguna frase de similar contenido (13).

La fórmula legal obedece a un criterio equilibrador similar al que inspira el artículo 36 de la Ley Hipotecaria y responde a fórmulas ya aceptadas por el legislador civil en el artículo 1.877 del Código y 109 de la Ley Hipotecaria.

e) Para que la Administración goce de esa situación privilegiada de protección se le exige, como al tercero típico, que inscriba su derecho. La solución es lógica, puesto que si lo pretendido es dotar al expropiante o beneficiario de igual protección que la que corresponde al tercero hipotecario, debe cumplir el mismo requisito que a éste se exige, es decir, la inscripción de su derecho. En otro caso prevalecerían contra ella los principios de inoponibilidad y, en su caso, de fe pública que amparan al titular registral frente a quien no tiene este carácter

Es más, podría pensarse que si la adquisición expropiatoria no se inscribe, al no desencadenarse el efecto protector contenido en el artículo 140.1 de la Ley del Suelo, el titular registral ignorado en el expediente podría oponer su derecho frente al expropiante, mediante la acción de nulidad a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Expropiación Forzosa.

(13) En este sentido se produjo una enmienda parcial al proyecto de Ley de Reforma de 1975 suscrita por los Procuradores de las antiguas Cortes representantes del Ayuntamiento de Madrid y redactada por José Luis Laso y el autor de este artículo, que no fue admitida por considerarse suficiente la redacción del proyecto

3. *La aplicación del principio de inoponibilidad*

La situación en este punto se aclara si se parte de lo dicho anteriormente sobre el juego de los principios de legitimación y fe pública. Se parte de la base de que la Administración tiene la obligación, imperativamente impuesta, de inscribir a su favor los bienes expropiados, incluso inmatriculándolos si fuere necesario, criterio similar al establecido para los Proyectos de Compensación o de Reparcelación.

Por tanto, una vez que el Proyecto ha accedido al Registro, por aplicación a favor del expropiante o beneficiario del principio de protección que la propia Ley establece, no cabe la oposición al derecho inscrito de ninguna otra titularidad, esté o no inscrita.

Como consecuencia, no es necesario establecer excepciones al principio de inoponibilidad o a sus consecuencias procedimentales. Es la propia Administración la legitimada para oponer su título inscrito, no la perjudicada por la acción de un tercero de mejor protección. Dicho de otra forma ya no es necesario exceptuar la aplicación del artículo 313 de la Ley Hipotecaria porque el artículo 32 del propio Texto legal a quien protege es al expropiante.

4. *La práctica de los asientos y su subsistencia*

En este punto hay que tener en cuenta una distinción, que antes apuntábamos, y sobre la que el Decreto-ley 7/1979 no se pronunciaba. En efecto:

- Si al inscribirse el acta general de ocupación se describieran en esta las fincas expropiadas, con indicación de sus datos y de que su titular ha percibido el justiprecio, sin perjuicio de los derechos que le correspondan para reclamar sobre su cuantía, a tales fincas se les practicará nota de agrupación, con efectos de transferencia.
- En cambio, si la identificación de la finca o del derecho inscrito, o la percepción del justiprecio por su titular, tuviera lugar con posterioridad a la inscripción del acta general, los asientos correspondientes serán objeto de cancelación.

La distinción es lógica. En el primer caso el tratamiento registral de las fincas expropiadas no exige otra operación que la de agrupación. Sin embargo, en el segundo, mientras no tenga lugar la presentación de la documentación procedente y el pago del justiprecio, se produce una especie de doble inmatriculación controlada que no puede resolverse por otro procedimiento que el de la cancelación del asiento más débil.

Ahora bien, mientras se mantiene esa situación de doble inmatriculación cabría pensar en la consecuencia perturbadora de que sobre la finca inscrita, cuya cancelación aún no ha tenido lugar, puedan producirse nuevos asientos, como consecuencia de actos dispositivos de su titular que no tengan en cuenta la expropiación producida.

Puede examinarse la cuestión desde dos puntos de vista:

a) El adquirente de la finca inscrita, ya que no se corresponde con la realidad extrarregistral, en cuanto trae causa del titular inscrito, se subrogaría en los derechos de este respecto al cobro o discusión del justiprecio consignado.

b) De otra parte, dicho adquirente se encontraría, frente a la Administración o beneficiario en una situación similar a la prevista en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, es decir, que la finca adquirida es poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente, si bien no a título de posesión hábil para prescribir sino a título de expropiación, cuya titularidad resulta inatacable por aplicación de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley del Suelo que, en definitiva coloca a la Administración en la situación del tercero protegido.

Por tanto, esta doble inmatriculación, que evidentemente puede darse desde el punto de vista formal, en nada perturba el funcionamiento del sistema. El Registro mantiene su naturaleza de institución instrumental, sin sacralizar su eficacia frente al interés público, pero con conservación de sus principios protectores hasta donde sea posible.

5. *La aplicación del artículo 32 del Reglamento Hipotecario*

Aunque el texto legal sigue manteniendo en el artículo 138.4 que la resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo implicará la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes o derechos afectados y, por tanto, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa en sus números 6, 7 y 8, desde el punto de vista registral parece evidente que no tiene juego en el sistema la anotación preventiva de la adquisición posesoria, que antes examinábamos al estudiar el supuesto.

En efecto, la adquisición expropiatoria es objeto directo de inscripción, único medio de que la Administración actuante pueda gozar de la disponibilidad jurídica de los bienes expropiados. Por tanto, dicha inscripción, que implica también el *ius possidendi*, conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y contra la que no caben acciones interdictales o de recuperación de la posesión de hecho, hace normalmente innecesaria la aplicación

del artículo 58 del Reglamento de Expropiación y del artículo 32 del Reglamento Hipotecario.

6. *Los requisitos materiales para la inscripción*

Como antes señalábamos, al estudiar la Ley de 1956, una de las innovaciones de este texto consistió en la supresión del Jurado Provincial de Expropiación a efectos de fijación del justiprecio en vía administrativa.

La medida, muy criticada por la doctrina, ha sido corregida por la Ley de 1975 y su Texto Refundido. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138.3 y el artículo 202.8 del Reglamento de Gestión Urbanística la resolución aprobatoria del expediente por la Comisión Provincial de Urbanismo, una vez notificada a los interesados, y con las alegaciones que resulten, dará traslado del expediente al Jurado Provincial de Expropiación (...) a efectos de fijar el justiprecio (...).

Esta norma unida a la interpretación literal del artículo 205 de la Ley que señala, “que llegado el momento del pago del justiprecio”, se procederá en la forma antes señalada ha llevado a pesar a algunos autores que el justiprecio a que dicho precepto se refiere, y que, por tanto, ha de ser objeto de pago o consignación es el señalado por el Jurado, con la consecuencia de que en tanto no recaiga acuerdo de éste no podrá procederse a la inscripción. Tal es la opinión que parece deducirse de los comentarios al precepto de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, en la obra antes citada e, incluso, al que más convence a NORTES TRIVIÑO.

A nuestro juicio esta opinión constituye una reminiscencia del régimen doble de anotación e inscripción prevista para los procedimientos de ocupación urgente, que en realidad carece de sentido en el nuevo texto. En efecto:

a) La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, antes citada, señala que la finalidad del nuevo sistema es el de facilitar la inscripción, sin perjuicio de las garantías de los propietarios en cuanto al contenido económico de sus derechos. En este sentido el nuevo trámite de la decisión del Jurado, que reintroduce la Ley, tiene por objeto la segunda de las finalidades citadas, es decir, la conservación y garantía de los derechos económicos del expropiado, pero no debe contravenir la primera de dichas finalidades, que consiste precisamente en facilitar la inscripción a favor del expropiante.

b) El artículo 202 citado del Reglamento de Gestión, señala que la remisión al Jurado del expediente se hará “a efectos de determinación del justiprecio”, a diferencia de la Ley que señala que la remisión tendrá lugar

“para determinar el justiprecio”. No cabe duda de que el precepto reglamentario tiene un carácter claramente interpretativo de la dicción legal. La remisión lo que pretende es dotar de mayor garantía a la fijación de la indemnización que ha de percibir el expropiado, limitándose a esta finalidad el trámite previsto.

c) Desde otro punto de vista, los artículos 207.2 y 208 del Reglamento de Gestión admite que la indemnización que ha de recibir el expropiado puede realizarse de dos formas, bien mediante el pago en metálico, bien mediante el pago en especie, es decir, a través de la adjudicación de parcelas. Pues bien, si la Administración propone el pago en esta última forma y los terrenos objeto de adjudicación proceden de la misma unidad en que se lleva a cabo la actuación, los expropiados que aceptasen esta forma de pago no podrían percibir dicha indemnización hasta que la Administración inscriba la totalidad de la unidad.

En este caso el retraso en la inscripción del dominio no solamente perjudicará la actuación de la Administración, sino, además, a otros titulares de la unidad expropiada que han aceptado el pago en especie.

d) Además, en instituciones similares de naturaleza urbanística, en que la apropiación se produce por cauce distinto a la expropiación forzosa, la transmisión del dominio y la inscripción tiene lugar con carácter inmediato, sin perjuicio del derecho ulterior del titular del suelo ocupado a la obtención del contravalor correspondiente. Por ejemplo, en los artículos 51 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística o en el caso previsto por el artículo 57, en relación con el 59 de la Ley de 25 de julio de 1990 para los casos de ocupación de terrenos destinados a sistemas generales o a usos dotacionales.

e) Por último, hay que tener en cuenta que el carácter previo del pago del justiprecio que establecía la Ley de Expropiación Forzosa ha sido suprimido por el artículo 33 de la propia Constitución.

Por tanto, creemos que existen argumentos suficientes para entender que el justiprecio cuyo pago o depósito ha de realizarse como requisito material de la inscripción, es el fijado en la terminación del expediente por la Administración Urbanística, sin perjuicio del derecho a recurrir el acuerdo administrativo ante el Jurado Provincial de Expropiación, y en su caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

7. *La actuación del Registrador*

La Ley, siguiendo en este punto el mismo criterio que el Decreto-ley de 1970, se limita a imponer al Registrador un deber de colaboración cuando

le surjan fundadas dudas de que alguna finca esté incluida en la unidad expropiada. Con ello:

a) Regula la actuación registral con un criterio concorde con la peculiaridad del sistema consistente, como hemos señalado en la exposición de ideas generales, en que sólo el titular registral puede con plena garantía identificar su finca en el Registro.

b) Mejora el texto del Decreto-ley, al suprimir la remisión del artículo 306 del Reglamento Hipotecario, cuyo espíritu y fundamento es el mismo, pero cuya finalidad es diferente, puesto que se refiere a la corrección de posibles abusos en el sistema de inmatriculación por título público, cuestión distinta a la planteada por la expropiación forzosa.

8. *El ámbito de aplicación del nuevo sistema*

En este aspecto el texto legal es tajante. El procedimiento seguido en los artículos 138 y siguientes de la Ley sólo es aplicable a las expropiaciones que se lleven a cabo con carácter sistemático, es decir, en que la expropiación se utilice como sistema de actuación sobre unidades de ejecución determinadas. En los demás casos será aplicable lo previsto en la legislación general de expropiación forzosa.

Quizá la razón de esta medida es su carácter novedoso o que es en el supuesto de la expropiación sistemática donde la inscripción resulta imprescindible, por razón de los usos a implantar sobre la superficie adquirida. No obstante, lo cierto es que no existiría inconveniente alguno en que un criterio similar, mucho más técnico y respetuoso con los principios de derecho privado se aplicara no sólo al resto de las expropiaciones por razón de urbanismo, sino a todo tipo de expropiaciones.

De acuerdo con la legislación vigente esto no es posible. Sin embargo, en los casos en que la actuación se lleve a cabo por el Sistema de Compensación y alguno de los propietarios no se adhiera a la Junta, en la medida en que también se actúa sobre una unidad de ejecución, mediante una actuación expropiatoria subsidiaria y a favor de la Junta, en calidad de beneficiaria, creemos que no existe inconveniente legal para la aplicación del sistema.

En este caso, los razones que justifican la aplicación de los artículos 138 y siguientes son las mismas que la Exposición de Motivos de la Ley de 1975 señala para el sistema de expropiación en sentido estricto.

CONCLUSION

Los escasos comentarios sobre el sistema implantado por la Ley de 1976 son en general desfavorables al texto legal. En efecto, parten de la base de que la Ley ha disminuido el ámbito de la facultad calificadora del Registrador y que el sistema constituye un precedente peligroso, dadas las facilidades para la inscripción a favor del expropiante. Incluso se ha afirmado que el precepto contenido en el artículo 140, que establece la inatracabilidad de la adquisición expropiatoria, constituye una brutal ruptura con los principios más elementales del sistema registral.

A nuestro juicio, el examen profundo de la normativa legal conduce a la conclusión opuesta. Es cierto que la inscripción se facilita pero también que se afirma claramente el principio de legitimación y que se resuelve, con un criterio equilibrado, el tratamiento del tercero protegido.

No es que se rompa con el sistema, sino que se adapta éste a las peculiaridades de la adquisición expropiatoria. Las normas contenidas en la Ley del Suelo no olvidan la existencia de la protección registral, sino todo lo contrario. Por una parte la imponen como obligatoria a favor de la Administración o del beneficiario. Por otra, se respeta la protección registral del expropiado, tanto en lo que se refiere a la determinación de éste como interesado en el expediente, como en cuanto a su legitimación para percibir y discutir la indemnización, es decir, el nuevo objeto del derecho antecedente que sustituye a la finca expropiada, como consecuencia de la subrogación a que da lugar la expropiación forzosa.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN

Registrador de la Propiedad

DICTAMENES Y NOTAS

La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Dedicatoria: A los consumidores, esos nuevos terceros de la sociedad de masas, con quienes está indisolublemente unida la función registral calificadora diariamente.

1. LA DISTINTA FORMA DE ENTENDER LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA EN LOS AUTOS DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y LAS RESOLUCIONES DGRN DE 8, 9, 10, 11 Y 14 DE OCTUBRE DE 1991

Los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictados en recursos contra notas calificadoras vienen recogiendo una doctrina amplia, moderna y progresiva de la función registral calificadora, teniendo en cuenta la característica de función cautelar o preventiva de la misma y mostrando una gran sensibilidad social para evitar los abusos a que se ven sometidos los consumidores inmobiliarios por parte de las entidades que operan en masa pretendiendo en sus contratos de compra-venta, hipoteca, *leasing*, estatutos de propiedad horizontal y conjuntos

inmobiliarios que prevalezcan en el tráfico extrajudicial cláusulas abusivas y asfixiantes para los consumidores o adquirentes.

Ante esta situación, denunciada incluso en artículos de prensa, es evidente que los Registradores de la Propiedad y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia no pueden quedarse cruzados de brazos.

Pero frente a esa concepción amplia, moderna, cautelar, progresista y social de la función registral por parte del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la Dirección General de los Registros y del Notariado viene revocando últimamente gran parte de esos autos presidenciales, que quedan así olvidados y sin conocer por los juristas y por los ciudadanos en general, a pesar de que contienen una sana y correcta doctrina en este ámbito extrajudicial tan necesitado de protección.

En todo caso, los autos del Presidente están ahí y proceden de la máxima autoridad judicial de Cataluña, cuyo criterio ha de ser tenido muy en cuenta por los juristas y órganos de aplicación del Derecho, pues se trata de problemas de fondo y no simplemente de cuestiones descriptivas o de forma de los asientos.

Parece necesario, en apoyo de los autos presidenciales y en contra del criterio últimamente mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, recordar el concepto y manifestaciones de la función registral calificadora, su fundamento, naturaleza y caracteres olvidados por dichas resoluciones; y una vez hecho esto, entrar en los temas concretos que han de resolverse en base a todas estas ideas y que son: la cláusula penal y las cláusulas contrarias a la Ley de Defensa de los Consumidores.

2. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

La función calificadora del Registrador está regulada por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que dice: "Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro".

La calificación consiste en el juicio de valor que hace el Registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma.

Las principales manifestaciones, entre otras, de este juicio de valor de la calificación registral se concretan en los siguientes aspectos:

- Juicio sobre la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos.
- Juicio sobre la *validez* de los actos contenidos en los documentos, tanto por lo que se refiere a la capacidad de los otorgantes, a la representación y a la validez del contenido o de fondo en todos sus aspectos.
- Juicio sobre la trascendencia real inmobiliaria del acto, negando acceso al Registro a los pactos de trascendencia meramente obligacional que, *en ningún caso*, tendrán acceso al Registro (art. 51, regla 6.^a, RH).
- Juicio sobre el principio de especialidad, buscando la claridad de las situaciones jurídicas inmobiliarias, tanto por lo que se refiere a la determinación de los titulares, como de las fincas, como de los actos y derechos que van a acceder al Registro, exigiendo la subsanación de situaciones de dudosa eficacia.
- Juicio sobre los datos contenidos en el Registro que pueden provocar obstáculos para la inscripción que se pretende. Desde esta perspectiva es esencial la función del Registrador de denegar la inscripción de aquellos actos que no proceden del titular registral. Con este principio, denominado tracto sucesivo, se consigue una gran dosis de seguridad jurídica. Para los especialistas es algo natural porque es el aire en que vive el Registro. Pero, a veces, no se calibra lo que significa este principio de tracto sucesivo para la seguridad jurídica de los ciudadanos y de la sociedad en general, que sólo se consigue a través de un sistema registral altamente especializado, pues los sistemas de transcripción carecen de elementos adecuados para conseguir tal principio.
- Juicio sobre determinados requisitos exigidos por la legislación para practicar la inscripción, que aunque no determinen nulidad del acto suponen una colaboración con determinadas titularidades especialmente protegidas (notificaciones a arrendatarios a efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, pago de impuestos de la Hacienda Pública, requisitos de tipo urbanístico, requisitos que en el futuro se establezcan respecto a la coordinación Catastro-Registro, etc.).

Al realizar todos estos juicios el Registrador queda alejado, como ahora veremos, de la función administrativa y se aproxima, sin llegar a serlo, a un Juez en el ejercicio de funciones de “garantía de derechos” y de

la llamada “jurisdicción voluntaria”, que no es propiamente jurisdiccional, pues ésta sólo corresponde ejercitarla al Juez.

Como decía don Jerónimo González: “El Registrador ejercita en estos momentos una doble función: de carácter judicial, en cuanto con conocimiento de causa decide, para los efectos de la inscripción, sobre la existencia y alcance de un derecho; de carácter patriarcal, en cuanto advierte a los interesados de los defectos que a su petición se oponen y hasta les aconseja el modo de subsanarlos. Al par que Juez territorial (*Grundbuchrichter*) desempeña un oficio noble (*nobile officium*) (*Principios hipotecarios*, págs. 266-267).

Son palabras muy conocidas de la máxima autoridad en Derecho hipotecario, pero que parece que se olvidan a estas alturas por la Dirección General de los Registros y del Notariado y, sin embargo, se aplican por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al resolver los recursos contra las calificaciones registrales desde esa perspectiva de don Jerónimo González.

Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Costas publicada en el *BOE* de 29 de julio de 1991 (suplemento) da como cuestión bien sabida que “la inscripción registral da fe de la validez del título”.

Después insistiremos sobre la naturaleza de la función registral calificadora.

3. FUNDAMENTO DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

En un sistema registral como el español, de carácter causal y no abstracto y en que los asientos del Registro tienen relevantes efectos de configuración plena del derecho real, de presunción de exactitud y de validez, de salvaguardia de los asientos por los Tribunales de Justicia y de adquisición irrevindicable a favor de tercero hipotecario, la calificación registral es el complemento indispensable de los principios hipotecarios de legitimación, inoponibilidad y fe pública registral, pues mal se explicaría esa presunción de legalidad, exactitud y validez de los derechos inscritos si no existiera el previo control de legalidad registral del documento en su más amplio y tradicional sentido.

A este respecto, dice don Jerónimo González: “La excepcional importancia que en los sistemas germánicos se concede a la inscripción y las ventajas indiscutibles que otorga a los terceros adquirentes llevan a una rigurosa censura de los actos inscribibles, a una especie de juicio hipotecario basado en los documentos presentados y en los datos registrales que asegure el paralelismo entre los asientos y la realidad jurídica.

Ya la Ordenanza germánica de 20 de diciembre de 1788 —continúa don Jerónimo González— prescribía que si bien los Colegios (Tribunales) no responden ordinariamente de la validez y autenticidad de los actos otorgados por las partes, están obligados a cuidar de que no se inscriban negocios ilegales o notoriamente ineficaces a fin de que no se abuse de la confianza del público en la legalidad de los actos registrados por un Juez ni se susciten pleitos o reclamaciones por la inexactitud, oscuridad u otras faltas de los documentos presentados. En su virtud, los encargados del Registro debían no sólo velar porque la petición no contuviera nada contrario a las leyes, sino también examinar si en el perfeccionamiento del acto inscribible se habían observado las solemnidades prescritas para su validez y autenticidad, si los instrumentos otorgados se hallaban clara, precisa y exactamente redactados y estaban extendidos con las formalidades y requisitos indispensables según la diversa clase de negocios” (*Principios hipotecarios*, págs. 265-266).

Y más adelante añadía don Jerónimo González: “En efecto, si la inscripción en nuestra patria no reviste en carácter de sentencia definitiva y firme ni goza de la fuerza atribuida a la cosa juzgada, crea una situación privilegiada superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica, y el Registrador, órgano encargado de esta metamorfosis, debe resolver sobre la existencia y extensión del derecho inscribible en un procedimiento hipotecario que asegure la concordancia del Registro y de la realidad jurídica. De otro modo los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios” (*Principios hipotecarios*, pág. 269).

Por otra parte, la necesidad de seguridad jurídica de los ciudadanos en el ámbito extrajudicial como bien jurídico en sí mismo exige la existencia del principio de legalidad que la calificación registral implica para que los ciudadanos, ateniéndose a los asientos del Registro, se sientan seguros de la legalidad de sus adquisiciones sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial ficticio o *in iure cessio*, pues no existe en estos casos contención y no hay por qué esperar a la lentitud de la usucapión. Para dar esa seguridad jurídica está el control de legalidad y los asientos del Registro. A tal efecto, la legislación hipotecaria ha desarrollado un órgano especializado en ese control de legalidad extrajudicial, el Registrador de la Propiedad, encomendándole la función calificadora que regula fundamentalmente el artículo 18 de la Ley Hipotecaria en los términos ya vistos.

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS explica muy bien esta función de seguridad jurídica de la institución registral para los ciudadanos, que se tienen que sentir seguros de sus adquisiciones “en la vida ordinaria”.

Dice que “los medios iniciales de los pueblos primitivos consistían en ‘fingir un pleito’ (*in iure cessio*) para que, de esta manera, ‘el Juez’, dictando sentencia a favor de la parte, *consagrara su derecho como válido*”. “Así, sucedía que las partes, para estar seguras de la compra o la adquisición, fingían un pleito: la adquirente demandaba a la vendedora, ésta se allanaba y el Juez dictaba sentencia y, entonces, ya estaba la seguridad jurídica”.

“En este sistema ‘mínimo de seguridad jurídica’ sólo hay seguridad cuando se *ha obtenido sentencia*; en otras palabras, sólo lo que ha pasado por el *control judicial* tiene garantías de estar bajo la legalidad”. “La vida jurídica ordinaria —continúa María Purificación García Herguedas— es así una vida jurídica ‘insegura’, claudicante. De ahí la extensión de la actividad ‘judicial’ a supuestos no litigiosos de jurisdicción voluntaria *con el fin de obtener seguridad jurídica*, en donde se provoca la intervención del Juez *sin litigio* para *asegurar* el derecho”. “Una ‘seguridad jurídica’ con únicamente el Juez es muy pequeña y precaria, a no ser que el Juez, rebasando los límites del proceso, sirva como institución de la seguridad jurídica para toda clase de necesidades sociales”. “De esta manera el Juez, en la contratación o en todos los actos necesitados de ‘garantía para el futuro’, aparecería como un *dador inicial de legalidad*”.

“En otras palabras —termina María Purificación García Herguedas—, la seguridad jurídica —previa—, la seguridad jurídica que *afirma el derecho* sin necesidad de juicio, la llamada *seguridad voluntaria* que precisa la sociedad, no es un tema a *posteriori* cuando “surge el conflicto”, sino una *garantía de examen de legalidad para que éste no surja*” (MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, *El Registro de la Propiedad en el sistema de seguridad jurídica de España*, 1988).

La calificación registral ha adquirido en los tiempos actuales una enorme importancia dada la multiplicidad de leyes, disposiciones y decisiones jurisprudenciales que se entrecruzan en el campo de aplicación e interpretación del Derecho en relación con los actos jurídicos realizados en el ámbito extrajudicial, ámbito que, como es natural, es cuantitativamente mucho más amplio que el ámbito judicial, pues éste se limita a los supuestos de tratamiento quirúrgico de la litigiosidad, controversia y contención.

Disposiciones recientes han destacado la función calificadora del Registrador. Así, la reciente Ley de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (Ley 8/1990, de 25 de julio) tiene como uno de sus pilares fundamentales la institución registral. El procedimiento de recaudación impositiva, en cuanto se refiere al apremio sobre bienes inmuebles, descansa también en la institución registral, y lo mismo el procedimiento laboral para el pago de los salarios debidos a los trabajadores según las respectivas

normativas recientemente promulgadas. La Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, al disponer en su artículo 10 la nulidad de las cláusulas contrarias al mismo y no ya su rescindibilidad o impugnabilidad, se coloca también en la línea de disponer de la institución registral calificadora para limitar las cláusulas ilegales en el ámbito de la contratación inmobiliaria en masa.

Ha de tenerse en cuenta que el *tráfico jurídico inmobiliario necesita especialmente de la seguridad jurídica*. Esta es siempre imprescindible, pero mucho más en los tiempos actuales en que el movimiento de la propiedad se produce a gran ritmo, con mutaciones jurídicas rápidas y frecuentes. La única institución que puede proporcionar seguridad jurídica para estas mutaciones inmobiliarias es el Registro de la Propiedad, que *contiene todos los actos jurídicos relativos a cada finca*.

Como consecuencia de esa necesidad de seguridad jurídica, el legislador atribuye *importantes efectos a la inscripción registral*: la presunción de exactitud derivada del principio de legitimación, la inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe, la protección del tercero derivada de la fe pública registral, etc.

Y como consecuencia de estos efectos surge la necesidad y la importancia de la calificación registral.

La calificación de los documentos realizada por el Registrador ha de ser *completa y amplia* para evitar que accedan al Registro actos nulos o anulables o derechos que carecen de eficacia *erga omnes*.

Si no fuera así y en el Registro se permitiera la entrada de actos nulos o anulables o de derechos personales, el Registro, en vez de *informar* al público, que es una de las funciones esenciales del mismo, lo que haría es *equivocar* respecto de su contenido y efectos.

4. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

La función registral calificadora tiene una naturaleza especial o *sui generis*, según han reconocido importantes tratadistas como JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, siendo típica y específica del Registrador, y no se puede reconducir ni a la función jurisdiccional ni a la administrativa.

Pero ha de encontrarse el "género" de esa institución especial, que no es otro que el de los actos de jurisdicción voluntaria.

Algunos autores, en posiciones muy aisladas, partiendo de un planteamiento actualmente erróneo cual es el concepto residual de Administración o por no tener en cuenta la verdadera naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, o por no advertir todos los matices y características de la

función registral en el sistema hipotecario español, o por pretender limitar el ámbito de su actuación, han tratado de llevar la función registral calificadora a la función administrativa.

Pero la función registral calificadora *no es función administrativa*, entre otras cosas porque a la Administración, como tal, le son indiferentes las relaciones jurídicas privadas entre particulares en que la Administración no es parte; porque están en juego cuestiones y efectos de Derecho civil o mercantil; porque cuando la Administración es titular de bienes patrimoniales o interviene en actos jurídicos lo hace como cualquier particular que ha de someterse al control de la legalidad de un órgano imparcial y distinto de la propia Administración, bajo responsabilidad del mismo y ajeno a la Administración; porque no hay ninguna jerarquía administrativa en las decisiones registrales, sino independencia similar a la judicial; porque los asientos del Registro tienen la peculiaridad de que producen presunción de validez y exactitud y están bajo la salvaguardia de los Tribunales ordinarios de Justicia; porque el artículo 148 de la Constitución considera la ordenación de los Registros como cuestión de Derecho civil y no administrativa; porque el artículo 117.4 de la Constitución habla de esas “funciones de garantía de derechos” que pueden encomendar las leyes a los Jueces y que no son ni jurisdiccionales ni administrativas, y las leyes a las que se remite dicho precepto constitucional también encomiendan a los Registradores su función en relación con la “garantía de los derechos”; porque la doctrina, en su mayor parte, viene asignando a la función calificadora la naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria (JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ, Resoluciones DGRN 12 junio 1925, 13 septiembre 1926, 14 octubre 1932 y 26 junio 1986); porque el recurso contra la calificación registral tiene una tramitación peculiar en todos los países europeos ante órganos judiciales y no administrativos, y porque en España tiene también una tramitación peculiar ante los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, reconociéndose su competencia en los Estatutos de Autonomía y en la Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial; porque contra las resoluciones de la DGRN no cabe el recurso contencioso-administrativo, según razona la importante Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.ª de 6 de noviembre de 1954; porque la legislación hipotecaria atribuye a los órganos judiciales civiles importantes competencias en materia registral, que no se explicarían si estuviéramos ante una instancia administrativa, etc.

Como dijo JERÓNIMO GONZÁLEZ, “la función se coloca hoy, sin discusión, entre los actos de jurisdicción voluntaria por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias, cualesquiera que sean las naturales repercusiones de los

asientos practicados en el juicio contradictorio que sobre las mismas pudiera entablarse" (*Estudios*, I, pág. 436).

Y según SANZ FERNÁNDEZ, el criterio de JERÓNIMO GONZÁLEZ sobre esta materia puede afirmarse que ha causado estado en nuestra doctrina (*Instituciones de Derecho hipotecario*, I, pág. 151).

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI dice lo siguiente: "Cada Registro... tiene autonomía funcional, no está encuadrado en un sistema jerárquico de relaciones administrativas y el Registrador... es personalmente responsable de la gestión económica de la oficina de Registro".

Añade seguidamente que parece prevalecer en esta institución registral "la naturaleza jurisdiccional" y que "hay matices muy *sui generis* que lo alejan del carácter administrativo".

"El Registro de la Propiedad implica principalmente la declaración, tutela, reconocimiento y, en ocasiones, constitución de la propiedad..., y en ese sentido presenta un predominante perfil jurisdiccional pues la propiedad está bajo la tutela de los Tribunales". "La calificación registral es ontológicamente una actividad jurisdiccional y toda inscripción supone una declaración sumaria de la propiedad o derecho real".

"El Registro no es una mera oficina informativa, es también declaración sumaria de propiedad... y en ocasiones constitución de la propiedad o un derecho real...; no sólo reconoce una realidad extrarregistral existente por sí, sino que declara la realidad misma". "El Registro cumple el tránsito del título (subjetivo e individual) al derecho (como universal)".

"La filosofía del Registro se encuadra en una nueva visión de la propiedad: trasciende de la consideración de la propiedad como afirmación del individuo *frente al Estado*, a la propiedad como afirmación del individuo *en el Estado*; como realidad misma del Estado. El título registral es a la vez la propiedad privada y la declaración pública de la propiedad".

"No puede abandonarse la propiedad en manos de la Administración activa sin desnaturalizar el sentido mismo de la actividad registral (y la realidad de la propiedad). Por eso la actividad registral ha de considerarse en todo caso autónoma y jurisdiccional" (*Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1986).

Y según MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, "el Registro es una institución jurídica, y lo es con preferencia a cualquier otro aspecto que en él pueda apreciarse... La publicidad constituye su finalidad intrínseca..., publicidad que se establece para conseguir la seguridad del tráfico frente a los terceros" (*Comentarios al Código Civil dirigidos por Albaladejo*, t. VII, vol. 2.º, pág. 257).

Y en su importante estudio *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía* (Madrid, 1967), ya había dicho AMORÓS que "la

protección que el Registro otorga al titular que inscribe es predominantemente privada, se organiza en atención a un interés individual, a la eficacia de un derecho subjetivo privado. Desde esta inicial consideración la protección registral es de Derecho privado, y el procedimiento registral, de jurisdicción voluntaria. Ello explica la voluntariedad de la inscripción en nuestro sistema”.

Las notas más relevantes de la llamada “jurisdicción voluntaria”, extraídas de los estudios hechos por la doctrina de los autores en relación con los casos existentes en las legislaciones son las siguientes:

1.^a Es una función de “garantía de derechos privados”. Ello excluye que se trate de una función de Derecho administrativo, pues el Derecho privado es ajeno al Derecho administrativo.

2.^a Es una función cautelar o preventiva. El ámbito propio de la jurisdicción voluntaria es el de ausencia de contención entre partes, que es lo propio de la jurisdicción propiamente dicha o jurisdicción contenciosa. Se trata de que los particulares puedan acudir a un procedimiento o a unas actuaciones en supuestos carentes de contención o conflicto, pero que previenen y evitan ulteriores situaciones contenciosas.

3.^a Eficacia *erga omnes* del acto; pero, en cambio, su eficacia es mucho menos intensa que la jurisdicción contenciosa, pues no existe cosa juzgada en ella, y precisamente por eso uno de los recursos contra el acto de jurisdicción voluntaria es la interposición del correspondiente juicio declarativo ordinario para obtener una sentencia sobre la validez del acto. Por tanto, la carencia de cosa juzgada y la neutralización del acto de jurisdicción voluntaria en la vía contenciosa, sin sujeción de plazos, hace que no haya ninguna indefensión para los interesados, pues junto a los recursos propios de la jurisdicción voluntaria, cabe acudir directamente al juicio declarativo ordinario.

4.^a Hace referencia a situaciones jurídicas de Derecho privado, sean de carácter civil, mercantil o registral.

5.^a Imparcialidad e independencia del órgano que ejerce la jurisdicción voluntaria respecto a la Administración y ausencia de jerarquía administrativa y de recursos administrativos. Esto es consecuencia de tratarse de situaciones jurídicas de Derecho privado ajenas al mecanismo propio del Derecho administrativo.

Estas notas de “jurisdicción voluntaria” las reúnen en funciones de los Jueces en relación con el Registro civil las funciones previstas en los artículos 1.811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las funciones de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Son también, lógicamente, de jurisdicción voluntaria las funciones enco-

mendadas al Presidente del Tribunal Superior de Justicia en relación con los recursos contra la calificación registral.

Numerosos argumentos confirman que la función registral calificadora es acto de jurisdicción voluntaria por tener las notas apuntadas, en contraste con los actos puramente administrativos.

a) Es fundamental partir de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que estableció por primera vez en España la función registral, pues las sucesivas reformas hipotecarias han sido parciales en su ámbito, conservando en lo fundamental intacta la obra legislativa de 1861, si bien adaptándola a las sucesivas circunstancias. Tenemos aquí no sólo un argumento histórico, sino un argumento del texto vigente en tanto en cuanto los preceptos fundamentales de la Ley de 1861 son hoy todavía los del texto actual.

Pues bien, en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, que ha sido considerada como la “primera” y la “más acabada” de todas las que se han producido, hay dos pasajes de especial interés para el tema que nos ocupa.

En primer lugar, se hace referencia a los Jueces y Regentes de las Audiencias en su función inspectora de los Registros, y se añade a este propósito: “*Así se enlazan también los Registros estrechamente con los funcionarios del orden judicial*, que son los que tienen más ocasión y más medios de conocer los defectos y la conducta de los Registradores”.

En segundo lugar, a propósito del recurso ante el Juez de Primera Instancia respecto a las minutas de los asientos, que es un recurso muy próximo al de la calificación registral, pues se discute en él sobre la procedencia o improcedencia de la redacción que pretende dar el Registrador al asiento que es soporte de la publicidad registral, respecto a ese extremo advierte la Exposición de Motivos que “no debían seguirse las largas y solemnes formas de los juicios; *son más bien actos de jurisdicción voluntaria* que pueden resolverse con acierto, sin necesidad de contención. Por esto, la Comisión ha dejado la decisión a los regentes de las audiencias o a sus delegados, creyendo que *así quedan bastante garantidos* los derechos de todos los interesados”.

Se alude aquí expresamente a la función de “jurisdicción voluntaria”, claramente expresada por la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, respecto a un precepto que continúa con el mismo texto que en aquella época y que es el actual artículo 258 de la Ley Hipotecaria.

Aparte de ello, fue la Ley Hipotecaria de 1861 la que estableció el llamado “recurso judicial” como una de las defensas del interesado frente a la calificación registral, pues en el párrafo segundo del antiguo artículo 66 de la Ley Hipotecaria se decía que “si dentro de los treinta días siguientes al de la fecha de dicho asiento propusiere aquel cuyo título ha sido

desechado demanda para obtener su inscripción o la declaración de su validez pidiendo anotación preventiva de ella, la que se verifique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación”. Esto demuestra que ya desde 1861 el legislador no configuró la calificación registral como un acto administrativo, sino que previó la correspondiente demanda ante los Tribunales civiles para obtener la inscripción o la declaración de validez del título, que son cuestiones civiles a debatir ante la jurisdicción ordinaria sin necesidad de apurar ninguna otra vía, que es lo típico de los actos de jurisdicción voluntaria.

El recurso contra la calificación registral estaba estructurado únicamente ante el Juez de Primera Instancia y, posteriormente, en apelación, ante el Regente o Presidente de la Audiencia.

La irrupción de la Dirección General de los Registros como órgano encargado de resolver los recursos contra las calificaciones de los Registradores no tuvo como finalidad administrativizar el recurso. Se trató de lo que se ha llamado con agudeza un “golpe de mano” por parte de la Real Orden de 17 de marzo de 1864 al no estar en la Ley Hipotecaria, y se hizo únicamente por razones prácticas de dar uniformidad a las decisiones de los Regentes o Presidentes de las Audiencias. Pero precisamente porque continuaba la intervención de los Regentes la actuación de la Dirección General no se concebía como “administrativa”, sino como una especial función de garantía de derechos privados.

Creemos que, actualmente, debe volver a los órganos judiciales en exclusiva el conocimiento de esta clase de recursos más adecuados para conocer de estos actos de jurisdicción voluntaria en garantía de derechos civiles o privados.

b) *La intervención y participación de los órganos judiciales en materia registral* según resulta de la legislación hipotecaria confirma que la función del Registrador de la Propiedad no es acto administrativo, pues mal puede considerarse función “administrativa” aquella en que interviene y participa la autoridad judicial.

Así, por ejemplo, en relación con el asiento de presentación, el artículo 416, párrafo penúltimo, del Reglamento Hipotecario establece: “Siempre que el Registrador se negare a practicar el asiento de presentación por imposibilidad material o por otro motivo y el interesado no se conformare con la manifestación de aquél, podrá acudir en queja al Juez de Primera Instancia y, en su defecto, a la autoridad judicial de la localidad, quienes oyendo al Registrador resolverán lo procedente. Si la resolución dictada ordenare practicar el asiento, se procederá conforme a los artículos 573 y siguientes de este Reglamento, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar con arreglo al artículo 296 de la Ley”. Estamos ante un

problema de calificación registral, si bien en la cuestión inicial del asiento de presentación y en relación con ella se plantea el recurso ante el Juez de Primera Instancia, frente al cual no cabe recurso administrativo ni contencioso-administrativo, naturalmente, pues el Juez no dicta un acto administrativo ni tiene nada que ver con la autoridad administrativa.

El artículo 258 de la Ley Hipotecaria dice que “los interesados en una inscripción, anotación preventiva o cancelación podrán exigir que antes de extenderse estos asientos en los libros se les dé conocimiento de su minuta”. “Si notaren en ella algún error u omisión importante podrán pedir que se subsane, acudiendo al Juzgado de Primera Instancia en el caso de que el Registrador se negare a hacerlo. “El Juez, en el término de seis días, resolverá lo que proceda sin forma de juicio, pero oyendo al Registrador”. Se trata también de un precepto que se refiere a un aspecto de la calificación, el de la forma de redacción de los asientos. Pues bien, frente al acto del Juez de Primera Instancia no cabe, lógicamente, recurso administrativo ni contencioso-administrativo, lo que demuestra que estamos en un campo que tampoco es administrativo.

Los artículos 100 a 102 prevén un recurso de los Registradores ante el Presidente de la Audiencia cuando dudaren de la competencia del Juez o Tribunal que ordenare una cancelación, cabiendo recursos tanto por parte de los Jueces y Tribunales como por parte de los interesados ante la Audiencia, la cual, oyendo a las partes, determinará lo que estime justo. Tampoco hay aquí ninguna vía administrativa ni contencioso-administrativa, a pesar de que es un claro supuesto de calificación registral del documento judicial respecto a la competencia del Juez o Tribunal, y ello es perfectamente lógico desde la perspectiva de la naturaleza no administrativa de la función registral calificadora.

El artículo 217 de la Ley Hipotecaria se refiere a la posibilidad de que un error de concepto cometido en una inscripción, anotación o cancelación o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, se pueden rectificar por acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador *o por una providencia judicial que lo ordene*. Los artículos 323 y siguientes del Reglamento Hipotecario se refieren a un procedimiento judicial de rectificación de esos errores, consistente en que el Registrador puede acudir por medio de un oficio al Juez de Primera Instancia para que mande verificar la rectificación oyendo al interesado y mediante providencia judicial.

El recurso gubernativo contra la calificación registral está teñido también de la intervención y participación de los órganos judiciales, y concretamente del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sustitución del antiguo Regente, siendo el órgano judicial el único que

conocía de los recursos en la primitiva redacción originaria de la Ley Hipotecaria de 1861.

c) *El encuadramiento constitucional de la función registral* calificadora, de la que se ha ocupado en profundidad JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO (“Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 530, enero-febrero 1979, págs. 75 y sigs.), confirma los argumentos anteriores y, concretamente, la configuración de la función registral calificadora como un acto de jurisdicción voluntaria.

El tríptico de preceptos fundamentales de la Constitución en este punto lo constituyen los artículos 9, 117.4 y 149.1.8.^a.

Ante todo, la función registral se incardina en el principio de “seguridad jurídica” a que se refiere, como principio fundamental, el artículo 9 de la Constitución. Efectivamente, el Registro de la Propiedad tiene como una de sus finalidades fundamentales la seguridad de los derechos y la seguridad de las transmisiones inmobiliarias y la seguridad del crédito territorial. Todas ellas son finalidades de “garantía de derechos”.

Por otra parte, el artículo 149.1.8.^a de la propia Constitución es determinante al calificar como “legislación civil” la “ordenación de los registros e instrumentos públicos”, a diferencia de los “Registros administrativos” que sí pueden ser competencia de las Comunidades Autónomas, pero no el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil y el Registro Civil, que son parte de la legislación civil y mercantil.

Este artículo 149.1.8.^a da una segunda nota a la función registral calificadora. En la “ordenación de los registros e instrumentos públicos” como materia civil entran los principios hipotecarios, uno de los cuales es el de legalidad o calificación registral, comprendido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Pues bien, la Constitución dice terminantemente que esto es “legislación civil” y no administrativa. Ante esta declaración, cualquier pretensión de considerar “vía administrativa” o de acudir a la “vía contencioso-administrativa” para resolver estas materias civiles sería anti-constitucional. Ello deriva de esa segunda nota de la función registral resultante de ese artículo, que es la nota de referirse a derechos subjetivos privados de carácter civil. Por tanto, la función registral es una función de seguridad jurídica en garantía de derechos subjetivos de carácter civil, y la función calificadora forma parte de la “legislación civil” y no de la legislación administrativa.

Es importantísimo también el tercer precepto constitucional que habíamos apuntado: el número 4 del artículo 117 de la Constitución, que completa la caracterización de la función registral y que dice así: “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el

apartado anterior (jurisdiccionales) y las que expresamente les sean atribuidas *por Ley en garantía de cualquier derecho*".

Como ha resaltado acertadamente LACRUZ BERDEJO en su citado "Dictamen..." (*Revista Crítica*, 1979), aquí se contempla en esa función de "garantía de derechos" la llamada "jurisdicción voluntaria". LACRUZ deduce que esa función de garantía puede ser ejercida por Jueces y Tribunales, pero como no es consustancial a ellos por no ser propiamente jurisdiccional, puede ser también ejercida por otros funcionarios a los que la "Ley encomienda también la garantía de Derechos" (Notarios y Registradores de la Propiedad). O sea que, por una parte, tal como entiende LACRUZ, aquí está reconocida la función de "garantía de derechos" como una función que no es "jurisdiccional", pero que tampoco es "administrativa" pues no está incluida en el capítulo constitucional de la Administración, y que es precisamente esa función de naturaleza intermedia que es la "jurisdicción voluntaria".

Pero además y por otra parte, al poner en relación esa función de garantía de los Jueces y Tribunales que le encomienda la Constitución, con los preceptos concretos de la "Ley" a la que se remite la propia Constitución, queda teñida del mismo carácter de "función de garantía" aquella en que, en una parte, ha intervenido el órgano judicial. Quiere decirse que entre las leyes que atribuyen funciones de garantía de derechos está también la Ley Hipotecaria, y si en esa Ley se califica la intervención de los órganos judiciales (Jueces y Presidente del Tribunal Superior) como "función de garantía de derechos" atendiendo a la Constitución, el Registrador de la Propiedad que está conociendo de esa misma función en la que los órganos judiciales conocen en vía de recurso es que la función del Registrador en esos casos es también "función de garantía de derechos privados", de la misma naturaleza de "jurisdicción voluntaria" (no jurisdiccional propiamente dicha, pero tampoco administrativa), que señala el artículo 117.4 de la Constitución.

Así, por ejemplo, en el caso del citado artículo 258 de la Ley Hipotecaria antes citado, la función del Juez de Primera Instancia es decidir sobre la redacción de un determinado asiento frente al criterio del Registrador. El Juez tiene encomendada aquí por la Ley Hipotecaria una "función de garantía" que la Constitución confirma. Pues bien, el Registrador está ejerciendo esa misma "función de garantía", que consiste en su criterio sobre la redacción de un asiento que afecta a derechos privados del titular y de terceros. Son las mismas "funciones de garantía", sólo que ejercida en primera instancia por el Registrador y en segunda instancia por el Juez. La función de garantía es la misma, y también lo es el acto de jurisdicción voluntaria. La diferencia es que el Juez es un órgano jurisdiccional que

tiene también otras funciones, las contenciosas o jurisdiccionales en sentido estricto; y, en cambio, el Registrador no es órgano de la jurisdicción contenciosa o propiamente dicha, sino que es un órgano que resuelve en vía de la llamada “jurisdicción voluntaria” o de “garantía de derechos”, sin ser órgano jurisdiccional pero teniendo en este caso la misma “función de garantía” del artículo 117.4 de la Constitución, que no es “función administrativa” por no serlo tampoco la “función que ejerce el Juez de Primera Instancia”. Es una función *sui generis*, de “garantía”, que se regula por la Ley que atribuye la función de garantía; en este caso por la Ley Hipotecaria.

Lo mismo ha de decirse de la intervención del Presidente del Tribunal Superior de Justicia en la resolución del recurso sobre la calificación registral. Esta función, reconocida en los artículos 100-102 de la Ley Hipotecaria, 113 y siguientes del Reglamento Hipotecario y Disposición Adicional 7.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial es una “función de garantía de derechos”, pues se trata de determinar si el documento es o no inscribible en el Registro y si ha de quedar o no garantizado por los efectos del asiento registral (salvaguardia de los Tribunales). Esa función de garantía es la misma que realiza el Registrador de la Propiedad por razón de la materia, sólo que el órgano es distinto.

d) *La regulación del recurso contra la calificación por parte de los Estatutos de Autonomía* que por tener Derecho privativo en la rama civil tienen competencia para regularlo, confirma que la función registral calificadora no es acto administrativo ni recurrible ante lo contencioso-administrativo.

Así, el artículo 14 del Estatuto de Autonomía del País Vasco establece la “competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco” respecto a “los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad”, lo que demuestra que no se trata de “actos administrativos”, pues si lo fueran el recurso no correspondería a los “órganos jurisdiccionales”.

En el mismo sentido, el artículo 20.e) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el artículo 20 del Estatuto de Galicia, incluido además en el capítulo que lleva por rúbrica *De la Administración de Justicia en Galicia*; el artículo 29.e) del Estatuto de Aragón, bajo la misma rúbrica; el artículo 61.e) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Navarra, también bajo la misma rúbrica, y el artículo 49.e) del Estatuto de Autonomía de las islas Baleares, bajo la rúbrica *De la organización judicial*.

Esta regulación revela que la calificación registral no es acto administrativo, pues si lo fuera el recurso no iría a través de los Tribunales

Superiores de Justicia, sino que agotaría la vía administrativa y, además, se considera incluido en el capítulo de la *Administración de Justicia u Organización judicial*, lo que revela que se trata de una función de jurisdicción voluntaria ejercida inicialmente por un órgano especializado no judicial (Registrador), pero en vía de recurso por un órgano judicial, con la misma función de jurisdicción voluntaria.

e) Precisamente un argumento que enlaza con todo lo anterior es el resultante de la *Disposición Adicional 7.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, que establece lo siguiente: “Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma. En otro caso su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”.

f) Otro argumento fundamental que cabe deducir de la Ley Orgánica del Poder Judicial es el resultante del *artículo 22 de la misma*.

El artículo 22.1.º de la LOPJ establece que “*en el orden civil* los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1) *Con carácter exclusivo* en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; *en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español...*”

Este precepto revela:

1.º Que la Ley Orgánica considera de “orden civil” la materia referente a la “validez o nulidad de las inscripciones”, que es materia de Derecho hipotecario resultante de la calificación registral. Esto concuerda perfectamente con la Constitución, que en su artículo 149 considera de carácter civil la ordenación de los Registros e instrumentos públicos.

2.º Que la competencia de Juzgados y Tribunales en el orden civil es de “carácter exclusivo”, lo que excluye la actuación de cualquier otra jurisdicción y, concretamente, de la contencioso-administrativa.

3.º Que ese artículo 22 se contraponen al artículo 24, que se refiere al “orden contencioso-administrativo”, que nada tiene que ver con el problema de los derechos reales ni con la validez o nulidad de las inscripciones.

Tenemos, pues, una serie de textos importantes en armonía con la opinión mayoritaria de los autores, que destacan que la función registral no es función administrativa.

En contra, se ha citado a veces la postura del autor italiano ZANOBINI, que habla para estas funciones de una “Administración Pública de Derecho privado”. Pero en relación con esta posición hay que tener en cuenta lo siguiente:

1.º Que ZANOBINI se refiere al Derecho italiano en que la función registral es diametralmente opuesta a la del Derecho español, pues es un sistema de transcripción, mientras en el sistema español la calificación registral en base a precedentes germánicos y suizos se refiere al aspecto de fondo (validez de los actos dispositivos: art. 18 LH). En cambio, en el sistema italiano de transcripción la calificación no se refiere al fondo, sino a las formalidades extrínsecas del documento. Por ello es de imposible traslado al Derecho español la concepción de ZANOBINI.

2.º Que es una contradicción *in terminis* hablar de “Administración Pública del Derecho privado”, y mucho más tratar de incluir en ella la función registral habiendo preceptos constitucionales y de la Ley Hipotecaria contrarios en Derecho español a esa concepción.

3.º Que el propio ZANOBINI confiesa, y esto no ha sido resaltado por los autores que le citan, que “*Administración*, por consiguiente, debemos llamar a toda esta actividad, *no tanto porque podamos decirnos convencidos de su carácter administrativo* cuanto porque ella no tiene la finalidad *ni de constituir reglas de conducta ni de juzgar relaciones y situaciones jurídicas*, sino de llevar a la práctica relaciones jurídicas concretas”.

Por tanto, es el propio ZANOBINI el que confiesa no estar convencido del carácter administrativo de esta función registral, ni siquiera en el Derecho italiano. Y encima añade que “no tiene la finalidad de constituir reglas de conducta ni de juzgar relaciones y situaciones jurídicas”, lo que podría ser concordante con el Derecho italiano, pero no con la calificación registral en el Derecho español, según el artículo 18 de nuestra Ley Hipotecaria, con los efectos atribuidos a la inscripción en los artículos 1, 32, 34, 35, 36, 38, 41, etc., que revelan que estamos ante supuestos de “constitución de reglas de conducta” en el tráfico jurídico inmobiliario.

4.º Que el propio ZANOBINI reconoce que la “función de jurisdicción voluntaria” *no es “verdaderamente función administrativa”*. Una vez que creemos haber demostrado que en el sistema español la función registral se adapta atendiendo a sus efectos y a su regulación, a la función de “garantía” o de “jurisdicción voluntaria”, quedaría fuera de la propia concepción de ZANOBINI.

5.º Que frente a ZANOBINI hay otros autores en Derecho italiano,

como FAZZALARI en su trabajo “Giurisdizione volontaria”, *Enciclopedia Italiana*, Padua, 1953, pág. 365, en que defiende el carácter de jurisdicción voluntaria de la función registral incluso en el Derecho italiano.

Por último, aparte de todo lo anteriormente dicho, *la concepción “administrativa” ha sido excluida por la propia Dirección General de los Registros en Resoluciones de 12 de junio de 1925, 13 de septiembre de 1926, 14 de octubre de 1932 y 26 de junio de 1986.*

Fundamental es también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 6 de noviembre de 1954, que niega el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros, diciendo que “el recurso contencioso-administrativo actúa siempre sobre derechos de carácter administrativo cuya lesión se pretende reparar, como se desprende indiscutiblemente de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Jurisdiccional, y se encamina de modo exclusivo a la decisión de los problemas de Derecho público, sin que pueda actuar en las cuestiones relativas a los derechos civiles de los particulares, puesto que existe para éstos una jurisdicción peculiar que es la ordinaria, y en tal sentido se dispuso en la Real Orden de 20 de mayo de 1878...” “Y, por otra parte, si los Tribunales de lo contencioso-administrativo resolvieran en definitiva cuestiones registrales como la que se plantea, se llegaría al absurdo de que suscitada mediante el uso de la vía judicial, como lo autoriza el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, la contienda entre los interesados entre si es o no cancelable la condición contractual mencionada en el Registro de la Propiedad, hubiera de fallar en última instancia la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo; que podría hacerlo en sentido contradictorio al adoptado por la presente, todo lo cual demuestra hasta la evidencia la imposibilidad de que se aborde en este fallo el fondo del asunto”.

Si no cabe el recurso contencioso-administrativo es que no estamos ante un recurso administrativo.

5. CARACTERES DE LA FUNCIÓN REGISTRAL CALIFICADORA

He aquí, entre otras, una serie de características de la función registral calificadora:

1.ª Es función *específica y exclusiva* del Registrador. Así lo destacan importantes autores como JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ.

Otros funcionarios ejercen también funciones de jurisdicción voluntaria y de garantía de derechos, pero no ejercen una función “calificadora”,

encomendada exclusivamente por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria a los Registradores.

Naturalmente, en vía de recurso, los órganos encargados del recurso revisan y ejercen en este sentido también la función calificadora, pero no pueden calificar directamente los documentos, sino sólo los extremos de la nota que hayan sido recurridos. Ni pueden hacer declaraciones limitativas de la función calificadora, que sólo corresponden al legislador.

2.^a Es una función *de ejercicio obligatorio*. Los Registradores cumplen un deber al ejercerla y no pueden escudarse en que se trata de problemas que han de decidir los Tribunales y que mientras tanto suspenden el ejercicio de la función. Esto no es posible. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria emplea términos imperativos: “calificarán”.

Por tanto, en el ejercicio de la función, no cabe abstenerse de resolver alegando oscuridades, lagunas e insuficiencias de la legislación. En este aspecto es una función similar a la judicial.

Las únicas dudas que se permiten son las relativas a “identidad” de la finca (arts. 300 y 306 LH y 295.5.º RH) y a la competencia del Juez al ordenar una cancelación (art. 100 LH).

En cambio, no podrá abstenerse el Registrador de conocer de la Ley de Defensa de los Consumidores ante un caso concreto en que se plantee una cláusula opuesta a dicha Ley. Luego volveremos sobre ello.

3.^a Ha de ser *motivada*. La calificación registral ha de expresar las razones en que se basa. Cuando ahora este requisito es exigible constitucionalmente de toda resolución, en el Derecho hipotecario se venía ya regulando tradicionalmente este requisito de la “motivación” de la calificación registral, pues en la nota calificadora han de expresarse los motivos de la suspensión y de la denegación.

4.^a La función calificadora es *independiente*. En este sentido, es similar a la función judicial, que mantiene plena independencia respecto a la Administración y respecto a los particulares. El Registrador ejerce su independencia porque está excluido de la jerarquía administrativa en materia de calificación, lo que es muy importante, pues en ocasiones, como ya hemos dicho, es la propia Administración la que aparece como interesada en una inscripción de un bien patrimonial, en contraposición a otros interesados.

5.^a La función calificadora se ejerce bajo la *responsabilidad* del Registrador. Así lo dice el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Pero esta responsabilidad es respecto a la calificación *positiva*, o sea, la que da lugar a la práctica de una inscripción o anotación o cancelación en el Registro. Si ha extendido indebidamente un asiento y se ha producido un perjuicio, el Registrador responde con su propio patrimonio.

En cambio, la calificación *negativa* de los Registradores, debidamente notificada a los interesados, no puede dar lugar a responsabilidad alguna, pues *allí donde hay posibilidad de recurso no hay posibilidad de responsabilidad*. La responsabilidad podría venir por incumplimiento de los plazos con perjuicio para los interesados o por falta de notificación de una calificación en los términos del artículo 429 del Reglamento Hipotecario, o por no extenderse la nota prevista en dicho artículo y solicitada por los interesados.

Esta responsabilidad del Registrador es una característica esencial de la función calificadora, a diferencia de la responsabilidad del funcionario administrativo.

6.^a *La amplitud del ámbito de la función calificadora como característica de la misma en relación con los documentos notariales*. En este punto conviene deshacer algunos equívocos que pueden inducir a confusión y que están dando lugar al tópico de los medios limitados de la función calificadora y deduciendo el ámbito limitado de la misma, todo ello en base a un desconocimiento del principio de legalidad, de la esencia de la función calificadora y de los propios términos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Incluso los vicios del consentimiento, que algunos dicen que no los califica el Registrador, ello no es porque el ámbito de la calificación sea limitado, sino porque los vicios son “ocultos”. Pero si por cualquier causa salen a relucir al exterior y el Registrador los detecta, la función calificadora se extiende también a los vicios del consentimiento. Imaginemos una escritura pública de la que resulta un caso de error de los interesados. El Registrador ha de calificar también ese vicio del consentimiento.

Frente al “tópico de la calificación limitada” hay que llegar a la conclusión de que, tratándose de documentos notariales —y a diferencia de los documentos judiciales— la calificación tiene un ámbito amplísimo al objeto de que el Registrador, como órgano de aplicación del Derecho, pueda detectar todas las irregularidades que se produzcan respecto a la totalidad de las leyes vigentes.

Que el ámbito de la calificación registral es amplísimo lo reconoce toda la doctrina. Veamos algunos ejemplos de autores importantes.

Es muy conocida la observación de JERÓNIMO GONZÁLEZ al comparar el sistema alemán y el español, pues en este último, al partir de la causa y no ser abstracto como aquél, “en nuestro sistema se ha desenvuelto en tan desmedidas proporciones que abarca todo lo divino y lo humano”. Y no hace ninguna crítica sobre ello, pues, según acabamos de decir, parte de que ello es así porque deriva de ser el español un sistema causal con todas sus consecuencias.

También SANZ FERNÁNDEZ reconoce que la función calificadora “se desenvuelve en términos de gran amplitud (*Instituciones*, II, pág. 162). Y ROCA SASTRE, en relación con el supuesto de calificación de validez de los actos dispositivos, no deja lugar a ninguna duda: “Aquí es donde el ámbito de la función calificadora del Registro es amplísima”.

Estas declaraciones doctrinales tienen un claro fundamento. Se trata de algo que es de esencia de la función registral calificadora y del propio sistema, y todo lo que sea limitar el ámbito natural de esa función es entorpecer la necesaria depuración de los documentos, cuando lo deseable es llegar a una situación de plena legalidad, sin sombra de ninguna clase. Como dice el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de abril de 1991, “es natural que los actos inscritos en el Registro de la Propiedad no ofrezcan dudas en cuanto a su extensión y efectos en beneficio de la seguridad jurídica”.

Efectivamente, estamos en el principio de legalidad y en la configuración del Registrador como órgano de aplicación del Derecho en el ámbito extrajudicial. Ahora bien, como el legislador atribuye a los actos inscritos en el Registro unos efectos muy fuertes, que son de configuración plena del derecho real en su eficacia *erga omnes*, de inoponibilidad, de presunción de validez y exactitud, de salvaguardia de los asientos por los Tribunales de Justicia, de adquisición irreivindicable e inatacable para el tercero, etc., por todo ello no hay más remedio que concluir que el ámbito de la calificación tiene que ir en consonancia con esos fuertes efectos que se conceden al acto una vez que ha pasado por el tamiz de la calificación del Registrador. En otro caso, habría un salto en el vacío y no se justificaría la eficacia del asiento.

Frente a ese *ámbito amplísimo de la función calificadora*, en consonancia con los fuertes efectos del sistema, está como contrapunto, el carácter normalmente provisional de la calificación de legalidad y validez, en el sentido de que, de momento, se produce en el ámbito extrajudicial y sin perjuicio de lo que después puedan decidir los Tribunales de Justicia. Pero este posible juicio posterior de los Tribunales ante los que se plantee en su caso una contención entre partes, no impide la previa calificación del Registrador. Por el contrario: el Registrador debe calificar, a los efectos de inscribir, suspender y denegar, y para ello debe realizar con gran amplitud el juicio de legalidad y validez del documento. Ello sin perjuicio de que *a posteriori*, el Juez pueda conocer del asunto a otros efectos y en términos diferentes, tal como resulte de las pruebas del juicio contencioso.

Quiere decirse que la posible actuación ulterior de los Tribunales no puede paralizar la previa calificación registral, sino todo lo contrario: *la función cautelar o preventiva de la calificación registral*, tendente a evitar

un pleito y a conseguir que se subsane el elemento que él ve distorsionante o que produce serias dudas sobre la legalidad, exige que previamente se pronuncie en el ámbito que le es propio con toda amplitud, que es la que marcan las leyes vigentes. Pero, insistimos, a los efectos de inscribir, suspender o denegar, y sin que se obstaculice una decisión posterior de los Tribunales. Las decisiones de jurisdicción voluntaria, y también las de la calificación registral, entre ellas, necesitan producirse con la mayor amplitud posible, dentro de la provisionalidad ínsita en su naturaleza, para evitar precisamente que se produzcan situaciones contenciosas. Ello a diferencia de sistemas registrales de efectos limitados o de transcripción, en que todo lo relativo a la legalidad se remite a los órganos judiciales, perdiendo riqueza cautelar o preventiva el sistema, y dando lugar a un número ilimitado de pleitos (recuérdense las cifras estadísticas del sistema americano, por ejemplo), muchos de los cuales, se evitan en nuestro sistema, gracias a la amplia actuación de los órganos de aplicación del Derecho en trámite de jurisdicción voluntaria.

Por tanto, no hay razón alguna para que se diga que la función calificadora tiene un ámbito limitado y que ha de prescindir del conocimiento de algunas Leyes, nada menos que la fundamental Ley de defensa de los consumidores, esencial para la seguridad jurídica de los consumidores inmobiliarios en el ámbito extrajudicial.

Los partidarios del tópico que se combate insisten en que el Registrador tiene limitados los medios de calificación, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Pero con ese planteamiento, se olvida algo fundamental: que junto a los documentos presentados y a los asientos del Registro, a que alude el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador ha de tener en cuenta toda la legalidad, es decir, todas las leyes del ordenamiento, para comprobar si las escrituras presentadas se acomodan a la legalidad. Y ello es así porque el artículo 18 emplea la expresión “calificarán” “la legalidad”, “la validez”, y estos términos reconducen a la aplicación del ordenamiento, sin que pueda limitarse la calificación respecto a determinadas leyes.

Aparte de esa primera puntualización, hay que observar que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al aludir a esos medios de calificación, no tuvo por finalidad la limitación del ámbito de la función calificadora, sino que el artículo 18 tiene otras lecturas, compatibilizadoras con la esencia de la “calificación de la legalidad y validez del acto” a que se refiere el propio precepto.

Así, la referencia a que se ha de calificar “por lo que resulte de los documentos presentados”, no significa límite en la aplicación de las Leyes, sino aplicación de las leyes en relación con un determinado documento y

no respecto a otro. Si por ejemplo, el Registrador hace una calificación en el sentido de que es insuficiente la representación o que faltan determinadas autorizaciones, la hace “por lo que resulta del documento presentado”, sin perjuicio de que en el futuro pueda hacer otra calificación cuando el documento se presente con todos los complementarios, de los que resulte que se actúa en base a una representación suficiente o con las autorizaciones legalmente previstas.

“Calificar por lo que resulte de los documentos presentados” significa también el tener que atenerse a las declaraciones y términos contenidos en ellos (literalidad del documento), lo que es claramente aplicable tratándose de escrituras de poder o de testamentos, en que, según consolidada doctrina, han de ser interpretados restrictivamente, atendiendo exclusivamente a los términos literales de los documentos presentados. Y ello es por razones de seguridad jurídica en consonancia con la función calificadora: porque no se trata sólo de calificar un acto para los efectos entre partes, sino para los efectos respecto a terceros que se apoyen en lo que dicen los asientos del Registro.

“Calificar por lo que resulte de los documentos presentados” significa también que el Registrador no tiene que dar audiencia a las partes ni recabar opiniones de testigos o peritos, sino que ha de calificar prescindiendo de pruebas extrarregistrales. Asimismo, prescindirá de las noticias particulares que pueda tener sobre el tema objeto de calificación.

Eso es lo que quiere decir el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y lo que expresan los autores que lo comentan.

En cambio, “calificar por lo que resulte de los documentos presentados” no quiere decir excluir la aplicación de determinadas leyes, pues entonces el Registrador no calificaría la legalidad y validez de los documentos en debida forma, es decir, la que les haga aptos, respecto a los que han sido inscritos, para presumir la legalidad y validez, “a todos los efectos legales” (compárese art. 38.1.º LH).

En relación con el ámbito natural y amplio de la función registral calificadora está la función preventiva o cautelar de la misma, para impedir que documentos de dudosa eficacia o no suficientemente claros desde el punto de vista de la legalidad, puedan tener acceso al Registro.

En relación con ello está también el principio de especialidad, que exige una claridad absoluta respecto a todos los actos y derechos que ingresen en el Registro.

En el plano registral de la calificación no pueden hacerse tampoco presunciones de legalidad ni de buena fe, sino que los títulos han de calificarse e interpretarse de modo que no abriguen ninguna duda sobre su legalidad, pues, en otro caso, el Registro estaría dando cobertura y plenos

efectos de validez a situaciones de dudosa legalidad o no debidamente contrastadas.

Es, pues, de esencia de la función calificadora, el ámbito amplio de la misma respecto a los documentos notariales que operan en el ámbito extrajudicial.

7.^a *La función registral calificadora es de efectos limitados.* Lo que también se olvida en ocasiones es que, a pesar de su amplitud, los efectos de la calificación se limitan al campo de la suspensión, denegación o inscripción de los títulos. Es decir, se trata de declaraciones de validez a los únicos efectos de la práctica de la inscripción, y declaraciones de nulidad o anulabilidad respecto a denegar o suspender la inscripción. El Registrador no tiene la última palabra, pero ha de tener "palabra" a esos efectos.

Esto significa que queda siempre a salvo el planteamiento de la cuestión ante los Tribunales civiles ordinarios, y confirme, una vez más, que se trata de un acto de "jurisdicción voluntaria".

Ahora bien, si la calificación registral, por ser positiva, ha dado lugar a un asiento, entonces, el juego de los principios del sistema registral previstos en la Ley, puede dar lugar a presunciones *iuris tantum* e incluso *iuris et de iure* de inatacabilidad de la adquisición, con un amplio alcance más allá de la inscripción y con gran incidencia en el Derecho civil.

Pero esto es consecuencia del principio fundamental de la seguridad jurídica, y tiene su correctivo en la responsabilidad patrimonial del Registrador, a que antes hemos hecho referencia, y en la posibilidad de practicar anotaciones de demanda de impugnación de asientos para evitar que surjan terceros protegidos por la legislación hipotecaria.

8.^a *La función registral es cautelar o preventiva.* Ya hemos aludido anteriormente a esta característica esencial de la función calificadora, que ha hecho que JOSÉ LUIS MEZQUITA la incluya entre las funciones de "Seguridad Cautelar o Preventiva".

El Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de junio de 1991, la configura como una "*importante misión de seguridad jurídica preventiva*" del Registrador de la Propiedad.

6. DOCTRINA DE LOS AUTOS DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Hechas estas observaciones generales sobre la función calificadora, estamos en condiciones de comprobar que los autos del Presidente responden al fundamento, naturaleza y características expuestas a propósito

de la función calificadora, pues conciben ésta en el sentido amplio, moderno, cautelar, progresivo y social, a que antes hemos hecho referencia.

Esta posición de los autos presidenciales, que resulta de la forma de resolver los recursos contra la calificación en los diferentes casos concretos, creemos que ha de ser asumida sin reservas, pues prescindiendo de la solución del caso concreto, responden a la esencia misma de la función registral en la legalidad vigente.

Una muestra de ello, nos la ofrecen los autos de 7 y 8 de junio de 1989, 10 de enero de 1990, 15 de octubre de 1990, 13 de abril de 1991 y 30 de septiembre de 1991.

En todos ellos, se ha venido manteniendo con reiteración una doble doctrina:

1.º Que las cláusulas obligacionales, entre ellas las cláusulas penales y las indemnizatorias, no pueden acceder al Registro de la Propiedad.

2.º Que los Registradores han de calificar las cláusulas de las escrituras contrarias al artículo 10 de la Ley de defensa de los consumidores.

Creemos necesario dar a conocer íntegramente el texto de alguno de estos autos, para que se compruebe su acertada doctrina y porque la Dirección General de los Registros no recoge, ni siquiera en resumen, la doctrina de los autos presidenciales, a pesar del indudable interés que ofrecen.

He aquí el texto del Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 1990, que a pesar de ser un único Auto, ha sido revocado cinco veces por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Creemos que es incomprensible que un solo Auto pueda ser revocado cinco veces, cuando la apelación que regula el Reglamento Hipotecario es contra el Auto y no contra las notas calificadoras, que eran cinco, pero habían sido acumuladas por decisión del Presidente, no revocada por la Dirección tal decisión de acumulación. Esta irregularidad de la Dirección ha sido ya puesta de relieve por PABLO VIDAL FRANCÉS en un comentario publicado en esta *Revista* (enero-febrero de 1992).

Texto del Auto objeto de esas cinco revocaciones:

A U T O

En la ciudad de Barcelona, a quince de octubre de mil novecientos noventa.

Visto por mí, José Antonio Somalo Giménez el expediente del recurso gubernativo número 16 de 1990, interpuesto por don José Vicente Martínez-Borso López, Notario de Barcelona, contra la calificación del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, en el cual se acreditan los siguientes

Hechos. Primero.—Que don José Vicente Martínez-Borso López, Notario del Ilustre Colegio de Barcelona, por medio de escrito de fecha 20 de junio de 1990 y al amparo de lo dispuesto en el artículo 112.3 del Reglamento Hipotecario, interpuso recurso contra la calificación del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, fechada en 20 de abril de 1990, hecha en escritura de compraventa otorgada a favor de don Luis Palacios Rufast y otra, autorizada por el notario recurrente con número de su protocolo 3.222.

Segundo.—Admitido a trámite dicho recurso le correspondió el número 16 de 1990 de este Tribunal Superior de Justicia, poniéndose seguidamente su interposición en conocimiento del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, interesando emitiese el informe previsto en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, trámite este que fue evacuado en su día.

Tercero.—Que el señor Registrador de la Propiedad, en escrito de fecha 10 de agosto de 1990, solicitó que se acumulasen a estos autos los recursos de igual índole interpuestos por el mismo recurrente don José Vicente Martínez-Borso López, contra las calificaciones extendidas por el mismo Registrador en las escrituras públicas autorizadas por el mismo Notario con números de su protocolo 2.511, 2.483, 2.197 y 2.503, registrados en esta Secretaría de Gobierno con los números 17, 18, 19 y 20 de 1990 respectivamente, y ello, en razón a concurrir en los cuatro recursos las identidades procesales que autorizan en tales casos la acumulación de autos, a cuya petición recayó acuerdo de fecha 25 de septiembre de los corrientes, dando lugar a lo solicitado y disponiendo que se siguiera la tramitación de todos los expresados recursos en estas mismas actuaciones para ser resueltos por el mismo auto.

Razonamientos jurídicos. Primero.—El Notario de Barcelona don José Vicente Martínez-Borso López formula los presentes recursos, acumulados, contra los extremos impugnados por él de las respectivas notas calificadoras puestas al pie de las siguientes escrituras autorizadas en su notaría: la de 26 de octubre de 1989, la de 26 de julio de 1989, otra también de 26 de julio de 1989, la de 4 julio de 1989 y la de 16 de julio de 1989 correspondientes a sus números de orden: 3.222, 2.511, 2.483, 2.197 y 2.503 respectivamente.

Las notas impugnadas suspenden la inscripción de los respectivos documentos en base a los principios hipotecarios de legalidad del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y de legitimación o de presunción de exactitud de los artículos 1.3.º de la Ley Hipotecaria y 38 de la misma y concordantes: 1) porque el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, como excepcional, es de interpretación restrictiva y no cabe su aplicación al supuesto del impago de intereses; 2) porque la configuración que se hace en la escritura respecto a los intereses como una sola obligación en unión del precio, aparte de confundir la obligación principal de pago de precio y la accesoria de intereses, implica contradicción con el cuadro

de amortización de intereses, y produce diversas infracciones jurídicas; 3) porque la obligación de indemnización por uso y la cláusula penal que se estipulan no son inscribibles por las razones que se indican; 4) porque el pacto de imputación de pagos previsto en el párrafo 2.º de la cláusula 3-9 de las escrituras es de carácter obligacional y carece de trascendencia real inmobiliaria; 5) porque el pacto de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo es obligacional y vulnera el artículo 327 de la Compilación del Derecho civil catalán; y 6) porque la interpretación restrictiva del comiso y del pacto de *lex commissoria* se desprende de la tradición jurídica catalana.

Segundo.—Según el Notario recurrente las notas impugnadas suspenden las inscripciones de las compraventas en precio aplazado y condición resolutoria explícita, por considerar el Registrador que los intereses del precio aplazado no pueden quedar amparados bajo la cobertura del artículo 1.504 del Código Civil y porque considera que la cláusula penal inserta en las escrituras no es inscribible, dada su naturaleza personal. A estos dos puntos, en realidad, se ciñe la controversia.

Para el recurrente la cuestión debatida es idéntica a la ya sometida a la Dirección General de los Registros y del Notariado y que produjo las Resoluciones 5, 6 y 7 de febrero de 1990 con resultado revocatorio de las notas de calificación. No se infringe el artículo 1.504 del Código Civil al establecerse una obligación única integrada por precio al contado e intereses y son perfectamente inscribibles las cláusulas penales que suelen acompañar a las previsiones resolutorias expresas.

Tercero.—El Registrador de la Propiedad en su informe preceptivo comienza delimitando el objeto del recurso que, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 113 de su Reglamento, no es otro que los extremos de la nota calificadora que solo deben combatirse con argumentaciones jurídicas y no con apreciaciones y descalificaciones personales que utiliza el recurrente.

Las notas impugnadas se han puesto tras haberse presentado al Registro por segunda vez las respectivas escrituras públicas ya que inicialmente fueron calificadas y transcurrió el plazo de cuatro meses de interposición del recurso gubernativo. Por lo que las notas ahora impugnadas se redactaron de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario.

Las escrituras objeto del recurso, de modelo distinto que el que motivó la Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, se oponen a la doctrina expresada en éstas al decir que “cuando los bienes vendidos están sujetos a condición resolutoria explícita el reconocimiento registral de la resolución operada extrajudicialmente y la consiguiente reinscripción a favor del vendedor presupone la previa o simultánea consignación de las cantidades que éste hubiera recibido del comprador por virtud del contrato resuelto”. Por el contrario, las actuales escrituras que pretenden inscribirse establecen que “el vendedor, al consignar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades, por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código Civil, correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento”. La inscripción de estos términos, según los cuales el vendedor deduce directamente cantidades excluyéndolas de la consignación, produciría una gran inseguridad para los terceros y para el deudor. Con ello se pretendería hacer una autoliquidación y una autocondena sin sentencia condenatoria.

La compraventa con precio aplazado envuelve un negocio compuesto de una transmisión onerosa del dominio mediante precio (compraventa) y una operación de concesión de crédito a cambio de unos intereses. Por el pacto de *lex comisoria* el vendedor puede apropiarse de la casa por un valor muy superior al del crédito que tiene el comprador. No cabe extender el comiso al precio del crédito que son los intereses. En este sentido se manifiestan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987.

El Registrador pone de manifiesto los abusos que pueden producirse en la extensión del pacto de *lex comisoria* ya que "el acreedor-vendedor, en lugar de obtener la satisfacción de sus pretensiones con el *ius vendendi* de la finca, para con su producto obtener el valor de su crédito y dar el resto al comprador y a los terceros, se queda con la totalidad del valor de bien, aunque sea superior al importe del crédito satisfecho". Si además se extiende el pacto no sólo a la falta del pago del precio sino también a la prestación accesorio de intereses, dándose eficacia real a las cláusulas penales y de indemnización por uso, quedándose el acreedor con las mejoras hechas por el comprador, la situación es insostenible desde el punto de vista jurídico.

A diferencia de las escrituras que originaron los recursos y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 en las que se separaban los elementos de precio e intereses, las que originan este recurso se dice que el resto del precio, incrementando en el interés anual "la voluntad negocial constituye como una sola obligación integrante de la contraprestación básica del comprador".

Los artículos 12, 114, 115, 116 y 157 de la Ley Hipotecaria recogen el principio de que los terceros no queden afectados por prestaciones periódicas (intereses o pensiones de censos) más allá de cinco años.

Por otra parte en el penúltimo párrafo de la cláusula 3.º de las escrituras se indica que "el vendedor, al consigar el precio pagado, en el momento de ejercitar la resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades" (indemnización por uso y cláusula penal), cuando la consignación debe comprender todas las cantidades recibidas por el vendedor y no sólo el precio como dice la escritura. Hay una notable contradicción entre la regulación de las consecuencias del impago por parte del comprador y las consecuencias de consignar por parte del vendedor.

La alusión en la nota calificadora al carácter excepcional del artículo 59 del Reglamento Hipotecario y, por tanto, a su interpretación restrictiva, tiene su fundamento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1989 según la cual "es claro que la sanción del artículo 59 del Reglamento Hipotecario es excepcional y debe interpretarse con sentido restrictivo, por lo que si el comprador notificado, no consiente ni se allana a la resolución, sólo procede declarar ésta por vía judicial". De otro modo habría una manifiesta indefensión del comprador a quien se priva de acudir a los Tribunales. El artículo 59 sería claramente inconstitucional si se interpretara extensivamente.

Asimismo la interpretación estricta del artículo 1.504 del Código Civil la siguen tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado tanto en cuanto a la clase de obligaciones que pueden garantizarse con el pacto de *lex comisoria*, como en cuanto a exigir que el incumplimiento del comprador sea grave y obstativo revelador de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento,

lo que no se da en un incumplimiento referido exclusivamente a la obligación accidental de intereses.

Ante la mayor amplitud y aumento de obligaciones conexas que contienen las escrituras actuales y que no tenían las que ocasionaron las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, debe insistirse en el carácter obligacional de la cláusula penal e indemnizatoria de uso. Muchas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se oponen a la inscripción de pactos obligacionales, aunque estén dentro del negocio que sirve de título a la inscripción. Si estos pactos se inscriben se produciría una desfiguración del sistema registral español que inscribe derechos reales y pactos con trascendencia real y "en ningún caso, artículo 51.6^a de la Ley Hipotecaria, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real". Lo que equivale a nunca, aunque se produzca "unidad de negocio". Tal y como están redactadas las escrituras con la cláusula penal establecida, el vendedor puede recuperar la propiedad de la finca y su reinscripción conforme al artículo 59 del Reglamento Hipotecario verificando aquel la "auto-imputación" y "auto-liquidación" de responsabilidades sin ninguna garantía judicial.

Igualmente la cláusula penal e indemnizatoria de uso inserta en las escrituras que pretenden inscribirse es inválida por infringir el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Ley que debe aplicarse por tratarse de escrituras con el mismo modelo y otorgadas en masa, siendo clarísimos los abusos que pueden producirse. Este problema no se planteó en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 porque, en aquellos casos, las escrituras no tenían la misma redacción que las presentes. La doctrina jurídica y la propia de la Dirección General de los Registros y del Notariado es unánime en cuanto a la aplicación, especialmente cautelar, de los preceptos de aquella Ley en el ámbito de la calificación registral.

A su vez las cláusulas de indemnización por uso y la cláusula penal se oponen a una correcta interpretación del artículo 175 del Reglamento Hipotecario. Las "deducciones que en su caso procedan" no pueden darse en relación a terceros porque son derivadas de pactos obligacionales. Si en el momento de la resolución del contrato no existen terceros, las deducciones tienen su fundamento en el contrato, entre partes y no una inscripción en el Registro. Si existen terceros, adquirentes o titulares de derechos reales, no cabe deducción por cláusulas obligacionales que no les afectan.

Finalmente el pacto de no indemnizar al comprador de las instalaciones fijas realizadas es de carácter personal y vulnera el artículo 327 de la Compilación que sigue el principio contrario. En el mismo sentido la tradición jurídica catalana conduce a la interpretación restrictiva del pacto de la *lex comisoría*.

Cuarto.—Delimitadas las posturas del recurrente y del Registrador en defensa de su nota calificadora, una primera consideración ha de referirse a las diferencias existentes entre los supuestos que dieron origen a las Resoluciones 5, 6 y 7 de febrero de 1990 de la Dirección General de los Registros y del Notariado y las actuales escrituras a que se refiere el presente recurso. Los distintos matices justifican sobradamente las apreciaciones del Registrador expresadas en las notas y suficientemente explicadas en su informe.

Con las diferencias mencionadas el presente recurso es similar a los ya planteados por el mismo Notario recurrente y que dieron lugar, por un lado, a los autos de esta Presidencia de 7 y 8 de junio de 1989 y, por otro, al de 10 de enero de 1990.

Partiendo de que las escrituras que ahora pretenden inscribirse no son idénticas a las que originaron los anteriores recursos, es cierto que el negocio jurídico en ellas contenido es una compraventa con precio aplazado y condición resolutoria explícita en la que se incluye el impago de intereses y se pacta una especial cláusula penal, circunstancias que, en opinión del Registrador, impiden el acceso de estos documentos públicos al Registro.

La contratación en masa y el loable deseo de garantizar los derechos de los contratantes —no se olvide que la entidad vendedora es una Caja de Ahorros que se desprende de sus pisos enajenándolos a sus actuales arrendatarios—, explica, por un lado, la intención de asegurar el cumplimiento total de la operación especificando la parte del precio aplazada y los intereses devengados, así como las consecuencias del incumplimiento de los plazos previstos y, por otro, el examen en conjunto del negocio pactado que no ha de traspasar los límites legales en perjuicio de una de las partes. A estas preocupaciones hay que añadir las consecuencias que para los terceros hipotecarios pueden representar los pactos inicialmente amparados por el artículo 1.255 del Código Civil.

En esta delicada materia debe buscarse el máximo equilibrio. Así Puig Brutau, en su obra *Fundamentos de Derecho civil*, afirma que “es preciso no confundir esta prohibición del pacto comisorio con la posibilidad de convenir una verdadera compraventa, aunque sometida a la condición de que el deudor deje de pagar la deuda existente; pero es igualmente preciso evitar que un verdadero pacto comisorio quede desfigurado bajo la apariencia de una compraventa”.

Por otro lado es natural que los actos inscritos en el Registro de la Propiedad, no ofrezcan dudas en cuanto a su extensión y efectos en beneficio de la seguridad jurídica. En este sentido las Resoluciones de 24 de marzo de 1987 y 16 de noviembre de 1987 declaran que: “existe en nuestro ordenamiento la prohibición del pacto comisorio, por el que se atribuye al acreedor la facultad de adquirir un bien del deudor como consecuencia del incumplimiento por éste de sus obligaciones (arts. 1.859 y 1.884 CC), y si bien dicha prohibición tiene una excepción concreta en el artículo 1.504 del Código Civil no procede extender la garantía arbitrada por la norma a prestaciones derivadas del contrato de compraventa”.

Centrándonos en el contenido de la nota calificadora es evidente, como se pone de manifiesto en el informe del Registrador, que las escrituras objeto del recurso se oponen a la doctrina de las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990. Estas dicen que debe consignarse todo en caso de resolución y aquellas que se pueden deducir de la consignación ciertas cantidades por cláusula penal y por indemnización por uso. Con esto se produce una injusta sobreprotección al acreedor vendedor, que es normalmente una entidad de crédito, que se apodera de todo el plus valor de la casa vendida, una vivienda, bien imprescindible para el comprador.

Son realmente convincentes los razonamientos expuestos por el Registrador ampliando en su informe el contenido de todos los extremos de su nota calificadora. Así está claro que, al referirse a la consignación, la escritura favorece sólo al vendedor y se perjudica al comprador, pues a la hora de pagar se dice que el “resto del precio” e “intereses” siguen el mismo tratamiento jurídico y, sin embargo, a la hora de devolver se alude exclusivamente al “precio pagado”.

Bajo el manto de la unidad negocial no puede imponerse al titular registral que no ha sido parte en el contrato las responsabilidades en que haya incurrido el comprador por su incumplimiento. No pueden inscribirse todo tipo de cláusulas puramente obligaciones al amparo de la citada unidad negocial.

Si se diera eficacia real a la cláusula penal inscrita, sería hacer de mejor condición a los terceros que se relacionan con la propiedad no inscrita, en contra, como se razona en el informe citado, de los principios que inspiran el tráfico jurídico.

Que deben excluirse del Registro los contenidos obligacionales, como la cláusula penal que es de esta naturaleza obligacional y personal, lo demuestran múltiples Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado como las de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 de septiembre de 1987 y 19 de enero de 1988.

Finalmente no puede dejar de relacionarse la cláusula penal e indemnizatoria de uso con la Ley de Defensa de los Consumidores. Su artículo 10 niega validez a los pactos que suponen indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales y prohíbe los pactos en que se produzca la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, pactos que precisamente se dan en las escrituras de referencia.

El criterio restrictivo en la aplicación de los pactos de la *lex comensoria* y de los consiguientes artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, está además en armonía con el criterio seguido por el artículo 327 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y de la tradición jurídica catalana.

Por todo lo cual, insistiendo en los argumentos recogidos en el Auto de esta Presidencia de 10 de enero de 1990, procede desestimar el presente recurso y mantener el contenido de las notas impugnadas.

Quinto.—La disposición 7.^a de la Ley de Orgánica del Poder Judicial establece, en relación a esta clase de recursos, que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando aquellos se funden en el Derecho civil, foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma. No obstante, en el presente caso, aunque el recurrente funda parte de su recurso en algún precepto de la Compilación del Derecho civil de Cataluña con alusiones a la tradición jurídica catalana, la base de su argumentación se fundamenta en normas de Derecho común. De aquí que la presente resolución sea recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones aplicables,

El Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por ante mí, el Secretario de Gobierno, dijo: "No ha lugar a los recursos formulados por el Notario don José Vicente Martínez-Borso López contra las notas de calificación puestas en las escrituras autorizadas por él con los números 3.222, 2.511, 2.483, 2.197 y 2.503 de 1989. Y estese al contenido de las notas impugnadas, sin hacer pronunciamiento sobre costas."

Notifíquese este auto a la parte recurrente y al Sr. Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, previniéndoles que pueden recurrir éste en el plazo de quince días siguientes a la notificación de este Auto, por medio de escrito cursado directamente a esta Presidencia.

Así lo acuerda y firma el Excmo. Sr. Presidente de este Tribunal Superior de Justicia, de lo que yo, el Secretario de Gobierno, certifico.

7. LA POSICIÓN CONTRARIA A LOS AUTOS POR PARTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General, en varias resoluciones que podrían dar la sensación de que son muchas y responden a una posición reiterada, pero que en realidad son dos, según veremos, ha mantenido doctrina contraria a la del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Se trata, en realidad, de dos grupos de Resoluciones: por un lado, las de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, que son idénticas, y por tanto, contienen una única doctrina; y por otro lado, las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, que, según hemos visto, revocan por cinco veces el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de abril de 1991, sin aludir a una providencia dentro del trámite de recurso que había concedido la acumulación de los cinco recursos planteados.

Por tanto, más que doctrina reiterada, lo que hay es la opinión de la Dirección General en dos ocasiones y con insuficiente argumentación, según se comprueba por la lectura de las resoluciones últimamente citadas, cuyo texto puede verse en esta misma Revista, número citado de enero-febrero de 1992 y el comentario crítico de PABLO VIDAL FRANCÉS.

Esas resoluciones mantienen en resumen una doble doctrina, contraria a la del Presidente:

- 1) La cláusula penal es inscribible en el Registro de la Propiedad.
- 2) El Registrador tiene medios limitados en su función calificadora y no puede entrar en el artículo 10 de la Ley de defensa de los consumidores.

El caso ha sido resuelto y el comentario crítico ha sido ya hecho por el autor citado, PABLO VIDAL FRANCÉS.

Por eso, aunque sea ahora el Registrador del caso concreto el comentarista de todas estas resoluciones, no se ve razón en estos momentos para no poder manifestar libremente su opinión sobre el criterio de estas resoluciones, máxime cuando se piensa —fuera ya del caso concreto debatido, en el que por cierto se confirman varios defectos que puso el Registrador en su nota calificadora—, que la decisión de la Dirección sobrepasa el caso concreto y trasciende a las características más esenciales de la función registral calificadora según la legalidad vigente.

8. LA CLÁUSULA PENAL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO FIGURAS ANTAGÓNICAS

Respecto a la cláusula penal que se suele pactar en las compraventas de inmuebles con precio aplazado garantizado con condición resolutoria

por parte de las compañías y entidades inmobiliarias, sólo desde una perspectiva superficial y sin matices, y sin entrar en la verdadera naturaleza jurídica y efectos de la cláusula penal, puede decirse que deba acceder al Registro y que ello hace más *completo* el contenido del Registro.

Cuando una institución que tiene como finalidad la publicidad de los actos de trascendencia real inmobiliaria, como es el Registro de la Propiedad, recibe una figura obligacional y, en consecuencia, contraria a la naturaleza de aquél, el acceso de tal cláusula no hace más completo el Registro, sino que lo hace diferente. *En vez de ser un Registro de la Propiedad, será un Registro de transcripción de cláusulas indemnizatorias, penales y obligacionales.* Se trata de una bacteria que entra en el organismo sano del Registro.

He aquí una serie de consideraciones de las muchas que podrían hacerse a este propósito:

1.^a La cláusula penal tiene la naturaleza de *una cláusula obligacional*. La propia Dirección General no niega que se trate de una cláusula obligacional. Así, según las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, “la inscribibilidad de la cláusula penal prevista para el caso de resolución, es negada por el Registrador por tratarse de estipulaciones personales carentes de trascendencia real”, añadiendo que “la cuestión, sin embargo, dista de ser sencilla; dada la unidad negocial configura en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real *al simultáneo cumplimiento de cierto contenido obligacional...* se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente sino en conjunción con las restantes”. O sea, que no se desconoce el carácter obligacional de la cláusula penal, pero se estima que es inscribible por la unidad del negocio.

2.^a Ahora bien, si es una cláusula obligacional, es aplicable el artículo 51, regla 6.^a, del Reglamento Hipotecario, que dice: “No se expresarán, *en ningún caso*, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real”, queriendo significar la expresión “en ningún caso”, que nunca han de inscribirse, ni siquiera cuando pretendan ampararse en la cobertura de una unidad de negocio.

3.^a Son igualmente aplicables los artículos 1, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria y 98 de la misma, que excluyen del sistema los derechos personales u obligacionales.

4.^a No es sólo la Ley Hipotecaria la que se basa en la distinción entre derechos reales y personales y entre pactos de trascendencia real y pactos obligacionales, fundamento esencial o pilar del sistema registral, sino que *el Código Civil tiene como fundamento de su sistema esa distinción.* Efec-

tivamente: en el Libro III se regulan los derechos reales, y en el Libro IV, las obligaciones y contratos. Dentro del Libro III está el capítulo relativo al Registro de la Propiedad, en el que se define el objeto del Registro por referencia exclusiva a los derechos reales (art. 605). En cambio, en el Libro IV, de las Obligaciones y Contratos, está la prueba de las obligaciones entre partes arts. 1.214 y sigs.) y está también el fundamental artículo 1.257 que dice: "*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley*". La Resolución DGRN de 5 de abril de 1990 (BOE núm. 137, de junio de 1990) ha reconocido la eficacia relativa del contrato, citando precisamente este artículo 1.257 del Código Civil.

En ese Libro IV de las *Obligaciones y Contratos*, donde se encuentra el artículo 1.257, *está regulada la cláusula penal*, y concretamente, en los artículos 1.151 a 1.154; y el título de la Sección no puede ser más significativo, pues se habla "*de las obligaciones con cláusula penal*" y se las configura como "*obligaciones*". Además, se relaciona con la "indemnización de daños" y se la considera como obligación "accesoria". El contenido obligacional del contrato no se inscribe en el Registro de la Propiedad. Unicamente cuando el contrato es título respecto al nacimiento de derechos reales y da lugar a pactos de trascendencia real, se tiene en cuenta en el Registro de la Propiedad (art. 609 CC y arts. 1, 2, 98 LH y 51, regla 6.ª, RH).

La doctrina de los autores, sin excepción, considera las cláusulas penales como cláusulas obligacionales, de carácter personal e indemnizatorio, y se contraponen las garantías personales —entre las cuales está la fianza y la cláusula penal— y las garantías reales —hipoteca, prenda y anticresis—. ¿Es que también va a ser inscribible la fianza personal?

5.ª La cláusula penal representa *un simple crédito futuro escriturario* que no puede ser de mejor condición que otros créditos escriturarios o por sentencia, que quizá existan y sean de fecha anterior, ni de mejor condición que otros créditos privilegiados posteriores, y desde luego, *en caso de quiebra o concurso de acreedores del comprador*, no puede dar lugar a ninguna preferencia especial respecto a la masa de la quiebra, por lo que si la inscripción se practica, *podría inducir a confusionismos acerca de su pretendido carácter real*.

6.ª *La cláusula penal es una obligación de indemnización entre las partes*, sin trascendencia real inmobiliaria según anteriores resoluciones de la DGRN (Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 16 y 17 de septiembre de 1987 y 19 de enero de 1988). Al igual que no son inscribibles

los pactos de indemnización por uso o por demoras, tampoco es inscribible la cláusula penal, porque tiene la misma naturaleza. Y si se estima inscribible la cláusula penal, no se ve por qué no van a ser inscribibles las cláusulas indemnizatorias pactadas en las escrituras de compraventa con condición resolutoria. Obsérvese la inconsecuencia del recurrente: recurre contra la denegación de inscripción de la cláusula penal y no recurre contra la denegación de inscripción de otras indemnizaciones por uso. Y la nota calificadora queda firme en este último punto.

7.^a *El principal error de las Resoluciones DGRN*, está en creer que la cláusula penal puede tener cierto efecto real cuando se trata de una *resolución del contrato obtenida por la vía judicial*. Parece como si la Dirección dijera: “inscribase, por si acaso”, es decir, “porque ya decidirá el Juez en la resolución judicial lo procedente”.

Este cómodo proceder ante una cuestión estrictamente registral, como es la *naturaleza obligacional de un pacto*, no tiene en cuenta que aquí no estamos ante una cuestión de “arbitrio judicial”. El Juez lo único que puede hacer es “moderar la cláusula penal” entre las partes, pero *no puede transformar en cláusula de efectos reales la cláusula penal obligacional*. *El error de la Dirección General es ver, en este aspecto, diferencias entre la resolución por vía judicial y por vía extrajudicial. Cuando se insta la resolución del contrato por vía judicial, existen dos clases distintas de acciones: la acción de resolución de contrato, al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, de efectos reales, por una parte; y la posible acción de indemnización de daños y perjuicios a que alude el artículo 1.124 del Código Civil, por otra parte, que puede instarse a través de una acción personal de indemnización basada en la cláusula penal*, lo que dará lugar, en su día, a dos pronunciamientos distintos: uno de efectos reales —la resolución del dominio— *y otro de efectos obligacionales respecto al comprador exclusivamente* —la indemnización y su regulación y moderación a través de la cláusula penal—, sin que pueda pretenderse su inscripción, pues produciría confusiones al deudor y a los terceros sobre la naturaleza exclusivamente personal de la cláusula penal, que dada su naturaleza obligacional, no puede afectar a terceros, no ya sólo en cuanto a la resolución que opere en la vía extrajudicial, sino incluso cuando opere por la vía judicial, pues en este último caso, se apoyaría en una acción personal de indemnización y en una sentencia de condena de contenido meramente obligacional y no real.

Y es que el Juez no puede desvirtuar, ni lo pretenderá, *las normas de prelación de créditos*, cuando los diferentes terceros concurrentes pretendan cobrar respecto a las cantidades consignadas, y de nada valdrá que el vendedor tenga inscrita la cláusula penal, pues ello no supone una prela-

ción respecto a otros créditos preferentes conforme a los artículos 1.923 y 1.924 del Código Civil.

8.^a Y si se dice que no importa que se inscriba la cláusula penal, que ya resolverá el Juez en su día lo pertinente, se olvida que *el fraude inmobiliario* tiene múltiples manifestaciones, y una de ellas es producir confusión sobre los efectos de los contratos. Si se hace constar un pacto obligacional en una institución como la registral, destinada a la publicidad de pactos de naturaleza real, se producirá la apariencia y el fraude respecto a los que consulten el Registro, pues creerán que la cláusula penal tiene efectos reales y no obligacionales.

9.^a La inscripción en el Registro de la variada gama de pactos obligacionales *al amparo de la unidad estructural del negocio*, supone partir de que en el Registro de la Propiedad se inscriben negocios en su conjunto, cuando *el negocio opera como causa o título inscribible, pero no como objeto de la inscripción*, que es la transmisión o la constitución y vicisitudes del derecho real inmobiliario, de cuya naturaleza no participan las obligaciones indemnizatorias, salvo que estén garantizadas por la vía adecuada (art. 105 LH), pues, en otro caso, se produce confusionismo para terceros respecto a la eficacia obligacional de los pactos, obstaculizando con ello la circulación de los bienes inmuebles, contra el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y los principios que inspiran dicha legislación, y cuyo mantenimiento producirá *un mayor número de pleitos, intervención de especialistas y mayor coste para los ciudadanos y daños a la productividad y riqueza del país*, que no se debe permitir. Y si no, véase la situación de conflictividad judicial y de oscuridad inmobiliaria en Estados Unidos. Será mejor cuanto más se depuren las situaciones jurídicas inmobiliarias en el ámbito extrajudicial o registral.

10. Según otras resoluciones de la DGRN, es misión del Registrador de la Propiedad *la depuración de los pactos personales respecto a los de contenido real*, aludiendo la Resolución de 1 de abril de 1981, a la *“misión ciertamente no sencilla del Registrador de examinar en cada caso si se dan o no los caracteres típicos del derecho real”*; refiriéndose la Resolución de 20 de mayo de 1987 a la necesidad del “examen minucioso” por parte del Registrador, *para la depuración de aquellos pactos de los documentos que no pueden tener acceso al Registro*; la Resolución de 25 de julio de 1981 destaca que *“no se debe permitir el acceso al Registro de todos aquellos derechos o pactos que carecen de trascendencia real”*; y la Resolución de 4 de julio de 1984 alude a la “seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales”, lo que *“no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias”*.

11. Además, las Resoluciones de octubre de 1991 dicen que la ins-

cripción de la cláusula penal ha de hacerse *en los términos* previstos por las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, y ocurre que en el presente caso se pactaba, según un defecto de la nota calificadora —revocado por la Dirección— *la deducción directa de ciertas cantidades* por parte de la vendedora. Luego esto es *contrario* a las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1991, y *la Dirección no se ha percatado de esta cuestión*.

9. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

Para los Autos presidenciales es clara la actuación del artículo 10 de esta Ley en el ámbito extrajudicial de la calificación registral.

Según el Auto de Presidencia de 15 de octubre de 1990, *“no puede dejar de relacionarse la cláusula penal e indemnizatoria de uso con la Ley de Defensa de los Consumidores. Su artículo 10 niega validez a los pactos que suponen indemnizaciones o penalizaciones que no corresponden a prestaciones adicionales y prohíbe los pactos en que se produzca la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, pactos que precisamente se dan en las escrituras de referencia”*.

En los Autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de 13 de abril de 1991 y de 30 de septiembre de 1991 se insiste en lo mismo y se añade la referencia a “los graves abusos que la contratación en masa de este tipo de negocios pueden causar a la parte más débil del contrato, merecedora, por tanto, de la máxima protección”.

Frente a esta doctrina clara y valiente del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la Dirección General de los Registros y del Notariado aplica el oscurantismo sin razonamientos y no quiere saber nada del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, escudándose en que son limitados los medios de calificación registral. Pero olvida decir que las cláusulas discutidas *no necesitaban de más medio de prueba que el resultante de los tres medios previstos para la calificación registral: la escritura pública* en que se contienen tales cláusulas; *el Registro*, que no puede dar acceso a cláusulas nulas, y *las leyes*, que son elemento fundamental de la calificación registral porque el Registrador es un órgano de aplicación de la legalidad en el ámbito extrajudicial.

Para demostrar que la calificación registral ha de extenderse a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, como no podía ser de otra manera al ser una Ley que ha de ser aplicada por todos los órganos encargados de la aplicación del Derecho, no hay más que poner en relación el artículo 18 de la Ley Hipotecaria con el

apartado 4 del artículo 10 de la citada Ley de Defensa de los Consumidores.

Efectivamente, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria recoge el principio de legalidad diciendo que el Registrador "*calificará la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de éstas y de los asientos del Registro*". Es decir, no se trata sólo de calificar aspectos de legalidad de forma, sino que el Registrador también califica la validez, es decir, el fondo, negando acceso al Registro no sólo a los pactos que carecen de trascendencia real, sino además a los que carecen de validez. El legislador ha seguido este criterio para evitar que accedan al Registro actos nulos que, paradójicamente, en otro caso aparecerían revestidos de fuertes efectos presuntivos de legalidad y del principio de salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º LH).

Naturalmente, la calificación registral examina la validez de los actos en el ámbito extrajudicial que le es propio, es decir, al único efecto de denegar la inscripción en el Registro del acto calificado como nulo, sin perjuicio de poder acudir a los Tribunales para obtener la declaración de validez o nulidad con plenos efectos. Así resulta del artículo 101 del Reglamento Hipotecario.

Relacionado el citado artículo 18 de la Ley Hipotecaria con el apartado 4 del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, la cosa no puede ser más clara. El apartado 4 del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores dice: "*Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos*".

Si son "*nulas de pleno derecho*" (art. 10.4 LDC) y el Registrador debe calificar la "*validez de los actos*" (art. 18 LH), es evidente que el Registrador *debe calificar* la Ley de Defensa de los Consumidores cuando la nulidad resulta de los documentos presentados; y en todo caso el artículo 18 dice que ha de calificar "*por lo que resulte de la escritura*", es decir, que la escritura no ha de dejar ninguna duda acerca de la validez. Luego veremos cuáles son las cláusulas objeto de discusión en el caso de las resoluciones y cómo resulta de las escrituras la contravención al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Por tanto, aunque no quiera la Dirección General, *por encima de ella está la propia Ley*, que es muy clara a este respecto, y, por tanto, *los Registradores de la Propiedad habrán de calificar el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores* en beneficio de éstos y de la propia legalidad en el ámbito extrajudicial.

Como dice FEDERICO DE CASTRO (*Derecho civil de España*, t. I, pág. 601), cuando se está ante una *nulidad absoluta todos los funcionarios*

—y cita expresamente a Jueces, Registradores de la Propiedad y Notarios— *no pueden colaborar con el acto nulo* y deben negarle efectos, cada uno dentro de su ámbito propio, es decir, el Juez declarando la nulidad cuando se solicite por la parte perjudicada; el Notario haciendo la advertencia correspondiente conforme al nuevo artículo 148 del Reglamento Notarial, según la reforma de 8 de junio de 1984, y el Registrador a través de su calificación, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

La doctrina de los autores confirma esta interpretación.

Así, el Notario JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, en su libro *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, t. I, pág. 364, dice lo siguiente: “La equidad es lo que está moviendo al Derecho más palpitantemente actual —bien distante de romanticismos trasnochados— a ocuparse activamente (y apoyado nada menos que en la propia Constitución) de la protección del consumidor, *que o es preventiva o sería burlescamente inútil, de reducirse a la impredecible espera de reparaciones “a posteriori” por la acción de la Justicia*, por lo que desde ahora y en un Estado social de Derecho a quien no sólo importa la paz del orden como dinamizador del espíritu de empresa, sino que proclama una voluntad transformadora en el plano de la justicia social (cfr. Preámbulo y arts. 1.1 y 9.2 de la Constitución) queda abierto a un nuevo y vasto horizonte a la acción de las *formas de garantía*: el de la defensa de la igualdad, procurando el equilibrio negocial a través de la información y la asistencia que promueven y preservando así de lesión y abuso las expectativas jurídicas del contratante-masa frente a la prepotencia de organizaciones de fuerza económica mucho más peligrosas por su exclusiva orientación a intereses privados que los poderes del propio Estado. Esa es la gran tarea de seguridad para la Justicia en que debe centrarse el sistema cautelar del Derecho”. Hay que recordar que, para MEZQUITA, ese “sistema cautelar del Derecho” está constituido principalmente por las instituciones preventivas de la Notaría y el Registro de la Propiedad.

Y el propio MEZQUITA en su trabajo “La protección preventiva de la seguridad jurídica en la contratación del crédito bancario” había dicho que “la filosofía de esta legislación protectora especial (de los consumidores) *es precisamente la de la prevención, pues aspira a amparar realmente a los consumidores y no simplemente a resarcir a sus herederos; al lado de esta idea, la de represión o reparación es un mero complemento*” (*Revista Actualidad Civil*, núm. 26, junio 1987, pág. 1624).

Y cita esta autor a pie de página a los Notarios A. GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, L. FIGA FAURA, VALLET DE GOYTISOLO, SAPENA TOMÁS, Cerdá BAÑULS, GARRIDO DE PALMA y a J. J. CUEVAS CASTAÑO.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA viene destacando desde hace mucho

tiempo la importancia de la calificación registral para estos nuevos terceros que son los consumidores inmobiliarios, y en una conferencia pronunciada en el mes de mayo de 1990 en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña señala asimismo que *si la Ley de Defensa de los Consumidores no fuese objeto de la calificación registral podría quedar en letra muerta en el ámbito inmobiliario*, pues no se conoce estadísticamente ni un solo caso en que se haya acudido por parte de algún consumidor a los Tribunales. En el mismo sentido se pronunció RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS en otra conferencia dentro del mismo ciclo sobre calificación registral de la Ley de Defensa de los Consumidores.

El decano del Colegio de Registradores, JOSÉ POVEDA MURCIA, viene repitiendo en numerosas conferencias y mesas redondas la importancia de la calificación registral en relación con la defensa de los consumidores y la extensión del ámbito de la calificación al artículo 10 de la Ley protectora de los mismos. Así lo manifiesta en numerosas ocasiones, destacando la mesa redonda que se celebró este verano pasado en la Universidad del Escorial, en la que, por cierto, también participó el actual director general de los Registros y del Notariado. La próxima conferencia del decano JOSÉ POVEDA MURCIA lleva precisamente por título “La defensa de los consumidores y el Registro de la Propiedad” y tendrá lugar en febrero de 1992 dentro del *master* de Derecho registral organizado por el Centro de Estudios hipotecarios de Cataluña, en la que es de esperar que manifieste esas mismas ideas.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, frente a lo que dicen las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 —al parecer la Dirección General no recuerda sus propias resoluciones bien recientes—, ha aplicado el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, confirmando así una calificación registral. Se trata de la *importantísima resolución DGRN de 7 de septiembre de 1988*, que dichas resoluciones no citan, y en la que se dice que el pacto de interés variable contemplado en el caso no es inscribible, porque “es evidente que la estipulación va contra la norma que establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes [cfr. arts. 1.256 CC y 10.c).2 LDC].

En cuanto a la Resolución DGRN de 16 de marzo de 1990, se limita a decir que “es claro que no puede *cualquier cláusula de variación de interés* ser tachada con nulidad *ipso iure* sin invocar otro motivo que el de “ser cláusula de variación de intereses en la contratación con el público” y, además, una protección que excluyera la posibilidad de intereses variables se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor en las ventajas del crédito a largo plazo”. Luego no dice lo que las

actuales resoluciones pretenden, sino sencillamente que no cabía tachar de nulidad a cualquier cláusula de variación sin interés. Si se relaciona con la ya citada Resolución de 7 de septiembre de 1988, resulta que viene a decir lo mismo: que la cláusula de variación de interés atendiendo al preferencial de la propia entidad acreedora es nula por aplicación del artículo 1.256 y del artículo 10.c).2 de la Ley de Defensa de los Consumidores (Resolución de 7 de septiembre de 1988), pero que ello no puede extenderse a cualquier cláusula de variación de interés (R. 16 marzo 1990). Hay, ciertamente, otra Resolución, la de 16 de febrero de 1990; pero aparte de que podía someterse a la misma crítica que las actuales, se refiere a un caso muy concreto relativo a que se habían pactado intereses variables cada semestre, utilizando como intereses de referencia los preferenciales de créditos de un año. Aspecto este muy específico como para que se pueda ampliar a otros supuestos.

Pasemos ahora de las formulaciones generales a los supuestos concretos que contemplan las Resoluciones DGRN de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 para comprobar que entran de lleno en el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, porque con la sola redacción de las escrituras, “por lo que resulta de ellas”, se comprueba directamente la infracción del citado precepto.

Ante todo hay que observar que se trataba de escrituras en que de la aplicación de dicha Ley no cabía duda alguna, pues se plantea el recurso respecto a cinco escrituras que son idénticas —como resulta de las propias resoluciones—, lo que revela que han sido redactadas unilateralmente por la entidad vendedora, que aparece siempre en todas ellas, cambiando sólo los compradores, perjudicando esas cláusulas a éstos y favoreciendo a la entidad vendedora.

Pues bien, tratándose de escrituras redactadas con el mismo modelo y formulario y otorgadas en masa, hay que aplicar la Ley de Defensa de los Consumidores, que niega validez a aquellos pactos que, como dice el número 5.º del apartado c) del número 1 del artículo 10 suponen “indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales”. Y el número 8 del citado artículo 10 prohíbe los pactos en que se produzcan “la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario”.

Veamos ahora los tres supuestos concretos que se plantean en estas resoluciones para comprobar que la infracción del artículo 10 resulta de la redacción de la cláusula en las escrituras, sin más aditamentos:

a) *Cláusula que determina una inversión procesal de las partes y consiguiente inversión de la carga de la prueba en beneficio de la entidad*

vendedora y en perjuicio de los compradores.—Expongamos la cláusula tal como está redactada en las escrituras y el lector comprobará por sí solo a qué extremos pretende llegar una entidad inmobiliaria en perjuicio de los compradores: “El vendedor —dice la cláusula— al consignar el precio pagado en el momento de ejercitar la resolución podrá deducir directamente dichas cantidades por entender que en caso de ser aplicable el artículo 1.154 del Código Civil *correspondería al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento*”.

Pero ¿cómo es posible que la insensibilidad jurídica y social llegue al extremo de permitir que *la institución de legalidad* que es el Registro recoja ese pacto y *le dé presunción de validez y legalidad y salvaguardia de los Tribunales*?

¿Quién es el vendedor para decir que corresponde al comprador solicitar judicialmente la moderación de la pena y no al vendedor? ¿No dicen las normas procesales que es el demandante de la indemnización de daños y perjuicios el que tiene la carga de las alegaciones y pruebas? ¿La moderación de la pena no es aplicable de oficio por el Juez?

La contravención del artículo 10.8 de la Ley de Defensa de los Consumidores no puede ser más clara. Hay *un pacto de inversión de la posición procesal de las partes y en consecuencia la inversión de la carga de la prueba* que corresponde al demandante y no al demandado.

¿Dónde está la limitación de medios de la calificación? ¿Qué otros medios hay para apreciar si esta cláusula es válida o nula? Nada más que el texto de la escritura. El Juez sólo utilizará el texto de la escritura, porque de él resulta directamente la infracción legal. ¿A qué otros medios puede referirse la Dirección General?

b) *Resolución automática de la venta sólo en virtud de la notificación realizada por el vendedor, sin tener en cuenta lo que pueda alegar el comprador.*—La pretensión recogida en la escritura objeto de recurso de obtener la reinscripción de la resolución del contrato por la vía extrajudicial del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, sin más que por la mera notificación del vendedor al comprador de instar la resolución, sin contar con la voluntad de éste, deduciendo directamente cantidades, implica una actuación unilateral del vendedor que infringe la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1989 e, incluso, el artículo 24 de la Constitución. Pero además, al prescindir de la voluntad del comprador, implica una actuación unilateral del vendedor con posibilidad de incurrir en resolución discrecional del mismo, que es un pacto abusivo según el número 2 del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que dice: “2.º Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discre-

cionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario”.

Las presentes resoluciones DGRN dicen que es distinta la resolución del artículo 1.504 del Código Civil de la resolución discrecional del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Pero olvidan que *la nota calificadora no se refiere a la resolución del artículo 1.504 del Código Civil, tal como está contemplada por la jurisprudencia, con todos sus requisitos y control judicial, sino a la resolución que por vía unilateral, automática y extrajudicial pretende obtener directamente el vendedor por la vía discrecional del artículo 59 del Reglamento Hipotecario, sin contar con la voluntad del comprador y sin el control judicial. Es esa la resolución discrecional y no la resolución que por vía judicial pudiera pretenderse.*

Por otro lado, las resoluciones DGRN dejan firme el defecto señalado por la nota calificadora relativo a que no es suficiente para obtener la resolución del artículo 1.504 del Código Civil la mera notificación del vendedor. Por tanto, representa un contrasentido decir que el defecto ha quedado firme por no haber sido recurrido y, luego, en el apartado 4 de dichas resoluciones, hacer un comentario sobre ese defecto.

En todo caso, tampoco se ve aquí limitación de medios. A través de la redacción de la escritura puede decidirse si esa cláusula va o no contra el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores. Podrá decirse que es discutible e, incluso, como hacen las resoluciones DGRN, que no va en contra del artículo 10. Pero entonces la contradicción está en las mismas resoluciones, que, por una parte, hablaban de “medios limitados” para calificar esta cuestión, y, por otra parte, califican la cuestión atendiendo a la Ley de Defensa de los Consumidores diciendo que no infringe dicha Ley. Luego cabe entrar en el problema de si se infringe o no dicha Ley en contra de lo que acababan de decir.

c) *La cláusula estrictamente penal.*—Hemos visto que el número 5.º del artículo 10.1 de la Ley de Defensa de los Consumidores prohíbe las cláusulas en las “que se impongan al consumidor indemnizaciones o penalizaciones *que no correspondan a prestaciones adicionales*”.

Aquí no se trata de hacer una valoración cuantitativa de si la penalización es injusta, sino que se trata de relacionar este apartado con la doctrina que, en base del mismo, considera *nulas las cláusulas estrictamente penales* por entender que no corresponden a una contraprestación por ser “penalizaciones que no corresponden a prestaciones”. En este sentido se manifiesta uno de los principales especialistas de la materia como es RODRIGO BERCOVITZ, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, que dice en relación con esto: “El artículo 14 del anteproyecto recoge claramente lo que en este terreno resulta excesivo,

admitiendo la pena que sea sustitutiva de la indemnización por daño, *pero rechazándola en lo que tenga de punitivo y de lucro* para quien se beneficie de ello”.

Por tanto, tenemos la interpretación de RODRIGO BERCOVITZ y la clara explicación que resulta del texto del número 5.º citado y del artículo 14 del anteproyecto de la Ley de Consumidores en el sentido de que están prohibidas las “*cláusulas estrictamente penales*”.

Pues bien, *no hay que acudir a ningún otro medio de calificación* cuando la propia escritura pública, sin disimulo alguno, *dice de forma literal y expresa que se trata de aplicar una “cláusula estrictamente penal”*, incluso por encima de la indemnización del daño, pues además de decirlo así expresamente *se pactaba también, aparte de la cláusula penal, una indemnización por uso del piso*.

¿Qué otros medios de calificación se necesitan cuando la propia escritura dice que se trata de una “*cláusula estrictamente penal*”?

¿Cómo es posible que una institución de legalidad en el ámbito extra-judicial, como es el Registro de la Propiedad, pueda dar cobertura a esa frase de “*cláusula estrictamente penal*”? Es evidente que esa expresión no debería tener acceso al Registro, en contra de lo que dicen las resoluciones DGRN citadas.

En los tres casos examinados podrá discutirse si es acertada o no la calificación registral, pero lo que no parece pueda decirse, *y menos por razón de comodidad*, es que no existen medios calificadores para entrar en el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, pues “*no hay más cera que la que arde*”, es decir, la redacción de las escrituras y la redacción del artículo 10 de dicha Ley, y basta comparar una y otra para comprobar que donde aquellas dicen “negro” la Ley dice “blanco”. El Registro de la Propiedad también debe decir “blanco” y no “negro”. *Cualquier oscuridad o duda sobre la legalidad de esas cláusulas debería llevar precisamente a no darles cobertura registral*, como dijo el Auto del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña y como dice ahora el Registrador de Barcelona PABLO VIDAL FRANCÉS en su comentario a dichas resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 (en esta *Revista*, núm. de enero-febrero 1992).

En cualquier caso, no puede interpretarse la Ley de Defensa de los Consumidores en el sentido de excluir a una determinada institución encargada de aplicar el Derecho vigente —la registral en este caso— de calificar dicha Ley. Los Registradores han de olvidar en el futuro estas resoluciones DGRN y atenerse a la correcta doctrina de la resolución ya citada de la propia DGRN de 7 de septiembre de 1988 y de los Autos presidenciales.

Por otra parte, *los consumidores tienen protección constitucional y la Ley que los ampara no puede restringirse ni limitarse*. Al querer limitar la calificación registral y así abstenerse de dar una solución, *la DGRN está limitando, sin darse cuenta, la protección de los consumidores, cuya protección debe procurarse en todos los ámbitos* (administrativo, notarial, registral y judicial) *y no sólo en el ámbito judicial*. Por eso, son los propios consumidores y asociaciones de consumidores los que deben también reaccionar contra esta doctrina “reaccionaria” de las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, frente a la doctrina “progresista” de la resolución DGRN de 7 de septiembre de 1988 y de los Autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que son numerosísimos.

Es de esperar que la DGRN recapacite sobre estos problemas y en cualquier ocasión que se plantee en el futuro, sin perjuicio de resolver el caso concreto en la forma que proceda, haga las matizaciones y rectificaciones doctrinales oportunas para deshacer ese “doble error histórico” (cláusula penal y LDC) que la hace incurrir en “responsabilidad histórica” respecto a los consumidores y respecto a las funciones legalmente encomendadas a la institución registral.

Debe tenerse en cuenta que los Autos del Presidente están dictados *por un órgano judicial* que en este tipo de cuestiones tiene *sensibilidad social* acreditada e *independiente de cualquier ligazón administrativa* y, por tanto, el criterio de los mismos ofrece a los juristas y a los ciudadanos garantías de *acierto, independencia y altura jurídica indiscutidas*.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

Registrador de la Propiedad de Barcelona

Nota de la Redacción: El texto de las Resoluciones a que se refiere el trabajo anterior puede verse en esta *Revista*, número 608, enero-febrero 1992, páginas 178 y siguientes.

La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra

(Crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 15 de noviembre de 1991)

Los fundamentos jurídicos de esta sentencia dicen lo siguiente:

PRIMERO. El presente recurso de casación que interponen don Antonio del A. A., la Sociedad Agraria de Transformaciones 17.701, don Juan M. S. y don Angel Tomás M. trae de nuevo a debate la validez de las enajenaciones verificadas por el quebrado don Francisco S. E. durante el período a que retrotraen los efectos de la quiebra; enajenaciones y actos de gravamen que fueron declarados nulos a instancia de los síndicos de la quiebra por la sentencia recurrida, sin que se hayan discutido en este recurso los detalles de tales actos dispositivos ni su número y circunstancias. Tal recurso extraordinario se formuló con base en dos motivos, de los cuales el primero no superó el trámite de admisión y quedó únicamente el segundo, fundado en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo motivo no se señalan como ordena el artículo 1.707 de la misma Ley “las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideran infringidos”, sino que en su lugar, de una forma inadmisibles, se remite a la sentencia de primera instancia con estas palabras: “Estimamos aplicables para resolver la controversia las propias razones jurídicas tenidas en cuenta en la sentencia de primera instancia, con más toda la jurisprudencia que las interpreta y artículos 9.3 y 33.3 de la Constitución”. Y concluye el motivo diciendo que debe dictarse sentencia acorde con el *petitum* de la contestación a la demanda desestimatoria de la demanda, de acuerdo igualmente con la sentencia dictada en primera

instancia en esta litis. En vista de todo ello, bien pudiera haberse inadmitido también en el trámite oportuno el único motivo que ahora se examina; pero no habiendo sido así, procede ahora su desestimación por las consideraciones que seguidamente se exponen, quedando fuera la supuesta infracción de los aludidos preceptos constitucionales respecto de los que nada se alega ni fundamenta por los recurrentes en orden a su aplicación en este recurso.

SEGUNDO. En primer lugar, ninguna razón se alega en contra de la sentencia recurrida, que es, lógicamente, la recaída en segunda instancia; tampoco se alude a norma jurídica alguna como infringida ni a jurisprudencia que deba ahora estimarse aplicable, así como es inútil la remisión que se hace “a toda la jurisprudencia” que interpreta las razones jurídicas tenidas en cuenta por el Juez de primer grado, ya que éste no citó sentencia alguna. Todo lo que ya de por sí sería suficiente para desestimar el único motivo válido alegado. Sin embargo, es procedente insistir en la desestimación indicada teniendo en cuenta además: a) Que el artículo 878 del Código de Comercio de 1885, en su párrafo 2.º, dispone que “todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos”, refiriéndose a los actos realizados por el quebrado. Esta norma ha sido interpretada rigurosamente por reiterada jurisprudencia de esta Sala. Por lo tanto, según Sentencias, entre otras, de 7 de marzo de 1931, 17 de marzo de 1958, 25 de mayo de 1982, 28 de enero de 1985 y 17 de marzo y 9 de mayo de 1988, los actos dispositivos implicados (constitución de hipotecas y embargo, ventas de bienes inmuebles) están incurso en la sanción de nulidad radical, la que pueden desde luego solicitar tanto el depositario de la quiebra como después los síndicos de la misma, debiendo por ello volver las cosas a la situación en que se encontrarían si tales actos no se hubieren realizado. Tal nulidad comprende y afecta a todos los actos realizados por el deudor en aquel período de tiempo, aunque el contrato lo celebrase con terceros de buena fe; se trata de una nulidad absoluta, intrínseca y radical que se produce sin necesidad de expresa declaración judicial, sólo necesaria en casos como el ahora contemplado en que determinadas personas se oponen a aquella absoluta e irrevocable nulidad. b) El artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, que la sentencia de primera instancia invoca para desestimar la demanda, carece de aplicación en esta litis, como declararon la Sentencia citada de 7 de marzo de 1931 y la de 4 de julio de 1989 y 4 de julio de 1990, y no pueden pretenderse relacionarle con el artículo 878 del vigente Código de Comercio para interpretar éste, pues son preceptos independientes establecidos por el legislador con fines distintos, ya que el primero es de carácter procesal y el segundo de carácter sustantivo, orde-

nando aquél que el Juez al declarar la quiebra fije la época a que debe retrotraerse sin limitación de forma ni de tiempo, y el artículo 878 se limita a aceptar esa época de retroacción para declarar la inhabilitación del quebrado y estimar nulos todos sus actos de dominio y administración posteriores a la citada época, sin reserva de clase alguna en favor de tercero que concede, en cambio, el artículo 1.024 y que no puede referirse más que al derecho de tercero que se crea perjudicado con la fecha señalada para la retroacción para reclamar contra ella en los Autos de quiebra, que es donde solamente puede discutirse ese particular; pero una vez fijada esa época y firme la providencia en que se acordó, hay que partir de ella para aplicar el artículo 878, no siendo posible procesalmente que ese acuerdo pase a discutirse e impugnarse en cuantos pleitos se sostengan con la sindicatura de la quiebra, y mientras no se impugna tal fecha de retroacción se ha de tener por válida la señalada en el Auto de declaración de quiebra. c) La nulidad radical admitida por la sentencia recurrida de todos los actos realizados por el quebrado, que se enumeran en el fallo de aquélla, no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad y arrastra en aras del patrimonio del quebrado, intangible para éste a partir de la fecha de la retroacción de la quiebra, como declara la Sentencia de 17 de marzo de 1958, la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos, a los que derivan su causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes, debido a que la Sala, *a quo*, no incurre en los vicios que en el motivo se denuncian con referencia a lo que expuso la sentencia de primer grado en relación con los artículos 33, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, que son inaplicables al caso debatido, lo mismo que devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra y se prescinde para declarar tal nulidad de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado puesto que la Ley no hace distinciones.

TERCERO. La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de sus costas a la parte recurrente (art. 1.715, párrafo último LEC), sin que proceda pronunciamiento sobre depósito para recurrir por no haber sido necesaria su constitución dada la disconformidad entre sí de ambas sentencias de instancia.

COMENTARIO

La interpretación que hace esta sentencia del artículo 878.2.º del Código de Comercio, precepto procedente del Código de Comercio de 1829,

parece inadecuada para los tiempos actuales, pues tal precepto produce un efecto drástico, duro e inconstitucional para los terceros de buena fe, sean adquirentes o subadquirentes del quebrado.

Dicho artículo constituye una asignatura pendiente, que no tendrá más remedio que resolver el Parlamento en vista de interpretaciones como las de la presente sentencia, pues no es sostenible —después de estar ya consolidada la seguridad jurídica inmobiliaria con la regulación de la legislación hipotecaria, a la que se remite el art. 608 CC, posteriores ambos al CCom— que se pueda aplicar con rigidez y en forma solitaria y aislada una norma arcaica e inadecuada como es el artículo 878.2.º del Código de Comercio. Ello sin entrar en la justicia del caso concreto de esta sentencia que no se discute, sino sólo en las declaraciones doctrinales de la misma.

En el momento actual, la integración de España en la CEE y la multiplicidad de relaciones jurídicas con extranjeros obliga a buscar interpretaciones que estén en consonancia con la seguridad jurídica, pues en otro caso los españoles nos vamos a quedar solos y aislados.

Todos los sistemas europeos, incluso los menos avanzados que el nuestro, contienen normas que protegen a terceros que acuden al Registro de actos y declaraciones no inscritas.

¿Qué dirán los juristas alemanes, franceses, italianos, ingleses, si se les dice que el sistema español no protege a los adquirentes y subadquirentes de pisos, locales, terrenos y fincas que proceden de buena fe consultando la institución registral a la que el Estado encomienda la publicidad y transparencia de situaciones jurídicas que afectan a las fincas?

Los juristas españoles, por sensibilidad jurídica, deben esforzarse en buscar y encontrar una interpretación adecuada del artículo 878.2.º del Código de Comercio acudiendo una vez más a la “ecología jurídica” o interpretación sistemática, que brilla por su ausencia en la presente sentencia. El artículo 878.2.º del Código de Comercio es, ciertamente, un “islote” por lo brusco que resulta, pero ha de interpretarse en coordinación con las demás normas vigentes del sistema jurídico español, sobre todo cuando es tan fácil acudir a esas otras normas que no sólo están vigentes y es obligado aplicar contra lo que dice la presente sentencia, sino que son leyes posteriores al Código de Comercio de 1885, por lo que, en caso de conflicto, prevalecerían sobre ese artículo 878.2.º del Código de Comercio.

El artículo 878.2.º del Código de Comercio no siempre ha sido bien visto por los especialistas.

Así, por ejemplo, RAMÍREZ, en su conocido tratado sobre quiebras (*La quiebra*, t. II, Bosch, 1959, págs. 418 y ss.) dice lo siguiente: “Supon-

gamos que A, fabricante de tejidos, es declarado en quiebra el 31 de diciembre de 1954 y que los efectos de la misma se retrotraigan al 31 de diciembre de 1952. Entre el 31 de diciembre de 1952 y el 31 de diciembre de 1954, A, como cualquier otro fabricante de tejidos, ha adquirido materias primas, las ha transformado en sus telares valiéndose de personal obrero al que ha ido pagando sus jornales y las ha vendido cobrando el precio. No ha sido una, sino muchas, las veces que tales operaciones se han realizado. Y, naturalmente, con el producto de la venta de los géneros elaborados, A ha pagado, a más de los jornales, suministros de luz y fuerza, contribuciones, arbitrios, subsidios laborales, alquileres, etc. Más aún: durante el propio período, A ha atendido a sus necesidades personales y familiares: ha adquirido y consumido alimentos y vestidos; ha frecuentado espectáculos y hoteles; ha comprado libros, coches, fincas...; ha hecho viajes; etc. ¿Puede admitirse que todos los referidos actos de administración y dominio son nulos? A tenor del texto claro y categórico del artículo 878 del Código de Comercio no cabe duda: son nulos de pleno derecho. Pero ¿habrá alguien que se atreva a defender que el dinero que se pagó por alimentos, vestidos, viajes, espectáculos, contribuciones, jornales, materias primas, etc., ha de volver a la quiebra para engrosar la masa activa o patrimonial de la misma? ¿Se atrevería alguien a sostener que los géneros vendidos por A en tal período y cuyo precio percibió han de volver a la quiebra? El problema es, desde luego, complicado y justifica el que algún autor (se refiere al célebre mercantilista VICENTE Y GELLA) se rebele contra lo que supone un absurdo y patrocine la idea de que el artículo 878 del Código de Comercio no contiene más que una declaración de principio, sin otra trascendencia y alcance que el desarrollo dado a tal principio en los siguientes artículos 879 a 882 del propio Código".

ANTONIO BILBAO ARISTEGUI también destaca "el carácter exagerado de esta nulidad aplicada indiscriminadamente a todos los actos y contratos del quebrado posteriores a la fecha de la retroacción" y se hace eco de las declaraciones de RAMÍREZ (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1972, págs. 1299 y sigs.).

No faltan autores que entienden que el artículo 878.2.º del Código de Comercio no contempla una nulidad absoluta, tal como entienden este concepto los autores modernos, pues el legislador de 1829 o de 1885 no tenía la precisión suficiente respecto a la ulterior clasificación doctrinal de las distintas clases de ineficacia del negocio jurídico. Así, por ejemplo, CARMEN IGLESIAS MAYORALGO hace un meritorio esfuerzo por reconducir el artículo 878.2.º al ámbito de una "rescisión" especial y no nulidad absoluta (conferencia en Barcelona sobre la retroacción de la quiebra, 1990).

En todo caso podríamos hacernos más preguntas que las que se hizo RAMÍREZ después de la Constitución española de 1978, de la que nada sabían los Códigos de Comercio de 1829 y de 1885, pero sí los intérpretes actuales.

Así, ¿puede sostenerse en el año 1992, tan lejano a 1829, que si es declarada en quiebra una “inmobiliaria” todos los adquirentes de los pisos de buena fe han de quedarse sin la vivienda comprada por pura aplicación del artículo 878 del Código de Comercio y de la retroacción que regula?

Aquí está en juego, en primer lugar, el principio constitucional de *seguridad jurídica* del artículo 9 de la Constitución. ¿Quién puede sentirse seguro al adquirir un piso para vivienda o para ejercer en él su profesión o trabajo si, a pesar de consultar el Registro, fuente de la seguridad jurídica inmobiliaria, y a pesar de su buena fe, luego se le dice que la entidad vendedora ha sido declarada en quiebra con fijación judicial de la fecha de retroacción a unos días antes de sus adquisiciones? Es realmente incomprensible.

La dureza de la presente sentencia contrasta en algún aspecto con las vacilaciones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985, aunque al final se dejó vencer por la inercia y el tópico del artículo 878 del Código de Comercio.

Pero al menos nos ha legado un concepto curioso: el de la “proximidad a la inconstitucionalidad”.

Recojamos lo que dice tal sentencia para comprobar que hay otras alternativas respecto al artículo 878.2.º del Código de Comercio y para resaltar que el artículo 878.2.º no es que esté “próximo a la inconstitucionalidad”, es que está dentro de ella si se le interpreta como hace la presente sentencia.

Dice la Sentencia de 22 de marzo de 1985: “Con independencia de que el sistema de retroacción absoluta de la quiebra, con la consiguiente nulidad radical de los actos dispositivos posteriores a la fecha de retroacción produce efectos perturbadores de la seguridad del tráfico jurídico, efectos que, en gran medida, podrían paliarse con la regulación de un amplio abanico de acciones restitutorias que permitiesen la reintegración a la masa de los bienes que no debieron salir de ella, es lo cierto que en nuestro ordenamiento positivo, no sólo por constante jurisprudencia (SS. 17-3-1958, 28-5-1960, 1, 2 y 3 julio 1974) y por la opinión dominante en la doctrina científica y por terminante declaración legal, la retroacción de la quiebra está expresamente reconocida tanto en el artículo 1.322 de la LEC como en el artículo 1.366 de la propia Ley, como en el 878 del Código de Comercio, retroacción cuyo cauce procesal inicial es el del artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, que no está derogado como pretende el

recurrente; sin que, por otra parte, tal normativa pueda entenderse derogada por la Constitución, pues no corresponde al legislador ordinario optar, entre los varios sistemas de reintegración de la masa de la quiebra por aquel que estime más idóneo en un momento histórico determinado para la armonización de los intereses en juego en un procedimiento concursal, sin que la inseguridad jurídica, que indudablemente produce la nulidad *ipso iure* de los actos afectados por la retroacción, pueda elevarse al rango de inconstitucional por atentatoria al derecho fundamental de tutela efectiva a que tiene derecho toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 Constitución) en cuanto, *aunque próxima a tal inconstitucionalidad*, ni desconoce el derecho de impugnar la fecha de retroacción al objeto de excluirla total o parcialmente, ni, en principio, supone la pérdida de los derechos económicos derivados de la referida nulidad”.

Un final decepcionante el de esta Sentencia de 22 de marzo de 1985 después de todos los acertados rodeos que da y de las vacilaciones y escrúpulos que la acechan. Pero curioso eso de la “proximidad a la inconstitucionalidad”, sobre todo cuando acaba de decir en dos ocasiones poco antes que el artículo 878.2.º del Código de Comercio atenta contra la seguridad jurídica, olvidando que este principio es también constitucional según el artículo 9 de la Constitución. En cuanto a que no se desconoce el derecho de impugnar la fecha de retroacción, luego veremos que la presente sentencia lo limita extraordinariamente. Y por lo que se refiere a que no hay pérdida de derechos económicos derivados de la referida nulidad, que se lo digan a los adquirentes de pisos que han pagado millones y que tienen que reintegrar a la masa de la quiebra los pisos a cambio de nada, salvo una pequeña cantidad que puede resultar al final del reparto de lo que quede con todos los acreedores mercantiles.

Por otra parte, el principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución impide mantener, a las puertas del siglo XXI, *un privilegio del gremio de comerciantes* frente a consumidores y propietarios que adquieren pisos para viviendas o locales.

Con la interpretación de la presente sentencia se produce indefensión inconstitucional de los terceros adquirentes que nada saben de una fecha de retroacción fijada a sus espaldas y de la que, al parecer, nada pueden oponer cuando la declaración judicial ha quedado firme en el juicio de quiebra.

Los terceros, tanto los adquirentes del quebrado como los subadquirentes, están en completa indefensión, y más con el razonamiento de la presente sentencia en relación con el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829.

El Juzgado de Primera Instancia de este caso advirtió, acertadamente, que la fecha de retroacción de la quiebra la fija el Juez, “sin perjuicio de tercero”, por imperativo del citado artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829. Frente a ello, la presente sentencia del Tribunal Supremo incurre en interpretación inconstitucional, desperdiciando la ocasión de oro que le brindaba el Juzgado de Primera Instancia. ¿Por qué no se puede relacionar el artículo 878.2.º del Código de Comercio de 1885 con el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829 si son dos preceptos de Códigos de Comercio que se ocupan de la fecha de la retroacción de la quiebra?

La sentencia que comentamos interpreta la frase “sin perjuicio de tercero” del artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829 como referida únicamente al derecho de tercero que se crea perjudicado con la fecha señalada para la retroacción *para reclamar contra ella en los autos de quiebra*, que es donde *solamente* puede discutirse ese particular; pero una vez fijada esa época y firme la providencia en que se acordó, hay que partir de ella para aplicar el artículo 878; *no siendo posible procesalmente* —añade— que ese acuerdo *pase a discutirse e impugnarse en cuantos* pleitos se sostenga con la sindicatura de la quiebra, y mientras no se impugne tal fecha de retroacción se ha de tener por válida la señalada”.

Las frases subrayadas pretenden resaltar la indefensión y defecto de tutela judicial efectiva para los adquirentes y subadquirentes de buena fe, pues, por definición, desconocen la quiebra y la declaración de la misma y, en consecuencia, la fecha de retroacción fijada. Y como no han sido citados en el juicio de quiebra, no tienen oportunidad de impugnar tal extremo.

La Resolución DGRN de 20 de enero de 1986 ve muy claramente la indefensión de los adquirentes y subadquirentes cuyos asientos se pretendía cancelar automáticamente en virtud del auto de declaración de quiebra, y en un “Considerando” memorable dice:

“Considerando que en el presente caso, al aparecer toda una serie de inscripciones practicadas a favor no sólo del primer adquirente, sino de terceros o segundos subadquirentes sin que exista en los asientos ninguna causa de resolución, y como además los titulares actuales, *al no haber sido citados ni oídos en juicio estarían en situación de indefensión*, no cabe, en virtud de lo establecido en el artículo 82.1.º de la mencionada Ley Hipotecaria practicar la cancelación solicitada sin que hayan prestado voluntariamente su consentimiento dichos titulares o, en su defecto, *que en el procedimiento adecuado se haya ordenado la cancelación mediante resolución judicial firme*”.

De esta memorable resolución volveremos a hablar en seguida. Más criticable resulta la presente sentencia cuando a pesar de tener en la mano

los preceptos hipotecarios que hubieran resuelto todos los problemas constitucionales desaprovecha su aplicación y declara terminantemente que son *inaplicables e inoperantes*.

Pero ¿cómo es posible no aplicar unos preceptos que están vigentes y que son Ley posterior respecto al Código de Comercio?

La Ley Hipotecaria es una Ley por lo menos como otra cualquiera que merece ser aplicada, máxime cuando nuestro primer Cuerpo legal, el Código Civil, también Ley posterior respecto al Código de Comercio, se remite a ella en el artículo 608 en cuanto a los efectos de la inscripción.

Con unas frases ciertamente duras para con la legislación hipotecaria, la sentencia habla de “*la inoperancia de los preceptos hipotecarios*” y dice que “los artículos 33, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria *son inaplicables* al caso debatido, lo mismo que devienen *automáticamente nulas* las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra y se prescinde para declarar tal nulidad de la *buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes* (?), puesto que la Ley no hace distinción” (?). ¿No será la Ley Hipotecaria la que no hace distinción?

El problema de esta sentencia consiste precisamente en lo que ella misma reconoce: en *no aplicar unos preceptos* de una Ley, como la Hipotecaria, que está vigente, que es Ley posterior y que se ocupa precisamente de la cuestión debatida.

Hay unos preceptos del total ordenamiento jurídico que la presente sentencia reconoce que existen, pero que entiendo no son aplicables. Con su aplicación se resolvería la inconstitucionalidad del artículo 878.2.º del Código de Comercio. Y sea de la inconstitucionalidad lo que fuere, en todo caso, la Ley Hipotecaria está ahí como tal Ley posterior al Código de Comercio. Y en todo caso la sentencia no contiene ningún razonamiento ni argumentación para no aplicar la Ley Hipotecaria.

En contra de la sentencia, la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es imperativa respecto a los “subadquirentes de buena fe”. Esto es evidente y, frente a ello, nada puede resultar de una norma anterior que no se refiere a ellos.

Los “subadquirentes” están, ante todo, fuera del artículo 878.2.º del Código de Comercio, pues éste se refiere a los actos de dominio y administración del “quebrado”, no a los actos de dominio realizados por los adquirentes del quebrado a favor de “subadquirentes” de buena fe.

Y no sólo están fuera del artículo 878.2.º del Código de Comercio, sino que están dentro del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que está vigente y cuya aplicación es automática y directa sin necesidad de interpretaciones, pues todos los términos y palabras del artículo 34 cuadran perfectamente con esos subadquirentes. Aunque se anulara el contrato previo en el que

el subadquirente no intervino (art. 33 LH), el subadquirente es tercero ajeno a la nulidad del acto realizado por el quebrado y las causas de nulidad no resultan del Registro (art. 34 LH).

La citada Resolución de la DGRN de 20 de enero de 1986 cita en favor de la protección de los terceros del artículo 34 de la Ley Hipotecaria la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1932 e, indirectamente, las de 31 de mayo de 1960 y de 1 de febrero de 1974 que declaran la inmunidad del tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y dice que es “una exigencia para la seguridad del tráfico inmobiliario y del crédito territorial”.

Esto por lo que se refiere a los “subadquirentes”, que la presente sentencia excluye de protección, inaplicando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sin ninguna clase de razonamiento.

En cuanto a los “adquirentes directos del quebrado”, a los que también alude la presente sentencia sin contener razonamiento alguno, la cuestión puede ser más discutible que respecto a los subadquirentes, pues el artículo 878.2.º del Código de Comercio sí se refiere a ellos a diferencia de los subadquirentes.

No obstante, por razones de seguridad jurídica y de evitar indefensión, así como de propiciar la tutela judicial efectiva, ha de sentarse la conclusión de su protección frente a la retroacción de la declaración de quiebra siempre y cuando cumplan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Cierto que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria dice que “la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”; pero, curiosamente, la sentencia considera que ese artículo 33 de la Ley Hipotecaria “es inoperante e inaplicable al caso”.

Aunque podría discutirse en este caso de los adquirentes el problema a la luz del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, entendemos que también cabría aplicar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y no el artículo 878.2.º del Código de Comercio.

Desde esta perspectiva consideramos acertada la posición de ANTONIO BILBAO ARÍSTEGUI (*loc. cit.*), que dice lo siguiente:

“La noción de tercero, al igual que la de parte, es una noción relativa. Se es tercero o se es parte ‘con respecto a’ algo. Y es claro que ‘B’, primer adquirente, es parte en el contrato ‘A’-‘B’, pero es tercero respecto de las relaciones jurídicas existentes entre el quebrado ‘A’ y sus acreedores (tanto respecto de los que deben su origen a los contratos que éste celebró con ellos y de los cuales resultan sus respectivas posiciones de deudor y acreedores como respecto de las derivadas del planteamiento judicial de la insolvencia). Y como es en esas relaciones entre ‘A’ y la masa de sus

acreedores —relaciones, insisto, respecto a las cuales 'B' es tercero y que no constan para nada en el Registro— en donde está la posible *causa de nulidad* de la adquisición de 'B', me parece perfectamente defendible la tesis de que 'B' es tercero respecto de la relación jurídica *origen de la nulidad* y, por tanto, podrá invocar en su favor la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria" (*loc. cit.*, pág. 1306).

En definitiva, confirmando la posición de ESTEBAN BILBAO, la situación de los adquirentes del quebrado es la siguiente: adquieren de buena fe de una persona que no se sabe que sea quebrado y respecto a la cual no se ha dictado todavía ninguna declaración judicial de quiebra. La declaración de quiebra y de la consiguiente nulidad de los actos en virtud de la retroacción fijada "sin perjuicio de tercero" (art. 1024 CCom de 1829) surge con posterioridad a la adquisición, tal como prevé el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y es una causa de nulidad que no resulta del Registro. Los adquirentes son terceros respecto a la declaración de quiebra y respecto a la retroacción fijada *a posteriori*.

En conclusión, nos encontramos con una sentencia que prescinde de la aplicación de la Ley Hipotecaria sin saberse a ciencia cierta por qué, lo que repercute en nuestra opinión en aspectos constitucionales como son la seguridad jurídica, la indefensión, la tutela judicial efectiva, la protección a la propiedad, a la vivienda digna y a los consumidores inmobiliarios.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

Comentario de urgencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1.435.4.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—III. EL INFORME DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO.—IV. LAS ALEGACIONES DEL ABOGADO DEL ESTADO.—V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL Y LA CONTENIDA EN EL VOTO PARTICULAR.—VI. EL FALLO Y CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

La relacionada sentencia, si bien referida al concreto precepto citado al tratar con gran amplitud todos los aspectos, tanto esenciales como colaterales, del problema planteado, sin duda ha de considerarse en justicia la más importante dictada hasta el momento por nuestro más Alto Tribunal en materia de procedimientos de ejecución. Y con directa repercusión en el ámbito registral, como veremos.

Con objeto de sistematizar la extensa doctrina vertida en la misma, comenzaremos por precisar su *supuesto de hecho*, tanto en el aspecto material como en el jurídico.

Por ella se resuelven 20 cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas admitidas a trámite: una en 1988, nueve en 1990 y las diez restantes en 1991, promovidas por las Audiencias Provinciales de Cuenca y Madrid y los Juzgados de Primera Instancia de Valls, Madrid y Sevilla.

Los actores participantes son nueve bancos (entre los que figuran la

mayoría de los más importantes), tres cajas de ahorro, una rural y una entidad de financiación. Los deudores demandados son, salvo en un caso, particulares (en su mayoría matrimonios) y las deudas traen causa: en once casos, de préstamos personales instrumentados en póliza; en cinco, de cuenta corriente de crédito; en tres, de contratos de negociación de letras de cambio y descuento de efectos, y en un supuesto, de un crédito para atenciones agrícolas. Y generalmente de escasa cuantía: en ocho de los supuestos se queda bastante por debajo del millón de pesetas, y de los restantes, sólo en dos casos se rebasan los cinco millones.

En el aspecto jurídico interesa destacar dos cuestiones que enmarcan el problema:

Primera. Que el precepto cuestionado en el proceso constitucional es exclusivamente el contenido en la primera frase del párrafo cuarto del artículo 1.435 de la LEC (tal como quedó redactado por la LR 34/1984 de 6 de agosto), reproducido literalmente en el Fundamento Jurídico 1.º de la sentencia.

Queda excluido expresamente el inciso último del citado precepto, que, como es bien sabido, dispone que “en el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por bancos o cajas de ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”.

Ello no obstante, en la sentencia se contienen numerosas referencias e, incluso, declaraciones relativas al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, según tendremos ocasión de examinar.

Segunda. Que todos los informantes, y en definitiva el TC, delimitan específicamente el supuesto como referido en exclusiva a la existencia de una cuenta de crédito (*stricto sensu*). En efecto:

a) Uno de los Juzgados promoventes afirma literalmente (Antec. 3.6) que “el precepto sólo se aplica a aquellos contratos en los que no resulta cantidad líquida alguna de la póliza (crédito en cuenta corriente, crédito para descuento de efectos, crédito documentario, afianzamientos mercantiles, etc.) y no a las demás operaciones bancarias”.

b) El Abogado del Estado, en el mismo sentido, en sus alegaciones (Antec. 5) dice que el tipo de contrato que sirve de título al derecho de crédito es: “Apertura de crédito en cuenta corriente, descuento en cuenta corriente y otros contratos mercantiles instrumentados mediante una relación de cuenta corriente bancaria. El artículo 1.435 LEC, penúltimo párrafo, primera frase, no abarca cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los bancos y otras entidades crediticias, ni tampoco los contratos mercantiles bancarios. Deben estar formalizados en tipos tasados de documentos públicos e implicar la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes”.

c) Por su parte, el TC definitivamente declara que el singular procedimiento del artículo 1.435 “permite la ejecución de los títulos en que se documentan tales *contratos mercantiles de préstamo* (sic) *con apertura de cuenta corriente al deudor*” [FJ 1.b)]. El *lapsus* del Tribunal demuestra bien a las claras que el confusionismo actual entre el típico préstamo (contrato real) y la apertura de crédito en cuenta corriente se eleva en ocasiones a las más altas esferas. De todas formas, se corrige plenamente en el FJ 5 al afirmarse rotundamente que “*debe advertirse, no obstante, que el artículo 1.435 LEC no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los bancos y otras entidades financieras. El precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles, que además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos*”.

Llegados a este punto he de introducir una autocita, no por la simplista satisfacción de ver confirmadas mis opiniones por tan Alto Tribunal, sino con el fin práctico de introducir la oportuna apostilla hipotecaria. En dos trabajos (de 1989, “Patología actual de la hipoteca de máximo”, *RCDI*, núm. 593, págs. 1113 y sigs.; de 1990, “Conferencia sobre hipotecas especiales”, incluida en el volumen destinado al *Curso sobre hipotecas y seguridad jurídica* publicado por el CNR recientemente, págs. 209 y sigs.) ya me había planteado el problema de la apelación, frecuente en nuestras actuales minutas de hipoteca al artículo 1.435, patológicamente extrapolado de su contexto propio, afirmando:

1) Por un lado, su inaplicabilidad en materia hipotecaria dada la prevalente vigencia de la regulación hipotecaria sobre la LEC (*ex art.* 1.282 de la misma) y el respeto escrupuloso mostrado por el propio artículo 1.435 en el inciso antes citado; la remisión que establece es directa, como veremos, al artículo 153 LH y 245 RH (también, a veces, extrapolado), que regulan un supuesto muy concreto que dentro de la tipología hipotecaria tiene características peculiares y no permite su aplicación a tipos distintos. Además, el citado precepto hipotecario prevé expresamente un temperamento fundamental: la alegación por el deudor de error o falsedad, que necesariamente ha de resolverse por Auto judicial antes de poder proseguir la ejecución. En el mismo sentido proclamó posteriormente la Resolución DGRN de 16 de febrero de 1990 la “necesidad de dar una interpretación estricta al singular beneficio que el artículo 1.435 LEC confiere a determinadas personas privadas y en particular a los bancos”.

2) La extensiva y errónea interpretación de la frase literal “se tendrá por líquida”; confundiendo la mera cuestión de liquidez (que constituye el

objeto del precepto y presupone la previa existencia del propio crédito, puesto que sólo puede ser líquido lo que ya existe) con la cuestión de la propia exigibilidad, extremo éste que ha quedado muy claro en la sentencia que comentamos según veremos.

En la práctica, y desde hace años, puedo decir que he denegado sistemáticamente en cualquier hipoteca el pacto de remisión al artículo 1.435, denegación aceptada de forma pacífica en cientos de supuestos sin un solo recurso.

II. PLANTEAMIENTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 1.435.4.º DE LA L.E.C.

Como apreciación general, cabe decir que todos los Autos citados consideran infringidos el artículo 14 CE por razón del principio de igualdad ante la Ley que establece, así como también el artículo 24 CE, tanto por lo que respecta al principio de tutela judicial efectiva, sin indefensión establecido en su párrafo 1.º, como a la exigencia de un proceso con todas las garantías, con medios de prueba suficientes, a que se refiere su párrafo 2.º. Algunos de los Autos argumentan también en base al artículo 51.1 CE y al principio que establece de defensa de los consumidores y usuarios y sus legítimos intereses económicos.

Los dos primeros principios, recordemos que incluidos entre los derechos fundamentales, se encuentran bastante entrelazados en la argumentación, por lo que no es posible una separación neta de los distintos aspectos cuestionados.

Con todo, y por lo que respecta a la cuestión de la igualdad ante la Ley, con unanimidad se proclama que el precepto de la LEC cuestionado establece un verdadero *privilegio* a favor de las entidades bancarias o de crédito del que no gozan las demás personas físicas o jurídicas, afirmándose a tal efecto:

a) Que “la desigualdad se produce respecto a las demás entidades y ciudadanos porque en la normativa general que ordena la contratación entre particulares (pues las entidades de crédito no son entes públicos) rige el principio de igualdad absoluta (arts. 1.256 y 1.115 CC)”.

b) Porque, además, “la desigualdad se produce asimismo respecto al particular que contrata con las entidades de crédito, éste no puede hacer lo propio para reclamar el saldo resultante a su favor que se derive de la misma póliza acudiendo a un juicio ejecutivo..., debiendo acudir al reconocimiento previsto por el artículo 1.430 LEC”.

c) Y “no vale afirmar —según uno de los Juzgados— que el deudor se avino contractualmente a la situación denunciada, pues ésta viene impuesta por un *contrato de adhesión* al que se acogen todas las entidades privilegiadas sin excepción”. Argumento totalmente contrario al mantenido en la STC 41/1981 de 18 de diciembre (que afirmó la constitucionalidad del art. 131 LH) y que el propio TC sigue manteniendo en ésta en la forma que veremos.

d) Por la Audiencia Provincial de Madrid se afirma que “la Sección 2.^a no alcanza a comprender las razones que llevan al legislador a singularizar los contratos mercantiles de estas entidades en comparación con la regla general, regla que se cifra en que las deudas derivadas de los contratos civiles o mercantiles no tienen carácter líquido, sin que la confección de la contabilidad de ninguna de estas entidades goce de fe pública”.

e) Otro de los Juzgados apostilla que “los controles que realiza el Banco de España no ofrecen justificación suficiente, pues ni dicho control se extiende a las operaciones concretas relativas a créditos singulares, ni la existencia de un control externo puede justificar que la liquidación del saldo deudor se haga sin la presencia del primer interesado”.

f) Es cierto que la esencia del crédito exige darle trámites ágiles para su tramitación: pero el privilegio en cuestión es absolutamente *ajeno a la condición del crédito* como muestra una confrontación entre las normas de clasificación y prelación de créditos (arts. 1.921 y sigs. CC) y las normas procesales correspondientes (especialmente el art. 153 LH, relativo a las hipotecas que garantizan cuentas corrientes). No es, por tanto, razonable que la fijación del saldo de forma unilateral por el acreedor sea inherente al propio crédito”.

g) La *intervención del fedatario* prevista... es muy limitada: 1) al acreditar que la liquidación se ha hecho en la forma pactada, se ciñe al procedimiento seguido para hacerlo según la interpretación dada por el Consejo Superior Bancario... (y) aun cuando se refiera a la adecuación y exactitud de las operaciones matemáticas realizadas con arreglo a los tipos pactados, seguiría partiendo de la documentación suministrada por el Banco; 2) la coincidencia de saldo no añade garantía alguna porque la contabilidad de la entidad crediticia es documentación privada. Como consecuencia, la Ley otorga un privilegio a estas entidades, permitiéndoles constituir títulos ejecutivos gracias a una liquidación ficticia realizada unilateralmente por ellas a partir de sus documentos privados. Con ello logran el acceso a un procedimiento judicial privilegiado cerrado a los otros acreedores. Y además se otorga un *valor probatorio privilegiado* a sus documentos contables respecto del carácter de *documento privado*

propio de los libros de los comerciantes (arts. 31 CCom y 1.228 CC), como si de documentos públicos se tratase”.

[Haciendo un breve paréntesis en la exposición, cabe afirmar que no deja de resultar extraño que en ninguno de los supuestos se haga referencia a la cláusula de variabilidad de intereses, tan frecuente en la práctica, y que indudablemente complica la fijación de saldos; tampoco existe la más mínima referencia al desdichado artículo 207.4.º del Reglamento Notarial (reformado por RD 8 junio 1984), auténtica “pasada”, como se dice coloquialmente y tuve ocasión de razonar en el primero de los trabajos anteriormente citados.]

h) A la hora de buscar justificaciones a este desigual trato legal y parte de las cuestiones relativas al contrato de adhesión y al control del Banco de España antes expuestas, otro Juzgado afirma además que “la seriedad que caracteriza a este sector empresarial (argumento, por cierto, utilizado en la importante RDGR de 16 de junio de 1936 a propósito de las cuentas corrientes, en la que se contiene también un a modo de “voto particular” del ilustre hipotecarista don Sebastián Moro Ledesma, jefe de la Sección de Recursos) es insuficiente, pues lo mismo se puede predicar de otros sectores que utilizan el mismo mecanismo de cuenta corriente y se encuentra cuarteada por la reciente historia bancaria, con crisis e irregularidades contables en diversas entidades... Por último, la necesidad de agilizar el tráfico mercantil podría justificar un procedimiento ágil de liquidación (p.ej., las hipotecas de máximo), pero no eliminarla sustituyéndola por una manifestación unilateral”.

Para concluir con el examen de este aspecto de igualdad, cabría resumir el privilegio denunciado, como lo hace el Juzgado número 8 de Sevilla, parangonando los títulos de ejecución creados en virtud del mismo con “los *certificados de descubierto que emite la Hacienda Pública para abrir la vía de apremio administrativa*”.

Por lo que respecta al principio de tutela judicial efectiva, con el derecho a un proceso con todas las garantías y con medios de prueba suficientes, la mayoría de los cuestionantes entiende que el artículo 1.435 LEC implica una alteración de las normas ordinarias de prueba que puede provocar *indefensión*. Y los razonamientos fundamentales son los siguientes:

1) Que “existe una desviación del *onus probandi* que, conforme al artículo 1.214 del Código Civil, incumbe al que reclama el cumplimiento de las obligaciones, disponiendo el artículo 48.1 del Código de Comercio que los libros de comercio sólo hacen prueba contra los propios comerciantes que los han confeccionado. Por el contrario, en virtud (del precepto

cuestionado), tratándose de un proceso monitorio documental no es necesario que el actor pruebe el saldo que resulta contra el demandado, sin que baste un pacto privado entre las partes que suponga inversión de la carga de la prueba, pues las normas procesales probatorias son de orden público y de imposible pacto en contrario”.

2) “Las manifestaciones (de la parte actora) son la única prueba de la existencia de la deuda y no sólo de su cuantía, porque una liquidación correcta del saldo de la cuenta puede entrañar un saldo nulo o incluso deudor para el supuesto acreedor. Es cierto que en un momento posterior al ejecutado puede oponerse, pero el embargo subsistirá...”; por otro lado, “el ejecutado podrá alegar la iliquidez del título ejecutivo, pero su alegato deberá ser desestimado inexorablemente. Podrá, eso sí, alegar pluspetición (art. 1.466 LEC), pero ello será en el seno del limitado debate que permite la Ley antes de dictar sentencia de remate, lo cual resulta ajeno a la indefensión denunciada, que se centra en el embargo ‘inaudita parte’ y el sometimiento a un juicio ejecutivo”.

3) El problema se agrava todavía más en caso de *rebeldía* del demandado, “pues en este caso el artículo 1.462 ordena que se traigan los Autos a la vista para dictar sentencia con la sola citación del ejecutante, resultando inevitable, dada la presunción de liquidez de la justificación de saldo, ordenar que se siga adelante con el remate de los bienes embargados”.

4) Con ello se vulnera “el derecho a un proceso con todas las garantías contenido en el artículo 24.2 CE (por cuanto) se deja el nacimiento de un título ejecutivo al arbitrio de una de las partes, título ejecutivo que abre el camino a un proceso sumario en que los *medios de defensa* quedan limitados *ex lege* y con un exiguo término probatorio más reducido incluso que el del juicio verbal”. Y si el demandado se opone a la ejecución, “se encontrará en una posición procesal de subordinación, porque: *a*) en el juicio ejecutivo hay una inversión de la posición de las partes en el proceso y, también, de la carga probatoria; no es suficiente rechazar los hechos alegados por el actor, sino que hay que alegar —y probar— las excepciones; *b*) el actor es quien tiene el derecho a las últimas alegaciones, a aportar documentos y proponer prueba, mientras que el demandado carece de la posibilidad de contradecir los datos introducidos por el demandante porque no hay trámite para ello; *c*) el término probatorio es tan sólo de diez días, normalmente insuficiente para demostrar que los cálculos del demandante no son correctos —no es líquida la obligación— o que se ha excedido en el importe de la reclamación. No vale remitirse al juicio declarativo que contempla el artículo 1.479 LEC, porque una jurisprudencia reiterada impide que en el segundo se debatan los medios de oposición que pudieran emplearse en el juicio ejecutivo, incluyendo los contemplados

en los artículos 1.467 y 1.466 LEC que producen el efecto de cosa juzgada; simultáneamente, el juicio de ejecución ofrece unos estrechos márgenes de cognición que impiden declaraciones de derecho”.

5) Insistiendo en la misma cuestión, otro Juzgado afirma que “el ejecutado se encuentra con que puede que la entidad acreedora no le ponga de manifiesto las concretas partidas del Debe y del Haber utilizadas por ésta para fijar el saldo reclamado, a lo que no está obligada, por lo que podría impugnarlas”. (Cabe hacer aquí otro nuevo paréntesis para destacar la diferencia notable que en este punto existe con la regulación del artículo 153 de la LH, por cuanto éste precepto literalmente exige que se notifique al deudor “un extracto de la cuenta”. No basta, por tanto, con notificar la cifra final del saldo contable, y conocemos personalmente algún caso en que no se despachó la ejecución de dicho efecto.) Continuando con el razonamiento del Juzgado, sigue diciendo (parece que para el caso de que sí se le manifiesten las partidas contables) que si el ejecutado “alega el pago de partidas no recogidas la prueba no es difícil y, además, le corresponde según el artículo 1.214 CC; pero si alega que no se ha obligado (por no haber dispuesto de la cantidad puesta a su disposición o en cuantía distinta a la que afirma el Banco o que el documento supuestamente negociado por éste es inexistente) tendría la carga de probar la inexistencia de la obligación para oponerse a la ejecución despachada, lo cual infringe el principio general de carga de la prueba establecida en el artículo 1.214 CC y además supone una prueba imposible al referirse a un hecho negativo”.

6) Para terminar este apartado, conviene apuntar el aspecto que varios cuestionantes destacan respecto a la posible *apertura de un juicio declarativo posterior*: aparte, sin duda, de su carácter de remedio tardío, se reprocha la reiterada interpretación que, en forma muy restrictiva, el TS hace del artículo 1.479 LEC, que “impide que en él (el juicio declarativo) se debatan las causas de oposición que pudieron ser alegadas en el juicio ejecutivo, incluida la pluspetición, cerrando en definitiva toda vía judicial para hacer valer sus legítimos derechos”. Aparte la cuestión sobreañadida de que en tal juicio posterior “el cliente encontraría las mismas dificultades de alegación y prueba de hechos negativos”.

Por lo que respecta a la cuestión de la defensa del consumidor o usuario, tres de los Juzgados (de Madrid y Sevilla) se plantean específicamente la cuestión de la relación entre el artículo 51.1 CE y la Ley 26/1984, dictada en su desarrollo con el artículo 1.435 LEC. Destacan las siguientes apreciaciones:

1.^a Que la situación de privilegio establecida en el precepto cuestionado es “completamente contraria al imperativo de defender a los consu-

midores y usuarios, protegiendo sus legítimos intereses económicos que enuncia el artículo 51.1 CE, pues en la casi *generalidad de los casos el prestatario es un usuario o consumidor...* El sistema de liquidación de créditos establecido por el artículo 1.435 LEC supone todo lo contrario (a tales legítimos intereses), pues a la *desigualdad inicial entre los contratantes añade otra a la hora de acudir al proceso*".

2.^a Que forma parte de la naturaleza jurídica del derecho de los consumidores y usuarios a ser protegidos en sus intereses económicos legítimos la exclusión de las cláusulas abusivas introducidas como condiciones generales en los contratos de adhesión. Ello de conformidad con las convicciones uniformemente admitidas por los operadores jurídicos y mostradas en el movimiento legislativo internacional atinente al derecho de los consumidores que se muestran en el Derecho comparado, en resoluciones del Consejo de Europa y, en nuestro país, en diversas leyes. Todos estos movimientos han fraguado en una legislación protectora de los consumidores, que cristaliza en este punto considerando contrarias al ordenamiento jurídico las condiciones generales que sitúen a las partes en una evidente desigualdad en su relación contractual, que *inviertan la carga de la prueba* en perjuicio del consumidor o que impliquen la *previa aceptación de la indefensión* en un eventual proceso judicial. Pertenece a la esfera de libre decisión del legislador establecer los sistemas de control de entre los varios posibles, pero sin duda choca con el artículo 51.1 que el legislador otorgue carta de naturaleza legal a condiciones generales de la contratación como las mencionadas antes. Lo cual es especialmente cierto en el sector bancario, que es *prototípico en el uso de los contratos de adhesión*, como reconoce la propia Ley 26/1988, de 29 de junio, arts. 48.2.a) y 5.e) y el catálogo de actividades definido en aplicación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (aprobado por RD 287/1991, de 8 de marzo).

Desde la perspectiva de los intereses jurídicamente protegidos que constituyen el núcleo y médula del derecho enunciado por el artículo 51.1, se alcanzan idénticas conclusiones. Pues el artículo 1.435 LEC da carta de naturaleza legal a una condición general de la contratación ínsita en una extendida práctica bancaria que refuerza la posición de superioridad que a estas entidades otorga su prevalencia económica frente a los consumidores y usuarios en un sector de la contratación de esencial importancia en la sociedad actual al traducirse en el poder de imponerse unilateralmente sobre estos últimos.

3.^a Se advierte que "es cierto que, *en concreto*, el cliente *puede no ser un consumidor* en el sentido de destinatario final del bien o servicio; pero *en abstracto*, puesto que la norma no distingue, hay que entender que todo cliente es usuario.

Aparte los tres fundamentales aspectos examinados en relación a los artículos 14, 24 y 51 CE, se contienen en el planteamiento interesantes referencias comparativas al artículo 153 LH que, ciertamente, sale muy bien parado de la comparación, según pasamos brevemente a exponer:

a) Así, por un Juzgado se “subraya el contraste que ofrece el proceso de fijación de saldos de las cuentas corrientes con garantía hipotecaria (arts. 153 y 131 LH), que a pesar de disfrutar de una garantía superior *ofrecen mayores garantías para el deudor* al permitir que éste alegue error o falsedad, que ha de ser determinado, previa comparecencia, por el Juez”.

b) También se argumenta sobre el concepto de “liquidación”, afirmando que el artículo 1.435 permite efectuar “una liquidación unilateral tanto en la fijación de las partidas del Debe y del Haber como en las operaciones aritméticas por las que se llega al saldo. Liquidación que no es propiamente tal porque excluye a la otra parte, siendo así que una verdadera liquidación requiere la intervención de las dos partes de la relación. Se confunde así cantidad líquida con cantidad determinada...” Para concluir que “si se garantiza la deuda con hipoteca *sí será preciso practicar la liquidación en la forma prevista por el artículo 153 LH, que es una auténtica liquidación*”.

III. EL INFORME DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Defiende, como parece lógico, la constitucionalidad del artículo 1.435 LEC, que, a su juicio, sólo incorpora un pacto de liquidez que con anterioridad a la norma legal ya fue declarado válido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN.

En su argumentación, que a mi juicio, y con los debidos respetos, no resulta muy brillante, destaca la *apelación esencial al dogma de la autonomía de la voluntad* y de libertad de pacto, de delicado manejo en materia procesal.

Como *argumentos concretos*, y aparte el ya conocido de la intervención o control a que están sometidas las entidades de crédito, destacan los siguientes:

1) Que el artículo 1.435 incorpora, “más que un caso de *inversión convencional de la prueba, una norma de autorización* para que en los contratos mercantiles de préstamo concertados con las entidades de crédito se incorpore un *pacto generador de un negocio jurídico de fijación para*

asegurar el desenvolvimiento de una relación jurídica ya nacida —el contrato de préstamo (*sic*: otra vez la confusión de naturaleza jurídica contractual al principio denunciada)—, determinando la liquidez y cuantía del crédito para que surta su eficacia en el proceso ejecutivo...; la liquidez de la deuda *no se sitúa en el proceso, sino fuera de él, en virtud del pacto previamente concertado*, en términos que se ajustan a las exigencias del artículo 1.273 CC y que (no van) contra la prohibición que establece el artículo 1.256 CC”.

(Una breve apostilla: si la cuestión de liquidez, a confesión de parte, “se sitúa fuera del proceso, ¿dónde está la tutela judicial efectiva?... ¿O es que el pacto, llámese como se quiera, excluye la intervención judicial nada menos que dentro del marco de un procedimiento judicial de ejecución? Quede a la meditación del paciente lector...)

2) “El *nacimiento del título ejecutivo* no se deja al arbitrio de una de las partes. Este es creado cuando ambas conciertan el contrato...; el pacto de liquidez se incorpora, pero no con eficacia constitutiva, sino simplemente como un *medio convencional de tutela del derecho de crédito*”.

Sin ninguna suspicacia, pero preventivamente, creo que tal argumento, muy escuetamente resumido en la sentencia, debe ser examinado desde una óptica precisa (y exacta): la que distingue (en contra del confusionismo histórico, como advierten CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, y actual) entre “título ejecutivo” y “título de ejecución”. Títulos ejecutivos son todos los relacionados en el artículo 1.429 LEC que permiten incoar el llamado juicio ejecutivo; en cambio, “título de ejecución” propiamente dicho no existe hasta dictada la sentencia de remate (art. 1.481 LEC), lograda la cual puede iniciarse la vía de apremio forzoso. Pero nada permite pensar que pueda crearse unilateralmente por la parte acreedora, ni siquiera apoyada en pacto previo *ad hoc*. Y la cuestión de “liquidez” ha de distinguirse netamente de la de “existencia y certeza” de la deuda, distinción muy clara en la doctrina de la sentencia que comentamos, según habrá ocasión de exponer.

3) En relación con el artículo 51.1 CE, se afirma que la legislación sobre las entidades de crédito (ni la Ley 26/1984) “no ha puesto en entredicho la validez del pacto sobre liquidez de la deuda, incorporado el artículo 1.435 LEC por la Ley 34/1984 *en fechas inmediatamente posteriores a la aprobación de la Ley 26/1984*, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Allí se armonizaron los intereses de las dos partes de las operaciones de crédito, aceptando la *enmienda de un grupo parlamentario que insistió en la necesidad de reforzar la posición jurídica del deudor, cuyo derecho quedó protegido por la voluntad popular mediante la intervención del fedatario mercantil*”.

Tal referencia a una cuestión eminentemente política se encuentra también en la argumentación del Juzgado número 8 de Sevilla, pero, curiosamente, con signo totalmente contrario por cuanto la motivación razonable de los representantes de la “voluntad popular” se tradujo en la práctica en un pobre resultado. Como dice el citado Juzgado:

“El nuevo texto del artículo 1.435 LEC dado por la reforma de 1984 vino a dividir la opinión de los prácticos. Para unos, *la reforma dio rango de Ley a la norma contenida en la extravagante Orden ministerial de 1950*, por lo que la determinación unilateral del saldo a partir de la propia contabilidad sería una auténtica liquidación si así se pactaba, aunque esto suponga una subversión del lenguaje. *Para otros, la reforma eliminó el privilegio* al exigir la práctica de una auténtica liquidación (que exige la intervención o posibilidad de intervención de las dos partes o la intervención de un tercero práctico en la materia) que debía constar en documento fehaciente para que se pudiese despachar ejecución. *Esta segunda interpretación*, defendida por el proveyente y que encuentra apoyo en los motivos del legislador expresados en la enmienda del grupo socialista del Congreso que fue acogida, *no es la que ha prosperado en los Tribunales de alzada*, favorables a la primera. Ello equivale a que los bancos puedan, mediante pacto (que por supuesto le es impuesto al cliente), la determinación unilateral de la deuda y la creación de un título de ejecución mediante un certificado, al que nada añade la nota del fedatario. Pues la mención sobre la liquidación es una mera fórmula vacía que nada añade al conocimiento del Juez y el fedatario no está en condiciones de hacer comprobación alguna, pues para ello serían precisos conocimientos contables, de matemáticas y hasta de informática que no pertenecen a lo que es propio de su función.

IV. LAS ALEGACIONES DEL ABOGADO DEL ESTADO

Tales alegaciones en pro de la constitucionalidad son de mayor enjundia técnico-jurídica y en buena parte han sido recogidas en la doctrina definitiva sentada por el Tribunal.

Cabe sintetizarlas así:

1) “En primer lugar, entiende que no hay privilegio que infrinja el artículo 14 CE. El concepto de privilegio, a la luz de nuestra Constitución, lleva inherente la nota de arbitrariedad: cualquier trato de favor... (sin) justificación teleológica congruente con la CE. Desde esta perspectiva, el artículo 1.435 puede ser perfectamente justificado. La primera frase de su penúltimo párrafo *singulariza a una categoría de acreedores* mediante una

enumeración descriptiva que viene a coincidir con la definición legal de entidad de crédito contenida en las leyes vigentes... La intermediación financiera constituye un género de tráfico cuya peculiaridad (plantea) particulares problemas... (hasta el punto de que) los incumplimientos de sus deudores típicos ("impagados") tienen mucha mayor trascendencia que para otro tipo de empresario, (hasta el punto de poder amenazar) la estabilidad del sistema financiero... Por añadidura, este trato jurídico especial no atiende solamente a los rasgos subjetivos del tipo de acreedor, (sino que se tiene en cuenta) el tipo de contrato (estrictamente la cuenta corriente bancaria, como se dijo al principio). Por otra parte, "para enjuiciar el ajuste al artículo 14 CE..., es fuerza prescindir de lo que es o no una auténtica liquidación", (puesto que dar "por evidente que sólo constituye verdadera liquidación la que se efectúa con intervención de las dos partes... [es una] petición de principio")

2) "Lo mismo cabe decir *desde la perspectiva del artículo 24.1 CE* (tal como ha sido interpretado por las SSTC 72/1982, 93/1984 y 191/1987) cuando el término de comparación es el deudor en cuanto parte demandada del juicio ejecutivo. Con carácter previo al desarrollo de esta tesis, el Abogado del Estado recuerda que *el actual artículo 31 del Código de Comercio* (Ley 19/1989, de 25 julio, corresponde al antiguo art. 47 CCom, que había sido reformado por la Ley 16/1973, de 21 julio) *permite que el Juez pueda conceder muy distinta apreciación a una contabilidad llevada con escrúpulo y rigor técnico que a otra con deficiencias*, conforme a las reglas generales del Derecho (SSTC 12 febrero 1982 y 7 octubre 1986). Al artículo 1.435.4 LEC, razonablemente interpretado no puede imputársele que fuerce al ejecutado a probar hechos negativos. *Si hubiera una serie de discrepancias fácticas* entre las partes del juicio ejecutivo, la prueba de que el ejecutado dispuso de cierta cantidad o de que existe el documento que se negoció y abonó en cuenta (es decir, que los contratos bancarios se ejecutaron realmente o comenzaron realmente a ejecutarse) correspondería a la entidad de crédito ejecutante. En efecto, aquellos hechos serían constitutivos de la pretensión (SSTS 25 abril 1990 y 25 octubre 1990) y, sobre ellos, la entidad de crédito dispondría de los elementos de prueba; en materia de reparto de la carga probatoria no se trata de aplicar "unos principios inflexibles, sino de atender a la naturaleza del debate, la disponibilidad y la realidad de la prueba" (SSTS 23 septiembre 1986, 24 abril 1987, 29 mayo 1987 y 15 junio 1988). *En todo caso, la primera frase del penúltimo párrafo del artículo 1.435 LEC no tiene que ser interpretada forzosamente como portadora de una suerte de presunción "iuris tantum" de exactitud de la certificación bancaria. El precepto es una regla sobre liquidez: precisa en qué condiciones se tendrá por líquida una cantidad*

reclamada al solo efecto de despachar la ejecución o negar el despacho. *No merma un ápice las facultades del Juez para apreciar a quién se les sigue las consecuencias desfavorables de no levantar la carga de probar lo que le incumbía. Si el ejecutado niega, con mínima verosimilitud, haber dispuesto de la cantidad acreditada y la entidad de crédito, para quien tan sencillo es probar que si hubo disposición no lo prueba, nada impide al Juez considerar improbadamente la disposición, diga lo que diga la certificación de la Entidad, precisamente porque proviene, pese al “documento fehaciente” de parte interesada.*

Asimismo subraya que el penúltimo párrafo del artículo 1.435 LEC representa ante todo una *regla relativa al despacho de la ejecución, esto es, a la admisión de la demanda ejecutiva*. De él se desprende con claridad que: i) el recto cumplimiento del precepto cuestionado es carga que pesa sobre la entidad demandante, incluida la exigibilidad y la liquidez de la cantidad (art. 1.467.2 LEC); ii) *el Juez —“ex officio”— controla la regularidad en el cumplimiento de lo dispuesto por el precepto cuestionado* (art. 1.440.3 LEC); iii) *al deudor ejecutado le cabe oponerse y alegar el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de lo dispuesto en dicho precepto, pudiendo pedir el recibimiento a prueba y proponer la que estime oportuna para demostrar lo bien fundado de su oposición*. En fin, el deudor ejecutado tiene siempre abierto el juicio declarativo ordinario en los términos del artículo 1.479 LEC y jurisprudencia que lo interpreta”.

Estableciendo la comparación con la ejecución sumaria hipotecaria, se afirma:

a) “Aun reconociendo que es cierto que en el supuesto del artículo 153 LH se le da al deudor hipotecado la posibilidad de *oponerse alegando error o falsedad antes de iniciar la ejecución, lo que muestra una mayor preocupación por ofrecer* al deudor la posibilidad de impedir que las entidades de crédito abusen de una facultad adquirida si *ex contractu*, pero desde una posición de evidente superioridad las más de las veces (arts. 51.1 CE y 7 y 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio), no se puede decir que la solución del penúltimo párrafo del artículo 1.435 LEC sea inconstitucional. El precepto muestra más preocupación por asegurar el despacho de la ejecución, pero no por eso desigual hasta lo constitucionalmente ilícito la posición del deudor ejecutado atendida la estructura y la lógica interna del ‘juicio ejecutivo’”.

b) Tras recoger el argumento de la STC 41/1981 de que el deudor “ha consentido previa y expresamente este sistema de determinación unilateral” y reiterar el del control oficial de la contabilidad y normas de actuación de las entidades de crédito, afirma no obstante que “no cabe

aceptar que se otorgue un valor probatorio y privilegiado a la contabilidad de las entidades de crédito por comparación con otros empresarios, atendido el actual artículo 31 CCom (anterior art. 47). El precepto cuestionado contiene una regla sobre liquidez de la deuda, no un criterio de valoración vinculante para el Juez". Y éste tiene "un ancho margen de interpretación para determinar... (si está) suficientemente acreditada la correcta realización de la liquidación y la coincidencia del saldo. Una interpretación adecuada de este requisito... permitiría prevenir errores y abusos antes de despachar la ejecución tan eficazmente como pueda hacerlo el sistema de (posible) oposición previa del deudor previsto en el artículo 153 LH".

c) Finalmente, en lo que respecta al artículo 51.1 CE, el Abogado del Estado discrepa frontalmente de los razonamientos anteriores. En primer lugar, por una razón de estricta doctrina constitucional: la de que "nuestra Constitución no conoce la categoría formal derechos económicos y sociales..."; son "*principios rectores*" e *informadores* que gran parte de la doctrina incluye dentro de las llamadas "normas de programación final", de difícilísimo manejo dogmático como señaló el profesor DE OTTO. Por ello "no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables" (STC 36/1991), si bien informan la práctica judicial conforme al artículo 53.3 CE.

En segundo término, se afirma, con razón, que "*no se puede equiparar la cualidad de cliente de una entidad de crédito con la de consumidor o usuario*. La Ley 26/1984, de 19 de julio, ha adoptado un concepto legal restrictivo: el "destinatario final" (arts. 1.2 y 3); por lo que los clientes de las entidades de crédito que adquieran bienes o servicios en el marco de actividades empresariales o profesionales quedan excluidos del ámbito de la protección de los consumidores..."

Todo ello muy cierto, pero, a mi juicio, el argumento no deja de encerrar un cierto sofisma, ya desde el plano de la generalidad y abstracción de las normas: si bien es cierto que no todo cliente es consumidor final, no es menos cierto que en ningún caso un cliente de un Banco pueda serlo. Aparte de ello, en el supuesto concreto, y como vimos al principio, en once de los supuestos cuestionados se trataba de pequeños préstamos o créditos personales a matrimonios con finalidades tan típicas de consumo como compra de mobiliario, de automóviles, etc.; sólo en tres contratos de negociación de letras y otro crédito para atenciones agrícolas cabe rechazar de entrada la aplicación de la Ley del Consumidor. Por tanto, y con los datos disponibles, predominaban los supuestos en que el cliente tenía la consideración y protección legal de usuario o consumidor.

V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL Y LA CONTIENDA EN EL VOTO PARTICULAR

Entrando en el examen de los Fundamentos Jurídicos (en lo sucesivo, FJ) de la sentencia, de la que fue ponente el Magistrado LEGUINA VILLA, y del voto particular discrepante del Magistrado DE LA VEGA BENAYAS, *el FJ 1.º A) establece una perfecta síntesis doctrinal del juicio ejecutivo*, en la forma siguiente:

A) *El artículo 1.429 de la LEC*, que encabeza los preceptos reguladores del “juicio ejecutivo”, enumera taxativamente los títulos que tienen aparejada ejecución y en los que deberá fundarse la acción ejecutiva. Entre ellos se incluyen las pólizas originales de contratos mercantiles, debidamente firmadas y certificadas en los términos que detalla su número 6.º. *El artículo 1.435*, por su parte, subordina la acción ejecutiva a que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación reflejada en el título y a que éste tenga por objeto una cantidad líquida que exceda de 50.000 pesetas. *La observancia de lo dispuesto en estos artículos* (y concordantes de la Ley procesal civil) *se garantiza mediante la sanción legal de nulidad*. Cuando el título no tuviere fuerza ejecutiva, ya por defectos extrínsecos, ya por no haber vencido el plazo o no ser exigible la obligación o ser ilíquida (art. 1.467.2.º LEC), el Juez ha de declarar la nulidad del juicio (art. 1.473.3.º).

La “denegación de la ejecución” puede ocurrir en dos momentos distintos: en fase de admisión y en fase de sentencia (arts. 1.440 y 1.473, respectivamente). *En el primer caso*, sin dar audiencia al demandado y tras examinar la demanda, el título ejecutivo y los documentos presentados con ella, el Juez denegará la ejecución *in limine litis*. *En caso de que se hubiere despachado la ejecución*, si el Juez apreciare posteriormente la inexistencia, nulidad o falta de fuerza ejecutiva del título, debe dictar sentencia en la que se declare la nulidad del juicio. Esta declaración, lo mismo que los restantes fallos posibles a esta altura del proceso (seguir la ejecución adelante, haber o no lugar a pronunciar sentencia de remate), puede ser realizada por el Juez en dos circunstancias diversas, que desde ahora conviene resaltar. Pues así como el despacho o la denegación de la ejecución (*ex art. 1.440*) habrán de ser adoptados “sin prestar nunca audiencia al demandado”, *la sentencia ejecutiva sólo puede ser pronunciada previa audiencia*, a cuyo objeto es elemento esencial la debida citación del deudor (arts. 1.459 y 1.460). Si el deudor debidamente citado de remate comparece en el proceso, se llevan sin más los Autos a la vista del Juez para que dicte sentencia con citación sólo del acreedor (art. 1.462). Lo

mismo ocurre si, personado el deudor, no formaliza la oposición en tiempo, aunque también resulte citado para sentencia (art. 1.463, párr. 3.º).

Por el contrario, *si el deudor se persona en los Autos* por medio de Procurador y se opone a la acción ejecutiva, formulando alguna de las alegaciones que tasan los artículos 1.464, 1.466 y 1.467, se abre una sucinta fase contradictoria, con posibilidad de prueba y de vista oral, en el modo que regulan los artículos 1.463, 1.468 y 1.472.

Si el título ejecutivo determina el nacimiento de una obligación vencida, exigible y líquida, si no adolece de defectos extrínsecos que conlleven la pérdida de su fuerza ejecutiva y si tanto el título como la obligación no fueren nulos, el juicio ejecutivo puede desplegar sus efectos normales. Una vez admitida la demanda e incoado el proceso (art. 1.440) se procede al *embargo* de los bienes del deudor suficientes para cubrir la cantidad porque se haya despachado la ejecución y las costas, salvo pago o consignación en el acto al ser requerido de pago (arts. 1.442, 1.446 y concordantes); y previo, en su caso, el incidente de oposición promovido por el demandado que comparezca, el Juez debe dictar sentencia; la cual, salvo nulidad del juicio y dando por supuestas la validez y la ejecutividad del título (núms. 1 y 2 del art. 1.467), deberá disponer que siga adelante la ejecución, a menos que se estime alguna de las excepciones o defensas alegadas por el demandado (art. 1.473, en relación con los arts. 1.464 y 1.466). No está de más recordar asimismo que aun cuando se ordene seguir la ejecución adelante, la sentencia de remate debe expresar la cantidad que ha de ser pagada al acreedor, de suerte que si aquella cantidad fuera inferior a la reclamada en la demanda no se impondrán las costas del proceso al demandado que hubiere efectuado consignación (art. 1.474, párr. 1.º).

La sentencia de remate, una vez firme o cumplidos los requisitos de la ejecución provisional, se lleva a efecto por la vía de apremio (arts. 1.481 y sigs.), *pero no producirá la excepción de cosa juzgada*, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión (art. 1.479).

El párrafo B) del citado FJ 1.º enmarca de modo preciso en tal contexto normativo el artículo 1.435, párrafo 4.º, afirmando que su *finalidad* no es otra que resolver el problema que plantean aquellos contratos mercantiles que habiendo sido documentados en una forma que les permitiría obtener legalmente fuerza ejecutiva... tienen, sin embargo, un contenido que les impide desplegarla por *falta de liquidez*. El problema se resuelve mediante un singular procedimiento de determinación de la cantidad líquida o exigible que permite la ejecución... Y se estima que el artículo 1.435.4.º “trae causa” directa del 1.429.6.º, al que no se opone ningún reparo.

Ahora bien, y precisando de forma registral la *esencia* del precepto cuestionado, el TC distingue netamente, como antes apuntamos, dos cuestiones que no pueden confundirse: la “*liquidez*” de la deuda, por un lado, y la cuestión previa de la “*certeza*”, *existencia y exigibilidad* de la misma.

A tal efecto expresa el FJ 2.º:

2. Nada habrá de decirse aquí sobre la utilidad que tales modalidades de apertura de crédito en cuenta corriente ofrecen en el tráfico mercantil ni sobre las ventajas financieras y de disponibilidad que suponen para los comerciantes y clientes en general de las entidades financieras. Y tampoco es tarea de este Tribunal censurar o combatir los posibles abusos o irregularidades que en la ejecución de tales contratos puedan eventualmente cometer las citadas entidades en su condición de acreedoras. Pero sí debemos afirmar desde un principio que *el llamado pacto de liquidez que se contempla en el artículo 1.435 LEC no determina en modo alguno las desmesuradas consecuencias probatorias* que dan por supuestas los órganos judiciales que cuestionan su constitucionalidad. Su párrafo cuarto no dispone que la certificación expedida por la entidad acreedora, en la que se especifica la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que *se limita a declarar que la cantidad exigible*, una vez especificada por la entidad acreedora en la forma pactada en el título ejecutivo, “*se tendrá por líquida*”. Que la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución *no significa que presuma que es cierta o verdadera*, puesto que, como ya tuvimos ocasión de señalar en el ATC 54/1984, tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio ordinario que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen igual fuerza y *no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada*.

Remontándose a los antecedentes históricos, continúa diciendo el citado FJ:

Existe en este punto una evidente *diferencia entre el precepto legal y su antecedente normativo*, la Orden ministerial de 21 de abril de 1950 a la que aluden todos los partícipes en este proceso constitucional. Esta Orden, que extendió a la Banca privada el privilegio otorgado dos años antes al Banco de España, contenía dos normas netamente diferentes. El actual artículo 1.435 LEC es heredero directo de la incluida en el artículo 2 de la Orden de 1950; pero *no recoge la norma de su artículo 1*, que era la que permitía que se pactase que la determinación del saldo de crédito, por parte de la entidad acreedora, “*hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes*, y a ella se someterá el deudor, los fiadores y los avalistas si los hubiere”.

Por desgracia, tan ilegal doctrina preconstitucional sigue intentándose aplicar en la práctica, pues incluso en minutas hipotecarias (tan estereotipadas a veces como las pólizas impresas) se siguen introduciendo pactos en que se leen (con asombro y pena antes de la tachadura justiciera) frases como la de que “la certificación bancaria del saldo deudor hará prueba plena en juicio, obligándose el deudor a estar y pasar por ella a todos los efectos legales”.

¿Qué decir cuando, *ad maiorem*, se intenta que por certificación unilateral del acreedor pueda acreditarse nada menos que el nacimiento de una obligación que, al pactarse, era futura? El pacto se da en la práctica, y la opinión deplorable que me merece desde el punto de vista jurídico la tengo expresada en el segundo de los trabajos antes citados. Perdóneseme nuevamente la autocita, en este caso justificada en méritos a la brevedad.

Termina el FJ 2.º colocando otro de los linderos a los que artículo 1.435.4.º LEC debe limitarse, diciendo que:

“En claro contraste con dicho precepto, *nada hay en el precepto legal aquí cuestionado que excepcione la aplicación de las reglas generales sobre prueba de aplicaciones*, incluidas las que reparten la carga de la prueba a partir del artículo 1.214 del Código Civil o las que especifican el valor y fuerza probatorias que despliegan los *documentos privados*, tanto en general (*art. 1.228 CC*) como en relación con los libros y documentos *contables de los empresarios* (regulado antes por el art. 47 y concordantes del CCom, y en la actualidad por su *art. 31* y concordantes, según la redacción de la Ley 19/1989, de 25 de julio). No cabe, por tanto, compartir la opinión expresada en varios de los autos judiciales de que el artículo 1.435 LEC viene a exigir al demandado una *prueba imposible o diabólica*, lo que, si así fuera, ciertamente la causaría indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 4/1982, FJ 5.º; 95/1991, FJ 3.º, y 227/1991, *in toto*)”.

Evidentemente, la certificación de la entidad de crédito sigue siendo un simple *documento privado*, sin más valor probatorio que el legalmente reconocido a los mismos.

Precisando el carácter de tal certificación de saldo, el FJ 3.º de la *sentencia* comienza precisando que las muy varias operaciones asentadas en cuenta, unas realizadas por la entidad, otras por el cliente, están “formalizadas en una pluralidad de documentos distintos a los libros de contabilidad, por lo que en caso de controversia sobre la realidad, fecha, cuantía o cualquier otro extremo relevantes de las operaciones entrelazadas en la cuenta corriente son *susceptibles de prueba sin dificultades especiales*. Prueba cuya carga recaerá, ora sobre la entidad financiera

acreedora, ora sobre su cliente, *de conformidad con las reglas comunes*”... Este rechazo al automatismo y a la rigidez y la apertura de un amplio portillo a toda posibilidad de prueba lleva al TC a sentar a continuación la importante doctrina siguiente:

“El párrafo cuarto del artículo 1.435 LEC *no restringe la potestad judicial para recibir el pleito a prueba*. Por el contrario, el artículo 1.469 de la propia Ley procesal fuerza a abrir período probatorio cuando cualquiera de las partes del juicio ejecutivo lo pidiera, coartando así en favor de las posibilidades probatorias de demandante y demandado las facultades ordinarias del Juez para acordar lo que proceda (art. 550 LEC). La norma cuestionada *tampoco merma las facultades del Juez para valorar las pruebas practicadas* ni para apreciar a quién se le siguen las consecuencias desfavorables de no levantar la carga de probar lo que le incumbe. Tal y como afirma con razón el Abogado del Estado, *si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud la cuantía de la suma reclamada o incluso la existencia o la exigibilidad de la deuda*, ni el artículo 1.435 ni ningún otro precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil *obligan al Juzgador a dar por probada la deuda* reclamada por la entidad acreedora. Como declaramos en la STC 118/1989, el Juez deberá adoptar en sentencia alguno de los fallos reseñados en el artículo 1.473 LEC, pero habrá de hacerlo con arreglo a los hechos que estime hayan quedado probados. De este modo el Juez podrá fallar que siga la ejecución adelante, en los términos solicitados por el acreedor, si la oposición formulada por el deudor careciera de verosimilitud o si la entidad acreedora hubiera ofrecido una prueba suficiente de los hechos determinantes de su reclamación; pudiendo liberar del pago de las costas al demandado si la entidad de crédito hubiera incurrido en plus de petición, como dispone el artículo 1.474, párrafo 1.º, LEC, cuya dicción no permite entender alteradas las reglas generales sobre carga de la prueba. Por el contrario, *si el Juez estima que la existencia de la deuda o su cuantía exacta no han quedado acreditadas, puede fallar que no ha lugar a pronunciar sentencia de remate o bien declarar, en su caso, la nulidad del juicio*, con las distintas consecuencias en materia de costas previstas por el artículo 1.474 LEC.

En consecuencia, la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito que contrarie el artículo 14 de la Constitución, pues no invierte la carga de la prueba ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que, si ocurriera, sería sin duda contrario a los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución”.

De modo expreso, y como no podía ser menos de ser, se proclama, pues, la potestad judicial para recibir todas las pruebas, apreciarlas en Derecho sin automatismos ni privilegios y fallar en consecuencia.

El *FJ 4.º* advierte que “las afirmaciones anteriores descansan sobre la hipótesis de que *el demandado se persone* en el procedimiento y formule oposición, pues *si así no fuera* los Autos son traídos sin más trámite a la vista del Juez para sentencia y, por consiguiente, sin recibir el proceso a prueba (arts. 1.462 y 1.463, *in fine*)”...

Desde esta estricta *perspectiva de la prueba*, “la ausencia del deudor en el proceso, o su silencio, obliga a efectuar *dos reflexiones sucesivas*”:

a) Una de carácter general, consistente en que se sigue la regla de los demás procesos: cuando se controvierten derechos disponibles por sus titulares, la dejación o silencio de éstos produce consecuencias de orden probatorio. Ahora bien, al no producirse en los ejecutivos la excepción de cosa juzgada (art. 1.479), el Juez, con plena justificación legal, puede fallar favorablemente una demanda donde hay apariencia de buen derecho “cuando el demandado no se toma siquiera la molestia de comparecer y de oponerse”.

Efectivamente, es un hecho que todos podemos comprobar en la práctica que en el 99 por 100 de los casos al deudor se le ejecuta sin comparecer y, por tanto, sin ninguna asistencia letrada, lo cual, aparte las lógicas consecuencias procesales, ha traído consigo la escasez de jurisprudencia acerca de los trámites iniciales de los procedimientos ejecutivos (y algún “trágala” favorecido por la congestión...).

b) Todo ello no obstante, el TC formula en la segunda reflexión anunciada una importante *advertencia* (una más de la que está impregnada la enjundiosa sentencia que comentamos), diciendo que:

“Donde estriba el peligro que los órganos judiciales han advertido es, obviamente, *en la brevedad del plazo* que la regulación vigente del juicio ejecutivo prevé para la personación del deudor —tres días, como regla general— y en la posibilidad de que *la citación se lleve a cabo por edictos*. *Estos dos aspectos problemáticos, pero colaterales al precepto cuya constitucionalidad está aquí cuestionada*, se entreverán con los que, referidos *stricto sensu* al objeto de este proceso, se analizarán más adelante desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías. *Baste por ello ahora con concluir que la norma legal cuestionada no surte por sí sola efecto probatoria alguno*, por lo que *mal puede invertir* las reglas que distribuyen *la carga de la prueba* entre las entidades de crédito y sus clientes, *ni exigir* de éstos *la prueba de hechos negativos ni sumirlos en indefensión por la brevedad del plazo de prueba*, cuya preclusión sin que

se hayan propuesto o practicado las pruebas precisas para acreditar los hechos litigiosos redundará en perjuicio de la parte ejecutada o de la ejecutante, según proceda”.

Termina el *FJ 4.º* afirmando que el “juicio de constitucionalidad ha de ceñirse, pues, al efecto propio del precepto: permitir a los bancos y otras entidades financieras que realicen sus créditos a través del juicio ejecutivo...” Por supuesto que, como se desprende la doctrina hasta ahora examinada, con plena juridicidad y sin que el artículo 1.435 LEC, tal como lo interpreta el TC, pueda significar una “patente de corso” ejecutiva, según seguiremos viendo.

El *FJ 5.º* de la sentencia estudia el precepto cuestionado desde el punto de vista del *principio de igualdad*, afirmando al efecto que:

“El artículo 14 de la Constitución impide sólo las diferencias de trato legislativo que carezcan de justificación objetiva y razonable”. Y desde este punto de vista, las diferencias que median entre las entidades de crédito, de un lado, y los restantes acreedores, de otro, “son suficientes para justificar que el legislador establezca en favor de las primeras un régimen procesal especial que facilite la realización de sus créditos”. Habida cuenta, según el TC, de las normas de supervisión administrativa que encabeza la Ley de Disciplina de 29 de julio de 1988.”

Cabe apostillar, en mi humilde opinión, que si efectivamente se aplican y dan resultado práctico.

Por otro lado, y con argumento que ya hemos examinado al principio, al encuadrar la *sedes materiae*, “el artículo 1.435 LEC no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los bancos y otras entidades financieras. *El precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que... implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos*”.

Advierte finalmente el TC, en el indicado *FJ 5.º*, que “cosa distinta es determinar si tal diferencia de trato, que comporta innegables ventajas procesales a la entidad acreedora, resulta proporcionada al legítimo fin perseguido...”, cuestión que se desarrolla en los *FJ* posteriores.

El *FJ 6.º* de la sentencia que comentamos centra las dudas de inconstitucionalidad planteadas en relación a la eventual *indefensión* del ejecutado y, “en concreto, en *dos medidas judiciales*, propias del juicio ejecutivo, que son harto distintas. Por una parte, está *el embargo de los bienes del deudor*, que de acuerdo con el artículo 1.440 ha de ser decretado a espaldas de éste; la declaración unilateral del banco o entidad financiera es bastante

para determinar la existencia de la deuda y para cifrar la cuantía por la que se ha de despachar la ejecución. Por otra parte, una vez trabados los bienes del deudor en número bastante y dictada *sentencia de remate*, puede tener lugar su venta judicial forzosa para hacer pago de la deuda unilateralmente declarada por el Banco"... Ambas decisiones mencionadas —el embargo y la sentencia de ejecución— "dan lugar a problemas distintos que demandan un examen asimismo diferenciado".

Por lo que respecta al *embargo*, establece el FJ 7.º la doctrina siguiente:

7. Como ya se ha dicho, *el embargo preventivo es decretado "inaudita parte debitoris"*, pero ello *no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar*, cuya misión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre (ATC 186/1983). Es más, la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar, y siempre en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, pues la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.

No cabe olvidar, de otro lado, que *la decisión de trabar los bienes del deudor se encuentra sujeta a dos garantías* que impiden asimismo hablar de indefensión. En primer lugar, se requiere una *apariencia de buen derecho*, acreditada documentalmente en un título ejecutivo que permita entender inicialmente justificada la interferencia en el patrimonio del demandado. No resultaría exacto afirmar que esa apariencia viene suministrada exclusivamente por la declaración unilateral de la entidad de crédito, pues en el origen de su derecho de crédito se encuentra siempre un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario, cuyo original debe ser aportado con la demanda ejecutiva y que hace fe de la existencia de una relación jurídica entre la entidad demandante y el demandado, así como de sus caracteres esenciales. Es cierto que la mera existencia del contrato no determina la existencia de deuda, y menos aún de cuantía líquida, una vez calculados y sumados los intereses devengados y deducidas las cantidades anotadas en favor del cliente. Sin embargo, puede ser considerado suficiente para acreditar una apariencia de buen derecho *digno de una tutela judicial preventiva inmediata*. De ahí que el artículo 1.400 LEC permita con carácter general que se adopten embargos preventivos cuando la solicitud se acompaña de "un documento del que resulte la existencia de la deuda", siendo siempre suficiente la aportación de uno de los títulos

ejecutivos enumerados por el artículo 1.429, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.401.

En segundo lugar, el embargo es decretado por cuenta y riesgo de la entidad financiera acreedora. Es cierto, como subraya el Juzgado de Valls, que la mera traba de los bienes trae consigo perjuicios al ejecutado. Pero tampoco puede ignorarse que si el embargo fuera infundado y se dictara luego un fallo que declarara no haber lugar a pronunciar sentencia de remate, todas las *costas del proceso*, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.472.2 LEC, deberán ser sufragadas por la entidad demandante, la cual deberá responder entonces de los *perjuicios* causados por el embargo preventivamente decretado a su solicitud, como regulan con carácter general los artículos 1.413 y 1.418 de la Ley procesal civil.

Las anteriores cautelas legales sirven de contrapeso razonable a las facultades otorgadas al actor, quien ciertamente puede obtener mediante una petición unilateral el embargo de los bienes del demandado, de valor suficiente para cubrir la cantidad inicialmente señalada por él mismo de forma igualmente unilateral, sin previo contraste con las razones y pruebas del deudor. Pero ello a sabiendas de que deberá arrostrar todas las responsabilidades que se deriven del embargo si éste resultara infundado. Siendo ello así, es razonable entender que los derechos e intereses legítimos del demandado en un juicio ejecutivo, en virtud de una reclamación apoyada en el precepto legal cuestionado de que ahora nos ocupamos, no quedan judicialmente desprotegidos ni indefensos.

Continúa el *FJ 8.º* de desarrollo de la tesis que “las observaciones que anteceden son también válidas para los supuestos en que el demandado no haya formulado oposición. Y lo son porque la apariencia de buen derecho es examinada *de oficio por el Juez* en el trámite de admisión de la demanda...: el artículo 1.435 no solamente no impide al Juez ese control inicial ni lo relega a un examen impracticable o imposible, sino que le ofrece la posibilidad de contar con el imprescindible auxilio técnico”... que el TC, con cierto optimismo, a mi modesto juicio, centra en el “documento fehaciente” en que consta la certificación bancaria... Y recogiendo el argumento del Abogado del Estado, se afirma a continuación que “son los órganos judiciales quienes habrán de interpretar el alcance que haya de darse a la tarea de acreditamiento de los extremos señalados por la Ley... para poder efectuar el examen inicial que exige el artículo 1.440, control judicial que incluye el particular de la liquidez (art. 1.467.2, *in fine*). La realización de dicho control no requiere del Juez conocimientos contables, de matemática financiera o incluso de informática, como se declara en algunos de los Autos de planteamiento, pues no se trata de decidir si la pretensión de ejecución está fundada, lo que pertenece a la sentencia, sino de efectuar un control inicial de admisibilidad de dicha pretensión”.

Un brevísimo comentario a los FJ anteriores permite afirmar que la apelación a los controles administrativos a que están sometidos las entidades de crédito a la posible imposición de costas, así como a la intervención de fedatario son, sin duda, un tanto colaterales, ajenos al núcleo esencial de la cuestión. Así parece entenderlo también el Magistrado DE LA VEGA BENAYAS, que en su voto particular, tras afirmar que está “conforme con gran parte de la sentencia en cuanto desarrolla la teoría general del proceso ejecutivo y sus peculiares características”, cree no obstante justificadas la dudas de inconstitucionalidad de los Jueces, “hasta el punto de que habría de haberse llegado a declarar la inconstitucionalidad parcial de la norma cuestionada o a ser interpretada según la Constitución”.

Basa su opinión en que:

a) La determinación del *quantum* de la deuda es un acto unilateral de la parte acreedora, sin intervención del otro contratante deudor, que le va a permitir nada menos que obtener un despacho de ejecución. Con ello se incoa un proceso que constriñe al deudor a defenderse “ya no sólo como demandado, sino como cuasi actor al gravar su *onus probandi*, primero para desvirtuar la presunción de la exigibilidad de la deuda en la cuantía así fijada (cuando de habersele oído, como prevé el art. 153 LH para un supuesto semejante, aunque no idéntico, podría evitarse esa carga) y luego para poner otras excepciones (pago, no exigibilidad, plus petición) en términos perentorios y con medios no disponibles (la documentación está en poder de la acreedora)”.

b) “La desigualdad en la Ley que aquí se opera (art. 14 CE) lo es activa y pasivamente desde las dos vertientes: acreedora y deudora”; desde la primera, porque constituye “un privilegio otorgado a las entidades de crédito, cuya justificación no es tan clara como se intenta probar con los argumentos de la sentencia”. Desde el lado pasivo, el trato que establece el artículo 1.435 “difiere del previsto para los deudores en documento privado (arts. 1.430 y sigs. LEC), en el cual se prevé la comparecencia judicial de aquellos para confesar y reconocer la firma, *como necesario para conformar el título y despachar la ejecución*”.

c) A continuación, estableciendo la comparación con el artículo 153 LH, en el que precisamente se apoya para buscar esa vía integrativa e interpretativa que permita superar las dudas de constitucionalidad del artículo 1.435, afirma que el trato conferido por el mismo “también difiere del trato conferido a los deudores con *hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito*. Aquí la Ley (art. 153.5.º LH) prevé, para proceder a la ejecución, la *notificación judicial o notarial al deudor del extracto de la cuenta, y a éste alegar*, en los ocho días siguientes, error o falsedad. No es exactamente igual la situación de acreedores y deudores en los distintos

supuestos, pero *sí constituye esa regla del artículo 153 LH una garantía para el deudor* perfectamente aplicable sin repugnancia jurídica alguna al supuesto del artículo 1.435.4.º *interpretando integrativamente* esta norma, como también pudiera haber hecho la mayoría, en lugar de declararla constitucional. *De no ser así*, el artículo 1.435.4.º permanecerá como una *muestra no muy ejemplar de desigualdad procesal*, pues tampoco es convincente el argumento de la libertad contractual referido al deudor que pacta con la entidad acreedora ese modo de fijar la cantidad líquida exigible. No es muy afortunado hablar de la libertad para evitar o justificar la posible desigualdad en situaciones encajables en los llamados contratos de adhesión”.

Con todo, es necesario destacar que el FJ 8.º de la sentencia que comentamos termina formulando una ADVERTENCIA de grueso calibre y de enorme importancia práctica: “EN CUALQUIER CASO, NADA RESULTA MAS ALEJADO DEL TEXTO LEGAL QUE EL *DESPA-CHO AUTOMATICO* DEL MANDAMIENTO DE EJECUCION (y del consiguiente embargo) PARA HACER EL PAGO DE SUMAS DETERMINADAS UNILATERALMENTE POR LA ENTIDAD ACREEDORA Y HUERFANAS DE TODA EXPLICACION Y JUSTIFICACION”.

Esta importantísima monición del TC nos recuerda, en parte, a la contenida en la *STS 41/1981*, de 18 de diciembre, como antes vimos, relativa al procedimiento sumario hipotecario; en ella se decía que “la defensa frente a las pretensiones del acreedor no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar *procedimiento registral...*, con las *garantías registrales* que la Ley concede al deudor para iniciar en el nacimiento, subsistencia y extinción del título”.

La razón de la coincidencia apuntada entre ambas consideraciones jurisprudenciales radica, a mi juicio, en que en Derecho es necesario evitar los automatismos que se pretenden en los ejecutivos (aparte la rapidez). Y así como en la sentencia que comentamos la advertencia se dirige al Juez, en la de 1981 se dirige en realidad al Registrador, conductor del llamado “procedimiento registral”, el cual, como no puede actuar en vía ejecutiva, debe hacerlo antes, preventivamente, por vía de calificación, en el momento de la inscripción de la hipoteca, por lo cual ésta nace a la vida del Derecho. Y a través de tal calificación, excluir aquellos pactos que fomenten la desigualdad de las partes o causen indeterminación o no sean adecuados a la naturaleza del tipo hipotecario que se inscribe. En definitiva, aplicar esas “garantías registrales” que prevé el Tribunal Constitucional.

A continuación, el *FJ 9.º* estudia la segunda fase del procedimiento, la *sentencia*, desde el punto de vista de las *garantías procesales esenciales*.

Comienza el TC afirmando que “la limitación de los medios de oposición a los que taxativamente enuncian los artículos 1.464, 1.466 y 1.467 LEC... *no causa indefensión al deudor*”...

A continuación, y curiosamente (en cuanto es la única comparación desventajosa que sufre el art. 153 LH por parte de todos los que intervinieron en los Autos), también dice que “el abanico de excepciones y motivos de nulidad que ofrecen (los preceptos anteriormente citados)... *es superior*, por lo demás, al permitido en el *proceso de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH*, en que se encuadra su artículo 153, y cuya constitucionalidad venimos manteniendo desde la STC 41/1981”.

Razona el TC tal aserto así: “Las *excepciones y motivos de nulidad que brinda la LEC* en el juicio ejecutivo *permiten, en efecto, discutir con toda amplitud la liquidez* de la cantidad reclamada, así como la eventual *plus petitio* en que hubiera podido incurrir la entidad crediticia al cuantificar su reclamación. Es pertinente observar a este propósito que *esa controversia cuantitativa no queda limitada a las causas de error o falsedad a que se refiere el artículo 153 LH*, y queda igualmente zanjada por resolución del Juez tras oír a las partes. *La diferencia* es que en el juicio ejecutivo el Juez oye a las partes en una vista celebrada después del período probatorio, en cuyo transcurso cabe aportar todo tipo de pruebas, mientras que en la comparecencia que introduce el artículo 153 LH en algunos juicios hipotecarios sólo se contempla la presentación de documentos en el acto, régimen sin duda más severo que el que suscitan las presentes cuestiones de inconstitucionalidad. Y, por otra parte, la Ley procesal civil no deja de establecer un contrapeso garantizador al prescribir que el exceso en la cantidad reclamada puede hacer perder a la entidad financiera acreedora el derecho a que las costas del proceso las abone el demandado; no sólo eso, sino que si los errores u oscuridades de cálculo fueran de tal entidad que impidieran entender que la cantidad reclamada era realmente líquida, la Ley dispone que procede la nulidad del juicio y, en su caso, la imposición de las costas al actor o funcionario responsable (art. 1.474). Sin que la inicial determinación de la liquidez (*ex art. 1.435*) altere en nada el juego de estas garantías objetivas de prevención y reparación de eventuales abusos”.

Rechaza a continuación el TC que la llamada “inversión del contradictorio” cause indefensión si el deudor se persona y formula oposición. En cuanto al peligro de la brevedad de los plazos, cuatro días para alegaciones y diez días para proponer y practicar pruebas (incluso más breve que en los juicios verbales); asimismo se despacha la cuestión afirmando que “la

preclusión del término probatorio no perjudica necesariamente al deudor, sino a la parte sobre la que pesa la carga de probar”..., y que en todo caso tal brevedad de los plazos es “ajena a la validez del precepto cuestionado, quedando, por tanto, fuera del objeto de este proceso”.

Se plantea nuevamente, en el *FJ 10*, el problema de que el deudor permanezca ausente del proceso, considerando que “es razonable que la Ley no haga depender la tutela judicial que se debe dar a los acreedores del hecho de que los deudores demandados comparezcan y actúen efectivamente en el proceso”..., pues “la garantía procesal que exige la Constitución para evitar la indefensión consiste ante todo en que se ofrezca a la parte la oportunidad de ser oída”.

Ello no obstante, vuelve a insistir en que “*hay dos aspectos que justifican la preocupación*: el primero hace referencia a la *brevedad del plazo* que la Ley ofrece al deudor para personarse y oponerse a la ejecución (tres días útiles, según el art. 1.461)”. A tal efecto, declara:

No es difícil, sin embargo, disipar las dudas que cupiera albergar acerca de la suficiencia del plazo legal si se tienen *en consideración dos factores*. El primero es que *en la cédula de citación de remate* el Juzgado debe hacer constar “el negocio en que haya recaído” la providencia de citación, “el objeto de la citación” y la prevención de los perjuicios, que se pararán si no compareciese el demandado (arts. 1.459 y 272 LEC). *Un cumplimiento adecuado de este importante deber judicial debería ser suficiente en circunstancias normales* para que toda persona, aun lega en Derecho, entienda la trascendencia y la fugacidad del plazo iniciado contra él. Por lo demás, es claro que los posibles incumplimientos de tales contenidos de la cédula de notificación pueden ser reparados a través de los correspondientes recursos, incluido el de amparo, sin que, como es reiterada doctrina de este Tribunal, el temor al incumplimiento de una norma implique en modo alguno su inconstitucionalidad.

El segundo factor se refiere a que los efectos del juicio ejecutivo no revisten la fuerza de cosa juzgada (art. 1.479 LEC), por lo que el ejecutado puede siempre fielmente defenderse asumiendo la condición de demandante contra el anterior ejecutante (ATC 516/1985). *Es verdad que, como señalan los órganos judiciales cuestionantes, la jurisprudencia ha restringido considerablemente las posibilidades del ulterior juicio declarativo, pero no puede negarse que dicha jurisprudencia nunca ha impedido* que quien, sin incurrir en negligencia, no gozó de una oportunidad razonable para defender sus legítimos intereses en el seno del juicio ejecutivo, *pueda desarrollar dicha defensa* en el marco de un posterior proceso declarativo ordinario, según permite el citado artículo 1.479 LEC. *Posibilidad legal que hoy se ve solemnemente respaldada por el artículo 24 de la Constitu-*

ción al proscribir que nadie pueda quedar indefenso ni verse impedido de tomar parte en un proceso con todas las garantías para la tutela de sus derechos.

En cuanto al otro aspecto considerado “preocupante”, a mi juicio de mayor gravedad, pues todo el mundo está percatado de la nula eficacia publicitaria de los edictos en medios oficiales, el TC expone, al final del citado *FJ 10*, que:

El último problema que desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución suscitan los órganos judiciales se refiere a la posibilidad de que *el cliente de la entidad de crédito sea emplazado por edictos*, lo que conducirá normalmente a que *no comparezca en el juicio ejecutivo*. En efecto, cuando no es conocido el domicilio del deudor o se ignora su paradero, la Ley prevé que se procede al embargo de sus bienes sin hacer previamente el requerimiento de pago (art. 1.444) y que luego se le cite de remate por medio de edictos, concediéndole un término de nueve días para que se persone en autos, transcurridos los cuales se le declara en rebeldía y se traen los Autos para sentencia sin más trámite (arts. 1.460 y 1.462).

Es evidente que *este modo de proceder abre riesgos de indefensión* para el deudor, quien puede verse privado en la práctica de participar en la designación y avalúo de los bienes objeto de embargo, de hacer oír su oposición a la ejecución y, en su caso, de participar en la subasta. Ahora bien, *este problema tiene un alcance más general* y es, en rigor, *ajeno al precepto que es objeto de las presentes cuestiones* y de cuya constitucionalidad hemos de decidir en este proceso. Puede afirmarse, no obstante, que la situación del deudor que no es requerido de pago ni citado personalmente de remate no se ve empeorada en modo significativo porque la cantidad que se le reclama provenga del saldo liquidado unilateralmente por una entidad de crédito en la forma que contempla el párrafo cuarto del artículo 1.435 LEC. Y no se ofrece razón o dato alguno en los Autos que induzca a pensar de otra forma.

En la argumentación de estos Fundamentos Jurídicos (9.º y 10 de la Sentencia) no dejan de obsearse algunos titubeos, por así decirlo; ante los problemas de la brevedad de los plazos o el emplazamiento por edictos, que traen como consecuencia la incomparecencia (con posible indefensión) del deudor, el TC tiene que advertir que la “cuestión es ajena a la validez del precepto cuestionado, quedando, por tanto, fuera del objeto de este proceso”... Dicho sea sin la menor crítica, pues es evidente que el TC, ante una cuestión de posible inconstitucionalidad, sólo puede actuar como legislador “negativo”, nunca como positivo, aunque certeramente apunte de pasada al legislador ordinario la necesidad de adaptar de una vez por

todas la LEC a la legalidad postconstitucional; pero de modo profundo, sin los “parcheos” y voluntarismos parciales al uso. En este sentido, cabe remitirse una vez más al voto particular del Magistrado DE LA VEGA BENAYAS, recordemos que propugnador de una interpretación integrativa del artículo 1.435 (para lo cual, a mi modesto juicio, hay base suficiente en la sentencia), quien de modo muy técnico afirma:

e) También los Jueces tienen razón cuando dudan de la constitucionalidad del artículo 1.435.4.º LEC en relación con el artículo 24 CE.

El argumento —a primera vista atrayente y tranquilizador— de que la certificación unilateralmente hecha por la entidad acreedora no es más que una presunción, un principio de prueba sólo apto para permitir el despacho de ejecución, puesto que todo estará luego sujeto a la posterior prueba y decisión judicial definitiva, tampoco vale ni elimina el reproche.

Sigue diciendo, en contra-argumentación:

“Naturalmente que *esa certificación es provisional*, ya que si no fuera así sobraría todo el sumario juicio ejecutivo, convertida aquélla en título de ejecución sin *cognitio* (tal una sentencia judicial).

El argumento es semántico, innecesario. Ocurre que, admitida, como es lógico, la naturaleza provisional y contingente de la fijación del saldo, persiste el reproche de su unilateralidad y, por ende, su desprecio al principio de audiencia e igualdad de armas. A esa unilateralidad hay que añadir otra merma de garantía, que también resulta del defectuoso texto legal.

No es cierto, en ese sentido, que la Ley determine para la certificación la garantía de fe pública (notarial o mercantil del agente o corredor). La Ley habla de fehaciencia, lo cual no equivale a instrumento o documento público. Si todo documento público es fehaciente, no todo acto o documento es público o está adornado con la fe pública.

En suma, un acto unilateral, de una de las partes contractuales, sin las garantías formales de fe pública, con la sola mínima exigencia de un contrato en el que la parte más débil acepta aquella posibilidad, obtiene por parte de la Ley una *facultad desmesurada, desproporcionada*, en cuanto obliga al deudor a soportar un proceso sumario, de ámbito limitado y constreñido a probar con muchas dificultades su postura defensiva o sus excepciones. *Sólo esta facultad extraordinaria para una parte funda la ausencia de garantía para la otra. Ninguna dificultad ofrecería para el legislador prever un trámite de audiencia al deudor en la formación del título* (el ejemplo y contraste más claro es el art. 153 LH), que ni mermaría las garantías del acreedor ni, lo que es mejor, impediría el allanamiento, evitando el proceso. *Y si no el legislador, creo que la mayoría podría haber llegado a esa solución interpretativa”.*

Reitera, para el supuesto conflictivo, que: “Cabría añadir, por último, *otra consecuencia injusta*. Me refiero a los *supuestos de ausencia o rebeldía*, en los cuales el sistema del artículo 1.435 supone la admisión del efecto de un *verdadero proceso monitorio*, es decir, embargo y ejecución sin audiencia, circunstancia que en las legislaciones que ya regulan el proceso monitorio se excluye terminantemente. Nuestra legislación no ha establecido aún esa clase de proceso y en los proyectos existentes también se excluye el supuesto de la rebeldía”.

Para concluir su voto particular diciendo que: “*Entiendo, pues, que existe indefensión del deudor y merma de garantías procesales, por lo que el artículo 1.435.4.º LEC o debió ser declarado inconstitucional o bien interpretado integradoramente* en la forma expuesta. Persistiendo su vigencia y validez, no puede ser considerado como un ejemplo de garantías para un proceso constitucionalmente correcto”.

Nada que añadir por parte de este modesto comentarista, salvo reiterar, si así se entiende por todos, que hay suficiente base para esa solución interpretativa que postula el ilustre Magistrado.

Finalmente, el Tribunal dedica los FJ 11 y 12 a examinar la cuestión relativa a la defensa del consumidor (art. 51.1 CE), y recogiendo en gran parte los argumentos del Abogado del Estado antes examinados, afirma, en síntesis:

1) Que el artículo 51.1 CE “enuncia un *principio rector* de la política social y económica y no un derecho fundamental”, sin perjuicio de tales normas de defensa, “deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)”.

2) Que las normas de la Ley General 26/1984, especialmente sus artículos 10 y 13, “son ajenas a los juicios ejecutivos iniciados por las entidades de crédito contra *empresarios o comerciantes*”, pues tales normas sólo se aplican a las “personas, físicas o jurídicas, que utilizan o disfrutan los servicios bancarios como *destinatarios finales*”.

3) Que el artículo 1.435 LEC no es contradictorio con la Ley de Defensa del Consumidor; sólo lo sería si “se entendiera que el pacto de liquidez que... prevé conllevara una inversión de la carga de la prueba, explícitamente prohibida por el artículo 10.1.8.º de la LCU”. Pero el artículo 1.435 no puede ser interpretado así: el TC vuelve a reiterar que se limita a estimar “líquida” la cantidad reclamada, pero “no a estimar veraz, y ni siquiera probada, la cantidad determinada unilateralmente por la entidad de crédito”.

4) En definitiva, reconduce la cuestión al interior del propio juicio ejecutivo, afirmando que: “Asimismo, resulta claro también que el *pacto*

que autoriza el artículo 1.435 LEC puede ser plasmado de distintas formas, todas las cuales deberán cumplir los requisitos de claridad, documentación y buena fe que explicitan los diversos preceptos de la Ley 26/1984. Preceptos que, según lo dispuesto en los artículos 51.1 y 53.3 de la Constitución, no pueden ser considerados como meras declaraciones de buenos propósitos, sino como normas jurídicas cuyos mandatos deben informar la actuación judicial y pueden ser alegados por las partes en todo tipo de procesos, incluidos los juicios ejecutivos. Ello significa que en estos procesos ejecutivos los Jueces habrán de dictar sentencia, bien denegando el remate de los bienes embargados, bien anulando el juicio en los supuestos previstos por la Ley (arts. 1.464.1 y 1.467.1 y 2 LEC); casos éstos que pueden llevar igualmente a denegar el despacho de la ejecución si son apreciados por el Juez en el control ex officio que ordena el artículo 1.440 LEC, como vimos en su momento.

Resulta, pues, meridiano que ni el párrafo cuarto del artículo 1.435 LEC, *per se*, considerando aisladamente el precepto que enuncia su primer inciso, ni tampoco en cuanto se integra en la estructura peculiar del juicio ejecutivo, contradice en modo alguno las determinaciones dictadas por el legislador para la protección, entre otros, de los usuarios de los servicios bancarios, ni niega o coarta las facultades judiciales para guardar y hacer guardar tales determinaciones”.

Cabe observar, no obstante, que ese principio informador de la defensa del consumidor, no obstante su categoría constitucional y su plasmación en una Ley específica, es una de las “cenicientas” del sistema; orfandad propiciada por el propio ejecutivo, que desde 1985 está incumpliendo el mandato legal de publicar el oportuno Reglamento de desarrollo. Excusa además, pero simplemente eso, para que por la jurisprudencia no se le dedique en ocasiones la atención debida ni se extraigan sus consecuencias prácticas.

VI. EL FALLO Y CONCLUSIONES

En atención a todos los razonamientos jurídicos anteriormente examinados, el Tribunal Constitucional falla que “no ha lugar a declarar la inconstitucionalidad de la primera frase del párrafo cuarto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción de la Ley 34/1984, de 6 de agosto”.

Con precisión absoluta, el fallo se concreta a la cuestión de constitucionalidad del específico precepto cuestionado. Pero erraría gravemente

quien se limitase a tal fallo como conclusión última de la sentencia que hemos venido comentando; se impone una relectura hacia atrás, pues es tal el cúmulo de advertencias y condicionamientos que el TC vierte acerca de tal precepto, que su interpretación y aplicación práctica ya no puede ser en el futuro lo que hasta ahora imperaba. Hasta el punto de que, a mi modesto juicio, se establecen las bases suficientes para esa interpretación “integrativa” propugnada en el voto particular. En breve recapitulación, que también es una lectura hacia atrás, al estilo hebreo, cabe destacar, como *conclusiones* más importantes (por supuesto, algo subjetivas, pero fundadas en la literalidad de la sentencia):

a) Que el párrafo 4.º del artículo 1.435 LEC restringe su aplicación, conforme a su inciso último, a lo que no sea materia hipotecaria (“cuentas corrientes garantizadas con hipoteca”), para las que existe normativa específica y de aplicación preferente, cuya constitucionalidad no ha sido sometida a debate aunque se utilice como término de comparación. En la práctica, sobre todo pacto en materia de hipoteca que no se apoye en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

b) Que aun dentro del campo que le es propio, el artículo 1.435 sólo puede tener aplicación dentro del marco específico del contrato de cuenta corriente, “único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y certificación de saldos”. Tal doctrina es, a mi juicio, perfectamente extrapolable, por identidad de *ratio*, al campo hipotecario para la debida interpretación del artículo 153 LH y, sobre todo, del confuso artículo 245 del Reglamento; no cabe aplicar el sistema de la certificación bancaria a situaciones que no son específicamente de contrato de cuenta corriente, sino de mera situación contable (o “reunión contable”, como dijo ya la RDGR de 23 de diciembre de 1987) que, en la realidad, se da siempre en cualquier relación crediticia entre una entidad de crédito y sus clientes. Y todavía sería más aberrante pretender, como en ocasiones se ha pretendido en la práctica, aplicar tal sistema para acreditar unilateralmente la perfección de obligaciones futuras.

c) Que dinamitando todo el confusionismo, el TC separa rotundamente la cuestión de la “liquidez” con la de la “certeza” de la deuda: el artículo 1.435 únicamente supone, nos dice, que la cantidad fijada en la certificación “se tendrá por líquida (a los efectos de la apertura del ejecutivo, pero)... no significa que presuma que es cierta o verdadera” (con lo cual no se produce inversión de la carga de la prueba, sino que ésta se sujeta a las reglas generales). La certificación, por otra parte, no deja de ser “un documento privado”, sin otra eficacia probatoria que la reconocida a los mismos en los artículos 47 CCom reformado y 1.228 CC. Por ello, “si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud

la cuantía de la suma reclamada o, incluso, la existencia o la exigibilidad de la deuda, ni el artículo 1.435 ni ningún otro precepto de la LEC obligan al Juzgador a dar por probada la deuda reclamada por la entidad acreedora”.

e) No hay restricción alguna, por tanto, a la potestad judicial, por cuanto “si el Juez estima que la existencia de la deuda o su cuantía exacta no han quedado acreditadas, puede fallar que no ha lugar a pronunciar sentencia de remate o bien declarar, en su caso, la nulidad del juicio”... Es más, la advertencia del TC en contra del “despacho automático” de la ejecución es rotunda, complementada a mayor abundamiento con las consecuencias previstas en el artículo 1.475.2.º LEC, expresamente citado en la sentencia.

f) La doctrina de los dos últimos puntos es perfectamente aplicable, en mi opinión, también a los ejecutivos hipotecarios: por ser doctrina general a toda ejecución y por ser la misma potestad judicial la que los preside (salvo, es obvio, el extrajudicial, actualmente en trance de revisión; veremos en qué términos). También, en base a la STC 41/1981, tan reiteradamente citada en ésta, a la propia actividad del Registrador, como conductor del procedimiento registral y dispensador de las garantías registrales. Garantías que descansan, como *prius*, en la calificación, control de legalidad esencial y preventivo; y además definitorio de la propia función registral. Que indudablemente ha de desplegar su eficacia en el mismo momento de nacer la garantía real de cualquier obligación, en forma tal que ningún pacto de ésta pueda atentar a los fundamentales principios de los artículos 14, 24 y 51 de la Constitución, tal como los desarrolla la sentencia que hemos intentado comentar.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA

Registrador de la Propiedad

De la Academia Asturiana de Jurisprudencia

Demanda improcedente contra Registrador

En un pleito seguido entre los interesados sobre nulidad de determinados documentos se pide la cancelación de los asientos originados por los mismos y se demanda por ello indebidamente a la Registradora de la Propiedad. Esta pide el sobreseimiento y el Juzgado accede declarando la nulidad del emplazamiento verificado.

Por su interés reproducimos el escrito de las alegaciones presentadas por la Registradora y el texto del Auto del Magistrado-Juez de Primera Instancia declarando el sobreseimiento.

ALEGACIONES

1. NULIDAD DE EMPLAZAMIENTO Y SOBRESEIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO CON RESPECTO A MI REPRESENTADA (art. 132 RH)

Según el artículo 132 del Reglamento Hipotecario, “en los litigios que los interesados promovieran ante los Tribunales con arreglo al artículo 66 de la Ley para ventilar y contender entre si acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del Registrador no será parte éste, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento en el caso de que en tales pleitos fuese demandado, así como deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario en cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona, se haga notar que contraviniendo la expresada prohibición se ha entendido el procedimiento con el Registrador”.

El precepto citado prohíbe expresamente que en los juicios sobre validez o nulidad de documentos intervenga el Registrador de la Propiedad

que haya calificado los títulos cuya validez o nulidad se discute. Añadiendo que dicha prohibición es apreciable por el Juez de oficio o a instancia de parte e, incluso, por gestión de cualquier persona. Por ello, según dicho precepto no se citará o emplazará al Registrador y se sobreseerá el procedimiento respecto del mismo en caso de infracción de dicha prohibición.

La presente contienda tiene como objeto fundamental la validez o nulidad de determinados documentos, el acta de rectificación de errores autorizada y otorgada el 4 de octubre de 1989 por el Notario de ... don ... y la escritura pública autorizada el 10 de mayo de 1989 por dicho Notario con el número ... de su protocolo, que fueron objeto de calificación por el Registrador de la Propiedad de ...

Consiguientemente, procede declarar la nulidad del emplazamiento a mi representada como Registrador de la Propiedad de ... y el sobreseimiento del procedimiento respecto de la misma, lo que se solicita expresamente.

2. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE MI REPRESENTADA

1.º *Defensa de los asientos registrales.*—Según el artículo 1, apartado 3, de la Ley Hipotecaria, “los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 328 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley”.

Discutida la naturaleza jurídica de la calificación registral, que se ha contemplado como función de carácter judicial, como función de carácter administrativo y, en la actualidad, predominantemente, como acto de jurisdicción voluntaria, lo cierto es que los acuerdos de los Registradores de la Propiedad han sido considerados como “sentencias administrativas” (RDGRN 7 abril 1938) o como “verdaderos juicios hipotecarios” (R. 31 julio 1944); incluso señala CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE que las decisiones de los Registradores, “si bien no originan los efectos de la excepción procesal de cosa juzgada salvo cuando surja inscribiente protegido, son, en cierto modo, sentencias pendientes de recurso ante los Tribunales cuyo plazo para entablarlo caduca al surgir aquel inscribiente”.

En consecuencia, no corresponde al Registrador de la Propiedad la defensa de los asientos practicados que están bajo salvaguardia de los Tribunales (art. 1.3 LH).

2.º *Legitimación pasiva en juicios sobre validez o nulidad de títulos.*—La inexactitud a que se refiere el artículo 1, apartado 3, de la Ley Hipotecaria existe cuando no coincide lo publicado por el Registro de la

Propiedad con la realidad; así, según el artículo 39 de la Ley Hipotecaria, “por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral”.

Una de las causas de la inexactitud registral, como señala SANZ, siguiendo a don JERÓNIMO GONZÁLEZ, es la inscripción de títulos falsos, nulos o defectuosos; en estos casos la inexactitud procede del título, pero al ser inscrito se transforma en inexactitud registral. Por su parte, ROCA SASTRE al estudiar el supuesto de que el Registro sea inexacto porque a pesar de que el título, derecho real o titularidad consten inscritos o registrados no existan en la realidad jurídica extrarregistral, distingue dos posibilidades: *a)* el título, derecho o titularidad no han existido nunca por falsedad, nulidad u otro defecto; *b)* el título, derecho o titularidad existieron efectivamente en la realidad y se constataron registralmente, pero se han extinguido por causa de haber sido anulado, resuelto, rescindido, revocado, caducado, renunciado, etc.

Por lo que ahora nos interesa, la posibilidad de que las partes de un contrato puedan acudir a los Tribunales de Justicia para obtener una declaración de inexistencia o de nulidad radical o, también, la anulación de un contrato meramente anulable está fuera de toda duda.

Según el apartado 1 del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, los interesados pueden acudir, “si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos”.

Según el apartado 1 del artículo 101 del Reglamento Hipotecario, “la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento”.

Y, por último, también hay que tener en cuenta el artículo 132 del Reglamento, anteriormente examinado.

Según CAMY, dada “la impenetrabilidad propia de toda jurisdicción, aquellos posibles litigios no pueden ir encaminados en modo alguno a obtener una decisión análoga a la que corresponde a la jurisdicción registral, o sea, a declarar que procede o no extender el asiento solicitado, sino sólo a determinar el que la cuestión planteada en el litigio, y en virtud de las pruebas practicadas en el mismo, es válida o nula”.

Por tanto, el Registrador no puede ser parte, esto es, no tiene legitimación pasiva en los juicios que sobre validez o nulidad de títulos promuevan los interesados ante los Tribunales de Justicia (art. 132 RH).

3.º *Legitimación pasiva en la rectificación judicial del Registro.*—Declara judicialmente la inexistencia o nulidad radical de un título inscrito o anulado judicialmente el simplemente viciado de nulidad relativa y dado que, según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, “la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”, el Registro deviene inexacto y procede su rectificación, que, según SANZ, puede ser, según los casos, legal, de oficio, voluntaria o judicial. Para ROCA SASTRE, según la distinción antes apuntada, en caso de falsedad, nulidad o defecto habrá que estar al artículo 40, apartado *d)*, de la Ley Hipotecaria; y en caso de anulación, resolución, rescisión, revocación, caducidad, renuncia, etc., se aplicará el artículo 37 de la Ley y, por lo que ahora nos interesa, el artículo 40, apartados *b)* y *d)*, de dicha Ley Hipotecaria.

La rectificación judicial, aplicable en ambos casos, aparece regulada en el apartado *d)* del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que establece: “Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial”. La rectificación puede suponer incluso la cancelación del asiento inexacto; así, el apartado 3 del artículo 79 de la propia Ley establece: “Podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho”. Añade el apartado 1.º, inciso inicial, de dicho artículo 40 de la Ley, en cuanto a la legitimación activa, que la rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el que “resulte lesionado por el asiento inexacto”, y el apartado 2.º del indicado artículo señala que: “En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente. Si se deniega totalmente la acción de rectificación ejercitada, se impondrán las costas al actor; si sólo se deniega en parte, decidirá el Juez a su prudente arbitrio”. Hay que puntualizar que cuando el asiento inexacto es de hipoteca, para su rectificación es necesario que consienta el titular registral, esto es, el acreedor hipotecario y, en su defecto, la rectificación sólo podrá hacerse en virtud de resolución judicial; la legitimación activa sólo la tiene el que resulte lesionado por el asiento inexacto, y la legitimación pasiva recae en las personas a quienes el asiento conceda algún derecho.

El artículo 40, apartado *b)*, de la Ley Hipotecaria aplicable a los casos de anulación, por lo que ahora nos interesa, establece que: “Cuando la

inexactitud debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la rectificación se hará mediante la correspondiente cancelación, efectuada mediante lo dispuesto en el Título IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI". En el mismo sentido, el apartado 2 del artículo 79 de la Ley establece: "Podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas cuando se extinga también por completo el derecho inscrito o anotado". El Título IV de la Ley Hipotecaria, bajo la rúbrica "De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas", regula la cancelación, reconduciéndonos a las dos soluciones ya apuntadas en el apartado d) del artículo 40 de la Ley, esto es, necesidad de consentimiento del titular registral o resolución judicial. Según el 82, apartado 1.º, de la Ley Hipotecaria, "las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino... por otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, sus causahabientes o representantes legítimos", añadiendo el apartado 2.º del artículo 174 del Reglamento: "Será necesaria nueva escritura para la cancelación, con arreglo al párrafo 1.º del artículo 82 de la Ley, cuando extinguido el derecho inscrito por voluntad de los interesados deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripción". Según el propio artículo 82, apartado 1º, de la Ley, también podrá cancelarse las inscripciones y anotaciones por "sentencia firme contra la cual no se halle pendiente recurso de casación"; el apartado 3.º de dicho artículo añade que: "Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública procediere su cancelación y no consistiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario"; apostillando el apartado 3.º del artículo 174 del Reglamento que será necesaria "resolución judicial que sea firme, por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo", si bien se exceptúa el caso de "caducidad por ministerio de la Ley". Hay que señalar igualmente que cuando el asiento a cancelar es de hipoteca, el consentimiento preciso será el de acreedor hipotecario; en caso de que la cancelación se pretenda por vía judicial, la legitimación activa la tiene el interesado en la cancelación, y la legitimación pasiva el que no la consiente porque tal cancelación le perjudica.

El Registrador, consecuentemente, no tiene legitimación pasiva en la rectificación judicial del asiento inexacto (art. 40.2 LH) ni en el juicio ordinario promovido para obtener la cancelación por resolución judicial contra el titular registral que no la consiente siendo procedente (art. 82.3 LH).

4.º *Demandas contradictorias del derecho inscrito y demandas de cancelación de la inscripción.*—Según el apartado 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, “como consecuencia de lo dispuesto anteriormente no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero”.

El precepto indicado viene a recoger una de las consecuencias procesales del principio de legitimación registral, cuyo principio, junto con el de fe pública registral, constituye el aspecto sustantivo, en su vertiente positiva, del principio de publicidad registral. La finalidad que se persigue es, según ROCA, impedir que la inscripción de un título pueda coexistir con una sentencia que, a pesar de declarar la inconsistencia de este título inscrito, no decrete a su vez la cancelación de dicha inscripción correspondiente.

La exigencia del apartado 2.º del artículo 38 de la Ley de que la demanda contradictoria del derecho real inscrito vaya acompañada de la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, ha sufrido una cierta evolución. Concebida, en un principio, como un requisito procesal para la admisión de la demanda (SSTS 23 noviembre y 14 diciembre 1961 y otras), limitan tal consideración al caso de que la acción pueda derivarse una resolución judicial para cuya perfecta ejecución sea preciso decretar la nulidad o cancelación del asiento. En la actualidad se ha superado la anterior interpretación rigorista del precepto, y así, Sentencias de 5 de mayo, 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, y de 23 de enero y 3 de junio de 1989, entre otras, señalan que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o la cancelación del asiento contradictorio, no puede ser causa, haciendo uso de una interpretación acomodada al artículo 3.1 del Código Civil, de que por razón de un error u omisión en el suplico de la demanda se inadmita ésta y, por tanto, se deniegue la petición principal, y que la acción contradictoria “lleva claramente implícita una petición de nulidad o cancelación del asiento contradictorio”.

Por ello, ejercitada una acción contradictoria de un derecho real inscrito, por ejemplo, un derecho real de hipoteca, no es ni siquiera necesario pedir expresamente la cancelación de la inscripción de la hipoteca, ya que tal petición va implícita en la petición principal (art. 38.2 LH según moderna jurisprudencia).

En virtud de lo expuesto, SUPlico a V. I. que tenga por presentado

este escrito, copia y documentos que se acompañan, por personado al Procurador que suscribe en la representación que ostenta, por hechas las manifestaciones y pedimentos contenidos en el cuerpo del mismo y, previos los trámites legales oportunos, dicte resolución en el sentido siguiente:

Primero. Declarando la nulidad del emplazamiento y el sobreseimiento del procedimiento respecto a mi representada.

Segundo. Subsidiariamente, caso de no ser apreciado el anterior pedimento, y antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, declare procedente la excepción de falta de legitimación pasiva alegada.

A U T O

En la ciudad de ... a dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Dada cuenta y por presentado el anterior escrito, únase a los Autos de su razón, dándose a las copias su destino legal. Se tiene por personado en tiempo y forma y por parte al Procurador Sr. ..., en representación de D.^a ..., en virtud de escritura de poder que bastantada en forma acompaña y que conforme solicita le será devuelta previo testimonio en Autos, entendiéndose con el mismo las sucesivas actuaciones en modo legal. Se tienen por hechas las manifestaciones que se contienen y;

Hechos. Unico. Que en este procedimiento se dirigió la demanda, entre otros, contra D.^a ..., y emplazada la misma, compareció en el término señalado haciendo las manifestaciones que constan en el escrito presentado solicitando se decretase la nulidad del emplazamiento a dicha parte efectuado y el sobreseimiento del procedimiento respecto a la demandada, quedando los autos sobre la mesa del proveyente para la resolución oportuna.

Fundamentos jurídicos. Unico. En las presentes actuaciones del Juicio de Menor cuantía se ha producido la situación procesal a que se refiere la última parte del enunciado del artículo 132 del Reglamento Hipotecario, toda vez que efectivamente se ha promovido un litigio por persona interesada con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, cuya finalidad radica precisamente en ventilar y contender entre la instante y otros interesados acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiere la calificación del Registrador, para lo que basta contemplar el suplico de la demanda, de forma que, al determinar tal precepto de manera expresa que no será parte el Registrador y haberse ocasionado, sin embargo, el emplazamiento de la Sra. ... en su condición de tal funcionaria, es pertinente corregir lo indebidamente practicado, y actuar tal y como exige el mencionado artículo, es decir, sobreseyendo el procedimiento en cuanto a dicha funcionaria al haberse hecho notar en este estadio procesal que contraviniendo la expresada prohibición, se ha entendido el procedimiento con la Registradora, lo cual es ajustado igualmente a las disposiciones alojadas en los artículos 101 y 111 del propio Reglamento Hipotecario.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

Parte dispositiva. Se declara la nulidad del emplazamiento practicado en este Juicio respecto de la Registradora de la Propiedad D.^a ..., sobreseyéndose el procedimiento respecto de tal demandada, todo ello sin especial mención en costas.

Notifíquese en legal forma esta resolución.

Así lo manda y firma D. ..., Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia número ... de ... y doy fe.—El Secretario.

LA REDACCIÓN

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Directiva sobre información al trabajador de las condiciones del contrato de trabajo.*—El *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 18 de octubre de 1991 insertó la Directiva (CEE) 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, sobre obligación del empresario de informar al trabajador de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o relación laboral.

Transcribimos los tres primeros artículos que contienen el ámbito de aplicación de esta Directiva, la obligación de informar y los medios para hacer efectiva esa información.

Art. 1. *Ámbito de aplicación.* 1. La presente Directiva se aplicará a todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral definidos por el derecho vigente en un Estado miembro y/o sujetos al derecho vigente en un Estado miembro.

2. Los Estados miembros podrán disponer que la presente Directiva no se aplique a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o mantengan una relación laboral:

a) cuya duración no rebase un mes y/o la duración de cuyo trabajo semanal no rebase ocho horas;

b) de carácter ocasional y/o especial, a condición, en los casos que existan razones objetivas, que justifiquen la no aplicación.

Art. 2. *Obligación de información.* 1. El empresario estará obligado a poner en conocimiento del trabajador por cuenta ajena a quien se aplica la presente Directiva, denominado en lo sucesivo el “trabajador”, los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral.

2. La información contemplada en el apartado 1 se referirá, al menos, a los siguientes elementos:

a) la identidad de las partes;

b) el lugar de trabajo; a falta de lugar fijo o predominante de trabajo,

el principio de que el trabajador efectúe su trabajo en diferentes lugares, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empresario;

c) la denominación, el grado, la calidad o la categoría del puesto de trabajo que desempeña el trabajador, o la caracterización o la descripción resumidas del trabajo;

d) la fecha de comienzo del contrato o la relación laboral;

e) en caso de que se trate de un contrato o de una relación laboral temporal, la duración previsible del contrato o de la relación laboral;

f) la duración de las vacaciones pagadas a las que el trabajador tenga derecho o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones;

g) la duración de los plazos de preaviso que deban respetar el empresario y el trabajador en caso de terminación del contrato o de la relación laboral, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso;

h) la retribución de base inicial, los demás elementos constitutivos, así como la periodicidad de pago a que tenga derecho el trabajador;

i) la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador;

j) en su caso:

i) la mención de los convenios colectivos y/o acuerdos colectivos que regulen las condiciones laborales del trabajador, o

ii) si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por órganos o instituciones paritarias particulares, la mención del órgano competente o de la institución paritaria competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios.

3. La información sobre los elementos a que se alude en las letras f), g), h) e i) del apartado 2 podrá derivarse, en su caso, de una referencia a las disposiciones legales reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen las correspondientes materias.

Art. 3. *Medios de información.* 1. La información sobre los elementos a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 2 podrá derivarse de la entrega al trabajador, en el plazo máximo de dos meses tras el comienzo de su trabajo:

a) de un contrato de trabajo escrito;

b) de una carta de contratación;

c) de uno o más documentos escritos, siempre que alguno de dichos

documentos incluya al menos el conjunto de los elementos contemplados en las letras *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, *h)* e *i)* del apartado 2 del artículo 2.

2. Cuando no se entregue al trabajador ninguno de los documentos contemplados en el apartado 1 dentro del plazo previsto, el empresario estará obligado a entregarle, a más tardar un mes después de que haya comenzado a trabajar, una declaración escrita firmada por el propio empresario que contenga, como mínimo, los elementos mencionados en el apartado 2 del artículo 2.

En caso de que el documento o documentos a que se hace referencia en el apartado 1 sólo contenga una parte de los elementos requeridos, la declaración escrita prevista en el párrafo primero del presente apartado se referirá a los restantes elementos.

3. En caso de que el contrato o la relación laboral termine antes de la expiración del plazo de dos meses a partir del inicio de su trabajo, la información prevista en el artículo 2 y en el presente artículo deberá serle suministrada al trabajador a más tardar a la expiración de dicho plazo.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos*.—En el *BOE* del 11 de febrero se publicó la Ley 1/1992, de 10 de febrero, por la que se establece una nueva prórroga de duración de los contratos anteriores al Código Civil de los concertados antes de la Ley de 1935, siendo el arrendatario cultivador personal, y además los anteriores a 1 de agosto de 1942 que se llamaron especialmente protegidos.

2. *Ley de nueva demarcación judicial*.—Es la Ley 3/1992, de 20 de marzo, publicada en el *BOE* del día siguiente. Se reforma la de demarcación y planta de 1988, haciendo numerosas rectificaciones.

3. *Procedimiento extrajudicial de ejecución de hipotecas*.—Se regula por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo (*BOE* del 24 de abril), que modifica los artículos 234, 235 y 236 del Reglamento Hipotecario. A este último artículo se le añaden los apartados *a* u *o* que contienen una extensa regulación de este procedimiento.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Cantabria.—Se ha promulgado la Ley de 24 de marzo de 1992 sobre constitución de reservas regionales del suelo y otras actuaciones urbanísticas prioritarias.

En *Cataluña*, el *Diario Oficial* fue pródigo en publicaciones legales durante el mes de enero, todas ellas de gran interés jurídico. Fueron las siguientes:

- Ley de 29 de noviembre de 1991 de la vivienda.
- Ley de 13 de diciembre de 1991 de modificación de la Compilación de Derecho civil en Cataluña en materia de venta a carta de gracia.
- Ley de 30 de diciembre de 1991 sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.
- Ley de 30 de diciembre de 1991 de la tutela e instituciones tutelares.
- Ley de 30 de diciembre de 1991. Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

Navarra.—Ley Foral de 16 de marzo de 1992 modificando el Texto Refundido de las disposiciones de rango legal sobre financiación agraria.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Conferencias en el Colegio Notarial de Barcelona*.—Se han desarrollado las siguientes conferencias y mesas redondas:

16 de enero:

- “Reforma del Código Civil en materia de nacionalidad”, por don JESÚS Díez del Corral Rivas, Registrador de la Propiedad de Fuenlabrada número 3.

13 de febrero:

- “El Notario y la jurisdicción ordinaria”, por don CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO, Fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

27 de febrero:

- “La ejecución de la hipoteca”, por don JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE, Magistrado.

12 de marzo:

- “Grupos de sociedades en el Derecho español”, por don ANTONIO CARMELO AGUSTÍN TORRES, Notario.

26 de marzo:

- “Introducción al nuevo Código catalán de sucesiones”, por don LUIS JOU MIRABENT y don MIGUEL TARRAGONA COROMINA, Notarios.

9 de abril:

- “La aplicación de la reforma mercantil en la jurisprudencia registral”, por don TOMÁS GIMÉNEZ DUART, Notario.

23 de abril:

- “Las agrupaciones de interés económico”, por don JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad.

2. *Conferencias en la Academia Matritense del Notariado.*— Ha continuado el ciclo de conferencias del año académico 1991-1992 organizado por el Colegio Notarial de Madrid, habiéndose desarrollado las siguientes:

16 de enero:

- “Eficacia probatoria procesal del documento público”, por don JOSÉ ALMAGRO NOSETE, Magistrado del Tribunal Supremo.

30 de enero:

- “Algunos aspectos notariales y registrales en la reforma de la Ley del Suelo”, por don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil.

13 de febrero:

- “La condición resolutoria en la compraventa de inmuebles”, por don JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GIL, Notario de Madrid.

5 de marzo:

- “Los auditores de cuentas”, por don JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO, Letrado del Estado.

26 de marzo:

- “Algunas notas diferenciales entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada”, por don MANUEL GONZÁLEZ MENESES ROBLES, Registrador Mercantil.

9 de abril:

- “La gestión en el Derecho civil”, por don MANUEL CUADRADO IGLESIAS, Catedrático de Derecho civil.

23 de abril:

- “Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación”, por don JESÚS MARINA MARTÍNEZ PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo.

Están previstas otras tres conferencias para los meses de mayo-junio.

3. *Nueva revista jurídica.*—Ha aparecido el número 1 de la *Revista Jurídica del Notariado* que edita su Consejo General, la que se presenta como fruto de la preocupación de esta Corporación por la evolución del Derecho y su adaptación a la sociedad. Se expresa que no es una revista exclusiva de los Notarios, sino que ha de interesar a todos los profesionales del Derecho preocupados por la actualización de sus conocimientos y la solución de los problemas que la práctica plantea.

Saludamos con afecto esta nueva publicación, a la que deseamos las mejores realidades y ofrecemos nuestra colaboración.

4. *Curso sobre Derecho hipotecario en Barcelona.*—En el marco de la colaboración entre el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y el Centro de Estudios Registrales en Cataluña del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se ha llevado a cabo este curso del 21 de enero al 2 de abril pasados, con notable éxito. Todas las clases fueron impartidas por nuestro compañero don PEDRO AVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad de Barcelona.

5. *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.*—El día 30 de enero se celebró la sesión de apertura del curso con una conferencia del Magistrado don JAVIER O'CALLAGHAN sobre “Derecho al honor. El honor de los grupos”.

El 3 de febrero dio comienzo el foro académico, con las siguientes comunicaciones:

- “Consejeros delegados de sociedades anónimas: facultades delegadas”, por don JOSÉ BERBEL GONZÁLEZ, Abogado.
- “Medios electrónicos en el robo con fuerza en las cosas”, por don RICARDO MATA MARTÍN, Profesor de Derecho penal.
- “El vaivén de las sentencias sobre máquinas tragaperras”, por don ANTONIO GARCÍA-QUINTANA PÉREZ, Abogado.

6. *Ciclo de conferencias en La Coruña*.—El Colegio Notarial de La Coruña y la Delegación Territorial en Galicia del Colegio de Registradores ha organizado este ciclo sobre reformas legislativas, que ha tenido lugar con el siguiente detalle:

FEBRERO

- Día 14. “La compilación del Derecho civil gallego”, por don VICTORINO GUTIÉRREZ ALLER, Notario de Lalín.
- Día 28. “Orientaciones sobre la reforma del Reglamento Hipotecario”, por don CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO, Registrador de la Propiedad de Madrid.

MARZO

- Día 13. “Instituciones de Derecho sucesorio en el proyecto del Derecho civil de Galicia del Consejo de Cultura”, por don ALFONSO ZULUETA DE HAZ, Notario de Vigo.

ABRIL

- Día 3. “Régimen proyectado para los conjuntos inmobiliarios”, por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Director General de los Registros y del Notariado.

7. *Jornadas de Información en la Cámara de Comercio de Madrid*.—El próximo día 30 de junio finaliza el plazo para la adaptación de las sociedades a las últimas reformas y por ello la Cámara de Comercio e Industria de Madrid ha organizado estas “Jornadas de información y práctica registral-mercantil”, que se ha desarrollado con el siguiente programa:

MARZO

- Día 17. “La transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada”, por don MANUEL GONZÁLEZ-MENESES, Registrador Mercantil de Madrid.
- Día 24. “La adaptación de los estatutos de las sociedades anónima y

limitada. Actuación de los administradores”, por don VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, Notario de Madrid.

- Día 31. “El depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil”, por don MANUEL CASERO MEJÍAS, Registrador Mercantil de Madrid.

A B R I L

- Día 7. “El Registro Mercantil Central: fines. Nuevas perspectivas de la publicidad formal”, por don JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY, Registrador Mercantil Central.

8. *Jornadas sobre Derecho Inmobiliario Registral en Granada*.—El Centro de Estudios Registrales de Andalucía oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad, y con la colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, ha organizado estas Jornadas, que han tenido lugar durante los días 26 y 27 de marzo, 2, 3, 9 y 10 de abril, desarrollándose las siguientes ponencias:

Jueves 26 de marzo:

- 1.^a “Derechos y documentación inscribibles en el Registro”, por don FRANCISCO GARCÍA MAS, Notario. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de Málaga.
- 2.^a “La voluntariedad y la obligatoriedad de la inscripción”, por doña CARMEN SANTANA SANTOS, Registrador de la Propiedad.

Viernes 27 de marzo:

- 1.^a “Las fincas registrales y sus modificaciones. La finca como base del Registro”, por don JOSÉ MARTÍN RODRÍGUEZ, Registrador de la Propiedad.
- 2.^a “Los principios hipotecarios; los terceros”, por don ANTONIO MANZANO SOLANO, Registrador de la Propiedad. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de Córdoba.
- 3.^a “La calificación registral y los recursos contra ella”, por don RAMÓN OROZCO RODRÍGUEZ, Registrador Mercantil.

Jueves 2 de abril:

- 1.^a “Anotaciones preventivas de demandas”, por don PEDRO ISIDORO SEGURA TORRES, Magistrado Juez de lo Social.

- 2.^a “Anotaciones preventivas de embargos”, por doña MARÍA CRISTINA PALMA LÓPEZ, Registrador de la Propiedad.

Viernes 3 de abril:

- 1.^a “Anotaciones preventivas en caso de incapacidad, quiebra y concurso. Otras anotaciones”, por don JOAQUÍN DELGADO RAMOS, Registrador de la Propiedad y Notario.
- 2.^a “Obligaciones a garantizar con hipoteca. Hipotecas en garantía de letras de cambio”, por don JESÚS CAMY ESCOBAR, Registrador de la Propiedad.
- 3.^a “Ejecución de la hipoteca”, por don FRANCISCO JAVIER AGUILERA LÓPEZ DE CASTILLA, Registrador de la Propiedad.

Jueves 9 de abril:

- 1.^a “Inmatriculación de fincas en el Registro”, por don JOSÉ MIGUEL CRESPO MONERRI, Registrador de la Propiedad.
- 2.^a “La inmatriculación y el artículo 205 de la Ley Hipotecaria”, por don RAFAEL EDUARDO DÍAZ GARUJO, Notario. Comandante Jurídico de la Armada (excedente).

Viernes 10 de abril:

- 1.^a “Urbanismo y Registro: planeamiento, obras nuevas”, por don FRANCISCO GARCÍA DE VIEDMA Y RUIZ DE ALMODÓVAR, Registrador de la Propiedad. Delegado Provincial del Colegio Nacional de Registradores.
- 2.^a “La cancelación de los asientos en el Registro”, por don JUAN FRANCISCO RUIZ-RICO MÁRQUEZ, Registrador de la Propiedad.
- 3.^a “La información registral”, por don JOSÉ LUIS LACRUZ BESCÓS, Registrador de la Propiedad.

9. *Jornadas sobre la reforma mercantil.*—El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con la colaboración de ERNST-YOUNG y la publicación *Cinco Días* ha organizado unas Jornadas prácticas sobre esta reforma, que se han celebrado en Madrid los días 6, 7, 8 y 9 de abril y se han de repetir en Barcelona en los días 4, 5, 6 y 7 de mayo.

El programa desarrollado es el siguiente:

Primera jornada:

- “La adaptación del Derecho español al Derecho comunitario de sociedades: trabajos actuales”, por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Director General de los Registros y del Notariado.

- “Adaptación de sociedades”, por don JOAQUÍN LANZAS GALVACHE, Registrador Mercantil de Sevilla.

Mesa redonda con el ponente; don JUAN BOLÁS ALFONSO, Notario de Madrid (en las Jornadas de Madrid); don JOSÉ MARQUEÑO DE LLANO, Notario de Barcelona (en las Jornadas en la Ciudad Condal); don JAVIER Díez GÁLVEZ, socio del Departamento Fiscal/Legal de Ernst & Young, y doña BELÉN VELEIRO REBOREDO, del Departamento Jurídico del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Segunda jornada:

- “La sociedad limitada: evolución y perspectivas de futuro”, por don HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil de Barcelona.

Mesa redonda con el ponente y con un Abogado (Ernst & Young); don ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Notario de Madrid (en las Jornadas a celebrar en Madrid); don JOSÉ MARTÍNEZ BORSO, Notario de Barcelona (en las Jornadas de Barcelona), y don ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, socio del Departamento Fiscal/Legal de Ernst & Young y Abogado del Estado excedente.

- “Análisis de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia societaria”, por don VALENTÍN BARRIGA RINCÓN, Registrador Mercantil de Madrid.

Mesa redonda con el ponente; don VÍCTOR MANUEL GARRIDO PALMA, Notario de Madrid (en las Jornadas de Madrid); don TOMÁS GIMÉNEZ DUART, Notario de Barcelona (en las Jornadas de Barcelona), y don ALVARO REQUEJO PASCUA, del Departamento Fiscal/Legal de Ernst & Young y Abogado del Estado excedente.

Tercera jornada:

- “Análisis de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de auditores”, por don JOSÉ M.^a GARCÍA URBANO, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Mesa redonda con el ponente; don MANUEL CASERO MEJÍAS, Registrador Mercantil de Madrid; don JOSÉ M.^a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, socio director de auditoría de Ernst & Young en Madrid (Jornadas de Madrid), y don JOSÉ M.^a LÓPEZ MESTRES, socio de auditoría de Ernst & Young (en las Jornadas de Barcelona).

- “Las cuentas anuales y su depósito”, por don JOSÉ MARÍA MÉNDEZ CASTRILLÓN FONTANILLA, Registrador Mercantil de Madrid, y don JUAN DOMÍNGUEZ MACÍAS, socio de auditoría de Ernst & Young (en las Jornadas de Madrid) o don JOSÉ MARÍA LÓPEZ MESTRES, socio de auditoría de Ernst & Young (en las Jornadas de Barcelona).
- “Consolidación de cuentas”, por don JUSTO CORREAS MARTÍNEZ, socio director técnico de auditoría de Ernst & Young (en las Jornadas de Madrid); doña SUSANA ANTOLINEZ COLLET, socia de auditoría de Ernst & Young (en las Jornadas de Barcelona).

Mesa redonda con los ponentes; don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil de Barcelona, y don JOSÉ FERRÁN-DIZ, Director del Area de Control Financiero de Repsol, S.A. (en las Jornadas de Barcelona).

Cuarta jornada:

- “Las reformas fiscales posteriores a la reforma mercantil”, por don MIGUEL CRUZ AMORÓS, Director General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda.
- “La reforma contable y su desarrollo”, por don RICARDO BOLUFER NIETO, Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).

Mesa redonda con los ponentes anteriores, señores CRUZ y BOLUFER, y don JOAQUÍN VELASCO y don JOSÉ M.^a CERVELLÓ GRANDE, socios del Departamento Fiscal/Legal de Ernst & Young.

Clausura:

- Que en Madrid será presidida por don FERNANDO PASTOR LÓPEZ, Subsecretario del Ministerio de Justicia, quien pronunciará una conferencia sobre el tema “Las reformas del Derecho en sociedades en elaboración”. Las Jornadas en Barcelona serán clausuradas por una personalidad pendiente de confirmar en el momento de cerrar este programa.

10. *III Curso de Derecho comunitario europeo*.—La Asociación Judicial “Francisco de Vitoria”, el Centro de Estudios Europeos y el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alcalá de Henares han organizado este curso bajo el título genérico “La aplicación jurisdiccional del Derecho comunitario y mercado único europeo”, que se ha celebrado

en el Palacio del Infantado y la Caja de Ahorros de Guadalajara durante los días 23, 24 y 25 de abril, con el siguiente programa:

Día 23 de abril:

- Apertura por el excelentísimo señor Director General de Relaciones con la Administración de Justicia don ANTONIO NABAL RECIO, la excelentísima Alcaldesa de Guadalajara doña BLANCA CALVO ALONSO CORTÉS y el excelentísimo Presidente de la Diputación de Guadalajara don FRANCISCO TOMEY.
- Primera ponencia: “El desarrollo del Derecho derivado sobre el mercado único en España”, por don CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO, Catedrático europeo de Derecho Comunitario y Director del Centro de Estudios Europeos y el Centro de Documentación Europea.
- Segunda ponencia: “La aplicación judicial de la propiedad industrial”, por don CARLOS FERNÁNDEZ LERGA, Abogado.
- Tercera ponencia: “La aplicación judicial a la libre circulación de trabajadores”, por don JUAN ANTONIO PEREDO LINACERO, Vocal asesor de la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas.
- Cuarta ponencia: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de Derecho de la competencia”, por don RAFAEL GARCÍA VALDECASAS, Juez del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

Día 24 de abril:

- Primera ponencia: “La jurisprudencia comunitaria en materia de ayudas estatales”, por don JAIME FOLGUERA CRESPO, Delegado de Relaciones con la Comunidad Europea del INI.
- Segunda ponencia: “Aplicación judicial de la libre circulación de capitales en el mercado único”, por don DOMINGO CARBAJO VASCO, Secretario General de Política Tributaria del Ministerio de Economía y Hacienda.
- Tercera ponencia: “El Juez comunitario nacional en la jurisprudencia española y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, por don ENRIQUE COLLADO GARCÍA-LAJARA, Magistrado y Licenciado en Derecho europeo por la Universidad Libre de Bruselas.
- Cuarta ponencia: “La aplicación judicial en la ejecución de sentencias del Derecho comunitario”, por don JOSÉ M.^a ESPINER VICENTE, Catedrático de Derecho Internacional y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares.

- Quinta ponencia: “La aplicación judicial del derecho de establecimiento y libre circulación de servicios”, por don RAFAEL PELLICER, Servicio Jurídico de la Comisión de las Comunidades Europeas.

Día 25 de abril:

- Primera ponencia: “La aplicación judicial en la libre circulación de mercancías”, por don ALFONSO MATTERA, Dirección General III, Mercado Interior y Asuntos Industriales Dirección B, Instrumentos Horizontales del Mercado Interior, Comisión de las Comunidades Europeas.
- Mesa redonda: “El papel del Juez español en la aplicación del Derecho comunitario”, por doña MARÍA TERESA FERNÁNDEZ DE LA VEGA, don ENRIQUE BACIGALUPO, don ANTONIO PEDROL RÍUS, don RAFAEL MENDIZÁBAL ALLENDE, don CLEMENTE AUGER, don JAVIER DE O’CALLAGHAN, don DÁMASO RUIZ JARABO y don JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ, siendo moderador don LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares.
- Acto de clausura del curso por el excelentísimo señor Rector de la Universidad de Alcalá de Henares, don MANUEL GALA MUÑOZ; excelentísima señora doña MARÍA TERESA FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, Vocal del Consejo del Poder Judicial; excelentísimo señor don JOSÉ BONO MARTÍNEZ, Presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y don CARLOS WESTENDORP, Secretario de Estado para las Comunidades Europeas.

11. *Jornadas sobre Fondos de Inversión Mobiliaria*.—En los días 29 y 30 de abril han tenido lugar en un hotel de Madrid estas conferencias sobre “Los fondos de inversión mobiliaria: desarrollo y rentabilidad”, organizados por el Institute for International Research España. Se analizaron la legislación y las repercusiones e incidencias de estos fondos dentro del sector inmobiliario, haciéndose un estudio comparativo con las normas del resto de Europa.

12. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—En primer lugar queremos dar noticia de dos nombramientos que han recaído sobre distinguidos miembros de nuestro Consejo de Redacción y que honran a esta *Revista*.

Nuestro Presidente, don LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, ha sido nombrado Secretario de la Real Academia.

Por otra parte, uno de nuestros Consejeros, don MANUEL AMORÓS

GUARDIOLA, en holgada votación, ha sido elegido académico de número en atención a su gran labor doctrinal en el campo del Derecho.

Felicitamos a ambos por tan justas designaciones y las celebramos como propias.

Además, hemos de reseñar que se ha iniciado un ciclo de conferencias bajo el título "La comunidad jurídica iberoamericana (1492-1992)", dirigido por don JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, para conmemorar el V Centenario del Descubrimiento.

Las conferencias pronunciadas son las siguientes:

- "El espacio jurídico audiovisual iberoamericano", por el Embajador don FÉLIX FERNÁNDEZ SHAW.
- "La especial consideración (o desconsideración) del súbdito iberoamericano en el Derecho de nacionalidad y de extranjería española", por doña SALOMÉ ADROHER BIOSCA, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Comillas (ICADE).
- "Aspectos jurídicos de la revolución mexicana", por don JOSÉ M.^a NIN DE CARDONA.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 18 de julio de 1991.*—TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—Comparecencia ante los Tribunales.—Documento Nacional de Identidad.—Sala 1.^a.—Ponente: Sr. Leguina Villa.

Antecedentes. Primero.—Don Luis Suárez Migoyo, en nombre y representación de don Manuel A. L., por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 3 de junio de 1989, interpone recurso de amparo contra la providencia del Juzgado de lo Social de Lérida de 20 de abril de 1989, confirmada por Auto de 5 de mayo de 1989.

Segundo.—La solicitud de amparo se basa en los siguientes hechos. El hoy actor de amparo recibió en su día notificación de despido por parte de la empresa "Laboratorios A., S.A.", en que prestaba sus servicios. Fracasado el intento de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Generalidad de Cataluña, sustanció demanda de despido. Tras los correspondientes trámites procesales, se emplazó a las partes para comparecer en la vista; personado el demandante, hoy actor de amparo, acompañado de su Abogado, se solicitó que se acreditara su personalidad mostrando el DNI. El recurrente manifestó que había olvidado el DNI en el vehículo de su propiedad, pidiendo permiso para acudir a por él. Se concedió por el Juez un plazo de cinco minutos, advirtiéndole que si no se aportaba el documento se le tendría por desistido. El plazo no fue suficiente para llegar al domicilio del actor, donde se encontraba el vehículo; el Letrado ofreció información testifical tanto por parte de los testigos aportados como del personal del propio Juzgado, sin que el Juez accediera a ello, limitándose éste a preguntar a la otra parte, que dijo no reconocer al actor. En consecuencia, se declaró la incomparecencia del demandante, al que se tuvo por desistido, dictándose providencia en este sentido el 20 de abril de 1989.

La providencia fue recurrida en reposición, el recurso fue desestimado por Auto de 5 de mayo de 1989.

Tercero.—La demanda fundamenta su solicitud de amparo en la vulneración del artículo 24 CE. Sostiene el recurrente que la actitud seguida por el Juez de lo Social le ha causado indefensión. Por una parte, el Juez ha entendido que la única forma de acreditación de la personalidad era el DNI; no obstante, se contradice en su Auto de 5 de mayo de 1989, ya que afirma, como así fue, que se solicitó la acreditación mediante otros medios, en especial otros carnés, siendo de menor entidad probatoria éstos que la testifical propuesta y rechazada por no

ser "esa forma procesal de acreditar la personalidad", no pudiendo, además, los testigos intervenir en calidad de tales por no haberse abierto el juicio oral.

La decisión adoptada por el Juez de lo Social es claramente desproporcionada, contrariando el artículo 24 CE tal y como ha sido interpretado por el TC.

Por todo lo anterior, concluye la demanda solicitando que se declare nulidad de la providencia de 20 de abril de 1989 y del posterior Auto de 5 de mayo de 1989 confirmatorio, reconociendo el derecho del actor a que se le tenga por comparecido en tiempo y forma en los autos de despido y a que se celebre el proceso instado, obteniendo una resolución de fondo sobre su pretensión.

Cuarto.—La Sección 1.^a de este Tribunal, mediante providencia de 19 de junio de 1989, acordó admitir a trámite la demanda. Asimismo, de conformidad con el artículo 51 LOTC, acordó requerir atentamente al Juzgado de lo Social de Lérida para que remitiera a este Tribunal testimonio de las actuaciones judiciales y para que emplazara a quienes hubiesen sido parte en las mismas, a excepción del recurrente en amparo, a fin de que pudiesen comparecer en este proceso consustancial.

Quinto.—Don Ignacio Corujo Pita, en nombre y representación del recurrente de amparo, por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 11 de julio de 1989, señala que el Juzgado de lo Social de Lérida, con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, ha desestimado una nueva demanda por despido presentada por el hoy actor, basándose su decisión en la caducidad de la acción; dicha caducidad, según la Sentencia dictada, procede de la incomparecencia apreciada por el órgano judicial en que trae su origen la presente petición de amparo. Al escrito acompaña testimonio de la Sentencia de 2 de junio de 1989 del Juzgado de lo Social de Lérida.

Sexto.—El MF, por escrito de 11 de octubre de 1989, formula sus alegaciones. Tras exponer brevemente los antecedentes del caso, señala que, tratándose de una comparecencia en la que, por olvido, no se acredita la personalidad, conceder sólo cinco minutos para ir a buscar los documentos de identificación "es tanto como negarle toda posibilidad de presentarlos por la dificultad conocida de desplazamiento que existe en cualquier ciudad", el hecho de que quepa presentar una nueva demanda no "suaviza" la decisión recurrida, ya que éste puede originar la caducidad de la acción. Por otra parte, aunque el artículo 74 LPL busque la celeridad de los procedimientos, no por ello debe interpretarse de forma desproporcionada generando un obstáculo innecesario al acceso al proceso. En el presente caso no se permitió realmente subsanar el olvido, ya que el plazo otorgado, dada su brevedad, era inutilizable. Concluye el Fiscal solicitando que se otorgue el amparo solicitado.

Séptimo.—Don Carlos de Zulueta Cebrián, en nombre y representación, previamente acreditada, de "Laboratorios A., S.A.", por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 29 de septiembre de 1989, presenta sus alegaciones. Manifiesta inicialmente algunos puntos de discrepancia en relación con los antecedentes expuestos en la demanda. Así, se indica que la afirmación consistente en que se había olvidado la documentación "por nervios" es puramente subjetiva. Por otra parte, la concesión de un plazo de cinco minutos lo fue para ir al coche, no para acudir al domicilio. Además, la hora en que se produjeron los hechos no podía calificarse de "hora punta", sin que se haya hecho constar la distancia entre el Juzgado y el domicilio del recurrente. Tampoco se deriva de las actuaciones que sea cierto que dos de los testigos fueron a buscar la documentación sin que les

diera tiempo a volver. A continuación, y en consecuencia con las anteriores matizaciones, se realiza una nueva exposición de los antecedentes de hecho.

Entrando en la valoración jurídica de estos hechos, se entiende que la doctrina del TC, en torno al artículo 24 CE, no es aplicable al presente caso. El actor omitió su obligación de identificarse mediante presentación del DNI; ante ello se le otorga un plazo para acudir al vehículo donde afirma que tiene la documentación. Agotado ese plazo, se afirma que era muy breve y que es posible el reconocimiento mediante testigos; esta alegación, además de extemporánea, produciría la nulidad de actuaciones por ser contra Ley. Por lo que respecta a la duración del plazo, es difícil saber cuál es el adecuado, tratándose de una cuestión graciable.

En definitiva, en cuanto parte, el acto no ha cumplido con una de las cargas que le impone su posición en el proceso. En consecuencia, no puede hablarse de indefensión.

Por otra parte, la petición del recurrente vulnera el artículo 14 CE en relación con el artículo 24; si prospera el recurso de amparo solicitado y en su día se declarara la nulidad del despido, la Empresa se vería obligada a pagar los salarios dejados de percibir por un acto sólo imputable al recurrente.

Por otra parte, la actuación del recurrente vulnera el principio de seguridad jurídica, ya que durante la tramitación del presente recurso se ha seguido otro procedimiento, en el que se desestimó la demanda por apreciar la caducidad de la acción. No consta que dicha Sentencia sea firme. Si se considera el amparo, al celebrarse el juicio correspondiente se alegaría excepción de litispendencia; por el contrario, si es firme, se alegaría la excepción de cosa juzgada. En ambos casos no se entraría en el fondo, desvirtuándose el amparo solicitado. Si se dictara una nueva Sentencia declarando nulo el despido, existirían dos Sentencias contradictorias.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido.

Otorgar el amparo solicitado por don Manuel A. L. y, en consecuencia:

1.º Declarar la nulidad de la providencia de 20 de abril de 1989 y del Auto de 5 de mayo de 1989 del Juzgado de lo Social de Lérida, dictados en autos de despido 70/1989.

2.º Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

3.º Retrotraer las actuaciones con el fin de que se proceda a la celebración de la correspondiente vista oral.

Todo ello, en virtud de los siguientes

Fundamentos jurídicos. *Primero.*—La cuestión suscitada por la presente demanda se limita a determinar si la decisión adoptada por el Juez de lo Social de no tener por comparecido al demandante, por no haber acreditado éste su personalidad, resulta o no lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el artículo 24.1 CE.

Según muy reiterada doctrina de este Tribunal, la tutela judicial efectiva se satisface no sólo cuando el Juez o Tribunal resuelve sobre las pretensiones de las partes, sino también cuando inadmite una acción en virtud de la aplicación razonada en Derecho y no arbitraria, de una causa legal (STC 34/1989). Ahora bien, la propia naturaleza del derecho fundamental cuyo respeto aquí se cuestiona exige que la interpretación de esos requisitos legales se realice de forma más favorable a la eficacia del derecho; ello supone, entre otras cosas, que ha de haber proporcionalidad entre la causa legal de inadmisión y el resultado al que

conduce: no dar una respuesta de fondo a la cuestión planteada (SSTC 90/1983 y 216/1989).

No le corresponde a este Tribunal enjuiciar desde el punto de vista de la legalidad ordinaria la fundamentación de todos y cada uno de los extremos fácticos que han dado lugar a la presente queja de amparo. Se trata, por el contrario, de valorar exclusivamente si en el proceso *a quo* se ha respetado la doctrina constitucional que se acaba de exponer, ya que la función de esta jurisdicción de amparo constitucional consiste en determinar la existencia o no lesiones efectivas de los derechos fundamentales reconocidos en la CE y repararlas cuando a ello haya lugar. Desde esta perspectiva, es claro que en el caso presente no ha habido proporcionalidad entre el defecto apreciado y la decisión adoptada. Ciertamente, la parte actora incurrió en el error de acudir a la vista del juicio oral sin el documento nacional de identidad que acreditara su personalidad; y también es cierto que el órgano judicial le otorgó un plazo de subsanación; transcurrido el cual, le tuvo por desistido, rechazando cualesquiera otros medios de acreditación, incluso el reconocimiento por terceros presentes en el acto. Ahora bien, por una parte el brevísimo plazo de cinco minutos otorgado para subsanar, tal como señala el MF, fue casi simbólico, y, por otra, la justificación dada a la negativa a aceptar el reconocimiento del actor se basa en una interpretación extraordinariamente rígida de la legalidad ordinaria. La conclusión, pues, es que la decisión de inadmisión adoptada ha resultado manifiestamente desproporcionada, dejando vacío de contenido el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva, por lo que procede otorgarle el amparo que nos pide.

Segundo.—Pero antes de dictar el fallo estimatorio, es preciso responder a las consideraciones que la representación de “Laboratorios A., S.A.”, hace sobre los posibles efectos de la presente Sentencia en otro procedimiento seguido sobre el mismo asunto e iniciado con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo. Este Tribunal no puede pronunciarse sobre la regularidad de actos de los poderes públicos no impugnados ante el mismo a través de los medios procesales legalmente previstos; no obstante, sí cabe decir aquí que, en buena lógica jurídica, cuando se decreta en esta vía de amparo constitucional la nulidad de una determinada resolución judicial, dicha nulidad se proyecta sobre todos los actos posteriores, correspondiendo a los propios órganos judiciales concretar los límites exactos de ese efecto anulatorio dentro de las actuaciones que estén conectadas con aquella resolución.

2. *Sentencia de 17 de octubre de 1991.*—EJECUCION DE SENTENCIA.—No es inconstitucional la transformación de una condena de hacer por su equivalente pecuniario.—Sala 1.^a.—Ponente: Sr. García-Mon y González Regueral.

Antecedentes.—1 Por escrito presentado el 20 de julio de 1988, don José Granados Weil, Procurador de los Tribunales y de don José Antonio Fernández Rodríguez, interpuso recurso de amparo contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de León, de 18 de febrero de 1988, recaído en incidente de ejecución de Sentencia, y confirmado en apelación por la Audiencia Provincial de la misma ciudad por Auto de 22 de junio siguiente.

2. Los hechos de los que trae origen el presente recurso de amparo, sucintamente expuestos, son los siguientes:

a) Don José Antonio Fernández Rodríguez, ahora recurrente en amparo, ejerció una acción reivindicatoria de una finca rústica contra doña María Rosario Esther Gordón y contra la Entidad "Hullera Vasco-Leonesa, Sociedad Anónima". El Juez de Primera Instancia número 3 de los de León dictó Sentencia, de fecha 28 de octubre de 1985, por la cual se estimaba la demanda y se reconocía la titularidad dominical del actor, condenando a los demandados a "poner a disposición del demandante el referido bien inmueble, libre de cualquier gravamen y material que en la misma se haya depositado".

b) Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de León, mediante Sentencia de 21 de abril de 1986, confirmó la resolución judicial apelada.

c) Suscitado un incidente de ejecución de Sentencia, el mencionado Juez dictó Auto, de fecha 18 de febrero de 1988, ahora recurrido en amparo, por el que se establecía la imposibilidad de ejecutar la Sentencia en sus propios términos; toda vez que de la prueba pericial practicada y del reconocimiento judicial se desprendía que levantar el carbón depositado en la finca, construir unos muros de contención y otras operaciones supondría un coste superior a 50.000.000 de pesetas, lo que resultaba desproporcionado y excesivamente oneroso para los demandados, puesto que la finca, de secano y sita al lado de unas escombreras, sólo podía valorarse en 116.025 pesetas. Por consiguiente, el Juez fijaba una indemnización sustitutoria de la entrega real del inmueble, indemnización que fijaba en el citado y total valor real de la finca con los intereses legales desde la interposición de la demanda.

d) Interpuesto recurso de apelación por el ejecutante, actual recurrente en amparo, la Audiencia Provincial de León, por Auto de 22 de junio de 1988, confirmó el Auto apelado.

3. Estima el demandante de amparo que las resoluciones recaídas en el incidente de ejecución de la Sentencia ha vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente de derecho a la ejecución de las Sentencias en los propios términos que en el fallo de las mismas se establezcan. De este modo, no puede justificarse una inejecución de Sentencia, como en este caso ocurre, mediante la tesis de la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución), ni cabe tampoco pensar que nos encontremos ante un supuesto de cumplimiento físico o jurídicamente imposible —como afirma la Audiencia— lo que hubiera exigido del Juez una declaración motivada y expresa de tal imposibilidad. En definitiva, las decisiones judiciales impugnadas permiten consumir la privación a una persona de un bien inmueble de su propiedad, en beneficio de un particular que se encuentra dispuesto a indemnizar.

Por lo expuesto, se interesa de este Tribunal que anule ambos Autos dictados en el incidente de ejecución de sentencia, y que se reconozca el derecho fundamental del recurrente a que las Sentencias sean ejecutadas en sus propios términos, es decir, aquellos que en el fallo se establezcan, en cuanto contenido del derecho recogido en el artículo 24.1 de la Constitución.

Fallo.—El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado.

Fundamentos jurídicos.—1. El recurrente en amparo considera que se ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) en su vertiente de derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos una vez han devenido firmes. Así —se dice— el Auto recurrido, de fecha 18 de febrero de 1988, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de León en el incidente de ejecución, modifica injustificadamente lo ya resuelto en su día por Sentencia, al fijar una indemnización por el

valor real de la finca, como medida sustitutoria para el cumplimiento de la misma, en vez de obligar a la Entidad demandada a la entrega de la finca libre de todo tipo de escombros. Se denuncia que ello ocasiona una lesión del derecho de propiedad (art. 33 de la Constitución) y que vulnera el derecho a la ejecución de la Sentencia (art. 24.1 CE). A esta pretensión se oponen tanto el Ministerio Fiscal como la Sociedad anónima demandada en el proceso civil previo al amparo, quienes alegan, sustancialmente, que es constitucionalmente posible la ejecución de Sentencias por equivalente o por sustitución cuando deviene física o jurídicamente imposible el cumplimiento en sus propios términos, según prevé expresamente el artículo 18.2 de la LOPJ.

2. Acotada así la posición de las partes en el presente recurso, hay que decir que el recurrente no impugna ni la valoración dada a la finca por las resoluciones impugnadas —116.025 pesetas— según las pruebas pericial y de reconocimiento judicial practicadas, ni la valoración o el coste a que, según las mismas pruebas, ascendería el importe de la remoción y retirada de los escombros y la construcción de un muro de contención para evitar el vertido de nuevos escombros que, según dichas resoluciones, superaría los 50.000.000 de pesetas. Omite el recurrente toda referencia a estos datos fácticos, limitándose a solicitar en este recurso de amparo lo mismo que había pedido en la apelación, que se le otorgue y reconozca su derecho a que la Sentencia de 28 de octubre de 1985, dictada en el procedimiento sobre acción revindicatoria, se cumpla en los propios términos que determina el fallo, es decir, mediante la entrega de la finca libre del material y escombros depositados en ella.

Este Tribunal ha sostenido en casos anteriores la siguiente doctrina. Que la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 de la Constitución comprende el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos sin el cual carecerían precisamente de efectividad las resoluciones judiciales; que, no obstante ese principio general, hay casos en los que, en trámite de ejecución de sentencia, la transformación de una condena establecida en su parte dispositiva por su equivalente pecuniario, podrá ser más o menos acertada en el plano de la legalidad ordinaria, o, si se quiere, contrario a la misma, pero ello, por sí solo, no vulnera el derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 de la Constitución (STC 58/1983, fundamento jurídico 3.º; razonamiento que se reitera en STC 69/1983, fundamento jurídico 3.º); que, en principio, corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia, sin que sea función del Tribunal Constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido (STC 125/1987, fundamento jurídico 2.º, reiterada en STC 167/1987, fundamento jurídico 4.º), y, en definitiva, que tan constitucional es una ejecución de Sentencia que cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario (AATC 528/1986, fundamento jurídico 2.º, y 700/1986, fundamento jurídico 2.º).

3. La doctrina jurisprudencial expuesta, de indudable aplicación a los hechos alegados en el presente recurso y a la concreta pretensión formulada en el mismo, permite estimar inexistente la pretendida violación del derecho fundamental invocado en la demanda. Así, el Juez de Primera Instancia, en incidente de ejecución de Sentencia, realizó —como ya hemos dicho— el reconocimiento judicial de la finca y ordenó la práctica de una prueba pericial, a results de lo

cual quedó acreditado que la finca, de secano y sita junto a otras destinadas a almacenar escombros, poseía un valor que apenas sobrepasaba las 100.000 pesetas, mientras, en cambio, las operaciones de retirada de los escombros, construcción de un muro de contención en el linde con las otras fincas y otras obras suponían un valor aproximado de 50.000.000 de pesetas; era patente, además, que la Compañía extractora compró la finca de quien creía era su propietaria —antes de ejercer el actor la acción reivindicatoria de dominio— y, como expone en sus alegaciones, con el fin de destinarla junto a otras a la recogida de escombros. De acuerdo con estas circunstancias, el Juez, cuyo criterio confirmó la Audiencia, estimó que configuraba un abuso de derecho, o un ejercicio antisocial del derecho de propiedad, la pretensión del recurrente de que la Sentencia se ejecutara en sus propios términos por sus desproporcionadas consecuencias; y ante la imposibilidad de esa modalidad de cumplimiento, estableció una ejecución por sustitución o equivalente pecuniario mediante el pago de una indemnización en vez de la entrega de la finca.

Todo ello, como señalan en sus alegaciones el Ministerio Fiscal y la parte demandada, constituye un problema de legalidad ordinaria que encuentra su apoyo legal en lo dispuesto por el artículo 18.2 de la LOPJ, precepto del que hacen aplicación las resoluciones impugnadas, tras la afirmación de unos hechos y una fundamentación jurídica que conduce razonada y razonablemente, sin necesidad de ninguna declaración previa, a aquella conclusión.

4. Por último, es patente que el alcance del derecho de propiedad o de la función social de la misma (art. 33 de la Constitución) no es un objeto posible de discusión en el proceso de amparo constitucional, conforme resulta del artículo 53.2 de la Constitución y del artículo 41.1 de nuestra Ley Orgánica.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por CARMEN BETEGÓN SANZ,
FERNANDO CURIEL LORENTE y
JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CONDICION RESOLUTORIA POR PRECIO APLAZADO.— LA COBERTURA DEL ARTICULO 1.504 CC ALCANZA TANTO AL PRECIO COMO A LOS INTERESES.— DEBE INSCRIBIRSE LA CLAUSULA PENAL. (RESOLUCIONES DE 5, 6 Y 7 DE FEBRERO DE 1990. BOE DE 2 DE MARZO.)

Hechos.—I. El día 25 de octubre de 1988, mediante escritura autorizada por don José Vicente Martínez-Borso López, Notario de Barcelona, la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares vendió una finca urbana a don Juan Antonio López Chico y doña María Rosa Coronas Saludes que la adquirieron por mitades indivisas por el precio de 2.950.000 pesetas, de las que 295.000 pesetas declaró la vendedora haberlas recibido, y en cuanto al pago de la cantidad restante se estableció lo siguiente: "Y la cantidad restante de 2.665.000 pesetas se harán efectivas por la parte compradora mediante 143 entregas mensuales, de importe unitario, incluidos intereses en cada una de ellas de 34.871 pesetas y uno, el último, de 34.960 pesetas, incluidos también los intereses. La diferencia entre el montante de las entregas y el precio aplazado de 2.366.513 pesetas corresponden a los intereses convenidos, que han sido calculados a razón del tipo del 12 por 100 anual, con amortizaciones, según el sistema francés, de acuerdo con el cuadro de amortización que me entregan para unir a la primera copia que de la presente se expida. La liquidación de los pagos correspondientes a la cantidad aplazada se efectuará mediante cargos a la cuenta corriente número 65569-38 de la oficina número 900 de la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares, para lo cual queda expresamente autorizada la parte vendedora por la parte compradora. Al impago de cualquiera de las cantidades aplazadas se le da el carácter de condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. El cumplimiento de la condición facultará a la vendedora para dar por resuelto el contrato, con arreglo a las reglas siguientes: A) Bastará para dar por resuelta la compraventa de la finca descrita el requerimiento de resolución previsto en el artículo 1.504 del Código Civil, concediéndose a la parte compradora el plazo de quince días naturales a contar de la notificación de la resolución, para hacer efectivas las cantidades adeudadas. B) Transcurrido el citado plazo sin que la compradora haya abonado las cantidades vencidas, más los gastos de requerimiento, quedará resuelta de pleno derecho la compraventa, sin necesidad de nuevo requerimiento, recuperando la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares el

pleno dominio y la posesión de derecho de la finca, libre de cualquier carga o gravamen impuesto por la parte compradora. C) El requerimiento resolutorio mencionado podrá hacerse por conducto notarial o judicial, considerándose bien hecha la notificación si se efectúa por cualquiera de las formas admitidas por la Ley, incluso por edictos. D) Para constatar en el Registro de la Propiedad la ejecución y cumplimiento de esta condición resolutoria y, por tanto, la recuperación del dominio de la finca por la Caja vendedora y la nueva inscripción a su favor, a los efectos prevenidos en los artículos 59 y 175, regla sexta, del Reglamento Hipotecario, bastará con presentar copia auténtica del referido requerimiento notarial o judicial de resolución y conminación al pago, y sin que ni de tal acta ni de los libros del Registro resulte que la parte compradora haya satisfecho la cantidad aplazada. Asimismo, se acompañará certificación de conforme se ha efectuado la consignación de las cantidades recibidas a cuenta del precio en establecimiento bancario o Caja de Ahorros oficial para su devolución, en su caso, a la parte compradora, previas las deducciones procedentes de acuerdo con la regla siguiente. E) En caso de resolución, la parte vendedora retendrá la mitad de todas las cantidades ya abonadas, en concepto de pena por incumplimiento, utilización de la finca vendida e indemnización por daños y perjuicios, sin que en ningún caso dicha indemnización pueda superar el 20 por 100 del precio total del departamento objeto de esta venta por cada año transcurrido desde la fecha de la firma del presente contrato. Igualmente, quedarán a favor de la parte vendedora cuantas obras e instalaciones de carácter fijo haya introducido la parte compradora de la finca, sin tener que abonar por ello cantidad alguna. F) Además de las cantidades anteriores, la Caja vendedora retendrá otra cantidad del total satisfecho por la compradora, en concepto de gastos y honorarios que, en su caso, y de cualquier tipo se devenguen por la resolución de la presente transmisión así como de las acciones correspondientes destinadas al desalojo de los ocupantes que, en su caso, y de cualquier tipo se devenguen por la Resolución de la presente transmisión, así como de las acciones correspondientes destinadas al desalojo de los ocupantes que, en su caso, pudieran haber en la finca transmitida. Las expresadas cantidades anteriores se deducirán, en su caso, y directamente por la Caja de los importes consignados de conformidad con el apartado D) anterior, devolviéndose a la compradora el saldo que, en su caso, resultare a su favor".

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 7 de los de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento porque el cuadro de amortización que se acompaña carece de los requisitos necesarios para ser considerado 'documento' al carecer de las firmas de los interesados y de la diligencia o testimonio notarial de coincidencia con el original, por lo que tampoco es posible determinar si es el mismo cuadro de amortización al que alude el Notario autorizado en el apartado b) de la cláusula segunda de la escritura. Dicho cuadro de amortización es fundamental a efectos de la inscripción de la escritura, puesto que en él aparecen las fechas de vencimiento y las cantidades correspondientes al precio aplazado y a los intereses, y como sólo se consideran inscribibles, a efectos de la condición resolutoria que se pacta en la escritura las cantidades correspondientes al precio y no a los intereses, es necesario que consten especificadas tales cantidades de precio, pues su falta de pago y no la de los intereses es la que dará lugar a la aplicación del artículo 1.504 del Código Civil y del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, y ello ha de resultar de un documento adecuado que lo sería precisamente el referido cuadro de amortización si no fuera porque carece de las firmas y de

la diligencia notarial referidas, aunque también podría serlo una escritura complementaria o una instancia firmada por los interesados conforme al artículo 110 del Reglamento Hipotecario con legitimación notarial de firmas o notificada ante el Registrador. Que la parte correspondiente a los intereses del precio aplazado no es inscribible a efectos de la condición resolutoria, se argumenta por lo siguiente: 1.º Porque el artículo 1.504 del Código Civil, el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y el artículo 59 de su Reglamento se refieren exclusivamente al 'impago' del precio aplazado y no a los intereses; 2.º Porque no es sólo la letra de dichos preceptos, sino que 'precio' e 'intereses' son dos conceptos diferentes, cada uno con un régimen jurídico y su causa, siendo el primero 'el precio de la finca' y los intereses el 'precio del dinero aplazado'; 3.º Porque el artículo 1.504 del Código Civil en su modalidad de pacto de la *lex commissoria* regulado por el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento es un precepto excepcional, de resolución de contrato, de efectos reales *erga omnes* y de automatismo y autotutela por la vía extrajudicial, que no puede ser interpretado extensivamente; 4.º Porque la legislación hipotecaria sólo permite garantizar la obligación de intereses con efectos reales a través de la hipoteca hasta el límite máximo de cinco años, según resulta del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que no es el supuesto de la escritura, en la que se pactan 143 mensualidades de intereses. Aparte de ello, tampoco son inscribibles los apartados E) y F) de la cláusula segunda, ni las referencias en ellos en la cláusula D), ni la cláusula tercera, pues se trata de una cláusula penal y de estipulaciones personales que carecen de trascendencia real inmobiliaria, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Defecto subsanable el relativo a la distribución de cantidades por el concepto de precio del cuadro de amortización e insubsanables los relativos a las cantidades de intereses, la cláusula penal y demás estipulaciones personales, por ser estos pactos obligacionales que carecen de trascendencia real. Barcelona, 3 de enero de 1989.—El Registrador.—Firmado, José Manuel García García."

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó:

1. Cuestiones previas.—Que en la nota de calificación se mezclan una serie de conceptos, que afectan tanto a la escritura del pacto de *lex commissoria* como al modo en que se desencadenan sus efectos. De ello que sea necesario hacer una breve exposición del concepto general de la institución y su virtualidad.

2. Distinción entre la condición resolutoria explícita y la resolución por impago sin pacto *lex commissoria*.—Que la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil es por su naturaleza semejante a la *conditio* y por su fondo de equidad tiene carácter personal. Es una acción de tipo rescisorio. Ello se desprende de la remisión que el citado precepto hace a los artículos 1.295 y 1.298 de dicho Código. Hay que distinguir dos supuestos: 1.º Que no exista acuerdo explícito de que la falta de pago del precio aplazado dará lugar de "pleno derecho" a la resolución del contrato; o 2.º Que exista tal pacto explícito que está permitido por el citado artículo 1.504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria. Sus efectos son muy distintos desde el punto de vista civil y ello con independencia de lo declarado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1979 y 26 de enero y 1 de junio de 1987. En el supuesto de condición resolutoria pactada, existe *conditio*, el efecto real de pérdida de dominio por parte del comprador y el efecto resolutorio del contrato se producen automáticamente o de pleno derecho y después, existen unos efectos obligacionales de devolución

del precio con sus intereses, por parte del vendedor, la entrega o devolución de la cosa y los frutos percibidos, por parte del comprador. Ello es consecuencia de la naturaleza de la condición, de lo dispuesto en el artículo 1.123 del Código Civil y de la jurisprudencia que interpreta el precepto, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.120 de dicho texto legal. En este punto cabe citar la Resolución de 2 de febrero de 1988 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1986.

3. Significación de la inscripción en el Registro de la condición resolutoria explícita. Que conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y según la doctrina hipotecaria, la inscripción sólo significaría la publicidad de la condición resolutoria explícita, en el sentido de que perjudicaría a los terceros, pero no cambia la naturaleza del pacto de *lex commissoria*, ni sus efectos civiles, o sea, no significa que se convierta en derecho real. A esta idea responde el artículo 59 del Reglamento Hipotecario. Que lo expuesto es independiente a lo declarado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 1988.

4. Distintión entre la condición resolutoria y la hipoteca. Que son instituciones completamente distintas y aun opuestas. Así pues, en la condición resolutoria: a) No existe garantía alguna del cobro del precio. Lo que se garantiza es la resolución del contrato, si no se realiza el pago; b) no existe derecho real alguno; c) hay un contrato bilateral, y, consiguientemente, derechos y obligaciones recíprocas entre acreedores y deudores; y d) no hay subrogación real. Que en la condición resolutoria los terceros no adquieren ningún derecho directo al precio que debe devolverse, el cual se mantiene dentro de la relación contractual del primitivo comprador y vendedor. De lo contrario, resultaría que por un acto del comprador transmitiendo la finca a un tercero, o incluso sin su voluntad porque un acreedor suyo le embargue la finca sujeta a condición resolutoria, habría quedado perjudicada y modificada la posición del primitivo vendedor, tanto en su aspecto de deudor del precio como de acreedor de la cosa y frutos. Que, como deudor del precio, se encontraría con que el acreedor del mismo ha cambiado sin que le haya sido notificado conforme exige el artículo 149 de la Ley Hipotecaria con la consecuencia de que el pago hecho al primitivo acreedor tiene que ser válido y liberatorio. Sostener lo contrario conculcaría de manera directa los artículos 1.527 del Código Civil, 151 de la Ley Hipotecaria y 176 del Reglamento Hipotecario. Que en la condición resolutoria los terceros tienen un derecho en la mayoría de los casos, concurrente con el que corresponde al vendedor depositante, lo que haría necesario, en todo caso, acudir a la vía judicial. Que en materia de condición resolutoria se inscribe una resolución contractual, y los terceros adquirentes de la finca, los titulares de derechos reales sobre la misma y los embargantes de ella resultan perjudicados por la resolución, y sus derechos deben ejercitarse frente a su deudor, ya el precio haya ingresado en el patrimonio de éste, ya embarguen su crédito al precio, ya ejerciten la pertinente acción subrogatoria. La pretendida subrogación real u objetiva de la finca por el precio de que habla la Resolución de 2 de febrero de 1988, lo basa en la aplicación de las normas relativas a la hipoteca, entendiendo que se trata de hipótesis similares (arts. 107 y 131 de la Ley Hipotecaria y 175.2.ª, 3.ª y 4.ª del Reglamento). Que, desde la posición del acreedor del vendedor, la aparición de terceros no puede modificar su situación.

5. El artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario. Este artículo se refiere a la condición en sentido propio y estricto, y el legislador se ha dejado llevar por el

metimismo con la hipoteca, y puede resultar hasta contradictorio con los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 1.123 del Código Civil. Aquí sí que hay una indudable modificación de la posición del vendedor como acreedor de la entrega de la cosa. El artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario es discordante con la doctrina civil e hipotecaria de la condición y rompe el equilibrio contractual. Que el punto central que deba tratarse es el significado de la expresión "con las deducciones que en su caso procedan" del citado precepto. Dicha expresión sólo puede referirse al pacto entre las partes que module o configure los efectos de la resolución.

6. La cláusula penal. Que se considera que debe inscribirse la cláusula penal: 1) Porque aunque se califique de tal, puede no serlo en sentido estricto, o puede estar mezclada con pacto de determinación de frutos; 2) Porque en el momento inicial no se sabe si el incumplimiento va a ser total o parcial, y si es total no hay facultad moderadora de los tribunales; y en caso de precio aplazado de una compraventa, todos los plazos tienen carácter futuro y pueden ser incumplidos en su totalidad, por lo que se estaría ante un incumplimiento total; 3) Porque es discutible si cabe o no en el concepto de deducciones del artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario; 4) Porque cuando el cobro de la cláusula penal se estipula por vía de retención, el vendedor tiene derecho a cobrarse, sin perjuicio de la acción judicial del comprador para que se modere la pena; 5) Porque la cláusula penal forma parte de la compleja relación contractual de compraventa con condición resolutoria y no puede ni debe aislarse con el único argumento de que se trata de estipulaciones personales; destacándose en este punto la Resolución de 30 de enero de 1987. Que independientemente de los efectos que pueda producir la inscripción de la cláusula penal, lo cierto es que si no consta en el Registro se ha escindido en dos partes un negocio jurídico que es único y, aunque se mantenga la tesis de que no hay subrogación de la cosa por el precio, la inscripción hace que los terceros puedan con mayor facilidad ejercitar la acción subrogatoria o incluso conocer la extensión del crédito del comprador, a efectos de su embargo. Por tanto, con mayor razón habría que inscribir la cláusula penal si se entiende que haya esa subrogación, como ha sostenido la Resolución de 2 de febrero de 1988, y 6) Que, por último, debe hacerse constar que cuando las cláusulas penales en las condiciones resolutorias de las compraventas han sido inscritas durante muchos años por miles de Registradores, es indudable que ha sido por alguna razón. En ninguna Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha negado la inscripción de la cláusula penal.

7. La inclusión de los intereses dentro del concepto de precio. Que la cuestión que se discute es si los intereses pueden o no considerarse integrantes del concepto del precio aplazado, a los efectos de la condición resolutoria explícita de los artículos 1.504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria. Que la postura negativa la basa el Registrador en cuatro argumentos: a) El primero es un argumento literalista. Los intereses forman parte del precio aplazado, tanto por la propia estructura del negocio jurídico como por la evidente voluntad negocial de los contratantes; b) El segundo argumento no puede tomarse en consideración porque confunde los intereses de un préstamo con los intereses del aplazamiento de pago que, en realidad, constituyen un incremento del precio de la cosa vendida por el hecho de retrasarse su pago; c) El tercer argumento tampoco añade nada, porque no se trata de interpretaciones extensivas, sino de fijar el concepto de precio aplazado y de determinar cuál es la voluntad negocial y la contraprestación básica del comprador, y d) El cuarto argumento es producto de una confu-

sión entre la condición resolutoria y la hipoteca, pues ya se ha insistido en que la condición resolutoria no garantiza el pago del precio ni de los intereses que forman parte del mismo, sino que asegura la resolución del contrato si no se paga. Que la cuestión de los intereses ha sido resuelta indirectamente por las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987. Que hay que apuntar que los intereses siempre están bajo la cobertura de la condición resolutoria y ello por disposición legal (art. 1.173 CC).

8. Conclusiones. Que a través de una confusión total entre la condición resolutoria y la hipoteca, el Registrador pretende inscribir sólo una parte de la condición resolutoria, consiguiendo con ello: *a)* Una monumental inexactitud registral; *b)* Una posibilidad clara de fraude por parte del comprador, pues al no estar los intereses cubiertos por la condición resolutoria, bastaría con pagar sólo la parte del precio de cada uno de los plazos, dejando impagados los intereses, para enervar el posible ejercicio de la condición resolutoria, dejando reducida la actuación del vendedor al ejercicio de acciones meramente personales, que no le dejan a cubierto de los actos de disposición realizados por el comprador; *c)* Un agravamiento de la postura sustantiva y procesal del vendedor, y *d)* Una minoración de los derechos de los terceros, que confían en el contenido del Registro, el cual sólo publica parte de la realidad.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó:

1. Observación preliminar. Que se hace constar que los dos temas fundamentales que plantea el recurrente (intereses del precio aplazado y cláusula penal) y que aparecen como defectos en la nota de calificación, han sido ya resueltos con anterioridad en virtud de sendos recursos gubernativos que se interpusieron contra otras notas calificadoras del Registro número 7 de los de Barcelona; efectivamente: *a)* En cuanto a los intereses del precio aplazado el Auto del excelentísimo Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, 1 de marzo de 1987, desestimó el recurso interpuesto por el Notario don José Villaes-cusa Sanz y confirmó la nota del Registrador en el sentido de que los intereses del precio aplazado no están comprendidos en la letra del artículo 1.504 del Código Civil, y *b)* Por lo que se refiere a la inscribibilidad de la cláusula penal, la calificación negativa está confirmada por la Resolución de 19 de enero de 1988, que reitera otras muchas en el mismo sentido. Que el hecho anterior es significativo por sí solo para la desestimación del recurso.

2. Observaciones sobre el escrito del recurrente: 1.º Que pretende que en el Registro se inscriban también derechos personales y obligaciones; pero hay que tener en cuenta lo establecido en los artículos 1 y 98 de la Ley Hipotecaria y 353 del Reglamento, que constituye un principio básico de la legislación hipotecaria española; 2.º Que considera que la condición resolutoria en garantía del precio aplazado no es una garantía de éste, sino de la resolución. En el artículo 1.504 del Código Civil lo que se busca es que se pague el precio, la resolución es el remedio ante el impago, no el fin en sí mismo; 3.º Que pretende que preceptos como el artículo 1.173 del Código Civil, sobre imputación de pagos, que tienen efecto meramente obligacional entre partes, tengan eficacia de garantía respecto a terceros, con el absurdo de que por esa vía se podría dar cobertura real a una multiplicidad de obligaciones, en contra del artículo 1.257 de dicho Código. Además, sería una interpretación en fraude de ley, y así lo han resuelto las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987; 4.º Que no tiene en cuenta que el citado artículo 1.504 es de interpretación estricta, pues constituye una

excepción a la prohibición de los pactos de comiso a que se refieren los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil; 5.º Que atribuye a la nota de calificación la confusión entre hipoteca y condición resolutoria, cuando es dicha nota la que parte de esa diferencia a efectos de los intereses, siendo el recurrente el que pretende que se garanticen los intereses como si se tratase de una hipoteca del artículo 12 de la Ley Hipotecaria; 6.º Que confunde los conceptos de precio e intereses, que son conceptos jurídicamente diferentes en su naturaleza y efectos, y se les aplican normas distintas, y 7.ª Que se preocupa por la protección de la parte vendedora, olvidando la protección que también merece la parte compradora.

3. Sobre las conclusiones del recurrente en su escrito de recurso. Que en dichas conclusiones el Notario recurrente usa palabras grandilocuentes, que no tienen ninguna argumentación ni desvirtúan jurídicamente la nota calificatoria, que está respaldada por argumentos jurídicos y por autos de Resoluciones que la han confirmado. Que parece no comprender lo que es el Registro de la Propiedad en España y pretende que en él se inscriba la totalidad de la escritura, prescindiendo de la distinción entre pactos de trascendencia personal (cláusula penal) y pactos de trascendencia real (pacto de la *lex commissoria* del art. 11 LH). Que no se está ante ningún fraude, sino ante la aplicación de los preceptos legales y que de haber fraude únicamente habría “fraude de ley” en la interpretación que propone el recurrente, preocupándole sólo la parte vendedora. Que no hay minoración de derechos de terceros por parte de la nota calificadora, porque a éstos no les interesa ni les perjudica lo que no se inscribe, es decir, los derechos personales. Que el recurrente equivoca la realidad con la escritura.

4. El defecto del cuadro de amortización. Que con posterioridad a la nota, el Notario recurrente ha añadido con fecha de 26 de abril de 1989, un testimonio relativo al cuadro de amortización. Que éste vuelve a olvidarse de los preceptos legales y, concretamente, del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento.

5. El defecto relativo a los intereses del precio aplazado. Hay que desarrollar las razones que se señalan en la nota calificadora: En cuanto a la primera, que hay razones de fondo para que el legislador no haya incluido los intereses en los artículos 1.504 del Código Civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento. Respecto a la segunda, que en el presente caso los intereses no han sido considerados como precio, pues ni resulta así de la escritura ni ha sido la voluntad de las partes convertirlos *contra natura* en precio; por tanto, hay una clara voluntad diferenciadora entre los supuestos de “precio” e “intereses”, basta con examinar la cláusula segunda de la escritura. Que lo único que se infiere es la pretensión en el negocio, una vez diferenciados los conceptos, de aplicar a ambos una norma, como es el pacto de la *lex commissoria*, que sólo está previsto para el precio y no para los intereses. Hay dos tipos de voluntades: La clara voluntad de diferenciar los conceptos entre precio e intereses y, por otro lado, la pretensión ilegal que vulneradora de la normativa legal (arts. 1.504, 1.859 y 1.884 CC) de equiparar los efectos de esos distintos supuestos de hecho. En virtud de lo expuesto, hay que profundizar en la diferencia entre dichos conceptos en la legislación vigente: a) Precio e intereses son dos instituciones jurídicas diferentes, cada una con su régimen jurídico y su causa. La nota calificadora tiene su fundamento en básicas razones de Derecho civil y de Derecho hipotecario, y en las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987. El principio general de que no puede ser tratado “igual” lo que por naturaleza y efectos es “desigual”,

tiene aplicación aquí. *b)* Los elementos esenciales que constituyen la causa de las obligaciones recíprocas explican los efectos resolutorios de los contratos; y así, de la llamada resolución normal, ya de por sí excepcional, la del artículo 1.124, pasamos a la "resolución excepcional del llamado pacto *lex commissoria*", del artículo 1.504, entonces se explica todavía más que el legislador, de acuerdo con toda la tradición histórica y evolutiva del precepto, se haya referido exclusivamente al "precio aplazado" y no a los "intereses" ni a otros elementos accesorios, que nada tienen que ver con la obligación principal, si no es por esa vía accesorio, que en ningún caso puede justificar el efecto drástico y desproporcionado de la "resolución", existiendo el medio jurídico normal de la acción de cumplimiento. En cuanto a la tercera, la excepcionalidad del artículo 1.504 del Código Civil deriva de los siguientes aspectos: *a)* Se trata de un supuesto de comiso, excepción de lo dispuesto en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil. Hay que señalar lo establecido en las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987, que se pueden considerar como definitivas en contra de que se extienda el supuesto del artículo 1.504 del Código Civil a supuestos distintos del precio aplazado y, concretamente, a prestaciones accesorias, entre las que están los intereses de dicho precio. *b)* Se trata de un supuesto de "resolución de contrato". En el Código Civil tenemos dos clases de resolución, la del artículo 1.504 de antiguos precedentes en el Derecho romano y en Las Partidas, referida exclusivamente al impago del precio aplazado y no a los intereses ni a las prestaciones accesorias; y, por otro lado, la resolución del artículo 1.124 procedente del Derecho francés, que tiene precedente en el Derecho canónico, que sólo se aplica a las obligaciones recíprocas de carácter principal y no a obligaciones accesorias, según apreciación de los Tribunales, una y otra tienen carácter excepcional. Que la obligación de intereses no cabe en principio en ninguna de las dos categorías de resolución; si bien tratándose del artículo 1.124 podría plantearse la posibilidad, según los casos, de qué tipo de prestaciones incluye, pudiendo el Juez apreciar en casos probados de mala fe y dolo la existencia de incumplimiento de la obligación a efectos de dicho artículo; pero en el supuesto del artículo 1.504, no hay duda de que sólo se refiere al impago del precio aplazado. *c)* La segunda razón de excepcionalidad del pacto comisorio del artículo 1.504 consiste en sus efectos reales *erga omnes*. De modo excepcional, el legislador ha permitido en la reforma de 1944-1948 el acceso al Registro de la llamada "condición resolutoria explícita" del pacto comisorio del artículo 1.504 del Código Civil sólo por lo que se refiere al precio aplazado y a las diferencias en permutas y adjudicaciones en pago; pues a través de dicho pacto, el impago y la resolución alcanzan "efectos reales" *erga omnes* que de otro modo no tendrían. Que el fundamento legal del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, desde la perspectiva del Código Civil, está en el artículo 1.537 del mismo. Por tanto, pretender la inscripción de la condición resolutoria respecto a intereses sería dar efecto real a obligaciones personales entre vendedor y comprador que no pueden afectar a tercero, porque respecto a ellas el contrato opera únicamente como fuente de obligaciones y no como título real ni como condición resolutoria explícita. *d)* El pacto de *lex commissoria* es también excepcional, teniendo en cuenta el automatismo con que opera desde el punto de vista registral y la autotutela del vendedor por aplicación de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento. Que según el Tribunal Supremo, la autotutela ha de ser interpretada con carácter restrictivo (Sentencias de 7 de febrero de 1950 y 4 de mayo de 1982). Que también es muy importante la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de noviembre de 1978. Que todo ello obliga al intérprete a delimitar el supues-

to específico del artículo 1.504 y 11 de la Ley Hipotecaria estrictamente al impago del precio aplazado en el tiempo convenido. En la delimitación del supuesto del citado artículo está la posibilidad de existencia o no del pacto de la *lex commissoria* como institución autónoma. Si se amplía a conceptos diferentes y accesorios del principal concepto de impago del precio aplazado no se justifica en modo alguno que exista la norma hipotecaria, con su automatismo y la autotutela, ya que entonces habría que reconducir todos los supuestos al artículo 1.124 del Código Civil que exige intervención judicial, apreciación de la culpa y que aleja totalmente el supuesto del marco hipotecario de la resolución de efectos reales y automáticos; por otra parte, la devolución o consignación de cantidades por parte del vendedor cuando ejercite la resolución se refiere al precio percibido, ya que los intereses se corresponden con los frutos; y en cuanto a ellos, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1.120 del Código Civil; por tanto, si el vendedor al ejercitar la facultad de resolución tuviera que consignar o devolver los intereses, lo único que le quedaría es una acción de reclamación de intereses por la vía ordinaria, mientras el comprador habría percibido los frutos de la cosa. En la escritura objeto del recurso se excluyen de consignación los intereses, y esto demuestra que, desde la perspectiva de las partes otorgantes, precio e intereses son conceptos distintos y que estos últimos no entran en el supuesto del artículo 1.504 del Código Civil. e) Referencia a la imputación de pagos al artículo 1.173 y en relación con el 1.504, 1.859 y 1.884 del Código Civil. Las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987 dicen lo contrario de lo expuesto por el Notario recurrente, que el convenio de imputación de pagos no puede vulnerar el artículo 1.504 del Código Civil ni la prohibición del pacto comisorio. Que respecto a la alegación que el Notario hace del artículo 1.173 del Código Civil, hay que hacer las siguientes observaciones: 1.º Que es extraño que se alegue el citado precepto cuando, en este caso, la escritura contiene un pacto del que resulta que en cada entrega mensual hay una parte de capital y otra de intereses que se especifica detalladamente en el cuadro de amortización, de donde se desprende que no estamos ante el supuesto del artículo 1.173, que es aquel en que se pagan primero los intereses y después el capital; 2.º que, en todo caso, dicho precepto es una norma de imputación de pagos y no una norma específica de cobertura de los intereses por la condición resolutoria; 3.º Que, por ello, cuando el vendedor pretenda aplicar el comiso de la finca por falta de pago, el comprador, alegando los artículos 1.504, 1.859 y 1.884 del Código Civil, pueden pagar, para evitar el comiso, la parte correspondiente al precio, que ha de venir señalada en los correspondientes vencimientos mensuales, y el impago de la parte de intereses determinará otras consecuencias. Que el recurrente olvida que la imputación de pagos es un problema meramente obligacional, de efectos personales; los artículos 1.172 al 1.174 del Código Civil, sobre imputación de pagos, están incluidos en el capítulo de las obligaciones y los convenios sobre dicha imputación sólo tienen efecto entre las partes contratantes y sus herederos, en virtud del artículo 1.257 del Código Civil; y por otra parte, la imputación de pagos nada tiene que ver con las garantías reales del pago. Que el recurrente desconoce: 1.º Que no se puede confundir la imputación de pagos con la garantía prevista por la Ley sólo para determinada obligación (precio) y no para otras. Lo contrario sería una interpretación en fraude de ley; 2.º Que la imputación de pagos sólo tiene efecto entre las partes por ser de carácter personal, pero no tiene ninguna eficacia en instituciones que tienen acceso al Registro y que van a producir efectos respecto a terceros, como es el caso del artículo 1.504 del Código Civil, a través del 11 de la Ley Hipotecaria. En este punto hay que señalar

la Resolución de 23 de octubre de 1987, y 3.º que el artículo 1.173 es inaplicable en el presente caso, desde el momento en que las propias partes han hecho un convenio en el que prescinden del citado precepto, pues los pagos no se hacen imputándolos primero a los intereses y luego al capital, sino que se pactan 143 entregas mensuales, en una de las cuales hay una cantidad concreta de precio y otra de intereses. En lo que concierne a la cuarta, la legislación hipotecaria sólo permite garantizar la obligación de intereses a través de la hipoteca, pero sólo hasta el límite máximo de cinco años, y, por tanto, no puede pretenderse garantizar por la vía de la condición resolutoria intereses de más de cinco años. Que las consecuencias de aplicar la condición resolutoria a los intereses llegarían a resultados totalmente contrarios a los pretendidos por el legislador con el pacto comisorio, que es el de garantizar el pago del precio aplazado, dada la naturaleza e importancia del mismo, que no se produce respecto a otras obligaciones que tienen sus propias vías de exigibilidad y de garantía. Que toda la nota calificadora está teñida de la diferenciación entre hipoteca, que admite garantizar los intereses y condición resolutoria, que no admite garantizar los intereses. Que en lo que si hay confusionismo es en la opinión del recurrente cuando pretende construir el pacto de la *lex commissoria* ajeno a la idea de garantía, siendo que ésta es precisamente la base causal del pacto, hasta tal punto que si no es una garantía no es nada, ya que el propósito negocial del vendedor y comprador es garantizar el pago del precio aplazado y "no resolver el contrato". Y en este sentido se manifiestan los artículos 156 del Reglamento del Registro Mercantil; 52 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, sobre viviendas de protección oficial; 7, número 3, del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 3454/1981, de 29 de diciembre, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987. Que, por tanto, hay garantía del pago del precio, aunque sea distinta de la hipoteca, que tiene efectos reales por aplicación del artículo 11 de la Ley Hipotecaria; es una facultad o derecho potestativo, e incluso inscribible, la transmisión del derecho del vendedor, según ha señalado la Resolución de 17 de enero de 1933; y, por último, se da la subrogación real como en la hipoteca, según las Resoluciones de 2 y 4 de febrero de 1988.

6. La cláusula penal. Que la nota calificadora deniega la inscripción de la cláusula penal y de estipulaciones personales por carecer de trascendencia real inmobiliaria, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que el recurrente interpone recurso contra esta cuestión a pesar de haber sido ya resuelta por la Dirección General. Que por ello se impone establecer las siguientes precisiones: 1.º la cláusula penal es de efectos personales totalmente extraños al Registro de la Propiedad, a diferencia del pacto de *lex commissoria* del artículo 1.504 del Código Civil que es de efectos reales; 2.º la obligación de indemnización resultante de la cláusula penal es totalmente diferente de pago de precio; 3.º la indemnización de daños y perjuicios derivada de la cláusula penal se mueve bajo el principio de incumplimiento culpable; 4.º se impone concretar y recapitular adecuadamente las diferencias entre el supuesto del artículo 1.124 y el del artículo 1.504 para interpretar acertadamente el pacto de la *lex commissoria* en sus efectos registrales; 5.º la naturaleza del pacto de la *lex commissoria* del artículo 1.504 y de la situación resultante exigen la devolución de cantidades y consiguiente consignación de las mismas, de reinscripción del dominio a favor del vendedor; 6.º el artículo 1.504 manifiesta sus efectos desde la perspectiva de la autotutela que, como excepción dentro del sistema,

impone una interpretación restrictiva; 7.º la frase relativa a “las deducciones que en su caso procedan” de la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario no se refiere a la eficacia extrajudicial de la cláusula penal, como pretende el recurrente, y 8.ª que la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 17 de septiembre de 1987 y 19 de enero y 2 y 4 de febrero de 1988, confirma la nota calificadora.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos contenidos en el informe de éste y en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de 19 de julio de 1984, de Defensa de los Consumidores.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en ningún momento se ha pretendido que la cláusula penal esté cubierta por la condición resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil, por lo que está de más cualquier distinción entre ambas. Lo que se sostiene es que la cláusula penal debe constar también en el Registro. Si se inscribe el precio aplazado es inevitable inscribir la cláusula penal, porque forma parte del entramado jurídico de obligaciones personales y lo contrario puede inducir a error a terceros. Que no es cierto que se llegue a la no inscripción de la cláusula penal en virtud de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Todas las Resoluciones citadas por el Registrador, así como el auto, tratan de cláusulas penales en el momento de su efectividad, pero nunca se ha planteado ni resuelto directamente su inscribibilidad. Que la alegación de la Ley de Defensa de los Consumidores es totalmente improcedente y nada tiene que ver con el objeto del recurso. Que respecto a los intereses incluidos en el concepto de precio, es claro que no puede decirse que se trate de una consecuencia accesoria del precio, en base a lo establecido en el artículo 1.173 del Código Civil.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.124, 1.255 y 1.504 del Código Civil; 11 de la Ley Hipotecaria; 59 y 175 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 17 de septiembre de 1987, 19 de enero y 2 y 4 de febrero de 1988.

1. La primera de las cuestiones planteadas en el presente recurso hace referencia a la posibilidad de extender la cobertura de la cláusula resolutoria, prevista al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, a los intereses estipulados como consecuencia del aplazamiento de parte del precio de la compraventa realizada. Sostiene el Registrador que puesto que el artículo 1.504 del Código Civil sólo contempla la estipulación resolutoria por falta de pago del precio, y el artículo 1.501 diferencia entre el concepto precio y el de intereses, aquella garantía no puede extenderse a la cobertura de estos últimos. Dicha conclusión, no puede, sin embargo, aceptarse: a) El silencio del artículo 1.504 del Código Civil acerca de los intereses por sí solo no puede estimarse como prohibitivo cuando la regla general es precisamente la contraria, esto es, la de permisión de lo no prohibido (art. 1.255 CC). b) Por otra parte, las normas legales se dictan en consideración a un contrato-tipo y como en la estructura típica de la compraventa el precio es la contraprestación exclusiva del comprador (art. 1.445 CC), es coherente la restricción del artículo 1.504 del Código Civil al impago del precio —máxime cuando en la previsión legal el aplazamiento por sí solo no se reputa retribuido (art. 1.501.1, en relación con el 1.755 del Código Civil)—; pero ello no quiere decir que las variaciones del concreto negocio celebrado respecto del tipo legal considerado no hayan de merecer la misma protección jurídica. Si alguna

conclusión al respecto puede deducirse del artículo 1.504 del Código Civil —que, dictado para el contrato oneroso paradigmático, es aplicable a figuras afines, expresamente (arts. 1.541 CC y 11.2 LH) o por analogía (cfr. art. 4.1.º CC)— es la de la licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales.

2. 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 causalmente del anterior, por el que se conviene el aplazamiento del pago a cabo 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 económico y jurídico de la operación y repercute sobre todos sus aspectos y consecuencias; no cabe entender que en la consideraciones de las partes el vendedor quedará compensado del sacrificio patrimonial que le supone desprenderse de la cosa por el pago del importe al contado, cualquiera que sea el momento en que se realice, y que el incumplimiento del resto es irrelevante a tal efecto; el sacrificio equilibrador del comprador viene definido en un doble aspecto cuantitativo y temporal: efectuar una serie de pagos sucesivos en las fechas fijadas, y el que en cada uno de éstos puedan distinguirse conceptualmente dos partes, capital e intereses, en función de la fijación del importe al contado, no enturbia el hecho de que sólo el pago total procura la satisfacción esperada por el vendedor como determinante de su voluntad negocial. Que la repercusión de la variación temporal introducida en la posición del comprador, respecto a la hipótesis de venta al contado, introduzca una obligación nueva junto a la típica, no determina necesariamente la accesoriedad y minusvaloración jurídica de aquélla; ello ni sería conforme con la voluntad de las partes en el negocio celebrado ni se armoniza con la significación económica del tiempo en las obligaciones pecuniarias en las que la modificación del vencimiento comporta generalmente la alteración del *quantum*.

3. El otro tema debatido hace referencia a la inscribibilidad de la cláusula penal prevista para el caso de resolución, la que es negada por el Registrador por tratarse de estipulaciones personales carentes de trascendencia real. La cuestión, sin embargo, dista de ser sencilla; dada la unidad negocial configurada en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real al simultáneo cumplimiento de cierto contenido obligacional, así como la posible actuación extrajudicial del supuesto y la hipotética aparición de terceros interesados, se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente sino en conjunción con las restantes; por ello, la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurar la no desnaturalización de la auto-normación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales (arts. 1.255 CC; 2 y 9 LH, y 7 y 51 RH).

4. Dos consideraciones han de tenerse presentes: a) Cuando los bienes vendidos están sujetos a condición resolutoria explícita, el reconocimiento registral de la resolución operada extrajudicialmente y la consiguiente reinscripción a favor del vendedor presupone la previa o simultánea consignación de las cantidades que éste hubiera recibido del comprador por virtud del contrato resuelto (cfr. arts. 1.124 y 1.295 CC). b) Si los bienes recuperados se hallaban afectos a

cargas o gravámenes constituidos en el tiempo intermedio, o si los bienes han pasado a un tercer adquirente, la resolución comportará que los derechos que antes de la resolución convergían sobre el bien rescatado pasen a recaer ahora, por subrogación real u objetiva, sobre las cantidades adeudadas, pues la adquisición de estos derechos sobre el bien no tenía otro condicionamiento que el estipulado para servir el interés a que responde el derecho potestativo del vendedor, si la acción resolutoria tuviera sólo su natural alcance personal, es lógico que las condiciones de la resolución hubieran de cumplirse en relación con la otra parte de la relación jurídica, el comprador, pero cuando a la posible acción resolutoria por pacto expreso 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, y que, satisfecho el interés del vendedor en el precio que éste devuelve y hechas las detracciones que procedan según el contrato, tengan prevalencia los que por la resolución quedan desprovistos del bien objeto de sus derechos, como se desprende del artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario y de otros muchos preceptos que regulan situaciones análogas. Lo que no cabe concluir es que el efecto subrogatorio se produzca respecto de todas las cantidades consignadas por el vendedor para obtener la reinscripción a su favor, 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 estipuladas, 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 afecta a las cartas o gravámenes recaentes sobre el bien rescatado que deban extinguirse al operarse la resolución o la que, en otro caso se integrará indeferenciadamente en el patrimonio del comprador para servir de garantía a sus acreedores.

5. Ciertamente, 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 de los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble; éstos desconocerán si ese silencio registral implica la definitiva extensión de sus expectativas subrogatorias a todas las cantidades abonadas por el comprador o si, por el contrario, habrán de atenderse en cuanto a dicho extremo al concreto contenido contractual estipulado. Por todo ello, y habida cuenta de las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito (arts. 9.2.º LH y 51.6.º RH), debe mantenerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias explícitas.

6. Los principios de determinación y de legalidad sí imponen, en cambio, que se reflejan con exactitud en la inscripción las fechas de todos los vencimientos mensuales y las cantidades que en cada vencimiento corresponde a principal y a intereses, datos que deben constar auténticamente, lo que no ocurriría al tiempo en que se formula la nota de calificación.

Esta Dirección General ha acordado revocar al auto presidencial y la nota del

Registrador, salvo en cuanto acusan que, al tiempo de la calificación, no constaba en la escritura ni en otro documento auténtico las fechas de todos los vencimientos mensuales ni las cantidades que en cada vencimiento corresponde a principal y a intereses.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 5 de febrero de 1990.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

En el *Boletín Oficial del Estado* del día 2 de marzo de 1990 se publica el texto que antecede de la Resolución de 5 de febrero de 1990. Las Resoluciones de los días 6 y 7 del mismo mes se insertan también en este *Boletín Oficial* y sus textos son idénticos, por lo que no se reproducen.

COMENTARIO

I. INTRODUCCION

Las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 constituyen en realidad una sola resolución, ya que se repiten en todas ellas el supuesto de hecho (la escritura calificada), los protagonistas (el recurrente, Registrador y Centro directivo), los argumentos y, en consecuencia, la solución doctrinal sugerida por la Dirección.

Dos son las cuestiones que en la misma se abordan: la posibilidad de que la facultad resolutoria convenida al amparo de los artículos 1.504 CC, 11 LH y 59 RH tenga como presupuesto de hecho el impago de los intereses pactados como consecuencia del aplazamiento del pago del precio, y la posibilidad u obligatoriedad de hacer constar en el asiento correspondiente la cláusula que regula las retenciones que el vendedor pueda efectuar si la resolución tiene lugar, es decir, el acceso al Registro de la Propiedad de la denominada cláusula penal.

Intentaremos un análisis pormenorizado de la doctrina de la Dirección, separando para ello el examen de las dos cuestiones expresadas, no sin antes señalar algunas sorpresas y contradicciones que observamos en la resolución.

La primera sorpresa la ofrece el "Vistos", especialmente escaso, donde se reduce considerablemente la referencia a preceptos legales examinados, hasta el punto de echarse en falta normas citadas y discutidas por el recurrente y el Registrador (como el art. 1.173 CC), o invocadas en el Auto presidencial (art. 10 de la Ley de 19 de julio de 1984, de Defensa de los Consumidores), e, incluso, invocadas por la propia Dirección en su Resolución (arts. 1.445, 1.501, 1.541 y 1.755 CC mencionados en el Fundamento de Derecho señalado como 1). No menos exigua es la referencia a sentencias y resoluciones sobre los temas debatidos.

Extraña que en el Fundamento de Derecho señalado como número 1 se ocupa de una cuestión que no ha sido objeto de controversia, como es la de la excepcionalidad del mecanismo resolutorio que da lugar al recurso, alegada por el Registrador en su nota para justificar una interpretación restrictiva de los preceptos que lo regulan y aceptada por el propio recurrente, quien se cuida por ello de expresar que con la posición que defiende no se trata de realizar una

interpretación extensiva del artículo 1.504 CC sino de definir simplemente el concepto de precio que le sirve de presupuesto.

Al contrario, no se hace la más mínima referencia a la cuestión de la imputación de pagos regulada en el artículo 1.173 CC, utilizada por el recurrente como para justificar de pasada la esterilidad de la discusión y examinada por el Registrador para negar su repercusión en el ámbito de las garantías en que se desenvuelve el pacto resolutorio.

Contradicción se observa dentro del Fundamento de Derecho número 2 cuando se dice que la variación temporal introducida en la posición del comprador origina una obligación nueva junto a la típica para a continuación expresar que en las obligaciones pecuniarias la modificación del vencimiento comporta generalmente una alteración del *quantum* al parecer, de la misma y única obligación. Téngase en cuenta que la configuración como obligación única o como dos obligaciones diferenciadas sirvió en las Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987 y en la de 19 de febrero de 1990 para fundamentar la exclusión de la cobertura del pacto resolutorio para prestaciones accesorias.

Otro tanto cabe decir del enigmático Fundamento de Derecho número 6 que permite dar la razón al Registrador en un punto, la determinación de cantidades correspondientes a precio e intereses en cada plazo, que sólo guarda coherencia con la postura del propio Registrador de negar la cobertura resolutoria para los intereses y aceptarla para el precio aplazado, pero no con la decisión del Centro directivo de aceptar su aplicación tanto por el impago del precio como del de sus intereses.

II. LA FACULTAD RESOLUTORIA EXPRESA POR IMPAGO DE INTERESES

A) RESUMEN DE LAS DIFERENTES ARGUMENTACIONES

Argumentación del recurrente

La cobertura que significa la condición resolutoria explícita puede extenderse a los intereses pactados por aplazamiento del pago del precio porque los intereses son un incremento del precio por el hecho de retrasarse su pago, es decir, forman parte del precio.

No se realiza, por tanto, una interpretación extensiva del artículo 1.504 CC, sino una mera definición del precio en la voluntad de las partes.

No cabe alegar tampoco la objeción del artículo 114 LH, porque la facultad derivada de la condición resolutoria explícita no se transforma en derecho real por el hecho de su inscripción registral, y, desde luego, es algo distinto del derecho de hipoteca, al que tiende erróneamente a asimilarse (incluso por la DGRN al hacer aplicación a este supuesto de los requisitos de la consignación del art. 175 RH).

El mecanismo de la condición resolutoria explícita produce un primer efecto resolutorio del contrato y de pérdida del dominio para el comprador, que es de carácter real y se produce automáticamente o de pleno derecho, y unos efectos posteriores restitutorios de la cosa con sus frutos y del precio con sus intereses de carácter obligacional.

En último término, la discusión puede ser estéril, ya que al entenderse pagados en primer término los intereses, conforme a lo dispuesto por el artícu-

lo 1.173 CC, se podrá ejercitar la facultad resolutoria siempre que no se hayan satisfecho en su totalidad tanto el precio como sus intereses.

Argumentación del Registrador

No procede la inscripción de la parte correspondiente a los intereses del precio aplazado a efectos de la condición resolutoria, porque:

1) Los artículos 1.504 CC, 11 LH y 59 RH sólo hablan de precio, y no de intereses, y no por azar.

2) Precio e intereses son conceptos jurídicos diferentes, con distinta causa (compraventa, crédito) y diverso régimen jurídico. La propia escritura revela la diferente perspectiva con que se contemplan el precio y los intereses, aunque luego ambos quieran ampararse en una misma figura cautelar.

3) No siendo precio, los intereses sólo podrían acogerse a la condición resolutoria explícita por vía analógica o por interpretación extensiva del artículo 1.504 CC, lo que impide su carácter excepcional derivado de:

a) La excepcionalidad del comiso que su ejercicio implica (respecto arts. 1.859 y 1.884 CC, según Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987).

b) La excepcionalidad del mecanismo resolutorio, tanto en el artículo 1.504 como en el más genérico del 1.124 CC, aplicables sólo respecto de prestaciones esenciales, frente a la mera acción de cumplimiento, medio ordinario aplicable también a las prestaciones accesorias.

c) La excepcionalidad del efecto real de la resolución frente al efecto personal de la facultad reconocida en el artículo 1.124 CC, como lo revela la dicción de los artículos 11 LH y 59 RH.

d) La excepcionalidad, finalmente, que implican el automatismo y la autotutela del vendedor inherentes al procedimiento de ejercicio del pacto de *lex commissoria* incluso en sus consecuencias registrales.

4) Porque de admitirse, se produciría una contradicción con lo dispuesto en el artículo 114 LH (que limita la garantía hipotecaria respecto de los intereses) y en el artículo 1.120 CC (que excluye los intereses de la devolución consiguiente a la resolución).

5) La discusión no es estéril a pesar del 1.173 CC, que no interfiere en el tema de garantías reales.

Argumentación de la Dirección General

No puede aceptarse la conclusión del Registrador de que no pueda extenderse la garantía de la cláusula resolutoria a la cobertura de los intereses, sobre la base de que diferenciando el artículo 1.501 CC el concepto precio y el de interés el artículo 1.504 CC sólo contempla la estipulación resolutoria por falta de pago del precio, porque:

a) Del silencio de la norma no puede deducirse una prohibición de lo mencionado, sino más bien su admisión al amparo de lo establecido en el artículo 1.255 CC.

b) La norma legal se dicta en consideración a un contrato-tipo, y como en la compraventa típica el precio es la contraprestación exclusiva del comprador (art. 1.445 CC) es coherente la restricción del artículo 1.504 CC al impago del precio, máxime cuando en la previsión legal el aplazamiento por sí solo no se reputa retribuido (art. 1.501 en relación con 1.755 CC). Pero ello no quiere decir que las variaciones del tipo legal no hayan de merecer igual protección jurídica que aquél.

La conclusión general, habida cuenta además de la aplicación del artículo 1.504 CC a figuras afines, bien por determinación legal, artículo 1.541 CC y 11 LH, bien por analogía, confróntese artículo 4 CC, es la licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales.

En el caso del recurso, la retribución de los intereses no hace quebrar la unidad negocial, en el sentido de que pueda hablarse de un contrato de venta seguido de un acuerdo accesorio desligado causalmente del anterior por el que se conviene el aplazamiento a cambio de un interés... Se trata de un único negocio trascendido en su globalidad del elemento plazo... que repercuta en todos sus aspectos y consecuencias... Sólo el pago total de cada uno de los plazos, comprensivos de capital e interés, procura la satisfacción esperada por el vendedor como compensación de su sacrificio patrimonial al desprenderse de la cosa vendida. La variación temporal introducida en la posición del comprador determina el nacimiento de una obligación nueva junto a la típica no necesariamente accesorio ni de menor valor... Ello no armonizaría con la voluntad de las partes, ni con la significación económica del tiempo en las obligaciones pecuniarias en las que la modificación del vencimiento comporta generalmente la alteración del *quantum*.

B) CRÍTICA DE LA CONCLUSIÓN GENERAL

Como puede verse en el resumen de las alegaciones formuladas por el recurrente y el Registrador, el primero acepta en realidad las objeciones primera y tercera de la nota de calificación, las relativas a que el mecanismo resolutorio se aplica exclusivamente por impago del precio aplazado por ser éste el concepto expresado por el artículo 1.504 CC, cuya interpretación extensiva no se pretende (objeción tercera), centrándose, por tanto, la controversia en la definición del concepto de precio (objeción segunda). El recurrente, además, rebate la objeción cuarta y añade, como de pasada, la mencionada referencia al artículo 1.173 CC.

La Dirección General, sin embargo, emplea su Fundamento de Derecho número 1 en rebatir la afirmación del Registrador sobre la excepcionalidad del mecanismo resolutorio pactado al amparo del artículo 1.504 CC, quizá por ser el punto más extenso en la nota e informe del Registrador o, tal vez, por su deseo de justificarse de nuevo ante la aplicación analógica que del precepto ha realizado ya con anterioridad (Resolución de 16 de octubre de 1989).

Dos argumentos sirven de premisas a una posterior conclusión general:

a) El silencio no puede interpretarse como prohibición “cuando la regla general —dice— es precisamente la contraria, esto es, la permisión de lo no prohibido” (art. 1.255 CC).

b) El legislador está considerando un contrato-tipo en el que el comprador

sólo viene obligado al pago del precio, existiendo además la presunción de que el aplazamiento no es retribuido (arts. 1.445 y 1.501 en relación con el 1.755 CC), por lo que no extraña que olvide mencionar el impago de intereses como supuesto de la resolución.

De tales premisas extrae una conclusión general: la previsión resolutoria explícita es lícita siempre que tenga por presupuesto la quiebra del equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales.

Tal conclusión no puede aceptarse:

1) En primer término, porque según la Dirección, el artículo 1.504 CC dejaría así de restringirse a la compraventa de bienes inmuebles y al supuesto de impago de precio aplazado en la misma, para hacerse extensivo a cualquier incumplimiento que provoque la ruptura del equilibrio patrimonial tal como lo han configurado los contratantes en cualquier tipo de contrato con recíprocas prestaciones. Tal tesis conduce, en realidad, a una asimilación con el supuesto de hecho del artículo 1.124, que si se refiere con carácter general a todo contrato en que existan obligaciones recíprocas y del cual el 1.504 es aplicación especial, en esto coinciden doctrina y jurisprudencia, por referirse expresamente a un supuesto más restringido, la compraventa de inmuebles con precio aplazado.

2) En segundo lugar, tampoco puede aceptarse la conclusión de la Dirección General porque los argumentos no son válidos:

a) El primer argumento (cabe la resolución por impago de intereses porque el art. 1.504 CC no lo prohíbe) sería válido si nos encontráramos ante una norma prohibitiva que viniera a excepcionar y restringir el ámbito de autonomía de la voluntad reconocido por el artículo 1.255 CC. Cabría entonces decir "lo no expresamente prohibido está permitido".

Pero, en realidad, nos encontramos con una norma permisiva, como la del artículo 1.255 CC, pero restrictiva respecto de otra, la contenida en el artículo 1.124 CC, es decir, se trata de una norma especial en cuanto contempla un caso comprendido dentro del supuesto más amplio de otra norma. La regla de integración es diferente: cuando una norma es especial sólo puede aplicarse al caso contemplado, debiendo acudir para los no contemplados a la propia norma general a la que excepciona.

En este sentido, para cubrir las lagunas del artículo 1.504 CC no puede acudir al artículo 1.255 CC del que no es una restricción o excepción, sino al artículo 1.124 CC, respecto del que hay unanimidad en considerarlo como una especialidad. De ahí que el Registrador, al negar la cobertura resolutoria especial del artículo 1.504 CC a los intereses del precio aplazado remita a los interesados al artículo 1.124 CC, por si pudiera tener cabida en su supuesto de hecho, quedando entonces sometido a un mecanismo resolutorio diferente.

b) El segundo argumento carece también de solidez. Debe admitirse, en efecto, que el legislador sólo considera al redactar una norma el caso típico del supuesto de hecho que quiere regular.

En el artículo 1.504 CC ese supuesto de hecho, no hay duda por su letra y por sus antecedentes históricos, es la compraventa de inmuebles en que se aplaza el pago de todo o parte del precio, es decir, es inherente al supuesto la existencia de una obligación pecuniaria trascendida por el elemento plazo, por emplear las mismas palabras de la Dirección en su Fundamento de Derecho número 2. Para

la Dirección la consecuencia natural de la interferencia del tiempo en las obligaciones de dinero es, cuando menos, la posible alteración de su cuantía (Fundamento de Derecho número 2 de la propia Resolución que comentamos). Y, sin embargo, trata de convencernos de que el legislador, al parecer ajeno a esa natural repercusión del plazo en el precio de la compraventa, no tomó en consideración, para excluirla, cualquier consecuencia económica que, para anular los efectos del plazo, pudiera ser convenida por los interesados bajo concepto distinto de precio. No parece admisible, máxime si se tiene en cuenta que tres preceptos antes del 1.504 CC, el 1.501 contempló la producción de intereses, derivada, entre otras causas, del convenio entre comprador y vendedor.

La debilidad de los argumentos conduce al rechazo de la conclusión general elaborada por la Dirección, que también es atacada desde otro punto de vista por las razones que justifican la necesidad de una interpretación restrictiva del artículo 1.504 CC y los hipotecarios que regulan su reflejo registral:

a) Excepcionalidad del efecto resolutorio en general, tanto el regulado en el artículo 1.504 como el genérico del artículo 1.124, previsto especialmente para el supuesto de prestaciones esenciales, frente al medio ordinario de la acción de cumplimiento aplicable a cualquier clase de prestaciones.

b) Excepcionalidad del mecanismo resolutorio permitido por el artículo 1.504 CC por cuanto:

1.º Implica un supuesto de comiso que el artículo 1.504 CC ampara frente a la prohibición contenida en los artículos 1.859 y 1.884 CC (manifestado expresamente por Resoluciones de 24 de marzo y 16 de septiembre de 1987 para justificar la no extensión de la cobertura resolutoria a prestaciones accesorias).

2.º Tiene un efecto real *erga omnes*, desarrollado en los artículos 11 LH y 59 RH, frente al afecto personal de la resolución conseguida al amparo del artículo 1.124 CC.

3.º Goza, por excepción, de los caracteres de automatismo y autotutela extrajudicial, incluso en sus consecuencias registrales.

La interpretación restrictiva del mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1.504 CC, 11 LH y 59 RH está reiteradamente declarada por la jurisprudencia. Baste citar la reciente Sentencia de 19 de julio de 1989 que señala que "es claro que la sanción del artículo 59 RH es excepcional y debe interpretarse con sentido restrictivo" y la propia Resolución de 24 de marzo de 1987 que declara que "la resolución automática por impago del precio aplazado es de interpretación estricta", en cuanto excepción a la general exclusión en nuestro Derecho de los supuestos de ineficacia sobrevenida automática en que intervenga la voluntad de uno solo de los otorgantes.

Por tanto, parece claro que no cabe por la vía de una interpretación extensiva la cobertura de los intereses del precio aplazado, como la de ninguna otra prestación diferente del precio, bajo la garantía representada por el pacto resolutorio permitido por el artículo 1.504 CC.

C) POSIBILIDAD DE DAR A LOS INTERESES LA CONSIDERACIÓN DE PRECIO

Veamos ahora si es posible esa cobertura sobre la base apuntada por el recurrente, la consideración de los intereses como precio.

El Registrador había dicho en su nota de calificación que la parte correspondiente a los intereses del precio aplazado no es inscribible a efectos de la condición resolutoria por lo siguiente: 2.º Porque... "precio" e "intereses" son dos conceptos diferentes, cada uno con su régimen jurídico y causa, siendo el primero el "precio de la finca" y los intereses "el precio del dinero aplazado".

Tal argumento, se limita a decir el recurrente, no puede tomarse en consideración porque confunde los intereses de un préstamo con los intereses del aplazamiento de pago que, en realidad, constituyen un incremento del precio de la cosa vendida por el hecho de retrasarse su pago. Parece dar a entender que los intereses forman parte del precio y, por tanto, como precio que son pueden quedar amparados por los efectos de la cláusula resolutoria.

El Registrador en su informe pone, en primer lugar, de manifiesto cómo de los términos de la escritura se deduce una clara voluntad negocial que diferencia entre "precio" e "intereses", pero que, al propio tiempo, vulnerando normas legales (arts. 1.504, 1.859 y 1.884 CC) pretende equiparar sus efectos aplicando a ambos una norma sólo prevista para el impago del precio.

A continuación, insiste en su idea de que precio e intereses son conceptos diferentes en la legislación vigente, porque tienen causa y régimen jurídico diferentes, no pudiendo, por tanto, recibir un trato igual.

La Dirección, por su parte, afirma que el pacto sobre el aplazamiento de pago del precio y la retribución de los intereses no quiebra la unidad del negocio celebrado, de modo que no cabe considerar la existencia de un contrato de venta al contado seguido de otro acuerdo accesorio desligado causalmente del anterior por el que se conviene el aplazamiento a cambio de un interés. El plazo retribuido configura sustancialmente un nuevo equilibrio económico y jurídico, de modo que en la consideración de los contratantes el vendedor no queda compensado del sacrificio patrimonial que para él representa desprenderse de la cosa vendida mediante el pago del precio al contado cualquiera que sea el momento en que se realice, sino mediante el pago total del capital e intereses por el comprador, cuyo sacrificio patrimonial viene definido en un doble aspecto cuantitativo y temporal: efectuar una serie sucesiva de pagos en las fechas fijadas. La variación temporal en la posición del comprador origina una obligación nueva junto a la típica que no es necesariamente accesorio y de menos valor, lo que no sería conforme ni con la voluntad de las partes ni con la significación económica del tiempo en las obligaciones pecuniarias que se traduce generalmente en una alteración del *quantum*.

En resumen, el recurrente cree que los intereses son precio, cuyo importe se ha incrementado por razón del aplazamiento. El Registrador cree que los intereses no son precio sino la retribución del uso del capital que el precio aplazado representa. La Dirección no acepta la idea de causas distintas para el precio (transmisión del dominio) y para los intereses (préstamo accesorio) y, aunque parece considerar la deuda de los intereses como una obligación nueva, entiende que ello no es sino la alteración cuantitativa del precio producto del aplazamiento, cuyo incumplimiento provocaría la quiebra del equilibrio patrimonial configurado por las partes, por lo cual no hay razones para excluir esa deuda de los efectos de la cláusula resolutoria.

La cuestión central radica, por tanto, en determinar si existe un concepto legal de precio o si éste es fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

La Dirección parece inclinarse por esta segunda posición. Así, en Resolución de 24 de marzo de 1987 dice que, desde la perspectiva jurídica, el importe de la

repercusión del ITE correspondiente a la parte aplazada del precio queda excluida de toda consideración como precio y, por tanto, no aparece integrada en la contraprestación básica del comprador según la concorde voluntad comercial cuando se construyen como independientes y netamente separadas y diferenciadas la obligación que afecta a la parte del precio aplazado y la que se refiere a la repercusión del ITE por dicha parte aplazada, razón por la cual niega la posibilidad de configurar el impago de dicha repercusión como presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1.504 CC, que considera de interpretación restrictiva y limitado a los casos de frustración del fin básico perseguido o quiebra del equilibrio fundamental tal como subjetivamente fue configurado.

La idea de la configuración de una única obligación o de dos obligaciones independientes es repetida en la Resolución de 16 de septiembre de 1987, pero en este caso no parece plenamente determinante, por cuanto en la escritura que motiva la nota recurrida se dice expresamente que, por imperativo legal las obligaciones de pago del precio y del ITE constituyen una única e indivisible obligación. La Dirección, pese a ello, llega a la misma solución que en la Resolución de 24 de marzo de 1987, pero apoyándose ahora en que la resolución automática prevista en el artículo 1.504 CC sólo queda justificada por la frustración del fin básico perseguido, por la quiebra del equilibrio fundamental tal como fue subjetivamente configurado, "pero no en aquellas hipótesis en las que el propósito determinante de la negociación queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias". El caso se repite en la Resolución de 19 de febrero de 1990.

Así pues, el criterio puramente subjetivo de definición de precio (es precio lo que las partes dicen que es precio) no parece tan absoluto. A pesar de la vinculación de dos prestaciones, establecida del propio intento de los contratantes, la Dirección entra a calificar la accesoriedad de una de ellas, objetivamente considerada, y entiende que su incumplimiento, al no hacer quebrar el equilibrio patrimonial proyectado por los interesados, no puede justificar el mecanismo resolutorio excepcional del artículo 1.504 CC.

El Tribunal Supremo, que se ha ocupado en reiteradas ocasiones de la resolución por la vía del artículo 1.504 CC, ha contemplado a veces el supuesto de aplazamiento del precio con devengo de intereses y muchas más, el incumplimiento de otras prestaciones diferentes de la del pago del precio aplazado como presupuesto de la resolución.

No hay doctrina especialmente significativa en relación con el tema que nos ocupa. En algún caso se declaró no haber lugar a la resolución pretendida por el vendedor por impago de los intereses pero la razón es que el presupuesto de la resolución, el impago, había sido creado intencionadamente por el vendedor, al negarse a recibir el importe de los intereses que el comprador había ofrecido en su momento (SS. de 5 de junio de 1944 y 8 de febrero de 1975). En otro caso, se negó que estuviera bien hecha la consignación realizada por el comprador, que pretendía del vendedor el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, porque no comprendía el importe de los intereses liquidados en trámite de ejecución de sentencia (S. de 9 de febrero de 1950). Es de señalar que en la Sentencia de 8 de febrero de 1975 se expresaba que la sentencia recurrida declaraba que por referirse a la obligación accesorial de abono de los intereses pactados no podía entrar en juego el mecanismo de los artículos 1.124 y 1.504 CC, declaración que el recurrente impugnaba pretendiendo la casación de la sentencia, pero el Tribunal Supremo, sin aceptar ni rechazar esta declaración, desestimó el recurso

por el motivo expresado, de haber sido el propio vendedor quien había dado lugar a la situación de impago al negarse a recibir el importe de los intereses.

Es reiterada la doctrina del Alto Tribunal sobre que la virtualidad y eficacia del artículo 1.504 CC se contrae a la hipótesis en que deje de pagarse el precio estipulado, sin alcanzar al incumplimiento de cualquier otra de las cláusulas contractuales: otorgamiento de escritura pública a instancia del vendedor (S. de 17 de febrero de 1950), pagos a terceros por cuenta del vendedor (arbitrio de plusvalía —S. de 7 de junio de 1963—, devolución de un anticipo y un préstamo concedidos al vendedor —S. de 31 de octubre de 1968—, pago de gastos de hipoteca y de comunidad asumidos por el comprador —S. de 29 de mayo de 1971—, cancelación de una hipoteca por el vendedor —S. de 8 de mayo de 1965—). En la Sentencia de 7 de junio de 1963, invocada por la Resolución de 16 de septiembre de 1987 para negar la resolución por incumplimiento de prestaciones accesorias, en concreto el pago del ITE, se declara que la obligación de pagar el arbitrio de plusvalía por parte del comprador no puede considerarse como accesoria a la principal de pagar el precio, sino independiente, por lo que no cabe resolver la venta por su incumplimiento ni aun cuando tal obligación se hubiera acordado en la misma cláusula en que se fijaba el precio de venta.

En general, declara el Tribunal Supremo que las obligaciones que pueden otorgar virtualidad al mecanismo resolutorio han de ser las referentes al objeto principal del contrato, no pudiendo entrar en el cómputo valorativo del comportamiento de cada contratante las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueran elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad (SS. de 8 de mayo de 1965, 25 de junio de 1985), y que el requisito jurisprudencial de la "actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento" no debe interpretarse como necesidad de una conducta dolosa en la parte que incumple, sino simplemente como un comportamiento que determine objetivamente que se fruste el fin del contrato para la contraparte, siempre que la conducta del incumplidor no se traduzca en dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias (S. de 5 de junio de 1989).

DEL RÍO, al comentar la Resolución de 24 de marzo de 1987, señala que el concepto del precio no es pacífico y puede verse enturbiado por causa del principio de libertad de contratación (art. 1.255 CC) y de capacidad creadora de obligaciones por contrato (art. 1.091 CC). El artículo 1.445 CC, añade, sólo impone algunas exigencias al concepto de precio: que sea cierto, que se exprese en dinero o signo que lo represente. Respecto a si los intereses forman parte del precio cree que hay que estar a la voluntad de la partes en cada caso concreto, porque pueden establecerse unos intereses por el aplazamiento del pago del precio o establecerse un precio distinto en función de aplazamiento. Y termina diciendo que por incumplimiento de prestaciones accesorias no cabe la resolución automática del artículo 1.504 CC, sino, en su caso, la resolución judicial del artículo 1.124 CC.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO distingue entre intereses derivados del aplazamiento del pago del precio y los intereses derivados de la mora, para concluir que sólo los primeros, que llevan implícita la función de compensación de frutos, pueden aparecer vinculados al precio en la voluntad de las partes, aceptando la posibilidad de utilizar el mecanismo resolutorio especial por su impago en atención a que no se cumpliría entonces el requisito de integridad exigido por el artículo 1.157 CC.

RUEDA escribía en 1982 que, aun partiendo de la consideración de los intereses como cosa distinta del precio, estimaba admisible la extensión de la facultad

resolutoria en garantía de su pago, siempre que hubiera sido cualificado por las partes como obligación principal y, por tanto, integrante del sinalagma.

MOLINA, por su parte, también se muestra partidario de extender la facultad resolutoria al impago de intereses, aunque reconoce que la tendencia jurisprudencial es partidaria de una interpretación restrictiva del artículo 1.504 CC limitándolo al caso del impago del precio aplazado.

La voluntad de las partes es argumento presente en el escrito del notario, para quien los intereses no son sino incremento voluntariamente acordado del precio, como consecuencia del aplazamiento. Son precio para los interesados.

También la dirección alude a esa voluntad, al decir, que no cabe entender que en la consideración de las partes el vendedor quedará compensado del sacrificio patrimonial que le supone desprenderse de la cosa por el pago del importe al contado, cualquiera que sea el momento en que se realice.

El Registrador, en su informe, recoge también esas alusiones y precisamente en atención a la voluntad de los interesados cree ver que en la escritura calificada los intereses constituyen la remuneración por el uso de un capital ajeno, dadas las reiteradas y evidentes referencias a un contrato de préstamo: amortizaciones según sistema francés, cuadro de amortización que se une a la escritura, entregas mensuales de importe unitario incluidos intereses, etc.

No obstante, el Registrador se plantea también en términos generales la diferenciación jurídica entre los dos conceptos de precio e intereses, para concluir que, en realidad, siendo conceptos jurídicos distintos no pueden ser vinculados e integrados en uno sólo por voluntad de las partes con el designio fraudulento de amparar la deuda de intereses bajo la garantía prevista sólo para la deuda del precio aplazado.

Esta conclusión es acertada a nuestro juicio porque la distinción entre las obligaciones de pago del precio y de los intereses es evidente en nuestro Derecho, que somete una y otra a un régimen jurídico diferente por razón de su diferente causa:

a) La causa de la obligación del pago del precio es la obligación de transmitir el dominio de la cosa vendida, mientras que la causa de la deuda de intereses no radica ya en la misma transmisión del dominio, ni siquiera en esta transmisión unida a la concesión de un aplazamiento en el pago del precio, sino en la utilización por el comprador de un capital perteneciente al vendedor.

Efectivamente, el aplazamiento, como bien señala la Dirección en el Fundamento de Derecho número 2 de la Resolución que comentamos, trasciende en su globalidad el negocio de compraventa realizado, aunque directamente sólo repercute en la obligación de una de las partes. El plazo, dice también la Dirección, configura un nuevo equilibrio económico. Ahora bien, debe también tenerse en cuenta que las partes tienen soluciones diversas para regular esa repercusión económica del plazo:

a') En primer lugar, pueden desprestigiar su significación: el precio se aplaza en parte sin que el vendedor establezca cláusulas que eviten la depreciación monetaria y sin que tampoco quiera compensar el aplazamiento con la percepción de unos intereses. El plazo se configura entonces como una facilidad que el vendedor concede para estimular al comprador a celebrar el contrato.

b') Pueden, en segundo lugar, prever únicamente la depreciación que el importe de la deuda pueda sufrir por el mero transcurso del tiempo. Añeja es la controversia entre nominalistas y valoristas en torno al problema que el tiempo crea sobre las deudas pecuniarias. Baste ahora decir que la forma de evitar el

deterioro en el poder adquisitivo del dinero entregado es el establecimiento de cláusulas de estabilización, es decir, fijar el precio por referencia a módulos cuyo valor sea más estable que el de la moneda de curso legal.

c') Finalmente, puede el vendedor obtener unos rendimientos (equivalentes a los que obtendría a través de cualquier forma de inversión), conviniendo con el comprador el pago de un interés. En ocasiones, estos intereses pueden ya compensar también el posible deterioro derivado de la depreciación monetaria.

A nuestro juicio esta última solución comporta una alteración en el elemento causal del contrato, en cuanto función económica social propia del acto realizado. Mientras con las cláusulas de estabilización no hay nuevo negocio distinto del de compraventa y sí una previsión sobre el valor real de la deuda, cuando se pacta la producción de intereses se entra de lleno en la causa del préstamo de dinero en tanto en cuanto se pacta el uso de un capital ajeno (parte del precio que es retenido por el comprador) a cambio del pago de una remuneración (el interés), no siendo óbice que este acuerdo, aplazamiento con devengo de intereses, forme parte del contrato de compraventa para reconocer la aparición de un acuerdo cuyo régimen jurídico se ve trascendido por la diversidad de causa respecto de aquél.

b) El régimen jurídico diferenciado de las obligaciones de pago del precio y de los intereses tiene las siguientes manifestaciones:

1.º Diferente plazo de prescripción: quince años para el precio, cinco años para los intereses (arts. 1.964 y 1.966 CC).

2.º Tratamiento distinto en supuestos de insolvencia del deudor: en caso de concurso las deudas dejan de devengar intereses, interrumpiéndose su producción (art. 1.916 CC).

3.º Criterio limitativo derivado de nuestra legislación hipotecaria respecto a la garantía de deuda de intereses, limitándolo temporalmente (p.ej., art. 114 LH), argumento que puede tomarse en consideración como consecuencia directa de su plazo de prescripción, aunque sea evidente la diferenciación que entre las funciones garantizadoras de la cláusula resolutoria y de la hipoteca que se pone de manifiesto por su contrario resultado: la ejecución de la hipoteca conduce a la efectividad del crédito a través de la realización del valor del bien hipotecado, mientras la cláusula resolutoria, al ser ejercitada, no sólo no produce la satisfacción del precio aplazado, sino que determina la extinción de la obligación al resolverse el contrato que le sirve de causa.

4.º Diferente tratamiento fiscal. Los intereses serán tratados, pese a la voluntad de los interesados, como lo que son, rentas de capital, y no como precio.

5.º Régimen distinto en cuanto a la restitución que se produce como consecuencia de la resolución del contrato por cumplimiento de condiciones: no procede la restitución de intereses (art. 1.120 CC).

6.º Finalmente, el régimen del precio y el de los intereses es absolutamente opuesto desde el punto de vista civil si se tiene en cuenta el régimen económico matrimonial. En caso de vendedor casado bajo cualquier régimen de comunidad (gananciales, consorcial, etc.) el precio solamente es privativo si lo era el bien vendido, mientras que los intereses, en cuanto frutos civiles, son comunes por naturaleza, tanto si el bien vendido es privativo como si es común. No cabría excluir esos intereses del patrimonio común por voluntad del cónyuge propietario-vendedor y del comprador acordando simplemente que se reputan

en su concorde voluntad negocial como precio (así lo declara una S. de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de febrero de 1990).

No parece que la autonomía de la voluntad de las partes puede permitir alterar este diferente régimen por el simple mecanismo de vincular en una sola las dos obligaciones. La voluntad de los contratantes es libre para fijar el precio o la forma de determinarlo, pero no para pretender la deuda de intereses, si con ello se vulneran preceptos imperativos o se perjudican intereses de terceros o se pretende gozar de privilegios reservados al concepto de precio en estricto sentido.

Esto no quiere decir que esas prestaciones, y también la deuda de intereses, no integren la contraprestación de cada una de las partes para configurar el equilibrio patrimonial del contrato a que se refiere la Dirección, pero sí que no toda prestación convenida por las partes puede convertirse en prestación básica, cuyo incumplimiento permita acudir al remedio extraordinario de la acción resolutoria prevista en el artículo 1.124 CC, o subsumirse, en el caso de compraventa de inmuebles, en el concepto de precio aplazado, cuyo impago justifica el mecanismo resolutorio excepcional del artículo 1.504 CC y 59 RH.

Por otra parte, la unidad negocial a que la Dirección alude no tiene por qué determinar necesariamente un régimen jurídico unitario para las diferentes prestaciones asumidas por cada una de las partes del contrato: el incumplimiento de la prestación básica puede dar lugar a mecanismos resolutorios, vía artículo 1.124 ó 1.504 CC, según los casos; para las prestaciones accesorias sólo cabe el remedio ordinario de la acción de cumplimiento.

En conclusión, creemos que:

- 1) Deuda de precio aplazado y deuda de intereses son diferentes y no pueden ser asimiladas por voluntad de los interesados.
- 2) El legislador sólo contempla el precio aplazado al referirse al pacto resolutorio expreso, que, por su excepcionalidad debe ser objeto de interpretación restrictiva.
- 3) Por tanto, ni cabe extender el supuesto de hecho (impago de precio aplazado) a los intereses ni a otras prestaciones, ni cabe incluir (por voluntad de las partes) los intereses u otras prestaciones en el concepto de precio. El mecanismo resolutorio no puede ser extendido a la deuda de intereses del precio aplazado ni a ninguna otra prestación distinta del pago de dicho precio.

III. LA INSCRIPCION DE LA CLAUSULA PENAL

A) RESUMEN DE LAS DIFERENTES ARGUMENTACIONES

Argumentación del recurrente

Sostiene que no puede inscribirse la cláusula resolutoria sin la cláusula penal porque ésta forma parte del "entramado jurídico de obligaciones personales" y la falta de inscripción puede inducir a error a terceros; que las Resoluciones de la Dirección General hasta ahora dictadas sobre esta cuestión no declaran la no inscripción de la cláusula penal, sino que se refieren a su efectividad en cuanto contemplan supuestos de resolución reinscripción a favor del vendedor.

La cláusula penal, dice también, puede estar mezclada con pacto de determinación de frutos; inicialmente, no se sabe si el incumplimiento será o no total, permitiendo entonces la moderación por los Tribunales; el artículo 175.6 RH al aludir a las “deducciones que, en su caso, procedan” puede estar pensando en este pacto entre los contratantes; la moderación judicial debe ser instada por el comprador; mantenida por la DGRN la tesis de la subrogación de la cosa por el precio, respecto de terceros, la inscripción de la cláusula penal se hace necesaria para que los terceros puedan con mayor facilidad ejercitar la acción subrogatoria o incluso conocer la extensión del crédito del comprador, a efectos de su embargo.

Por otro lado, niega el fundamento de esa consignación que la DGRN exige para la reinscripción aplicando el artículo 175.6 RH porque entiende que éste se refiere a la condición en sentido estricto y propio, y deja abierta la interpretación de la expresión “con las deducciones que, en su caso, procedan”.

Argumentación del Registrador de la Propiedad

El Registrador deniega la inscripción de la cláusula penal, como la de otras estipulaciones personales, por carecer de trascendencia real inmobiliaria, según reiterada doctrina de la DGRN. La obligación de indemnización, resultante de la cláusula penal, se mueve bajo el principio de incumplimiento culpable. Para la reinscripción del dominio a favor del vendedor, por ejercicio de la cláusula resolutoria, se exige la devolución y, en su caso, consignación de todas las cantidades recibidas del comprador. Las “deducciones que, en su caso, procedan” son las resultantes de un convenio de liquidación entre vendedor, comprador y, en su caso, otros interesados.

Argumentación de la Dirección General

La plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurar la no desnaturalización de la autonormación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales (art. 1.255 CC, 2 y 9 LH, 7 y 51 RH).

En el supuesto de compraventa de inmuebles con precio aplazado bajo condición resolutoria explícita:

a) El reconocimiento registral de la resolución operada extrajudicialmente y la consiguiente reinscripción a favor del vendedor presupone la previa o simultánea consignación de las cantidades que éste hubiera recibido del comprador por virtud del contrato resuelto (arts. 1.124 y 1.295 CC).

b) La resolución determina la subrogación real u objetiva de los derechos de terceros sobre el dominio resoluble del comprador (cargas o terceros adquirentes del dominio) sobre las cantidades adeudadas, como se desprende del artículo 175.6 RH y de otros muchos preceptos que regulan situaciones análogas, si bien, aunque la consignación total es presupuesta de la reinscripción a favor del vendedor, la subrogación no se extiende a todas las cantidades consignadas, pues no todas ellas pertenecen al comprador en su integridad y de modo definitivo, sino sólo a la parte resultante de las previsiones contractuales debidamente actuadas judicialmente.

Como para la reinscripción es necesaria la consignación de la totalidad y dicha reinscripción no quedará afectada en ningún caso por la decisión judicial sobre la pertenencia y destino de la cantidad consignada, podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada.

Pero, por otra parte, la no inscripción de la cláusula penal produciría ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, por lo cual por razones de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito debe mantenerse la consignación registral de la cláusulas penales.

B) RESUMEN DE LA DOCTRINA ANTERIOR DE LA DIRECCIÓN GENERAL

1. Resolución de 29 de diciembre de 1982: Exige para la reinscripción a favor del vendedor el requerimiento sin oposición del comprador y la consignación, de acuerdo con el artículo 175.6 RH, del valor del bien vendido o del importe de los plazos que con las deducciones si proceden haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el artículo 1.154 CC.

2. Resolución de 30 de enero de 1987: El artículo 10 LH constituye una excepción al principio de que el Registro debe proclamar sólo titularidades reales (el Registrador negaba la inscripción de unas cláusulas relativas a la forma de pago del precio por no tener trascendencia respecto de tercero ni afectar al dominio de la finca).

3. Resolución de 16 de septiembre de 1987: Con ocasión de una cláusula en la que se dispensa al vendedor de la previa restitución de las cantidades que haya de devolver en caso de ejercitar la facultad resolutoria, se niega la inscripción reiterando el argumento de la Resolución de 19 de diciembre de 1982.

4. Resolución de 17 de septiembre de 1987: Ante la pretensión de reinscribir el dominio a favor del vendedor por ejercicio de la facultad resolutoria sin haber realizado devolución ni consignación de cantidad alguna, la DGRN niega la inscripción por no acreditarse la consignación exigida por el artículo 175.6 RH, apoyándose en los argumentos de la Resolución de 29 de diciembre de 1982.

5. Resoluciones de 2-4 de febrero de 1988: Ante una resolución por impago sin devolución aceptada por el comprador, al existir una anotación de embargo sobre la finca se insiste en la necesidad de la consignación en favor de todos los titulares implicados de las cantidades adeudadas sobre las que pasan a recaer los derechos extinguidos como consecuencia de la resolución.

Entre vendedor y comprador son posibles otros pactos conducentes a una retransmisión que deje a salvo los derechos de terceros, pero entonces habrían de cumplirse los requisitos de constitución y constar, para su inscripción, en escritura pública.

La devolución de las prestaciones que fueron objeto del contrato resuelto deberá comprender aquellas cantidades abonadas por el comprador y afectadas por la cláusula penal estipulada, las cuales también quedarán alcanzadas por el efecto subrogatorio, si bien de una forma previsorio en tanto no se declare judicialmente la plena exigibilidad de aquella cláusula penal.

6. Resolución de 18 de enero de 1991: Dada la especial trascendencia de los asientos registrales, que tienen alcance *erga omnes*, gozan de la presunción de

exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional, se hace necesario exigir la máxima certeza jurídica de los documentos que tienen su acceso al Registro.

C) ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN

En relación con el recurrente

Contra lo que alega el notario (no necesidad de acreditar devolución o consignación para reinscripción), la DGRN reitera su conocida doctrina de la necesidad de la devolución o consignación como presupuesto de la reinscripción a favor del vendedor, fundamentada en la tesis de la subrogación real u objetiva (los derechos constituidos sobre el dominio resoluble del comprador pasan a recaer sobre las cantidades a devolver por el vendedor una vez aplicadas judicialmente las previsiones contractuales), que el notario pone también en entredicho.

Pese a ello, DGRN y notario llegan a la misma conclusión: necesidad de constatación registral de la cláusula penal por razones de unidad negocial y de información a terceros.

En relación con el Registrador

Sin contradecir su calificación de la cláusula penal como de efecto meramente obligatorio, no real, coincide en la necesidad de la consignación total a espera de la moderación judicial de las previsiones contractuales sobre las retenciones a efectuar por el vendedor.

Sin embargo, Dirección y Registrador llegan a consecuencias contrarias: el Registrador considera improcedente la constatación registral de la cláusula penal por aplicación del artículo 51.6 RH, que excluye del Registro las estipulaciones que carezcan de trascendencia real; en cambio, la DGRN, con apoyo en el mismo precepto, considera conveniente la constatación registral de la cláusula penal porque contribuye a la mejor definición del derecho inscrito, en especial al alcance del mecanismo subrogatorio antes explicado.

Respecto a su propia doctrina anterior

No se aparta de ella en cuanto a la necesidad de la consignación-devolución de todas las cantidades recibidas por el vendedor del comprador como presupuesto para la reinscripción de la finca vendida a favor del primero.

Sin embargo, se aparta de alguna de sus anteriores resoluciones (R. de 16 de septiembre de 1987), al estimar ahora necesaria la constatación registral de la cláusula penal.

D) NATURALEZA Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

No parece haber discrepancia en torno a la naturaleza de la denominada cláusula penal, en particular en cuanto a la carencia de eficacia real o de tras-

cendencia respecto de terceros, implícitamente aceptada por la Dirección General, que advierte incluso de que su eficacia es relativa *inter partes*, por cuanto la determinación concreta de las cantidades que al vendedor puedan corresponder como consecuencia de la resolución por impago del precio aplazado, es competencia de la autoridad judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.154 CC.

El carácter obligacional de la cláusula, implícitamente aceptado en Resoluciones de 29 de diciembre de 1982, 16-17 de septiembre de 1987, 19 de enero de 1988 y en la que comentamos, se apoya en el carácter personal de la acción de indemnización de daños y perjuicios reconocida en el artículo 1.124 CC.

Por su carácter personal, dicha acción:

- a) sólo puede hacerse valer contra el comprador,
- b) origina un crédito escriturario que, a través de la inscripción, podría injustamente mejorar de condición, y, sobre todo,
- c) no puede hacerse valer extrajudicialmente, confróntese Resolución de 4 de febrero de 1988, por cuanto debe probarse ante el Juez la cuantía de los daños, si de indemnización se trata, o la existencia de culpa en el comprador, si se trata de estricta cláusula penal.

Por tanto, la cláusula penal

- a) no puede actuarse extrajudicialmente (por ello no cabe disminuir nada en la consignación de las cantidades recibidas del comprador, sino que debe reclamarse del juez a través de la acción del 1.124 CC).
- b) no puede afectar a terceros, que no contrataron con el vendedor y no deben soportar las consecuencias de la conducta del comprador, careciendo, por ello, de legitimación pasiva procesal frente a la pretensión del vendedor.

E) CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER OBLIGACIONAL DE LA CLÁUSULA PENAL. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS ESTIPULACIONES SIN TRASCENDENCIA REAL

En principio, la Dirección apunta que no sería necesario la constatación registral de la cláusula penal, pero no en atención a su posible carácter obligacional, sino porque las previsiones contenidas en la cláusula penal pueden ser objeto de moderación por los tribunales y no producen efecto ante el Registro de la propiedad en el momento de constatar registralmente la resolución del contrato.

Antes al contrario, el carácter obligacional es puesto en relación con el criterio de unidad negocial y con razones de claridad y precisión en los pronunciamientos registrales para justificar la decisión contraria: necesidad de hacer constar en el Registro las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias explícitas.

La unidad negocial, en efecto, implica, según la Dirección, que la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurar la no desnaturalización de la autonormación de intereses particulares efectuadas por los otorgantes dentro de los límites legales (1.255 CC, 2 y 9 LH, 7 y 51 RH).

Esta conclusión general, a nuestro juicio, no puede ser aceptada por los siguientes motivos:

1) En su aplicación práctica se revela inútil, ya que todas las cláusulas contenidas en un contrato contribuyen a la autonormación de intereses de las partes. Nada podría excluirse de la inscripción con este criterio.

2) Es contrario a preceptos legales, tanto del CC (art. 605 CC) como de la propia Legislación hipotecaria (arts. 1, 2 y 98 LH, 7, 51 y 353 RH), de los que se desprende:

a) Que el acceso al Registro está limitado a derechos reales, estando excluidos los personales.

b) Que este criterio se aplica tanto al conjunto de un contrato para determinar si el derecho objeto del mismo es real o personal, como a las estipulaciones comprendidas en un contrato relativo a un derecho real.

Especialmente claro es el artículo 51.6 RH, según el cual:

- debe consignarse en la inscripción todo lo que defina el derecho inscrito;
- deben expresarse en el asiento las condiciones suspensivas y resolutorias;
- no debèn transcribirse las estipulaciones que carezcan de trascendencia real.

Uno de los objetivos de la reforma de la legislación hipotecaria de 1944 fue precisamente éste: clarificar el contenido de los asientos registrales, suprimiendo lo que carece de trascendencia respecto de terceros. Así lo proclamaba la Resolución de 19 de mayo de 1952 al decir que una de las esenciales aspiraciones de la última reforma hipotecaria fue discriminar mediante la calificación registral los derechos reales y figuras afines con tal carácter de aquellos otros pactos o estipulaciones de naturaleza obligacional cuyos efectos se limitan a las relaciones *inter partes*... Insistía en la importancia de este objetivo la Resolución de 29 de marzo de 1955, al recordar que la libertad y el sistema de *numerus apertus* no pueden servir para eludir la pertinente aplicación de lo ordenado en el artículo 98 LH y que se confía a los Registradores la misión de velar por la eficacia de las normas fundamentales con el fin de evitar el ingreso en el Registro de derechos, cargas y gravámenes de dudoso carácter, que hubiesen permitido la inscripción de toda clase de expectativas sin forma hipotecaria. La Resolución de 20 de septiembre de 1966 señala que el Registro no puede recoger derechos de naturaleza personal, por lo que es ardua la labor calificadora para indagar si el derecho es personal o real en distintos supuestos... y numerosas Resoluciones del Centro Directivo han tenido por objeto únicamente declarar la imposibilidad de hacer constar en el Registro estipulaciones de alcance estrictamente personal aunque sirvieran para regular algunos efectos del derecho real inscrito.

GIMÉNEZ-ARNAU pone de manifiesto, en este sentido, el cambio introducido en 1944 en la redacción de los preceptos legales y reglamentarios relativos al contenido de los asientos. En la redacción anterior a 1944, el artículo 9.2 LH exigía que la inscripción expresara la naturaleza, valor, extensión, condiciones y cargas de cualquier especie del derecho que se inscriba, para lo cual, según el artículo 25.7 del Reglamento de 1861, había de hacerse mención circunstanciada y literal de todo lo que, según el título, limitase el mismo derecho y las facultades del adquirente en provecho de otro, ya fuera persona cierta, ya indeterminada... y, según el artículo 61.9 del Reglamento de 1915, habían de copiarse literalmente las condiciones establecidas en el título.

Al presentarse la Ley de Reforma, se señaló cómo una interpretación amplia de aquellos preceptos había motivado que los asientos perdieran nitidez, que en

los mismos figurasen barajados derechos personales y reales, y que se sembrara la duda sobre la repercusión hipotecaria de muchos de éstos últimos. En la práctica, se seguía un régimen de transcripción más que de inscripción, que obligaba a la constatación registral de todas las condiciones (modalidades), limitaciones y cargas del título.

Con tal estado de cosas pretende acabar la reforma y, aparte de establecer la necesaria cancelación de todos los derechos personales no asegurados especialmente... (art. 98 LH), se limita ahora el contenido del asiento, según el artículo 9.2 LH, a las condiciones suspensivas y resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y se impone, según el artículo 51.6 RH, la expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, rescisorias y revocatorias, pero señalando que “no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real”.

La controversia sobre el contenido de los asientos en relación con el título ha estado siempre latente. VALLET DE Goytisolo, por ejemplo, al atacar la validez universal de la clasificación bimembre de los derechos en reales y personales, ponía de manifiesto cómo en la práctica contractual se produce frecuentemente un entrecruzamiento de facultades *in re* y otras meramente personales, inseparables entre sí, pues de lo contrario se escindiría el contenido reglado y querido como un todo unitario y acababa defendiendo que al inscribir no era posible separar lo real y lo puramente obligatorio si forman un todo o conjunto unitario.

Frente a tal idea, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA apelan al criterio del legislador que, pese a las dificultades que conlleva su determinación, obliga a tener un criterio de definición del derecho real como piedra de toque de la regla general de acceso a los libros del Registro de las situaciones jurídicas relativas a bienes inmuebles. Con VALLET, reconocen la difícil separabilidad de tantas circunstancias como en el contrato caracterizan y modalizan un derecho real, pero su acceso al Registro se producirá no como derechos reales *a se*, sino como modalidades de un derecho real y siempre que tengan eficacia *erga omnes*.

El legislador, que inicialmente se inclinó por el criterio de la unidad negocial, dio un giro de 180 grados en la reforma de 1944 ante el peligro de hacer inútil la institución registral y optó por reducir su ámbito sustantivo a las situaciones de carácter real sobre bienes inmuebles, imponiendo al Registrador la severa obligación de deslindar en su calificación lo que servía a los fines de delimitar la eficacia *erga omnes* de los derechos inscritos, para impedir el acceso a los libros de todos los pactos que producían consecuencias exclusivamente *inter partes*. La unidad, por tanto, no ha de referirse a todo el contrato o título formal, sino al efecto real en él estipulado, excluyendo del Registro aquellos pactos que regulan exclusivamente efectos personales entre contratantes. Por ello, en un contrato de compraventa, por ejemplo, se inscribe la transmisión del dominio, pero no, pongamos por caso, la obligación de no enajenar o la cláusula relativa a quién soportará los gastos del contrato, que indudablemente contribuyen, en palabras de la Dirección, la “autonormación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales” Y al inscribir un derecho de hipoteca son muchas las cláusulas que deben ser excluidas del asiento por diferentes motivos, según tiene declarado reiteradamente la propia Dirección, sin que, al parecer, se resienta por ello la unidad negocial. Tal criterio tiene fundamento legal en los preceptos antes señalados, que consagran la principalísima función calificadora del Registrador, por razón de la cual puede ocurrir, tal

como prevé el artículo 434 RH, que se suspenda o deniegue solamente algún pacto o estipulación sin que por eso se impida la inscripción del resto del título.

La calificación registral, con el alcance señalado, es consecuencia lógica de la esencial función del Registro, que no es la información, sino la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, constatando frente a todos las relaciones jurídicas constituidas sobre bienes inmuebles que tengan naturaleza real. Consecuencia lógica de esta función es la publicidad formal, es decir, la posibilidad de que el contenido del Registro sea conocido por todos, especialmente por aquellos que pueden ser afectados por las situaciones inscritas. Pero esta consecuencia no puede ser elevada a categoría de función esencial del Registro, que no puede ser transformado en oficina de información de todos los contratos otorgados sobre bienes inmuebles, en segundo archivo de documentos públicos ordenado por fincas. Al Registro sólo interesa lo que, por su propia naturaleza, puede producir efecto frente a terceros en relación con los derechos reales sobre bienes inmuebles, porque es archivo sólo de pactos sobre bienes inmuebles con trascendencia respecto de quienes no han sido parte en el contrato.

De ahí que deba ser rechazada la conclusión a que llega la Dirección General en la resolución que comentamos, también por el segundo motivo: la ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución y el desconocimiento por los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre si el silencio registral implica la definitiva extensión de sus expectativas subrogatorias a todas las cantidades abonadas por el comprador o si, por el contrario, habrán de atenerse en cuanto a dicho extremo al concreto contenido contractual estipulado.

Tal argumentación debe ser rechazada:

a) Porque todo el efecto restitutorio posterior a la resolución queda al margen del Registro.

b) Porque su alcance concreto, como antes decíamos, no depende exclusivamente de la estipulaciones contractuales, por lo que su conocimiento en nada contribuye a definir el objeto sobre el que se producirá el mecanismo subrogatorio a que se refiere la Dirección, para lo que, en todo caso, bastaría con expresar si existe o no cláusula penal, sin entrar a detallar su contenido.

c) Porque la protección registral no alcanza más que a situaciones jurídicas que recaen sobre bienes inmuebles, quedando fuera de su ámbito las que puedan recaer sobre cantidades de dinero, por más que éstas deban soportar, por subrogación, las que figuraban constituidas sobre bienes inmuebles.

Por ello, el Registro, en atención a los terceros, se limita a dar conocer lo que a éstos interesa y afecta directamente: la existencia de una causa de resolución del derecho inscrito, cuyo ejercicio pueda determinar al propio tiempo la extinción y cancelación de derechos inscritos con posterioridad. No es su función, además, dar a conocer cláusulas que, por su propia naturaleza, no afectan al derecho inscrito, sino a un derecho que surge después por el fenómeno subrogatorio y cuyo alcance concreto depende de decisiones judiciales ajenas a los interesados.

F) VALIDEZ O NULIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL: LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

Es éste un aspecto que la Dirección elude por completo, a pesar de que es contemplado expresamente por el Auto presidencial sobre la base legal del ar-

título 18 LH que establece que la calificación del Registrador se extiende, entre otras cosas, a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas.

El Auto del Presidente del Tribunal Superior de Cataluña alude a este ámbito de la calificación cuando justifica la denegación de la inscripción de la cláusula penal en la nulidad de que la misma adolece al amparo de las prescripciones de la Ley de 19 de julio de 1984, de Defensa de los Consumidores.

Efectivamente, el artículo 10 de la citada Ley impone la nulidad de todos aquellos pactos que supongan indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, o que produzcan inversión de la carga de la prueba, o que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, o que resulten abusivas y perjudiquen de manera desproporcionada al consumidor o comporten una posición de desequilibrio.

La DGRN ha tenido en cuenta la Ley de Consumidores en algunas resoluciones, como la Resolución de 7 de septiembre de 1988, y parece innegable la facultad y deber del Registrador de calificar al amparo de la misma, habida cuenta de que sanciona con la nulidad de pleno derecho las cláusulas antes dichas, que, en consecuencia, han de tenerse por no puestas.

MEZQUITA DEL CACHO también alude a esta aplicación de la Ley de Consumidores y DE CASTRO, con carácter general, señala que jueces, Registradores y Notarios deben negar todo efecto a un acto nulo, cada uno de su propio ámbito de actuación.

G) LA CONSIGNACIÓN DE CANTIDADES EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 175.6 RH

Frente a la alegación del notario recurrente, la Dirección confirma su criterio de exigir la consignación de la totalidad de las cantidades que el vendedor haya recibido del comprador como presupuesto para la reinscripción del dominio a favor de aquél, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 175.6 RH.

La aplicación de tal precepto ha planteado las dudas sobre si la consignación ha de tener lugar en todo caso, existan o no terceros interesados, y sobre si el objeto de la consignación ha de ser la totalidad de lo recibido del comprador, o, por el contrario, puede verse reducido como consecuencia de las estipulaciones del contrato.

Hay que tener en cuenta que *inter partes*, la deducción debe ser acordada por el Juez, dada la facultad moderadora reconocida en el artículo 1.154 CC, y frente a terceros, no cabe deducción alguna, por el carácter personal de la pena y la indemnización. Por ello, la consignación ha de ser siempre total, tal como acertadamente establece, en congruencia con resoluciones anteriores, la que ahora comentamos.

¿A qué deducciones se refiere entonces el artículo 175.6 RH? El Registrador entiende que a aquéllas que se acuerden por vendedor y comprador una vez producido el evento resolutorio y no antes, y así parece entenderlo la Dirección que en Resolución de 4 de febrero de 1988 aludió al necesario acuerdo con todos los interesados para que pudiera producirse la inscripción a favor del vendedor sin acreditar la consignación exigida por el artículo 175.6 RH.

IV. LA DETERMINACION DEL PRINCIPAL Y LOS INTERESES

Atendiendo la pretensión del Registrador, la Dirección confirma su nota sólo en cuanto considera necesario que se reflejen con exactitud en la inscripción las fechas de todos los vencimientos mensuales y las cantidades que en cada vencimiento corresponden a principal y a intereses, datos que deben constar auténticamente.

Extraña esta conclusión de la Dirección que no parece consecuente con la anterior sobre la posibilidad de amparar en la cláusula resolutoria el impago de intereses y, desde luego, no lo es con la línea argumental del Registrador, que exigía esta determinación porque, a su juicio, la resolución sólo era viable legalmente por impago del precio aplazado (principal) pero no por impago de intereses.

A nuestro juicio, la solución que haya de darse a esta cuestión depende directamente de la que se dé al problema del ámbito de la cláusula resolutoria, para dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 51.6 RH, de consignar todo lo que determine el derecho inscrito. Si, como la Dirección piensa, el impago de intereses puede acogerse al pacto resolutorio expreso, ninguna necesidad se ve de distinguir en cada plazo la cantidad que corresponde a principal y a intereses. Lo contrario ocurrirá si, como piensa el Registrador, dicha cobertura no es posible, por cuanto entonces la definición del derecho inscrito, en este caso la facultad resolutoria, exige precisar las cantidades que corresponden a principal y a intereses en cada plazo, pues sólo el impago del principal (precio aplazado) actúa como presupuesto de hecho para el ejercicio de dicha facultad.

CARMEN BETEGÓN SANZ

Registradora de la Propiedad de Zaragoza número 3

FERNANDO CURIEL LORENTE

Registrador de la Propiedad de Huesca número 1

EL CONVENIO CELEBRADO POR LAS PARTES DANDO POR RESUELTO EL CONTRATO POR NO PODERSE CUMPLIR LO PACTADO, AL AMPARO DEL ARTICULO 1.124 CC CARECE DE EFECTO DE LA CLAUSULA RESOLUTORIA EXPLICITA Y NO SUSTITUYE A LA MISMA.—SOLAMENTE LA RESOLUCION QUE SE PRODUZCA EN LOS TERMINOS QUE REFLEJA LA INSCRIPCION, GOZA DE EFECTOS CONTRA TERCEROS. (RESOLUCIÓN DE 5 DE ABRIL DE 1990; BOE DE 8 DE JUNIO DE 1990.)

Hechos.—I. El día 23 de mayo de 1980, mediante escritura pública de compraventa otorgada ante don Manuel Clavero Blanc, Notario de Murcia, don Víctor Prada Prieto, casado con doña Carmen Abellán Coll, adquirió para su sociedad conyugal de gananciales, la finca registral número 2.822. Por escritura pública de permuta otorgada el día 12 de noviembre de 1984 ante el Notario de Murcia don Francisco Bravo Villasante Rivera, los señores antes citados, transmitieron la finca referida a don Angel Lorca Espinosa, casado con doña María del Carmen Jiménez Cortés, quien la adquirió para su sociedad conyugal de gananciales, estableciéndose en la mencionada escritura: "a cambio de la adquisición del pleno dominio del solar descrito, don Angel Lorca Espinosa y esposa se

comprometen a construir un edificio con arreglo a proyectos del doctor Arquitecto don Salvador Zapata Rodríguez, y con sujeción a todas las normas legales pertinentes, del que don Victoriano Prada y esposa recibirán un local comercial que ocupará la total extensión de la planta baja, con excepción del zaguán del entrada, caja de escalera y demás elementos necesarios cuyo local se entregará enlucido, con suelo de terrazo, cuatro ventanas y puerta con persiana metálica". La citada permuta del solar por obra quedó sujeta a una condición resolutoria, como consta en la escritura correspondiente: "El incumplimiento total o parcial de la contraprestación a la que se obliga a don Angel Lorca Espinosa tendrá carácter de condición resolutoria expresa de este contrato a favor de don Victoriano Prada Prieto y esposa, quien podrá por tanto recuperar la propiedad de la finca transmitida..." y a una condición suspensiva de la obtención de la Cédula de Calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial. Ambas condiciones fueron inscritas en el Registro de la Propiedad número 5 de los de Murcia.

En los autos de juicio ejecutivo seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Cartagena, a instancia del "Banco de Financiación Industrial, S.A." frente a don Angel Lorca Espinosa, se embargó como de su propiedad el solar permutado, y dicho embargo fue anotado en el Registro antes citado, provocando la anotación A de embargo en la que consta la sujeción de aquella a las condiciones resolutoria y suspensiva.

El día 17 de febrero de 1987, ante don Antonio Yago Ortega, Notario de Murcia, don Victoriano Prada Prieto y don Angel Lorca Espinosa otorgaron escritura pública de resolución de la permuta, dando cumplimiento a la condición resolutoria pactada. En esta escritura, en virtud de la retroacción propia de la resolución que se opera se solicitó especial y expresamente la reinscripción del solar a favor del señor Prada Prieto, así como la cancelación de las cargas que hubieran podido anotarse o inscribirse sobre el mismo durante el período en que su titularidad registral correspondió al señor Lorca.

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de los de Murcia, fue calificada con la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en el libro 35 de la sección 5.ª, folio 147 vuelto, finca 2.822, inscripción quinta. Denegada la cancelación de las cargas anteriores a la inscripción a favor del señor Lorca Espinosa y concretamente la anotación preventiva de embargo letra A, a favor del 'Banco de Financiación Industrial, S.A.', por el defecto que se considera insubsanable de haber sido ejercitada la resolución antes de transcurrir los plazos determinados en la Ley, para la construcción de VPO (art. 17 del RD de 10 de noviembre de 1978), por lo que no entrarían en juego los artículos 1.504 del Código Civil y 175.6.ª del Reglamento Hipotecario. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Murcia, 2 de febrero de 1988.—El Registrador.—Firma ilegible."

III. El Procurador de los Tribunales, don Francisco Ponce Riaza, en representación de don Victoriano Prada Prieto, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que una vez cumplida la condición resolutoria pactada, la anotación de embargo debería correr la misma suerte que la inscripción de dominio de la que trae causa, y debía ser cancelada. Que el señor Registrador construye sobre una base errónea su negativa a la cancelación de dicha anotación preventiva de embargo, que no se da cuenta de que en la resolución operada prestan su consentimiento el señor Prada y el señor Lorca y, por tanto, no se trata de ejecución unilateral, a instancia del primero, de la condición resolutoria pactada. Que los artículos 17 del Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 y 1.504 del Código Civil hubiesen fundamentado la no cancelación si la

resolución se hubiere efectuado unilateralmente por mi representado, por los siguientes motivos: a) en virtud del artículo 17 del Real Decreto citado, que desarrolla el Real Decreto-ley de 31 de octubre de 1978, si el señor Prada unilateralmente hubiera querido ejercitar la condición resolutoria estipulada, desde luego tendría que haber esperado a que transcurriera el plazo que legalmente se establece para la construcción de viviendas de protección oficial, y si al finalizar dicho plazo el señor Lorca no hubiera construido las viviendas, aquél tendría vía libre para resolver la permuta. Sin embargo, en este supuesto, no se trata de una resolución unilateral, sino que ambos permutantes prestan su consentimiento. En este caso, el plazo referido no sería obstáculo para que pudiera producirse la resolución y con ella los efectos que le son inherentes: la reinscripción de la propiedad a favor del señor Prada y la cancelación de la anotación de embargo que pesa sobre la finca. Que el Registrador, al no realizar la expresada cancelación, no sólo no está protegiendo al señor Lorca, sino que está contrariando una petición del mismo en tal sentido, que no transgrede precepto alguno y no lo hace, desde luego, respecto al citado artículo 17 del Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre. Que los dos interesados resuelvan el contrato de permuta antes de que se cumpla el plazo del citado artículo 17 no supone la infracción de ningún precepto de orden público, ni de ley imperativa alguna, por lo que no cabe que el Registrador deniegue la cancelación dicha, en aras de la vanguardia de esos principios; y b) el artículo 1.504 del Código Civil no es aplicable a este supuesto de resolución tanto si no se han cumplido los plazos aludidos como si se hubieran cumplido. Dicho artículo resultaría aplicable cuando se pretendiera extinguir un contrato de permuta mediante el ejercicio unilateral de una de las partes (vendedor-permutante) de una condición resolutoria, pero no es el caso presente. El citado artículo 1.504 del Código Civil no hace más que añadir unos requisitos para que pueda aplicarse a la compraventa de bienes inmuebles la condición resolutoria que el artículo 1.224 de dicho texto legal establece de forma general para todas las obligaciones recíprocas. En este punto cabe señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1948. En definitiva, el artículo de referencia no es aplicable cuando ambas partes de consuno presentan su consentimiento para la resolución. Que la no cancelación de la anotación de embargo es incongruente con la inscripción de la escritura de resolución, pues resulta de todo punto contrario al ordenamiento hipotecario. De esta manera, el Registro refleja la siguiente paradójica situación jurídico-registral: la firma del señor Prada, cuyo título de propiedad fue inscrito el 17 de enero de 1983 está gravada por una anotación de embargo, letra A, que fue inscrita con fecha posterior, el 8 de julio de 1986, como consecuencia de un procedimiento ejecutivo que no fue dirigido contra dicho señor y cuando la propiedad pertenecía a una persona distinta a él. Por otro lado, el Registrador, al cancelar la condición resolutoria, hace que el embargante mejore de condición, pues libera la anotación de embargo de una carga, la condición resolutoria, cuando la cancelación de ésta lo que debía haber provocado era la cancelación de la anotación referida. Que resulta de indudable y necesaria aplicación al supuesto de que se trata el artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario; y en aplicación a este caso, hay que decir que si resulta inscrita la escritura de resolución de permuta de la finca sujeta a condición resolutoria, deberá cancelarse también la anotación de embargo, letra A, inscrita sobre esa finca mientras estaba sujeta a dicha condición resolutoria; y, en este caso, no procede la consignación, ya que la resolución se llevó a cabo sin devolución de cantidad alguna.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1) Que

la posibilidad de resolver las obligaciones recíprocas, caso de incumplimiento, aparece recogida con carácter general en el artículo 1.124 del Código Civil, cuyo alcance ha sido matizado por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que para que prospere la acción de resolución debe darse un incumplimiento verdadero, propio y culpable, considerando que el simple retraso no es causa para instar la resolución. Que es también conocido que la resolución sólo puede pedirse después de que sea exigible la obligación de que se trate, y que esta facultad puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente. Siendo una acción de carácter personal la resolución no produce efectos respecto a terceros. Que en materia de compraventa de bienes inmuebles el Código Civil establece una regla especial en el artículo 1.504. Este precepto supone una relación con el régimen del artículo 1.124 de dicho Código, una agravación del efecto resolutorio. Esta resolución no se produce con carácter absoluto o automático, habiendo mitigado sus efectos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 11 de marzo de 1959, 21 de junio de 1966, 21 de octubre de 1969 y 16 de noviembre de 1979. Que inscrita en el Registro la condición resolutoria sus efectos aparecen recogidos en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 y 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario, y en las Resoluciones de 17 de noviembre de 1978 y 29 de diciembre de 1982. Por lo demás, la condición resolutoria inscrita produce efectos contra terceros, siempre que se den los supuestos pertinentes y especialmente que la contraprestación sea exigible por haber transcurrido el plazo señalado. De modo que ejercitada con éxito producirá la extinción de la relación contractual, con efectos retroactivos, con la posible cancelación de las cargas posteriores, e incluso sin consentimiento de los titulares. 2) Que en el supuesto objeto del presente recurso se considera preciso examinar la cláusula resolutoria contenida en la escritura otorgada el día 12 de noviembre de 1984, y la forma en que se ha llevado a cabo la resolución. En la escritura se pactó lo siguiente: "el plazo para la obtención de la licencia de obras será a partir de hoy dos meses. La ejecución de las obras se realizará en los plazos determinados por la ley, que regula las viviendas de protección oficial. La entrega de la obra se efectuará dentro de los quince días siguientes a la obtención de la cédula de Calificación Definitiva de Viviendas de Protección Oficial". El incumplimiento total o parcial de la contraprestación se sujetó a condición resolutoria en los términos que figuran en la escritura. Que el plazo que establece el artículo 17 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, debe estimarse fue el concedido para que el señor Lorca ejecutase las obras, debiendo dentro de los quince días siguientes a la obtención de la calificación definitiva verificar la entrega de la contraprestación. Que nos encontramos con que la escritura de permuta es de fecha 12 de noviembre de 1984 y la Resolución de 17 de febrero de 1987 y si se computan los plazos de fecha a fecha, entre una y otra, ha transcurrido un tiempo inferior al estipulado. Que ambas partes prestan su consentimiento a la resolución, de modo que el contrato se resuelve extrajudicialmente, de mutuo acuerdo, antes de transcurrido el plazo, lo que supone un caso de resolución convencional o por mutuo disenso de un contrato aún no consumado; figura admitida por la doctrina y la jurisprudencia (art. 1.255 CC), pero que no puede producir el mismo efecto respecto de terceros que si se tratara del ejercicio de la condición resolutoria explícita. En este sentido, se pueden citar las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 y 29 de diciembre de 1973 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1951. Que en virtud de lo expuesto, fue inscrito el documento en cuanto a la resolución del contrato de permuta porque se trataba de un contrato perfectamente válido y lícito. 3) Que

la denegación de la cancelación de la anotación preventiva de embargo a favor del "Banco de Financiación Industrial, S.A." es consecuencia lógica de lo expuesto, pues si se tratara de una resolución convencional no puede producir efectos respecto de terceros, ni los mismos deben verse afectados por unas actuaciones de los interesados que han tenido lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial, con falta de garantía que ello puede implicar. Al faltar el requisito esencial del incumplimiento por haber transcurrido el plazo, las consecuencias respecto de terceros serían las mismas que si la condición no se hubiera inscrito. Estos terceros, y especialmente el anotante, deben ser protegidos. Es de señalar lo establecido en las Resoluciones de 26 de septiembre de 1967 y 7 de diciembre de 1978. Que el posible problema de prioridad existente entre la anotación preventiva de embargo, de fecha 8 de julio de 1986, y la escritura de resolución, de fecha posterior, al ser las anotaciones preventivas preferentes respecto de actos dispositivos que han tenido lugar con posterioridad a su práctica (arts. 1.923 CC y 44 LH), se considera que no puede ser resuelto sino en el procedimiento judicial correspondiente. Que, por otra parte, es sabido que fuera de los casos exceptuados específicamente (arts. 79.2 LH; 210, 175.1 y 6 RH) las anotaciones preventivas practicadas en virtud de mandamiento judicial, no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, a través del mandamiento correspondiente y en base a resolución judicial firme (arts. 83 y 84 LH y 174 de su Reglamento). En este sentido, cabe citar las Resoluciones de 7 de febrero de 1986 y 10 de abril de 1987, *a sensu contrario*, y siendo de destacar que la Dirección General de los Registros y del Notariado se manifiesta con rigurosidad en múltiples resoluciones a la hora de apreciar si se han cumplido los requisitos legales (RR. de 29 de diciembre de 1982 y 16 de septiembre de 1987) y, por tanto, no se va a dispensar un trato más favorable cuando se trata de una resolución puramente convencional. Que lo que se manifiesta en la nota de calificación quiere significar que ejercitada la resolución dentro del marco legal, se producirán los efectos cancelatorios previstos en el artículo 175.6.^a del Reglamento Hipotecario, incluso sin consignación de cantidad alguna, si no procedía la devolución como ha reconocido la Dirección General; pero si no se ejercita dentro del marco legal, tales efectos sólo podrían producirse entre las partes. Que la anotación preventiva de embargo a favor del "Banco de Financiación Industrial, S.A." en procedimiento seguido contra don Angel Lorca Espinosa, deberá ser cancelada, salvo que incurra en caducidad, en virtud de resolución judicial dictada en el juicio declarativo correspondiente.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete confirmó la nota del Registrador fundándose en que partiendo de que no se ha dado incumplimiento en tiempo y forma que señala la condición resolutoria estipulada, no excluye, en hipótesis que pueda producirse una resolución por imposibilidad de cumplimiento anticipada, definitiva e imprescindible, con entidad y alcance temporal suficiente, que en buena lógica y elemental técnica jurídica pugna reconocer frente a terceros por la mera y exclusiva afirmación de las partes contratantes relativas sólo a que el deudor no ha podido cumplir la contraprestación, dada la complejidad y trascendencia de una situación de esa naturaleza, constituida por un marco fáctico y un tratamiento jurídico diferentes a los que diseñan y conforman la condición resolutoria pactada; razón por la que también procede confirmar la denegación de la cancelación cuestionada, a más de entender correcta, en todo caso, la cita de los preceptos que inserta la nota para corroborar que el título presentado produce efectos únicamente entre las partes que lo acordaron libremente, de improcedente extensión a los derechos de terceros por mandato

legal y ausencia de los presupuestos sustantivos e hipotecarios inexcusables para reconocerle consecuencias tan significativas dentro de nuestro ordenamiento, dando así lugar al defecto insubstancial apreciado, porque el contenido el Registro supone un obstáculo insuperable ante los hechos constitutivos que el mismo título contiene para generar los efectos que pretende en orden a la extinción de determinados derechos sin las garantías judiciales que demanda el lógico interés contradictorio de los afectados fuera del ámbito protector a que alcanza la publicidad registral.

VI. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que contrariamente a la tesis mantenida por el auto que se impugna, se afirma que se está en presencia de una resolución de un contrato de permuta en virtud del cumplimiento de la condición resolutoria pactada en la escritura pública de permuta. La resolución de un contrato sometida a condición resolutoria puede producirse tanto en vía judicial como en vía extrajudicial. La vía judicial ha de seguirse cuando por parte del deudor incumplidor no hay asentimiento a la resolución y podrá seguirse extrajudicialmente cuando éste no se oponga. Al respecto hay que señalar que el plazo para el cumplimiento de la obligación opera protegiendo al deudor en el sentido de que el acuerdo no puede obligarse al cumplimiento antes de que venza el plazo; por tanto, nada impide al deudor renunciar a tal plazo y acceder a la resolución extrajudicial instada por el acreedor. En cuanto al requisito de la voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento queda puesta palpablemente de manifiesto cuando él mismo asiente a la resolución. Y en lo relativo al requisito del requerimiento previo al deudor, ha de considerarse cumplido cuando acude a una Notaría a firmar la escritura de resolución. Que el incumplimiento del promotor no es distinto al exigido para tener por cumplida la condición resolutoria pactada. La frase empleada en la escritura de resolución es una fórmula pactada que encierra el significado de que el deudor no cumple porque no quiere cumplir. Pero, además, siguiendo una línea jurisprudencial invocada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1941 y 25 de noviembre de 1946, cabe afirmar que la imposibilidad sobrevenida fortuita de la ejecución de la prestación también es causa de resolución incardinada en el artículo 1.124 del Código Civil. Que las partes contratantes al establecer la condición resolutoria pactan explícitamente la facultad del permutante acreedor de resolver el contrato si el permutante-deudor no cumple ya sea debido a una causa imputable al deudor, ya a una circunstancia sobrevenida no imputable al mismo, produciéndose en uno y otro caso las consecuencias naturales de la resolución. Que no es imprescindible que el incumplimiento se deba a una actitud culposa del deudor, pudiendo deberse también a una imposibilidad sobrevenida fortuita en el ejercicio de la prestación, y que el plazo para la ejecución de la obligación puede ser renunciado con posterioridad al establecimiento del mismo por aquel a quien le favorezca, en este caso el deudor, antes del cumplimiento del mismo; así la escritura de resolución referida no es ni más ni menos que el ejercicio de la condición resolutoria pactada una vez producido el hecho previsto en la misma. Que la resolución pactada está más en consonancia con la figura tratada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1928, 5 de diciembre de 1940 y 30 de abril de 1956, que con la Sentencia de 13 de febrero de 1965; así tampoco resulta aplicable al supuesto que se estudia en la Sentencia de 12 de junio de 1951. Que es significativo que la resolución se produce no recién iniciada la relación obligatoria, sino cuando han transcurrido veintisiete meses de los treinta que había de plazo para cumplir y cuando el expediente de viviendas de protec-

ción oficial iniciado por el permutante promotor había sido archivado anteriormente. Que la resolución se ha producido mediante el correcto ejercicio de la condición resolutoria pactada, por lo que los derechos del anotante han de extinguirse como consecuencia de los efectos naturales del cumplimiento de la citada condición, que carece de discusión el que el cumplimiento de la condición resolutoria produce la readquisición del dominio por parte del anterior transmitente, la cancelación de cualquier carga o gravamen impuesto sobre la finca objeto del derecho de dominio resoluble y la resolución y cancelación de los actos dispositivos realizados por el titular sujeto a la condición; y, por tanto, teniendo en cuenta el correcto ejercicio de la condición resolutoria, en este caso no cabe menos que proceder a la cancelación de la anotación de embargo que grava la finca, la cual tuvo acceso al Registro con posterioridad a la inscripción de la condición. Que de admitirse la tesis del Registrador y del auto impugnado, resultaría paradójico que el ejercicio de la condición resolutoria pactada diera lugar a que el acreedor beneficiado por tal condición quedara en una situación desfavorable respecto a un tercero que anotó su derecho con posterioridad a la inscripción de la condición y, por tanto, sabiendo que su derecho dependía para su existencia del no cumplimiento de la misma. Que de acuerdo con la línea mantenida resulta aplicable el artículo 175, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario; por tanto, la escritura de resolución al tener acceso al Registro, ha de provocar la cancelación de la anotación de embargo, puesto que se ha producido el cumplimiento de la condición resolutoria pactada, y no se trata de cualquier otra figura con efectos distintos a los pretendidos. Que el mantenimiento de la doctrina del auto impugnado, podría conducir a las siguientes consecuencias: 1) Si el procedimiento ejecutivo llegara a cumplimentarse, dando lugar a un auto de adjudicación o escritura de propiedad, no podría inscribirse, ya que la titularidad dominical de la finca aparecería en el Registro a favor de persona cuyo derecho dominical es anterior al del deudor ejecutado, cuyo derecho dominical ha desaparecido del Registro al cancelarse la inscripción a su favor en virtud de la inscripción de la escritura de resolución. 2) Si transcurrido el plazo de treinta meses que la legislación de Viviendas de Protección Oficial establece para la concesión de la calificación definitiva, el acreedor requiere al deudor para que cumpla, ante el incumplimiento manifiesto, aquél presenta una demanda en el Juzgado ejercitando una acción basada en la condición resolutoria pactada; el deudor contesta a la demanda allanándose a la misma y el Juez decreta la resolución y la consiguiente cancelación de la anotación preventiva de embargo. En este supuesto, es necesario admitir que no se producen más garantías para el tercero anotante que las que se dan en la resolución operada efectivamente; y 3) La doctrina del auto impugnado provoca que el Registrador refleje una situación que vulnera principios hipotecarios. Por un lado, se priva a la escritura de resolución de producir un efecto inherente al ejercicio de la condición resolutoria, cual es la cancelación de la anotación de embargo y, por otro, se produce la reversión del dominio con carácter retroactivo, efecto propio del ejercicio del cumplimiento de tal condición.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 6.2.º y 1.937 del Código Civil, 1, 38, 40, 71 y 107.1.º de la Ley Hipotecaria; y 175.1.º del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 27 y 29 de diciembre de 1973, 26 de septiembre de 1967 y 7 de diciembre de 1978.

1.º El supuesto de hecho de presente recurso queda delimitado por los siguientes elementos:

Por escritura pública otorgada el 12 de noviembre de 1984 se documenta un contrato de permuta de solar a cambio de realizar en él determinada edificación, en la que el transmitente del solar recibirá determinado local; la edificación habría de terminar en "los plazos determinados por la Ley que regula las viviendas de protección oficial", y ser entregada dentro de los quince siguientes a la obtención de la cédula de calificación definitiva, garantizándose el cumplimiento de las obligaciones del constructor con condición resolutoria expresa.

Practicada la inscripción del solar a favor del adquirente con sujeción a dicha garantía real, es posteriormente objeto de una anotación de embargo en favor de tercero para la efectividad de determinado crédito ostentado contra aquél.

El 17 de febrero de 1987, los otorgantes de la permuta convienen que por no poderse cumplir lo pactado en ella (la realización de la edificación), lo dan por resuelto, volviendo el pleno dominio de la finca a favor del transmitente inicial, solicitando del Registrador la pertinente reinscripción con cancelación de todas las cargas que hubiesen podido inscribirse o anotarse en el periodo intermedio, todo ello en virtud de la retroacción propia de la resolución que se opera.

El Registrador inscribe la resolución, pero deniega la cancelación de la anotación señalada por haber sido ejercitada la resolución antes de haber transcurrido el plazo concedido para la construcción (el de treinta meses desde la obtención de la cédula de calificación provisional).

El recurrente admite expresamente que la resolución se produjo cuando no había transcurrido aún ese plazo, de modo que este extremo no ha de ser examinado ahora.

2.º Ciertamente, cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución que consta explícitamente en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comportará la extinción del embargo y consiguiente cancelación de la anotación respectiva. Ahora bien, la eficacia relativa de los contratos (art. 1.257 CC), la inadmisibilidad de la disposición de los derechos ajenos (en este caso el del acreedor que obtuvo el embargo) o de la renuncia en perjuicio de terceros (*vid.* arts. 6.2.º y 1.937 CC; 107.1.º LH y 175.1.º RH), la eficacia real del embargo (*vid.* Resolución de este Centro de 6 de septiembre de 1988) y la fuerza protectora de los asientos del Registro (arts. 1, 38 y 40 LH) determinan que sólo la resolución del derecho embargado que se produzca en los términos registralmente constatados gozará de ese efecto extintivo, mas no así la que tiene lugar anticipadamente por mutuo disenso en virtud de la renuncia voluntaria por el titular del dominio resoluble cuando todavía no ha vencido el plazo concedido para la conclusión y entrega de la edificación prometida, pues tal renuncia sólo podrá operar registralmente dejando a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se practicó la anotación de embargo (art. 71 LH), la cual debe quedar subsistente hasta tanto se agote su propia eficacia, o concurran las vicisitudes resolutorias a las que se hallaba supeditado el derecho embargado.

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 efectos.

Comentario.—El tema central de esta resolución se refiere a la precisión de cuándo una condición resolutoria puede entenderse cumplida a los efectos de su reflejo registral y si el *convenio anticipado* de las dos partes interesadas puede

hacer las veces de la condición resolutoria cumplida. Todo ello va conectado con la repercusión que el reflejo registral de la condición cumplida puede tener sobre los actos posteriores registrados.

La panorámica, sin embargo, del problema es mucho más amplia, ya que entra en juego uno de los principios fundamentales del sistema, el de publicidad y la fuerza que el mismo tiene para proteger titularidades y afectar o no a los terceros. No es este el momento de adentrarse en este punto, pero sí conviene destacar el giro doctrinal que la Dirección General de los Registros ha dado a las condiciones resolutorias inscritas en cuanto a los efectos que las mismas puedan tener frente a terceros adquirentes posteriores y a la exigencia o no del cumplimiento del depósito a que se refiere el artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario. El peso de la posible "cláusula penal" ha debido de influir en asimilar dos casos completamente distintos: la condición resolutoria que se ejercita entre partes, por incumplimiento de la condición y el supuesto en que establecida la condición resolutoria, aparece posteriormente un tercer adquirente al que le afecta la misma. Tanto el antiguo artículo 151.6.º del RH de 1915, como el 175.6.º del actual se refieren a un supuesto totalmente diferente del que contemplan las Resoluciones de 17 y 28 de noviembre de 1978: una cosa es la venta con condición resolutoria a que se refieren los artículos 11 de la LH y 59 de su Reglamento y otra la venta a un tercero de una finca sujeta a condición resolutoria. La primera es una clarísima situación de resolución y la segunda es un problema de repercusión del pacto resolutorio sobre el tercero:

En el primer caso es evidente que si se cumplen los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento y 1.504 del CC, procede la cancelación. Lo decía sabiamente LA RICA al comentar estos preceptos y el 175.6.º del RH, apuntando: "que el artículo 59 del Reglamento sólo alude a la *revocación* registral del derecho del comprador que no ha pagado, aplicando correctamente los postulados del sistema en punto a las condiciones autenticadas por el Registro; pero no prejuzga lo relativo a la revocación efectiva (entrega de la finca) ni a las consecuencias de índole obligacional (perjuicios, reintegros de plazos pagados, daños en la finca, etc.), todos los cuales quedarán sometidos, a falta de acuerdo, a la resolución de los Tribunales".

Por ello estimo que sobran todo ese cúmulo de matizaciones que se hacen en las Resoluciones de 29 de diciembre de 1982 y 16 de diciembre de 1987 en las que, siguiendo un tanto la doctrina del Tribunal Supremo se utiliza como causa que impide la resolución toda manifestación del deudor que no "implique voluntad rebelde de no cumplir" (1).

Cabe añadir que la doctrina de la Dirección General ha sido tradicionalmente fiel al principio de publicidad que ofrece como excepciones la Resolución de 3 de junio de 1961, la de 17 de noviembre de 1978 y las posteriores de 29 de diciembre de 1982 y 16 y 17 de septiembre de 1987, que consolida la de 4 de febrero de 1988, en el sentido de aplicar analógicamente unas, el artículo 175.6.º del RH, y otras directamente.

Me gustaría profundizar en este punto y comentar un reciente artículo de JOSÉ ANGEL MARTÍNEZ SANCHIZ ("El deterioro del pacto resolutorio" en el Libro

(1) Quizá en este punto la aplicación del Tribunal Supremo hace en torno al artículo 1.124 del Código Civil no tenga un encaje pleno para el especial caso del artículo 1.504 del Código Civil en el que el comprador consiente anticipadamente en que su incumplimiento —rebelde o no— provoca que su adquisición revierte al vendedor. Es tema que necesita un estudio en profundidad.

Homenaje a Vallet de Goytisolo, tomo VII), así como la opinión mantenida en el sentido dicho de J. M. GARCÍA GARCÍA en su publicación sobre la *Legislación Hipotecaria*, pág. 187). Habrá que aplazar el comentario.

El segundo caso es más conflictivo, pues el RH impone no la “resolución” (rescisión o nulidad), sino que exige que se acredite el documento por el que se rescinde o anula el contrato, que no puede ser nunca “el requerimiento de resolución”, sino que debe ser el judicial —o el acuerdo entre vendedor y comprador— decretando la resolución, rescisión o nulidad y el *mandamiento* de que el posible depósito del importe de plazos y valor de los bienes está conforme, según el artículo 180 del RH.

Lo cual desplaza la eficacia publicitaria del Registro a la actuación judicial que habrá de decidir si el depósito está correctamente hecho y si es conforme a derecho. Y entiendo que este desplazamiento es contrario al principio de publicidad lo mismo que en el singular caso de la doble venta se pretenda, en base del artículo 104 del RH, que sea el Juez el que decida la preferencia que claramente aparece resuelta por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

En toda esta mezcla de supuestos, en los que juega la analogía sin razón aparente, se ha involucrado unas cláusulas notariales que, con el gran afán de imponer garantías (que puedan justificar usuras o pactos usurarios), aparece bajo el nombre de *cláusulas penales* en las que suele imponerse la pérdida de lo pagado, dándose el caso de que la falta del pago del último plazo puede provocar la resolución del contrato con pérdida de todo lo pagado. Y aquí es donde verdaderamente se plantea el problema que el artículo 175.6.º da por resuelto al admitir la consignación como remedio a una cláusula penal “inscrita”. Pero cabe preguntarse, ¿debe incorporarse a la inscripción la cláusula penal o debe rechazarse la misma en el momento de la calificación, por tratarse de una cláusula puramente personal entre comprador y vendedor? Este es el tema.

Mi opinión —por supuesto sujeta a las críticas de los que no la consideren correcta— es que la cláusula penal no juega ningún papel en lo que el artículo 10 de la LH define como “forma en que se hubiese hecho o convenido el pago”, pues el pago puede ser de presente, recibido con anterioridad o aplazado. Creo que tampoco forma parte de lo que el artículo 51.6.º denomina *literalidad* de las condiciones suspensivas o resolutorias, pues la eficacia de la resolución reside en la falta de cualquier pago aplazado y el resto ya es elemento ajeno a la condición. Es o se trata de una cláusula penal cuya modificación solamente puede hacerse por el Juez cuando la obligación resulte parcial o irregularmente cumplida (art. 1.154 CC). Es curioso como así lo apunta LA RICA ya que según el: “El Reglamento Hipotecario no preceptúa que, por falta de pago del último plazo, se pierdan todos los demás que se hayan pagado. Eso corresponde decidirlo a los Tribunales, que incluso pueden admitir la acción por enriquecimiento torticero; y no se olvide que la posición de comprador que tiene la posesión del inmueble, a pesar de no haberla pagado, no es tan lamentable como se dice”.

También es preciso aplazar este tema —paralelo al de la Resolución— para otro momento teniendo en cuenta unos trabajos importantes sobre la materia (2).

(2) C. J. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, J. A. MIQUEL CALATAYUD, *Consideraciones sobre la presunta condición resolutoria diseñada por los artículos 1.504 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria*. Igualmente toda la bibliografía que incide sobre el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, muy numerosa.

Como hemos apuntado al comienzo tres pueden ser los temas que la Resolución aborda: el convenio anticipado de resolución, la literalidad de la cláusula resolutoria y la repercusión registral frente a terceros. En el fondo todo ello tiene un contacto conceptual con esas tres disgresiones hechas en torno al criterio jurisprudencial de la eficacia publicitaria de una condición resolutoria, que choca abiertamente con estas notas marginales acreditativas del comienzo o iniciación de un expediente de apremio o de una ejecución hipotecaria que afectan a los terceros que adquieran posteriormente a la fecha que conste en el Registro la expedición de certificación de cargas y que juega en igual sentido en aquellos casos en los que conforme a los procedimientos de inmatriculación los edictos no se presentan en el tiempo legal establecido. Creo que todo esto debería ser objeto de una meditación seria si queremos mantener el vigor del principio de publicidad, regresando de esta forma a la raíz de la primitiva legislación hipotecaria. Vamos, pues, a distinguir los tres problemas apuntados:

a) *El pacto de resolución entre comprador y vendedor.* Prescindiendo de la condición resolutoria inscrita cabe que comprador y vendedor se pongan de acuerdo —y aleguen la causa de ello— y decidan resolver el contrato de venta que celebraron. En el presente caso parece que los interesados dan a su convenio eficacia subsidiaria al incumplimiento de la condición establecida e inscrita. ¿Cabe su inscripción con la eficacia de la resolución inscrita?

En buena lógica y con apoyo legal es evidente que comprador y vendedor pueden perfectamente “resolver” el contrato celebrado al amparo de la libertad de pacto por los cauces que marca el artículo 1.124 del CC, el cual señala la reserva de los derechos de terceros adquirentes con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria. Lo dicho para comprador y vendedor se aplica analógicamente a permutante y permutado, que es el caso real que da base a la Resolución que comentamos.

Lo que resulta dudoso es si esa resolución anticipada *sustituye* a la que el vendedor o permutante puede ejercitar unilateralmente en el caso de cumplirse la condición, al amparo del artículo 1.504 del CC. El recurrente da diversos argumentos para considerar que esa resolución anticipada “sustituye” a la pactada, entre los cuales está el de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento. Por supuesto que ni el Registrador de la Propiedad, ni la Dirección General consideran esto como viable y hay que aceptar todo ello. Se trata de una resolución “extrajudicial”, un convenio entre partes que deshace lo que antes se había hecho con un posible transcurso fraudulento de hacer desaparecer una anotación preventiva de embargo que pesa sobre la finca de uno de los permutantes. Si se admitiese esa sustitución se abriría una falsa puerta para eliminar asientos posteriores que quedan afectos por el cumplimiento de una condición resolutoria en los términos pactados en la escritura y reflejados y publicados por la inscripción registral. Pero la parte recurrente reconoce que la resolución se realiza de mutuo acuerdo “antes de transcurrir el plazo establecido”. No encaja, por ello, en los artículos tantas veces citados: 1.504 CC, 11 LH y 59 de la misma.

b) *La literalidad de la cláusula de resolución.* Conforme al artículo 11 de la LH para que la condición resolutoria tenga efectos “contra terceros” es preciso que se dé a la condición el carácter de condición resolutoria “explícita”. Aclarado suficientemente por la doctrina de la Dirección General la expresión “explícita” y su equivalente “expresa”, solamente queda ahora saber si es preciso, conforme al Reglamento Hipotecario, transcribir la condición *literalmente*. Parece que así debe hacerse conforme al artículo 51.6.º del RH (“copiándose literalmente las

condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden") máxime en el presente caso en el juega un plazo establecido (la edificación habría de terminar "en los plazos determinados por la Ley que regula las viviendas de protección oficial") expresamente.

No he sido nunca partidario de la "literalidad", pues muchas veces la resolución y su causa está clarísima sin necesidad de añadir datos y circunstancias que rodean a la misma, pero que no son fundamentales para la resolución. No obstante, en el presente caso estaba necesitada la cláusula de una literalidad que se respeta. Otro caso es el supuesto de la *cláusula penal* del que antes apunté mi opinión. Al no ajustarse la resolución a la literalidad de la condición no cabe alegar en favor de la resolución pactada extrajudicialmente y al amparo de la libertad del pacto su aplicación en sustitución de la expresamente reflejada en el Registro, ni alegando "imposibilidad sobrevenida de cumplimiento" ni renuncia por parte del vendedor (permutante, en este caso) que no puede hacerse en perjuicio de tercero que es el anotante que "conocía" la posible resolución en los términos que el Registro refleja.

c) *Repercusión registral frente a terceros* Aunque todo este efecto se deduce de lo que llevamos dicho, conviene reproducir literalmente las primeras frases del segundo punto de la resolución: "Ciertamente, cuando la titularidad embargada se halla sujeta a posible resolución que consta explícitamente en el Registro, el efectivo desenvolvimiento de ésta comprobará la extinción del embargo y consiguiente cancelación de la anotación preventiva".

Por ello, no estando en el caso citado no cabe la cancelación, dada la eficacia relativa de los contratos (art. 1.257 CC), la inadmisibilidad de la disposición de derechos ajenos o de la renuncia en perjuicio de terceros (arts. 6.2.º y 1.937 CC), la eficacia real del embargo y la fuerza protectora de los asientos del Registro (arts. 1, 38 y 40 LH).

Toda esta argumentación parece correctísima y ajustada a lo que tradicionalmente se desprende de la aplicación del principio de publicidad "efecto" que enmarca nuestro Registro dentro de lo que, en nuestra denominación, consideramos como jurídicos. Pero no es ésta la doctrina que *últimamente* sostiene la Dirección General. ¿Supone esta Resolución una rectificación del criterio?

La Resolución de 3 de junio de 1961 es la primera en la que la Dirección General exige, además del cumplimiento del artículo 59 del RH, la consignación del artículo 175.6.º sin invocarse en este caso razones de analogía ni aplicar el artículo 180 del mismo Reglamento. Se trataba de una resolución de venta entre partes donde el comprador había hipotecado posteriormente y existían dos embargos posteriores. Las Resoluciones de 17 y 28 de noviembre de 1978 vuelven a la postura clásica, admitiendo la cancelación y precisando el concepto de "notificación". Era un problema entre partes.

Con la Resolución de 29 de diciembre de 1982 (que contempla un caso entre partes, sin terceros) la Dirección vuelve o regresa al año 1961 y entiende que cuando a la "notificación" de resolución el comprador contesta en el término de cuarenta y ocho horas que ha pagado, es preciso aplicar el artículo 175.6.º del RH. La eficacia publicitaria del Registro se desplaza del poder resolutorio del vendedor a la voluntad del comprador. El que se resiste a pagar queda más protegido que el que espera recibir. En la Resolución de 4 de febrero de 1988 (situación entre partes, con una anotación preventiva de embargo posterior) vuelve la Dirección a aplicar el 175.6.º del RH, ignorando el 180 del mismo. Por último, al redactar estas normas, aparece la Resolución de 5 de febrero de 1990

que afecta a ciertos aspectos de los que aquí tratados —sobre todo en el informe notarial— pero de difícil incorporación a estas notas sin la debida meditación (3).

De todo ello resulta que la Dirección General no es ajena a que los supuestos que contempla el artículo 11 y 59 de la legislación hipotecaria en conexión con el 1.506 del CC son diferentes de los del 175.6.º del RH, pues aplica a las primeras situaciones el principio de *analogía* sin base jurídica seria, pues en la Resolución de 1961 negaba la necesidad de documentación judicial para la cancelación de cargas posteriores y aquí al tener que aplicar el artículo 180 del RH desplaza la eficacia resolutoria a la decisión judicial. Y lo curioso del caso es que el principio de publicidad en su plena eficacia se reconoce con todas sus consecuencias en determinados supuestos: la ejecución hipotecaria y la nota marginal de expedición de certificación, así como los casos de inmatriculación por el procedimiento del artículo 205 de la LH y la publicación de los edictos y su devolución registral, así como la generalización de los efectos “notificadores” a todos los procedimientos de ejecución a través de la nota marginal de la expedición de la certificación.

El tema del presente caso es que no había cantidad pendiente que abonar entre partes y, por ello, la resolución era inevitable. Pero aunque hubiese una *cláusula penal*, el comprador admite una situación (usuararia, impuesta, decisiva, etc.) y queda perfectamente notificado de la posible resolución que “acepta” con todas las consecuencias, consintiendo anticipadamente en las posibles cancelaciones. Lo mismo sucede con los posibles titulares sucesivos de derechos reales que saben que lo que hipotecan o embargan está sujeto a la condición resolutoria. Creo que sin perjuicio de la conexión del artículo 1.124 del CC con el 1.504 del mismo, los supuestos son completamente diferentes y si uno es regla general, el otro supone una excepción.

Las consecuencias registrales de esta singular forma de resolución del contrato por mutuo acuerdo, plantean seriamente el tema de que inscrita o “reinscrita” la finca a favor del primer titular (el que la cede en permuta) al recibir el arrastre de cargas pendientes, suscitará a la hora de la ejecución y posible pretensión de inscripción el tema de la titularidad de la finca (embargada a favor de otro) y que exigirá notificaciones, tercerías de dominio, y alegaciones de subrogación en las cantidades adeudadas, aunque en el caso contemplado por la Resolución no hubo devolución de cantidades.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

(3) Al redactar estas notas aparece en la REVISTA CRÍTICA un comentario de PABLO VIDAL FRANCÉS a las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 de difícil incorporación a las mismas.

NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE ACEPTACION Y MANIFESTACION DE HERENCIA OTORGADA POR LA USUFRUCTUARIA SIN QUE AL ACTO CONCURRAN LOS NUDO PROPIETARIOS NOMBRADOS EN EL TESTAMENTO.—NO ES POSIBLE CALIFICAR A LA USUFRUCTUARIA COMO HEREDERA—AUNQUE LO DIGA EL TESTAMENTO— POR IMPEDIRLO EL ARTICULO 510 DEL CODIGO CIVIL.—IGUALMENTE SE DESCARTA EL SUPUESTO DE FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LA EXISTENCIA DE UN PRELEGADO. (RESOLUCIÓN DE 24 DE ABRIL DE 1990; BOE DE 20 DE JUNIO DE 1990.)

Hechos.—I. Don Angel Robles Girón falleció el día 10 de mayo de 1975 bajo testamento abierto otorgado en Illescas el día 30 de abril del mismo año, ante el Notario don Juan García Atance, en estado de casado en únicas nupcias con doña Isabel Martín Castaño, sin dejar descendientes ni ascendientes. En dicho testamento legó en pleno dominio a su esposa los derechos que le correspondan en la casa de Illescas, calle General Varela, número 20, con todos los muebles y ropas de cualquier clase, condición y naturaleza que en ella existan. En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye heredera en usufructo vitalicio con relevación de fianza y con facultad de disponer, si lo necesitase, y siempre que ella hubiera vendido antes sus bienes propios, a su esposa; y en nuda propiedad y por iguales partes a sus cuatro hermanos doña Jualiana, doña Obdulia, doña Policarpa y don Temístocles Robles Girón, y si alguno de éstos premuere al testador le sustituye con sus descendientes legítimos.

El día 15 de diciembre de 1986 la viuda del causante otorgó, ante doña Milagros Anastasia Casero Nuño, Notaria de Illescas, escritura de manifestación y aceptación de herencia de su esposo, adjudicándose los bienes inventariados conforme a lo dispuesto por el difunto en el citado testamento.

II. Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de los de Illescas fue calificada con la siguiente nota: Calificado el precedente documento, se observan los siguientes defectos: 1.º No acreditarse el fallecimiento de la nuda propietaria doña Juliana Robles Girón, ni quienes sean sus descendientes sustitutos. 2.º No concurrir a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la partición hereditaria, todos los herederos del cónyuge premuerto o quienes les hayan sucedido en sus derechos, conforme los artículos 1.410, 1.058 y 1.059 del Código Civil. Siendo el segundo defecto insubsanable, se deniega la inscripción del documento, sin que proceda anotación preventiva.—Illescas, 13 de agosto de 1988.—El Registrador.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó. 1) Que en la escritura calificada no se vulneran en absoluto los artículos 1.410, 1.058 y 1.059 del Código Civil citados por el Registrador en su nota. Lo que ocurre es que el testamento del causante ha sido interpretado erróneamente por aquél, en forma que no es conforme con la voluntad del testador y, en consecuencia, el punto de partida del presente recurso gubernativo ha de resolver el problema de la interpretación del testamento, a fin de averiguar la verdadera voluntad del testador y, una vez descubierta ésta, no hay debate, sino aplicación de la Ley al caso concreto. En efecto, hay que aplicar lo establecido en el artículo 675 del Código Civil y hay que tener en cuenta que se trata de un testamento abierto notarial y, por consiguiente, la voluntad del testador está encauzada por la "jurisprudencia cautelar" del notariado; así pues, aplicando estos principios generales a una atenta lectura de las cláusulas testamentarias, coordinada con dicha jurisprudencia cautelar y utili-

zando, además, datos extrínsecos, se pueden extraer, entre otras, las siguientes conclusiones: *a)* está clara y expresa la voluntad del testador de nombrar heredera a su esposa, es decir, sucesora a título universal, con todas sus consecuencias; *b)* conectando la fecha del testamento con las de adquisición de los bienes integrantes de la herencia y la edad del testador y de su esposa en el momento del otorgamiento, se nos revela como mínimo que el testador sabía que su única legitimaria era su esposa, que él no tenía bienes privativos, que su esposa sí, y que su patrimonio estaba integrado exclusivamente por bienes gananciales escriturados e inscritos en el Registro de la Propiedad, y *c)* que rezuma del propio texto del testamento la idea de confianza del testador en su esposa y del deseo de aquél, de atribuir a la misma todas las facultades necesarias para que pudiese disponer de la herencia sin interferencias injustificadas, llegando el caso de necesitarlo. Ni siquiera nombró albaceas, o sea, prescindió del nombramiento de cualquier otra persona que pudiera tener atribuciones en la sucesión. En definitiva, el testador lo que quería es que su esposa heredase todos sus bienes, pero que éstos no pasaran en la familia de ella, sino a la del testador en caso de muerte prematura de la misma, sin que a ella le diera tiempo a disponer. 2) Que de la estricta nota del Registrador parece que éste se ha ceñido a una interpretación puramente literal y, en efecto, se tiene que conceder supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal, siempre que el texto de las cláusulas testamentarias no sea tan claro y expresivo que baste una simple lectura para establecer inequívocamente el propósito de aquél. Y es que la duda a que se refiere el artículo 675 del Código Civil puede estar originada no sólo por cláusulas oscuras o ambiguas, sino también porque sean inexpressivas o impropriamente empleadas, como ocurre en el testamento de don Angel, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. En el caso que se contempla, es clarísima y expresa la voluntad del testador de nombrar a su esposa heredera y le faculta a disponer de los bienes en caso de necesidad; pues si entendiera que lo atribuido por el testador a su esposa es sólo un usufructo cuando se ejercita la facultad de disposición, los bienes vendidos quedarían subrogados por su importe, pasando éste a constituir el objeto del usufructo, y esto no es de ningún modo lo que parece más adecuado a la intención del testador. Que conviene tener en cuenta que en el sistema del Código Civil español: *a)* lo decisivo para considerar al favorecido en un testamento como heredero o como legatario es la voluntad del testador. Y si éste ha querido investir al instituido de la compleja posición del sucesor universal, dicho instituido sucederá a título universal, siempre que el objeto de la institución se identifique con el patrimonio hereditario, concebido como sucesión en el *universus ius defuncti*; *b)* el sucesor en usufructo vitalicio de una herencia no es un sucesor universal, como lo prueba la peculiar organización de su responsabilidad por deudas y cargas de la herencia. Que, por consiguiente, para mantener la clara voluntad del testador de instituir a su esposa como heredera, hay que admitir que la instituyó como heredera fiduciaria, con ciertas particularidades en orden a las facultades dispositivas y con las limitaciones propias de una cláusula de residuo o gravamen restitutorio. En esta dirección se ha pronunciado la doctrina científica y debe tenerse en cuenta la Resolución de 31 de enero de 1931. Que se estima que quien se interese por el derecho vivo y sus resultados prácticos, no atenderá tanto a la disquisición doctrinal relativa a la diferente naturaleza del usufructo de disposición y del fideicomiso de residuo, y se preocupará del problema no sólo jurídico, sino incluso social, de que una imprecisión en el lenguaje empleado pueda repercutir después en diferencias tan considerables y que no corresponden a una idea

claramente formada en la mente del testador. La batalla en pro de la neta diferenciación ha de ganarse en la fase de asesoramiento, por obra de la jurisprudencia cautelar del notariado. 3) Que los razonamientos expuestos conducen, por un lado, a excluir que las cláusulas testamentarias transcritas puedan ser interpretadas en el sentido de que contienen una disposición por lo cual el testador deja a una persona el usufructo de una herencia, y a otras la nuda propiedad, tesis que sirve de base al Registrador en su nota denegatoria; y, de otro lado, a estimar que en el testamento que nos ocupa lo que realmente se establece es una institución de heredero universal a favor de la esposa del testador con cláusula de residuo a favor de los parientes del mismo a quienes correspondería la herencia según las reglas de la sucesión intestada y en la proporción determinada por ésta, si no existiere la viuda heredera; cláusula cuya única finalidad es evitar que los bienes del testador pasen a los parientes de ésta, caso de sobrevivir la misma a aquél por un reducido intervalo de tiempo. Así pues, que se estima que la posición jurídica que ocupa doña Isabel es la de heredera fiduciaria *universum ius defuncti*, que en cuanto heredera no es mera usufructuaria sino dueña; y la posición jurídica que se cree ocupan los llamados en el caso de que quedasen bienes al fallecimiento de doña Isabel es, la de unos fideicomisarios de residuo, con la particularidad de que en caso de premorir alguno de ellos a la "usufructuaria de disposición", no sucederían nunca los herederos de ésta, sino los de aquél. 4) Que, desde esta perspectiva, se puede concluir afirmando lo siguiente: A) Prelegado. La innecesidad de entrega del prelegado viene avalada por numerosos autores modernos, por la doctrina y la jurisprudencia en diversas Sentencias, entre otras, las de 18 de julio de 1900 y 28 de abril de 1976. Pero, ¿qué sentido tiene hacer un legado al heredero único? En nuestro caso tiene una explicación sencilla que, además, ayuda a entender la voluntad real del testador, que quiso a través del legado disponer de un bien de manera distinta a los demás bienes, por las siguientes razones: 1.ª La casa legada, al no estar sujeta a gravamen restitutorio, puede ser objeto de disposición sin necesidad de justificar la viuda el haber vendido antes sus bienes propios; 2.ª que dadas las circunstancias especiales concurrentes en la casa, conocidas por el testador, éste no tuvo inconveniente en que al fallecimiento de su esposa dicha casa pudiera pasar a la familia de ella, a diferencia de los demás bienes que pasarían a la familia de él, si su esposa no disponía de ellos. Por esa misma razón el legado comprende todos los muebles y ropas que en la casa existan, sin excluir los privativos del causante, y 3.ª la viuda podría disponer del objeto legado tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*. Los demás bienes hereditarios, en cambio, sólo podrían ser dispuestos por la viuda en caso de necesidad y previa venta de los bienes privativos de la misma. B) No necesidad de partición. Que en este tema es necesario indicar lo declarado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 13 de enero de 1939. Que la escritura calificada no es de partición de herencia, sino de manifestación y aceptación de herencia, otorgada por la viuda del causante, como sucesora única del *universum ius defuncti* en la que se limita a inventariar los bienes dejados por su esposo; la acepta y se adjudica dichos bienes conforme a lo dispuesto por el testador y a la circunstancia de ser todos los bienes gananciales. Y para la validez de todo ello no es necesaria la concurrencia o intervención de los llamados a la "nuda propiedad" correlativa al usufructo con facultad de disponer, puesto que el derecho de los mismos, sea de la naturaleza que sea, procede del testamento y no depende en manera alguna de la escritura de aceptación de la herencia. Que no es necesaria su intervención lo ha reconocido la Resolución de 14 de febrero de 1878, y la

Resolución de 8 de febrero de 1957, que parece sostener la tesis contraria, no es aplicable a este caso, pues el testamento que sirvió de base a la misma es muy diferente al que se estudia. Que la escritura de aceptación y manifestación de herencia de doña Isabel no perjudica, ni puede perjudicar en modo alguno, a los demás llamados, y, en este punto, son aplicables, por analogía, los razonamientos jurídicos vertidos por la Resolución de 27 de enero de 1987. Que, en resumen, no se puede tener en suspenso el derecho de la viuda heredera hasta tanto que los demás llamados acepten la herencia, puesto que, si por ejemplo la aceptaran a beneficio de inventario, como éste no quedaría terminado hasta después de la muerte de aquélla, se le privaría del derecho de enajenar que su esposo, el testador, le otorgó (derecho tan merecedor de protección, si no más, que el que tienen el resto de los llamados). Y de seguirse el criterio del Registrador, la viuda queda virtualmente en estado de indefensión, ante la actitud de los demás llamados, a quienes no les interesa intervenir y sólo tienen que dejar transcurrir el tiempo para impedir de hecho a la viuda ejercitar la facultad de disponer que su esposo le otorgó, obligándole con ello a emprender costosos procesos judiciales para que se le reconozcan unos derechos y facultades que ya tiene atribuidos de forma clarísima en el título sucesorio; por consiguiente, la intervención de los posibles beneficiarios del residuo que el Registrador estima necesaria sería meramente pasiva, limitándose a prestar su asentimiento a lo otorgado por doña Isabel, lo que significa atribuirles un derecho de veto que en cuanto al alcance de la limitación a la facultad de disponer, es decir, "que hubiese vendido antes sus bienes propios", es claro que se refiere a los bienes privativos de doña Isabel, pero, aun en el caso de que pudiera entenderse que alcanzaba también a aquellos bienes que le correspondieran en pago de su partición en la sociedad de gananciales, la escritura calificada no hace más que extender el gravamen restitutorio a la totalidad de los bienes de la herencia (excluyendo el legado) lo que evidentemente, no supone perjuicio, sino todo lo contrario para los posibles destinatarios de éstos, cuando, además, la viuda no realiza elección alguna de bienes en pago de sus gananciales.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que la Notaria recurrente funda todo su estudio en un enorme esfuerzo interpretativo de la voluntad del causante de la herencia, y se considera, que aunque en el fondo del recurso subyace un problema interpretativo, a juicio del Registrador informante, en el concreto caso planteado, tal problema ni es decisivo y ni siquiera la parte recurrente ha extraído todas las consecuencias de esa tarea interpretativa, pues obsesionada con la posición jurídica de la llamada en el testamento "heredera usufructuaria universal", para defender la tesis de que sólo ella debe intervenir en la escritura autorizada, se ha olvidado de puntualizar cuál sea la posición de los calificados, por su parte, en el propio testamento, "herederos nudo propietarios" y las consecuencias que pueden derivarse de su posición. Que, en cualquier caso, deja un poco perplejo el mencionado esfuerzo interpretativo de la recurrente, y por ello conviene hacer un planteamiento claro y sencillo de los diferentes supuestos que pueden plantear las cláusulas testamentarias: 1.º simple usufructuario universal con facultad de disponer y nudos propietarios herederos. Esta configuración la rechaza la recurrente. Pero que la voluntad del testador es nombrar heredera a su esposa, es rechazado por aquélla al reconocer que no se ha utilizado adecuadamente en el testamento la jurisprudencia cautelar, como consecuencia de sus cláusulas inexpressivas y de sus fórmulas "impropias" Habrá que buscar, pues, el cauce jurídico apropiado a los deseos del testador. La existencia del prelegado, supone una petición de princi-

prios. Si el prelegado es, el legado que el testador deja al heredero con independencia de su posición hereditaria, admitir su existencia supone calificar gratuitamente al usufructuario de heredero, y lo que es evidente que nada impide al testador efectuar, a favor de la misma persona, diferentes clases de legados por razón de su objeto. Que por lo que se refiere a la obligatoriedad de la subrogación real en el usufructo con facultad de disponer, en este caso no cabe tal subrogación real, pues resulta evidente que, cuando en cualquier usufructo, por cualquier título, se concede al usufructuario la facultad de vender, o sea, para satisfacer sus perentorias obligaciones de subsistencias no se le está atribuyendo la mera facultad de transformar o alterar los bienes usufructados, sino una auténtica facultad de consumo, y a este respecto hay que citar la Sentencia de 9 de junio de 1948. Que queda como último argumento para rechazar que el usufructuario universal sea heredero del problema de la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia. Este argumento, de gran consistencia, aparece alegado por la casi totalidad de la doctrina. Y es que, sin entrar de lleno en la cuestión de cuál es la esencia de la posición jurídica del heredero, no cabe duda de que, en nuestro sistema sucesorio, el dato crucial ante el que tiene que aparecer la figura del heredero, es el de la responsabilidad por las deudas hereditarias y el usufructuario conforme al artículo 510 del Código Civil, no está obligado ni vinculado por ellas. Por consiguiente, si el usufructuario no puede ser heredero y el testador llama al cónyuge viudo usufructuario, sólo puede tener esta condición. Que por ello la Notaria recurrente para defender la tesis de que el cónyuge viudo es heredero se ve en la necesidad de cobijarse bajo la figura del fideicomiso de residuo. La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado, en los últimos tiempos, de diferencias entre el usufructo con facultad de disponer y el fideicomiso de residuo, y, en este sentido, es de destacar la Sentencia de 9 de diciembre de 1970 y la Resolución de 2 de diciembre de 1986. Que como resumen de lo expuesto hay que afirmar que nos encontramos con un cónyuge viudo que es un mero usufructuario y con unos nudos propietarios que son los verdaderos herederos. En consecuencia, habida cuenta de que el testador causante de la herencia está sujeto en su matrimonio al régimen de gananciales, es imprescindible, para la concreción del caudal hereditario y de los derechos individuales de cada uno, la intervención de todos los interesados. Por ello, no puede admitirse la afirmación del recurrente y, mucho menos invocar la Resolución de 13 de enero de 1939, porque en ella se contempla el caso de un solo heredero nombrado en el testamento, el cónyuge supérstite, y por las razones expuestas no puede decirse que la escritura otorgada por el cónyuge viudo, no perjudica ni puede perjudicar en modo alguno a los demás llamados, porque se limita a realizar una adjudicación *pro indiviso* de los "bienes relictos". Para determinar cuáles son los bienes relictos, es necesario liquidar previamente la sociedad de gananciales, pues el caudal relicto partible o adjudicable, está constituido por los bienes privativos del causante y los que le hayan correspondido por razón de la liquidación de la comunidad ganancial disuelta. Y esta previa liquidación es ignorada o eludida por la recurrente por el inadmisibles procedimiento de considerar que, en la sociedad de gananciales, existe una comunidad *pro indiviso* sobre cada uno de los bienes que la integran, tesis rechazada por las Resoluciones de 22 de mayo y 16 de octubre de 1986, y resulta engañosa la cita que hace la recurrente de la Resolución de 27 de enero de 1987, puesto que se refiere a un matrimonio sujeto al régimen legal del Derecho vigente en Baleares. Que como corolario es de señalar que hay un usufructuario no heredero con facultad de disponer en caso de necesidad y unos nudos propietarios herederos, y todos tienen que intervenir

para determinar el haber partible y la posterior adjudicación o división material del mismo. 2.º Heredero en usufructo universal con facultad de disponer, y herederos nudo propietarios. Que es patente que la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia, consideran al usufructuario universal, aun con facultad dispositiva, como mero usufructuario titular de un derecho real sobre cosa ajena. Pero también es cierto que no faltan autores que frente a esa tesis adoptan una postura de reserva, admitiendo la posibilidad de configurar al usufructuario como heredero. En la esfera jurisprudencial, tampoco faltan sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las que se llama al usufructuario heredero y se le trata como tal; así las Sentencias de 31 de octubre de 1903 y 14 de abril de 1905 y la Resolución de 22 de febrero de 1933, y en otras se admite ese calificativo de heredero, aunque con restricción, tal como ocurre en las Sentencias de 17 de mayo de 1962 y 9 de octubre de 1980 y en la Resolución de 8 de febrero de 1957. De forma que, en todos los casos, se estima indispensable el concurso de los demás herederos, aunque se les denomine en el testamento nudo propietario; siendo su intervención requisito inexcusable para proceder a la liquidación de la sociedad conyugal y subsiguiente distribución del haber hereditario partible, tal como la impone la jurisprudencia reseñada, con lo que, en última instancia, el resultado práctico es el mismo del supuesto anteriormente examinado. 3.º Usufructuario con la condición de fiduciario, en este caso de residuo, y nudos propietarios con el carácter de fideicomisarios. Que éste es el supuesto defendido por la recurrente, limitándose a su mero enunciado, sin entrar en el examen de la posición jurídica que, a cada uno de los afectados, corresponde dentro de tal figura y, por tanto, sin extraer consecuencia alguna que pueda desvirtuar la nota de calificación recurrida. Que la sustitución fideicomisaria, en cuyo ámbito se encaja el fideicomiso de residuo, tiene como característica esencial, el orden sucesivo, el doble llamamiento, y dicha característica no se da en el caso que se analiza, donde existe un solo llamamiento simultáneo de varias personas a distintas facultades integrantes del dominio: el usufructo y la nuda propiedad; sin embargo, conviene recordar que el artículo 781 del Código Civil diferencia dos clases de sustituciones fideicomisarias: las que contienen la obligación de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia, y las que no contienen esas obligaciones, que son las llamadas sustituciones fideicomisarias de residuo; y, precisamente, es esta última figura la que contempla la recurrente y llega a la implícita conclusión de que la fiduciaria puede, por sí sola, practicar la liquidación de la sociedad de gananciales y la distribución del haber hereditario. Pero, a su vez, es necesario distinguir dos clases de fideicomiso de residuo: el puro o simple o el condicional. En éste, dado que los fideicomisos sólo tienen una expectativa de derecho, es admisible la postura del recurrente y hay que rechazarla en el fideicomiso puro. Que en el concreto caso debatido no hay atisbo alguno de condicionalidad, o sea, el testador no llama a los presuntos fideicomisarios sólo para el supuesto de que quede algo, sino a tomar lo que deba quedar o simplemente quede; y así se diferencia, siguiendo la doctrina unánime, entre dos tipos de fideicomiso de residuo: *quod supererit* y *si aliquid supererit*. Esta distinción ha sido consagrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 30 de marzo de 1955, 15 de mayo de 1962, 7 de enero de 1959, 23 de diciembre de 1982 y 24 de abril de 1983. Que, ampliando el razonamiento de la recurrente y en el plano hipotético, se contempla un fideicomiso de residuo puro, al que será aplicable el artículo 784 del Código Civil, conforme al cual el fideicomisario adquiere su derecho desde la muerte del testador quedando únicamente aplazado el pleno

disfrute de su contenido. Que, como consecuencia de ello, hay que considerar al fideicomisario como heredero, y heredero del fideicomitente, tal como lo han confirmado las Resoluciones de 27 de marzo de 1981 y 1 de octubre de 1984. Y en virtud de lo establecido en el artículo 1.052 del Código Civil, que concede a todo heredero el derecho de pedir la partición, no se le puede negar el derecho a intervenir en la partición. Que, en resumen, los fideicomisarios tendrán que intervenir en las operaciones particionales, para dilucidar la cuestión básica de precisar la trayectoria de los distintos bienes, puntualizar los que quedan sujetos al fideicomiso y aceptar las adjudicaciones que les hace la supuesta fiduciaria. Con lo que nos encontramos ante el mismo resultado práctico del caso examinado en primer lugar. Que sintetizando toda la exposición anterior, hay que significar que cualquiera que sea la solución adoptada, en el Derecho vivo actual, los resultados prácticos que la recurrente pretende eludir, son los mismos, lo que no opta para elegir el cauce jurídico más adecuado. Que teniendo en cuenta la fuerza de los principios hipotecarios se rechaza la argumentación de la Notaria recurrente; puesto que parece inspirada en unas motivaciones sociales ajenas al mundo del derecho, y de difícil coordinación con el artículo 675 del Código Civil y demás principios generales del Derecho.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que por interpretación reiterada de la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado es preciso concluir que el testamento, objeto de debate de este recurso, contiene una institución del testador a favor de su viuda como usufructuaria universal, con facultad de disponer, y una institución de herederos en la nuda propiedad a favor de sus hermanos; sin que se dé la subrogación real y sin que se dé la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia; siendo, por tanto, la posición de la heredera usufructuaria distinta de la propia de la sustitución fideicomisaria; y, en consecuencia, para la concreción de los derechos individuales de cada uno de los llamados y en la operación previa o simultánea de la liquidación de la sociedad de gananciales es necesaria la intervención de todos los interesados en las operaciones particionales de la herencia por imperativo material del artículo 1.058 del Código Civil. Y así ocurre que en la escritura cuya inscripción se niega se verifica de presente adjudicación de nuda propiedad a interesados ausentes, omitiendo la liquidación de la sociedad de gananciales y su intervención en un acto dispositivo.

La Notaria recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que se basa el Auto en una interpretación literal de las palabras "usufructuaria" y "nudo propietarios" empleadas en el testamento, prescindiendo en absoluto del estudio o examen de la verdadera voluntad del testador que debe prevalecer sobre el sentido literal, y prescinde de la calificación jurídica que se hace de la usufructuaria cuando aquélla es precisamente el objeto del recurso. Que si de lo que se trata es de ajustarse a la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, también habrá que tener en cuenta que en la cláusula 4.^a se emplea la palabra "heredera" para la institución de la esposa. Que el Auto resulta contradictorio cuando se refiere a la subrogación real y a la responsabilidad por deudas y cargas de la herencia, pues si en la posición de la viuda usufructuaria no se da ni una ni otra, habría que preguntarse, una vez consumidos los bienes, ¿a quién y contra qué bienes habría de dirigirse un posible acreedor? Se opina que esta persona sería la viuda del causante, cuya responsabilidad es *ultra vires* dada su cualidad de heredera. Que cuando el Auto

interpreta la escritura calificada y dice que se hacen “adjudicaciones de presente” a los hermanos y sobrinos del causante, no ha tenido en cuenta que el significado de esa parte de la escritura no es más que determinar quiénes son y en qué proporción los beneficiarios del gravamen restitutorio; del mismo modo que la expresión “se les adjudica...” no tiene más significado que proyectar sobre los bienes de la herencia (excluido el legado) el total residuo que les correspondería en su día si la viuda no llegase a disponer de los bienes (participaciones indivisas) que se adjudicó como herencia de su esposo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 510, 675, 781, 1.058, 1.059 y 1.410 del Código Civil, la Sentencia de 9 de diciembre de 1970 y la Resolución de 2 de diciembre de 1986.

1.º En el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia, liquidación de sociedad de gananciales, adjudicación en pago de legado y partición del caudal hereditario, otorgada exclusivamente por la esposa del causante que había fallecido bajo testamento abierto en el que, después de legar a aquélla en pleno dominio los derechos que le corresponden en determinada finca urbana, “en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye heredera en usufructo vitalicio con relevación de fianza y facultad de disponer si necesitare y siempre que ella hubiera vendido antes sus propios bienes, a su citada esposa; y en nuda propiedad y por iguales partes a sus cuatro hermanos —identificados por nombres y apellidos—, y si alguno de éstos premuere al testador le sustituye con sus descendientes legítimos”.

2.º Sin prejuzgar ahora sobre la consideración jurídica que efectivamente corresponda al instituido en usufructo, es indudable que el llamamiento a los hermanos del causante y el efectuado en favor de la esposa son dos vocaciones simultáneas referidas a realidades diferentes, usufructo y nuda propiedad, y que han de operar desde el momento mismo de la muerte del testador, de modo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.410 y 1.058 del Código Civil y en tanto no conste su renuncia, no cabrá prescindir de los herederos instituidos en nuda propiedad al liquidar la sociedad de gananciales del difunto y partir sus bienes.

3.º Lo anterior hace innecesario entrar en el examen del primero de los defectos recogidos en la nota.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Comentario.—Forzosamente el comentario que puede hacerse de esta Resolución tiene que ser breve, pues la cuestión de hecho que la provoca y su solución es “libresca o de libro”, y ante ello resulta dificilísimo añadir cosas que aclaren o provoquen nuevas posibilidades. No obstante, vamos con lo que me sugieren los hechos que se relatan:

A) *Inadecuada actuación notarial.*—La verdad es que partiendo de un testamento hecho por un Notario con prestigioso apellido en el que, a mi humilde entender, la cosa era clarísima, la Notaría recurrente incorpora a su protocolo un instrumento que autoriza y que otorga la viuda del testador a quien el mismo la había dejado el usufructo universal. Posiblemente todo ello se hizo sobre la base de una interpretación de cláusulas “no oscuras o ambiguas”, sino inexpressivas o impropriadamente empleadas”, y sobre ello se consideró que en el caso

contemplado podía existir un "heredero único", aunque luego se configure como un "*fideicomiso de residuo*".

Si la recurrente del presente caso estimó que había un "heredero único", nunca debió autorizar esa escritura de aceptación y manifestación de herencia, pues con haber aplicado el artículo 14 de la Ley Hipotecaria la cosa hubiese tenido una rápida solución. Pero además de marginar la aplicación de ese artículo no le viene a la memoria en el momento del otorgamiento aquella serie de supuestos que en el tema de oposiciones a Registros y Notarías se plasman para saber cuándo estamos o no ante un heredero único. Y dice la doctrina que cuando en la herencia existen solamente un usufructuario y un nudo propietario no es preciso partición de bienes, no ocurriendo lo mismo cuando el usufructo o la nuda propiedad se atribuye a varios.

Quizá la recurrente recordase el supuesto y en ella surgió la figura del "*fideicomiso de residuo*" que, como dice el Registrador informante, tiene infinidad de diferencias con el usufructo, como lo acreditan la conocida Sentencia de 9 de diciembre de 1970 y la Resolución de 2 de diciembre de 1986. En el usufructo existe un *ius in re aliena*, y en el fideicomiso, una titularidad plena de dominio con obligación de conservación y transmisión en su día. Con esta interpretación de la recurrente es necesario hacer tránsito al siguiente punto.

B) *Interpretación de cláusulas testamentarias*.—Dice el artículo 148 del Reglamento Notarial que "los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente en idioma español, empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma". La recurrente entiende que todo ello no se observó, pues si bien los términos de las cláusulas ni "oscuras ni ambiguas", pero sí claras, incidían en el defecto de ser "inexpresivas o impropriadamente expresadas".

Y yo en esto último estoy con la recurrente, pues el Notario autorizante del testamento siguió una práctica notarial secular que se rompe cuando la doctrina notarial descubre que, conforme al artículo 510 del Código Civil, un usufructuario no puede ser heredero dada su limitación para responder de las deudas. Por ello la palabra heredero —aunque no creo que la intención— está "impropiamente" utilizada, y ello se demuestra cuando avanzando en el texto del testamento el causante instituye también herederos en nuda propiedad a varias personas, lo cual excluye la situación de heredero único —pues son tres los nombrados— y la del fideicomiso de residuo, pues el llamamiento es simultáneo al de la usufructuaria. Este es el decisivo argumento que la Dirección General emplea para mantener la posición del Registrador. Si hay nombramiento simultáneo, simultánea debe ser la comparecencia en una escritura de manifestación y partición de bienes.

Tiene razón el Registrador al distinguir el juego de la figura del fideicomiso de residuo y sus diversas clases. En el presente caso no existiría nunca un fideicomiso "condicionado", sino puro, en el que los fideicomisarios adquieren un derecho desde que muere el testador, aplazando el disfrute de aquellos bienes que queden al fallecimiento de la usufructuaria.

Tampoco creo que sea un argumento poderoso la alegación de que exista un "prelegado" o legado hecho al heredero, pues lo que el testador dice en el texto del testamento es que lega a la viuda las ropas y enseres, cosa que podía hacer aunque la misma no fuera heredera. Entender que por haber sido legataria debe considerarse dicho legado como "prelegado" es contrario a toda interpretación

lógica, pues para que éste existiese es preciso que a la usufructuaria la consideremos como heredera, y esto lo impide el artículo 510 del Código Civil.

Nos queda la duda de si el Notario autorizante del testamento "adecuó la voluntad testamentaria" al ordenamiento e informó del alcance y valor de la redacción, pues habría que probar que aun advirtiéndole de la existencia del artículo 510 del Código Civil se hubiera mantenido en su voluntad de designar heredera a su viuda en usufructo, pero eso se hubiera manifestado expresamente en el testamento de haber sucedido como caso de minuta impuesta.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

III. Sentencias del Tribunal Supremo

I. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

LA LEGISLACION SOBRE INVERSION EXTRANJERA ES CONTINGENTE Y NO PUEDE INCIDIR NEGATIVAMENTE EN LA ESTRUCTURA CAUSAL DEL NEGOCIO JURIDICO. (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La legislación sobre control de cambios y sobre inversión extranjera en España es singular y excepcional en función de circunstancias político-sociales y económicas de carácter específicamente coyuntural y que sus dictados proyectan sobre los negocios puramente civiles la necesidad de cumplir unos requisitos meramente contingentes cuando estos negocios jurídicos cumplen el requisito sustantivo prevenido en el Código Civil.

El problema de inversiones foráneas en España ha basculado desde la Ley de Delitos Monetarios, estrictamente prohibitiva de aquellas, a un régimen de permisibilidad circunstanciada (autorizaciones administrativas generales o específicas), según la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, y Decreto de 10 de octubre de 1980, pasando por la Ley de Inversiones Extranjeras de 31 de octubre de 1974, que cuando se trata de bienes inmuebles urbanos no afectos a la defensa nacional y a actividades empresariales gozan de una generosidad administrativa en la autorización del pago en pesetas interiores que no puede incidir negativamente en la estructura causal del negocio jurídico.

UNA COMPRAVENTA EN DOCUMENTO PRIVADO NO DA LUGAR A NINGUNA ACCION REAL. (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La constancia en documento privado de un contrato de compraventa no da nacimiento a acción real alguna, puesto que por sí mismo no transfiere el dominio si no se justifica la tradición de la cosa vendida, y sólo cuando esta justificación se acompaña es cuando podrá ejercitarse acción real declarativa o reivindicatoria del dominio, en cuanto que, según los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, la transferencia de la propiedad exige título (contrato) y además el modo o entrega (Sentencia de 5 de mayo de 1945).

El mandato queda tácitamente revocado cuando interviene en la venta el propio mandante. La prohibición del artículo 1.459.2.º no rige cuando el mandatario no interviene a un mismo tiempo con la doble personalidad de vendedor y comprador.

EL PRECIO TIENE QUE FIGURAR INDISPENSABLEMENTE EN EL CONTRATO DE OPCION DE COMPRA. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La opción de compra no regulada específicamente en el Código, pero si reconocido su aspecto registral en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario debe de concebirse como aquel convenio por virtud del cual una parte concede a la otra la facultad en exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante y constituyendo por tanto sus elementos principales referidos a la opción de compra: la concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la compra y su realización, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la determinación del plazo para el ejercicio de la opción, siendo, por el contrario, elemento accesorio el pago de la prima; requisitos todos y cada uno de ellos que deben concurrir en esta figura contractual. En el caso de Autos, ni contractualmente ni de una forma legal subsidiaria se ha fijado el elemento precio que, indispensablemente, tiene que figurar en el contrato de opción de compra.

NO SE PRODUCE NOVACION POR LA INTRODUCCION DE ALTERACIONES ACCIDENTALES. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de esta Sala que la novación nunca se presume; la circunstancia de que el deudor abonara a su contendiente, fuera del plazo concertado en el contrato de compraventa, una cantidad en metálico inferior a la pactada, no constituye una novación modificativa de las cláusulas referentes a la forma de pago estipulado, dado que la misma no puede inferirse de meras deducciones o conjeturas ni se produce por la introducción de alteraciones accidentales en una obligación preexistente, como las que se concreten a facilitar la entrega del precio.

Se exige para que opere la resolución del contrato un incumplimiento esencial que atente contra la finalidad perseguida por aquél, que ha de ser consecuencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, sin que el simple retraso por sí solo determine la posibilidad resolutoria. Es cierto, sin embargo, que aquella voluntad rebelde al cumplimiento no se identifica con un proceder doloso del obligado, pero sí requiere falta de justificación, continuidad y muy particularmente inequívocidad, a más de que la situación de impago sea duradera.

LOS CREDITOS SALARIALES SON PREFERENTES A LOS DEVENGADOS POR GASTOS DE ADMINISTRACION DEL CONCURSO. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—El conflicto surge en la determinación de la posible preferencia que pueda corresponder a los créditos salariales del número 3 del artículo 32 del Estatuto, es decir, los revestidos de privilegio general, y aquellos otros créditos devengados “por gastos de la administración del concurso, de interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación”, son las llamadas “deudas de la masa”; examen comparativo en el que incide de una manera especial el contenido del párrafo 5.º del citado artículo 32, que dispone: “Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal”, o dicho de otro modo, no les afectan las suspensiones de pagos ni las quiebras, pues quedan al margen de las mismas al no suspenderse los procedimientos ni la ejecución de las sentencias relativas al cobro de salarios. Novedosamente, la citada Ley les otorga una posición de ventaja procesal o exención en relación con otros acreedores del patrono semejante a la que en otros supuestos se les otorga a los acreedores pignoratícios o de hipoteca naval. Se puede afirmar que si para el ejercicio de las acciones de cobro de los salarios que puedan ser adeudados a los trabajadores, la Ley especial ha reconocido un sistema separado e independiente de los concursales no pueden afectar a estos créditos los gastos de la masa, devengados, como dice el Código, “en interés común de los acreedores” y causados a consecuencia de la administración de un concurso, en el que ellos no han intervenido al actuar en una vía procesal paralela.

LA CONGRUENCIA NO IMPLICA UN ACOMODO RIGIDO A LA LITERALIDAD DE LO SUPLICADO. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La armonía entre los pedimentos y la sentencia no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que también ha de hacerse extensiva a aquellos otros extremos que de algún modo lo complementan y precisan o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, porque lo perseguido no es otra cosa que el órgano jurisdiccional se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad; no se produce incongruencia por el cambio del punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe por aquél el absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes.

DEFECTOS DE LA CONSTRUCCION: CLASES Y EFECTOS. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala, interpretando los escasos preceptos que el Código Civil dedica al contrato de obra, viene entendiendo: A) Que es premisa fundamental en materia de reclamaciones derivadas de defectos de la construcción distinguir si se trata de vicios originadores de

ruina o de simples defectos constructivos que no llegan a tal entidad. La amplitud jurisprudencial del concepto de "ruina" no sólo abona aquellos vicios que hagan temer la pérdida del edificio, sino también lo que se viene denominando "ruina funcional", es decir, el defecto que hace la edificación inútil para la finalidad que le es propia. B) Si las anomalías denunciadas se pueden incluir en ese concepto jurisprudencial amplio de "defecto ruinógeno", será de rigurosa aplicación la literalidad del artículo 1.591 del Código Civil, con la garantía decenal allí establecida que asegura la reparación de los vicios que se manifiestan dentro de los diez años, si bien el comitente tendrá el plazo de quince años para ejercitar la acción. C) El mismo artículo 1.591 contempla en su último párrafo el supuesto de deberse la ruina a la falta por parte del contratista de las condiciones del contrato, en cuyo caso la acción indemnizatoria, como personal que es, será la de quince años del artículo 1.964. D) En el supuesto de tratarse de vicios no ruinógenos por su entidad se han seguido diversas teorías para la efectividad de la reparación: entender, en primer lugar, que se trata de los vicios ocultos, cuyas acciones se reconocen en el artículo 1.940 del Código Civil, teoría ampliamente desechada por suponer una equiparación inexistente con el contrato de compraventa y por la brevedad del plazo para reclamar estas acciones edilicias que hacía muy difícil el descubrimiento del defecto; una segunda postura viene referida al cumplimiento defectuoso o incorrecto de las obligaciones del contratista que se hayan observado después de la entrega y aceptación de la obra, supuesto que se corresponde y está comprendido dentro de la regulación general de las obligaciones y contratos que señalan los artículos 1.091, 1.098, 1.166 y 1.258 del Código Civil; y una tercera vía, un tanto ingeniosa e intermedia, que consiste en entender anulado el proceso de recepción de la obra dada la concurrencia de un error en la relación con la entidad de los vicios descubiertos después; teoría que llevaría aparejada la caducidad de los cuatro años señalada en el artículo 1.301 del Código Civil (contados desde la culminación del proceso receptivo).

NO ES DOCTRINA GENERALMENTE ADMITIDA LA QUE ATRIBUYE AL LIBRADOR LA OBLIGACION DE ACREDITAR LA EXISTENCIA DE PROVISION DE FONDOS. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Cuando una letra de cambio, que es una orden incondicional de pago dada en forma escrita por el librador para que el librado pague a su vencimiento a quien se presente como regular tenedor, es impagada, permite poner en marcha la reclamación judicial ejercitando la acción cambiaria, sin que el aceptante pueda oponer excepción causal alguna frente al tenedor, ajeno por completo al libramiento. Cuando como resultado de la acción ejecutiva o declarativa es resarcido el tenedor del importe de la cambial por el aceptante demandado, la letra, que es un título de circulación y de rescate, pasa a manos del pagador, que era desde que firmó como aceptante el obligado principal de la letra, y con el pago se extingue la vida del título cambiario. A partir de allí quien pagó sólo puede ejercitar las acciones declarativas cuya causa ajena al título esté en condiciones de demostrar. Esto es lo que intentó hoy el recurrente que se dirigió contra el librador, pero sin aclarar la verdadera acción que ejecutó. Traer a colación la doctrina que en orden a las acciones cambiarias entre librador y librado atribuye a aquel la obligación de acreditar la existencia de la provisión de fondos, no es posible, porque ni tal doctrina es la generalmente admitida por

estar en desacuerdo con la teoría de la abstracción de la causa y con el aforismo de que "el que acepta paga", ni desde luego es aplicable a acciones como la presente que no tiene su causa de pedir en una letra de cambio.

LA FE PUBLICA NOTARIAL NO CUBRE LA VERDAD INTRINSECA DE LAS MANIFESTACIONES DE LOS CONTRATANTES. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—El manto protector de la fe pública notarial alcanza solamente al hecho de haber sido realizadas por los contratantes ante el Notario las manifestaciones que éste refleja en la escritura; pero no cubre la verdad intrínseca de tales manifestaciones o declaraciones, las cuales pueden ser desvirtuadas por los demás medios probatorios (SS. de 1 de julio y de 5 de noviembre de 1988). Es doctrina jurisprudencial uniforme la de que la simulación contractual se revela por pruebas indiciarias que llevan al Juzgador de instancia a la apreciación de su realidad.

LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES NO HA DEROGADO EL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1991.)

Hechos.—Una inmobiliaria vendió un piso a un matrimonio, con precio en su mayor parte aplazado y garantizado con condición resolutoria. Al no haber pagado al cumplirse el plazo, la vendedora insta la resolución del contrato, que es concedida, y rechazado el recurso de los compradores basado en la Ley de Defensa de los Consumidores.

Doctrina de la sentencia.—Para que pueda apreciarse el abuso del derecho se requiere que la intención o propósito en la efectividad de un derecho sea sólo el de causar daño a otro interés jurídico y que no resulte provecho para el agente que lo ejerce, no cabiendo estimar comprendido en dicha situación a quien tiene abiertas las vías legales para que su pretensión sea reconocida, concurriendo, por tanto, en su favor una justa causa de litigar que excluye todo abuso de derecho.

Si bien la Ley de 19 de julio de 1984 establece en su artículo 10.1 que las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato y las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten una posición de desequilibrio en menoscabo de los intereses del consumidor o usuario, excluyen la buena fe y justo equilibrio de la contraprestación, es evidente que ha de profundizarse en la interpretación de las obligaciones contraídas por éstos y en el factor de hecho del cumplimiento de los compromisos y contraprestaciones de las partes; esas normas especiales salvan las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario; y con mayor motivo hay que salvar las prescripciones especiales de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, puesto que no los derogan, cuyo desconocimiento o su desobediencia supondría no ya una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido las obligaciones, sino una patente del incumplimiento de las suyas tan elementales como el pago del precio por parte del comprador.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL AL "PROCESO DEBIDO" NO RESULTA VIOLADO POR LA INTERPRETACION QUE EL JUEZ HAGA DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS.—REQUISITOS PARA APLICAR LA CONCURRENCIA DEL CASO FORTUITO. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1991.)

Hechos.—Un obrero del Ayuntamiento de P. falleció en accidente de trabajo al caerle en la cabeza un foco que manipulaba un compañero e ir desprovisto de casco, ya que el Ayuntamiento carecía de ellos. El citado Ayuntamiento es condenado a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El derecho constitucional al proceso debido recogido en el artículo 24.2 del Texto Fundamental, al decir que todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, sólo puede resultar violado por la inobservancia de las garantías que hagan posible la defensa de las partes infringiendo los principios de audiencia y contradicción, así como negando a aquéllas la posibilidad de aportar las pruebas pertinentes a su defensa; pero tal derecho no puede resultar violado por la interpretación que el Juzgador haga de las normas sustantivas aplicables para resolver la cuestión litigiosa.

Se dice en el motivo que, incluso, queda malparado el principio de legalidad si condenamos civilmente aquello por lo que no podemos condenar plenamente, pues dispone el artículo 25.1 de la Constitución que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento", dando así rango constitucional al principio de legalidad; las alegaciones que se hacen en el recurso desconocen la distinta función que al Derecho civil y al Derecho procesal corresponden en orden a la convivencia humana en sociedad en virtud de la cual el Derecho penal sólo interviene en caso de graves ataques a los bienes jurídicos más importantes y siempre que resulten insuficientes las sanciones establecidas en los demás ordenamientos jurídicos, por lo que la no sanción de unos determinados hechos por el ordenamiento penal no implica que no puedan ser objeto de reproche jurídico en la esfera civil.

Caso fortuito en todo suceso imposible de prever o que, previsto, sea inevitable, y por tanto realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable y que cuando el acontecimiento dañoso fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad no puede darse la situación de caso fortuito.

EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL NO HACE FALTA DEMANDAR A LAS ESPOSAS DE LOS DEMANDADOS. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—El recurso denuncia el defecto de litis-consorcio pasivo necesario al no haber sido demandadas las respectivas esposas de los demandados a pesar de ser copropietarias registrales con sus maridos de los inmuebles afectados. El motivo no puede prosperar porque la referida situación

litisconsorcial no deviene forzosa en los supuestos de responsabilidad extracontractual en razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieron resultar obligadas, que faculta al perjudicado a dirigir su acción contra cualquiera de ellos, como así tiene declarado la Sala en reiterada jurisprudencia (SS. 3-1-1979, 30-12-1981 y 28-5-1982, entre otras).

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: PARA SU RESOLUCION BASTA CON LA PASIVIDAD MOROSA. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Según constante jurisprudencia de esta Sala, para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es a lo que apunta la frase “voluntad rebelde” al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte (S. de 5 de junio de 1989), en el caso presente la percepción del precio, en su tiempo, dado que en otro caso se propicia con la demora una inversión especulativa que dejaría a merced del comprador, en función de las circunstancias, el cumplimiento del contrato; por lo que, consecuentemente, no es precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, sino que debe bastar con una pasividad morosa de más de dos años (como acontece en este caso) sin cumplir la obligación de pago referida a la cantidad más sustancial del importe del precio.

EL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA” NO PUEDE ENTENDERSE DE MANERA ILIMITADA. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—El Juzgador puede, en atención al principio *iura novit curia*, en relación con el de *da mihi factum, dabo tibi ius*, aplicar normas distintas, e incluso no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos; pero en ningún caso la observancia de esos principios puede entenderse de una manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada al componente fáctico esencial de la acción ejercitada, estimándose por tal a los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como a la inalterabilidad de la *causa petendi*, pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del derecho de defensa.

INTERRELACION DE LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La interrelación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil reiterando una decantada jurisprudencia es bien elemental, contrastando las respectivas sanciones de uno y otro, en el bien entendido que ambos contemplan la posibilidad resolutoria de los contratos u obligaciones bilaterales o sinalagmáticas a causa de incumplimiento por alguno de los obligados o contratantes, pudiendo destacarse: a) que en el artículo 1.124 como precepto genérico se refiere a todo tipo de contratos bilaterales cuando se incumpla por alguno de los obligados lo que les incumbe, en cuyo caso automáticamente el perjudicado podrá instar la resolución aunque ese remedio no esté previsto en el contrato porque se trata de una “facultad resolutoria implícita en las recípro-

cas"; b) el artículo 1.504 como norma específica sólo juega en la venta de inmuebles y sólo ante la clase de incumplimiento por impago del precio —total o parcial—, norma pues que claramente viene a aplicar en tema de inmuebles la anterior genérica del artículo 1.124, al que de alguna manera excepciona.

ES INDEPENDIENTE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA A LA DEL PROMOTOR. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—La responsabilidad del contratista viene referida a la del trabajo efectuado por las personas (empleados u operarios) que tuviese ocupados en la obra que él, a su vez, hubiese contratado con el dueño de ella, responsabilidad que encuentra explicación en la situación de dependencia jerarquizada que afecta a los operarios respecto al contratista que les ocupó contratándolos, a diferencia de la situación existente entre tan repetido contratista y el dueño de la obra, pues aquí la relación del primero, aunque contratado por el segundo, se desenvuelve en un plano de autonomía e independencia bien distinta a la mantenida entre los operarios y el principal que les contrató u ocupó en la obra. De aquí que aun cuando la Sentencia de 29 de junio de 1987 equiparase la figura del promotor a la del contratista a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.591, ello no impide que tal promotor-constructor contratase con una empresa la ejecución material de la obra, en cuyo caso la figura de estos empresarios-contratistas no queda embebida o absorbida en la del contratista-promotor y genera responsabilidades independientes.

EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL SEGUIRA FUNCIONANDO COMO RESIDUAL. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Según declaró esta Sala en Sentencia de 10 de mayo de 1988, es competencia de la jurisdicción ordinaria y no de la laboral las cuestiones que no estén nitidamente atribuidas a éstas; y aunque hoy día, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, pueda resultar un tanto dudoso seguir hablando de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil frente a las demás, en la medida en que ya no existe, en rigor, una jurisdicción ordinaria y a su lado otras jurisdicciones especiales, sino órdenes jurisdiccionales iguales que deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas, es lo cierto que cuando no resulte clara la atribución del conocimiento del asunto el orden jurisdiccional civil funcionará y seguirá funcionando en todo caso como residual, entendiendo dicho orden también de aquellas materias que no estén atribuidas de modo inequívoco a otro orden jurisdiccional, además de resolver sobre aquellas que le son propias.

NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO EL NEGARSE A PAGAR MAS DEL PRECIO OFICIAL DE LA V.P.O. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—Efectivamente, influyen y constriñen la voluntad contractual las normas reguladoras de las viviendas de protección oficial, pues

como tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, "no cabe ignorar el carácter social imperante en esta esfera, donde la limitación imperativa del precio se corresponde con importantes beneficios a constructores, promotores y propietarios, lo que hace que se restrinja con preceptos de carácter necesario el juego de la autonomía de la voluntad, hasta el punto que su contravención por los intervinientes en un negocio jurídico de compraventa de una vivienda del aludido carácter determina la nulidad del pacto por el que se señaló un precio superior al fijado en la cédula de calificación definitiva, nulidad parcial que no lleva consigo la nulidad total de la compraventa, puesto que esto redundaría en beneficio del vendedor, obligado sólo a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas". Esta reiterada doctrina jurisprudencial evidencia y justifica la ausencia en los compradores de esa decidida y rebelde voluntad obstativa, indispensable para que produzca plena efectividad la condición resolutoria sancionada en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, pues si se negaron a pagar aquellas cantidades que tenían derecho a que, en su caso, les fueran devueltas por el vendedor como exceso de precio indebidamente pactado o percibido, no es lógico ni viable calificar su conducta de incumplidora, puesto que en ningún caso se ha frustrado la finalidad contractual habida cuenta de la imperativa limitación legal que regía para el precio.

LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL ES DIRECTA Y NO SUBSIDIARIA. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1991.)

Doctrina de la sentencia.—En el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual. La responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código Civil es una responsabilidad directa, no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa *in vigilando* o *in eligendo* y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho (SS. de 22-6-1988 y 30-1-1990, entre otras).

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

a) Arrendamientos rústicos

RETRACTO.—LAS ACTUACIONES PENALES NO TIENEN CARACTER DOCUMENTAL A EFECTOS DE CASACION, ASI COMO TAMPOCO LOS INFORMES EN ELLAS EMITIDOS TIENEN EL CARACTER DE PRUEBA PERICIAL POR HABER SIDO HECHOS SIN LAS GARANTIAS QUE EXIGE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1988.)

El Juzgado de Cuéllar desestimó la demanda y la Audiencia de Madrid revocó parcialmente la anterior en cuanto se refiere a las costas.

No triunfa la casación. El procedimiento penal por falsedad en documento público de compraventa concluyó con la absolución de los recurridos, siendo además de tener en cuenta que las actuaciones penales no tienen carácter documental a efectos de casación ni los informes en ellos emitidos tienen el carácter de pruebas periciales por haberlo sido sin las garantías que para la prueba de tal clase exige la LEC. No se ha probado que el precio figurado en la escritura de compraventa fuera distinto al verdaderamente satisfecho; la notificación de la compraventa debe ser concreta, cabal, verdadera y precisa de todas las condiciones de la venta, no surtiendo efecto si se ha hecho la fijación de precio con fraude; y en la demanda no se alegó que el precio no fuese el verdaderamente satisfecho, sino que era considerablemente alto.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA SITUACION DEL PENSIONISTA O JUBILADO NO ES IMPEDIMENTO PARA QUE EL ARRENDATARIO TENGA LA CONDICION DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, CONFORME A L.A.R. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1989.)

El Juzgado de Valmaseda estimó la demanda y rechazó la excepción de *litis pendencia*, declarando el derecho de acceso a la propiedad, pero la Audiencia de Bilbao revocó esta resolución.

Tiene éxito la casación. En la sentencia recurrida se sienta que no se guarda memoria del tiempo en que se pactó el contrato a efectos de la Disposición Transitoria 1.^a de la LAR, así como que la arrendataria se dedica a cultivar la tierra y explota varias cabezas de ganado vacuno de forma exclusiva y personal, sin la ayuda de sus hijos, restando únicamente como punto conflictivo la situación de jubilada de la demandante. El concepto de "profesional de la agricultura" aparece *ex novo* en la vigente Ley de Arrendamiento, centrándolo la profesionalidad en la dedicación a las actividades agrícolas más que en la capacidad personal para realizar las faenas o tareas propias de una explotación agraria. Según el artículo 15 de dicha Ley es profesional de la agricultura el que se dedique o vaya a dedicarse de manera preferente a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación. A partir de la Sentencia de 17 de enero de 1986 que declaró la incompatibilidad entre la situación de jubilado agrario y la de profesional de la agricultura ha evolucionado la jurisprudencia en un sentido más permisivo, y ya en 19 de mayo de 1986 se llega a la conclusión de que no cabe identificar la jubilación con la pérdida de la profesionalidad, destacando que el jubilado dejó de ser cultivador directo por haber abandonado su ocupación agraria, siendo la jubilación una presunción que admite prueba en contra. Ya en las Sentencias de 28 de enero y 3 de junio de 1988 se dice que la condición de cultivador personal no se desvirtúa por la edad del arrendatario ni su condición de pensionista impide esta situación, ya que la cláusula restrictiva de la Ley de Seguridad Social sería inoperante en relación con la posibilidad de hecho y jurídica de merecer el arrendatario el carácter de profesional de la agricultura como cultivador personal. Como la recurrente, según reconoce en la sentencia recurrida, tiene esta condición, procede estimar el recurso.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO.—CONFORME A LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª DE LA LEY SE RIGEN TODOS LOS CONTRATOS POR ESTA LEY, SALVO LO RELATIVO A LA DURACION QUE LO HARA POR LA LEGISLACION ANTERIOR, ES DECIR, SERA DE SEIS AÑOS, PRORROGABLES POR OTROS SEIS. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1989.)

El Juzgado número 1 de Ciudad Real estimó la demanda por expiración de plazo y la Audiencia de Albacete confirmó la anterior.

No triunfa la casación. Se declaró como fecha de la extinción de los arrendamientos la de 30 de septiembre de 1984 en la sentencia impugnada, así como que a partir de 1983 venía obligado el arrendatario a permitir a los arrendadores penetrar en las fincas a realizar las obras preparatorias de los barbechos para la siembra del año agrícola 1984-1985. Para el recurrente la acción, por referirse a la duración del contrato, ha de regirse por lo establecido en la legislación anterior, que no permitía, a diferencia del artículo 135 de la vigente Ley, condenas de futuro. Pero la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley dice que quedan sujetos a ella los contratos de arrendamiento rústico cualquiera que sea su fecha, con la salvedad de que la duración se regirá por la legislación anterior. Como los contratos son de 1972, la duración será la fijada en las leyes vigentes a la sazón y, según ellos, sería de seis años, prorrogables por otros seis, que terminaron en 1984. Incluso bajo la legislación anterior admitió este Tribunal —en S. de 19 de noviembre de 1954— la condena de futuro, quedando demostrado que la sentencia de instancia no violó el artículo 135 de la Ley cuando señaló el fin del arriendo antes que el día llegase. La entrada de la propietaria a cuidar los barbechos queda bajo el ámbito de la nueva Ley que permite la condena anticipada y, además, los contratos preveían expresamente la entrada a los barbechos.

b) Arrendamientos urbanos

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—EN UN SUPUESTO DE EJECUCION HIPOTECARIA SE EXTINGUE EL ARRENDAMIENTO CONCERTADO DESPUES DE LA EXPEDICION DE LA CERTIFICACION DE CARGAS EN LA REGLA 4.ª DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA, YA QUE NO PUEDE SER UN DERECHO PERSONAL DE MEJOR CONDICION QUE LAS CARGAS Y DERECHOS REALES POSTERIORES A TAL CERTIFICACION. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1988.)

El Juzgado número 1 de Logroño estimó la demanda que declaraba la nulidad del contrato, pero la Audiencia, en apelación, revocó parcialmente la anterior en cuanto a declarar válido el contrato de arrendamiento.

Triunfa la casación. En 1978 se expidió la certificación de cargas del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, adjudicándose la finca a la acreedora por Auto de 18 de junio de 1990, sin que pudiera tomar posesión de la finca por presentar el ocupante de ella un contrato de arrendamiento del local, suscrito el 15 de febrero de 1980, registrado en la Cámara de la Propiedad Urbana el 20 del mismo mes, promoviéndose un juicio declarativo por la actora solicitando la declaración del dominio a su favor y la nulidad del contrato. La demanda alega la buena fe por ignorar la existencia de la hipoteca, pero no deben desconocerse las fechas que trascienden del Registro, del procedimiento judicial sumario y de los edictos

convocando las subastas públicas; pero particularmente la constancia de la nota marginal del artículo 131, regla 4.^a, de la Ley Hipotecaria da un mentis categórico a la buena fe del arrendador y arrendatario, habida cuenta de la publicidad registral, debiendo conocer el arrendatario que si se resolvía el derecho del arrendador quedaba extinguido el arriendo, es decir, que el arrendatario conocía el vicio de su posesión dadas las circunstancias descritas. También las condiciones de gravosa onerosidad para el futuro propietario del arrendamiento suscrito proyecta una anomalía que va contra las prevenciones del artículo 219 del Reglamento Hipotecario que no es dable desconocer conforme al artículo 6 del Código Civil, ya que se conviene una renta muy inferior al 6 por 100 reglamentario, no actualizable en tres años, que patentiza el ánimo defraudatorio que pudiera frustrar el reintegro de la deuda por vía de apremio hipotecario y, además, la analogía con el artículo 114.12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos nos lleva a la resolución del arrendamiento, siendo así que la jurisprudencia del Tribunal Supremo —S. de 31 de octubre de 1986— hace uso expreso de la regla 17 en relación con la 8.^a del artículo 131, por lo que, anulándose todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca, no debe ser de mejor condición un derecho personal como el arrendamiento, lo que comporta su extinción por resolución del derecho del arrendador.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—NO PUEDE CONSTITUIR MATERIA DEL JUICIO EXTRAORDINARIO DE REVISION SI SE TRATA DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL O DE INDUSTRIA, YA QUE ESTE JUICIO NO CONSTITUYE UNA NUEVA INSTANCIA (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1989)

El Juzgado de Benidorm estimó la demanda declarando la resolución del arrendamiento de industria por expiración del término, lo que mantuvo la Audiencia de Valencia.

No admitida la casación por razón de su cuantía, se interpone recurso extraordinario de revisión, basado en que después de la sentencia de segunda instancia han llegado a poder del arrendatario documentos públicos que demuestran el carácter del arrendamiento de local de negocio, encubierto como arrendamiento de industria, en fraude de Ley, para salvar la prórroga forzosa que impone la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Se desestima el recurso de revisión, ya que se funda en un acta de licencia fiscal para venta de bisutería y otra para venta de ropas hechas; pero con esto sólo se trata de debatir la cuestión ya debatida en ambas instancias, es decir, si el contrato litigioso fue de arrendamiento de local o de industria. Pero el recurso de revisión no es una nueva instancia, aparte de que tampoco tienen carácter decisivo los documentos aportados y además se formuló el recurso dos años después de la sentencia, sin que la aparición de dichos documentos recientemente y con posterioridad a la apelación sea suficiente para que la Sala tenga por presentado en tiempo oportuno el recurso de revisión.

RETRACTO.—NO SE DERIVA DERECHO DE RETRACTO A FAVOR DE LOS INQUILINOS DE LOS DISTINTOS ELEMENTOS DE UN EDIFICIO CUANDO ESTE SE TRANSMITE EN BLOQUE. (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1988.)

El Juzgado número 1 de Badajoz desestimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No se admite la casación. Los propietarios adquirieron un solar sin edificar en 1977 y después se presentó en el Registro la escritura de declaración de obra nueva, constando en el Catastro la existencia de un edificio con cuatro plantas independientes; y sobre la base de tales hechos, no negados por la demandada, se sostiene la existencia de compraventas ocultadas maliciosamente y falsedades en la declaración de obra nueva cuya intención es eludir el derecho de retracto de la recurrente. No existe ningún inconveniente en declarar probado el contenido del servicio catastral coincidente con la realidad física del inmueble y su distribución en cuatro plantas, ya que nadie niega que una de ellas fue cedida en arrendamiento a la recurrente, tratándose de un arrendamiento de vivienda ubicada en la finca de autos cuyas vicisitudes catastrales y registrales en nada puede afectar ni a la realidad física ni a la posibilidad jurídica de ser la vivienda objeto de un contrato de compraventa, aunque ningún documento permite afirmar la existencia del contrato de compraventa ni ésta se puede entender oculta bajo una declaración de obra nueva previa a la usucapión registral del inmueble, existente con mucha anterioridad a la fecha de su constatación registral. No demostrada la realidad de la enajenación singular y no derivándose derecho alguno de retracto en favor de los inquilinos de los distintos elementos de un edificio transmitido en bloque, no puede entenderse conculcado el artículo 48.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ni es preciso analizar si el derecho de retracto ha sido ejercitado después del transcurso del plazo legal.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—SE TRATA DE UN CONTRATO COMPLEJO Y ATÍPICO QUE NO ES ARRENDAMIENTO DE LOCAL NI DE INDUSTRIA, SI TUÁNDOSE FUERA DE LA ESFERA DEL DESAHUCIO PORQUE LOS LOCALES CAMBIEN DE DUEÑO, YA QUE EL ARTICULO 1.571 DEL CODIGO CIVIL ESTA HECHO PARA LOS ARRENDAMIENTOS COMUNES DE FINCAS.
(SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1989.)

El Juzgado número 5 de Oviedo estimó la demanda, pero la Audiencia de la misma capital la revocó.

No tiene éxito la casación. Se pretendió el desahucio de la arrendataria por la entidad propietaria que adquirió la finca por subasta en procedimiento hipotecario y lo concede el Juzgado por entender que se trataba de una industria en funcionamiento de aparcamiento público; pero la Audiencia revocó por entender que el contrato de 1982 no se refiere sólo a la industria de aparcamiento, sino que autoriza otras como almacén y depósito, relacionándolos con cualquiera relativa a automóviles, con un mínimo de aparcamientos al servicio del centro comercial instalado en el edificio con diversos establecimientos mercantiles y con una complejidad en las cláusulas que hacen que el contrato no sea de industria ni de local, sino un contrato atípico que no puede resolverse dentro de los estrechos cauces del proceso de desahucio. La cláusula que concreta lo cedido en arrendamiento autoriza a dedicar todo o parte a actividades de almacén y depósito de mercancías e, igualmente, a todo tipo de actividades relacionadas con el automóvil, con la salvedad de que garantiza aparcamiento para ochocientos automóviles. Incluso se fija el precio de la cesión en una renta anual y, además, un 50 por 100 de los beneficios anuales de la explotación por cualquier concepto de la finca, sometándose las partes a la Ley de Arrendamientos Urbanos. La Sala llega también a la conclusión de que no se trata de un arrendamiento

de local, sino que es un contrato atípico, situándose fuera de la esfera del desahucio por el solo hecho de cambiar los locales de dueño, facultad que está pensada por la propia redacción del artículo 1.571 del Código Civil para los arrendatarios comunes de fincas.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—NO SE PRUEBA EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DEL ARRENDADOR, PROCEDIENDO LA RECONVENCION EN CUANTO A LOS DAÑOS CAUSADOS Y NO EN CUANTO A LOS MUEBLES Y ENSERES RECUPERADOS POR EL PROPIETARIO. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1989.)

El Juzgado número 3 de Alicante desestimó la demanda, así como la Audiencia en apelación.

No procede la casación. El actor pretendía la resolución del contrato y la indemnización de la ganancia dejada de obtener con la explotación de la industria de discoteca, pero el demandado formuló reconvencción pidiendo que se le pagaran las rentas adeudadas, los muebles y enseres que debía devolver el actor y los daños causados en el local, admitiendo esta reconvencción en cuanto a las rentas y a los daños. El actor pretende combatir la prueba, considerando que la discoteca estaba dotada de la correspondiente licencia municipal para su funcionamiento cuando el propietario la cedió al arrendatario, y tal licencia fue suspendida o dejada sin efecto por la autoridad municipal por no haber participado el arrendatario al Ayuntamiento el cambio de titularidad en la explotación ni la transformación hecha en la misma ni las obras que se llevaron a efecto, sin tener en cuenta que los documentos alegados ya los tuvo en cuenta el Tribunal de Instancia, por lo que el recurrente lo que trata de llevar a la Sala es la práctica de una nueva valoración de la prueba, olvidando que la casación no es una tercera instancia. No procede la aplicación del número 3 del artículo 1.554 del Código Civil, ya que el arrendador no ha incurrido en el incumplimiento contractual que pretende el recurrente, no procediendo tampoco la reconvencción en cuanto a los muebles y enseres que fueron inventariados, ya que el arrendador ha recuperado todos ellos, y sí en cuanto a los daños causados que según tasación pericial fueron producidos en el local.

DESAHUCIO.—AUNQUE LA SENTENCIA RECURRIDA SE REFIRIERA A UNA SENTENCIA DE INSTANCIA QUE NO FUE APELADA, NO SE PRODUJO INDEFENSION DE LA OTRA PARTE.—NO CONSTA LA AQUIESCENCIA DEL ARRENDADOR A QUE EL ARRENDATARIO SIGUIERA DISFRUTANDO DE LA FINCA, POR LO QUE NO EXISTE LA TACITA RECONDUCCION DEL ARTICULO 1.566 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1989.)

Tanto el Juzgado de Tarragona número 1 como la Audiencia desestimaron la demanda.

No se admite la casación. En 1986 se interpuso un juicio de desahucio en el que se rechazó la demanda sin entrar en el fondo del asunto, estimando la excepción de falta de personalidad de la demandada, y después, en 1987, se interpuso otra demanda en la que se dio lugar al desahucio de la parte demandada que presentó recurso de apelación, en la que recayó Sentencia de 22 de

enero de 1988, en la que se dice que se aceptan los resultandos de la de 1986, cuando se debió decir que era de 1987, ya que la Sala, en el encabezamiento, se refiere a este segundo juicio y no al anterior, aunque eran otros los demandados, y además la de 1986 no fue apelada ni era el mismo demandado, subsanándose el error sin que se produzca indefensión a la otra parte. No es cierto que la recurrente siguiera disfrutando de la cosa arrendada por más de quince días desde la finalización del término sin que se le notificara, puesto que consta en autos la existencia de tres requerimientos dirigidos a los socios que integran la entidad arrendataria, incluso al administrador de la misma, por lo que no existe la aquiescencia del arrendador, necesaria para la tácita reconducción, por lo que no se infringió el artículo 1.566 del Código Civil.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS TIENE ACCION PARA RESOLVER EL ARRENDAMIENTO CUANDO SE TRATA DE UNA ACTIVIDAD MOLESTA O INSALUBRE, SIN QUE OBSTE A LA VALIDEZ DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA EL QUE ESTA ENTRE EN EL FONDO DEL ASUNTO A PESAR DE LA INCOMPETENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1989.)

El Juzgado número 7 de Zaragoza desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No tiene éxito la casación. En los Estatutos de la Comunidad se prohibió la instalación en los locales de industrias insalubres, molestas o peligrosas, y un propietario arrendó su local para café-bar, que obtuvo la licencia de apertura. La Policía municipal levantó acta por exceder el volumen de sonido del máximo permitido. La Comunidad de Propietarios entabló demanda de desahucio, que rechazó el Juzgado de Primera Instancia por entender que la competencia era del Juez de distrito, aunque la Audiencia declaró resuelto el arrendamiento litigioso. No existe norma procesal alguna que impida a la Audiencia entrar en el fondo de la litis dentro de la apelación, sin que ello suponga desconocimiento del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley de que habla la Constitución en el artículo 24, ya que los únicos supuestos en que la Sala no podría entrar a estudiar la cuestión son los de los dos primeros números del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, incompetencia o inadecuación del procedimiento y quebrantamiento de las normas esenciales del juicio, cuyos supuestos no son los planteados por la recurrente. El concepto de "industria molesta" es un concepto de puro hecho, al margen del alcance y significación que pudiera tener en la esfera administrativa, como ha declarado esta Sala en Sentencia de 22 de noviembre de 1960, en la que llega a las siguientes conclusiones: a) que la razón de la resolución radica en el estado de hecho proveniente del uso de la cosa, siendo indiferente el destino pactado en el contrato; b) que el cumplimiento de formalidades administrativas para la instalación de la industria no afecta a las consecuencias del mismo en el orden civil, y c) que se actúe por imperativo legal cuando lo soliciten la mayoría de los inquilinos, por lo que es obvio que si la industria resulta insalubre o incómoda los propietarios deben interesar del dueño la resolución del contrato.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

MOROCCO, ANTONIO; MORANO, ALBERTO, y RAYNAUD, DANIELLO: *Società in accomandita per azioni*, Giuffrè, Milano, 1990.

La alteración de la normativa societaria hispana producida en julio de 1989 ha originado, tanto en su fase preparatoria como en la posterior a su efectividad, una considerable producción doctrinal, observándose con sorpresa que el florecimiento alcanza hasta las comanditarias por acciones, de escaso atractivo y reducido número, que en la actualidad tienen mejor sucedáneo en limitadas o anónimas en las que la posición del socio colectivo es asumida por el grupo de control, frecuentemente con cómodo respaldo mayoritario. Se señala como únicas ventajas en su actual configuración capitalista las de eliminar las firmas complementarias que se exigen en la concesión de créditos bancarios o constituir cajas fuertes familiares, *holdings* financieros. Pero estos horizontes limitados no son suficientes para el mantenimiento de un tipo societario. Por ello, COTTINO considera a tales comanditarias por acciones como instituto sin presente ni porvenir, una disciplina de lujo, y CORSI, en el *Trattato de Rescigno*, las reputa antihistóricas, normas que discurren sin trascendencia en el articulado del *Codice* y cuya difusión es tan escasa que sólo una de ellas cotiza en Bolsa, la financiera "Pirelli e Cia."; y si es conocida es por la interesante sentencia que provocó el Tribunal de Milán en 1961

La reciente regulación española del instituto tiene un cierto paralelismo con la italiana, como ha destacado la abundante bibliografía producida. A la vista tenemos el valioso estudio de VENTURA-TRAVERSE en el volumen II del *Homenaje a De la Cámara*, y el de ROSA TOMASCHESKI en el último número aparecido de la *Revista Jurídica de Cataluña*, ambos recentísimos, y en los que se detalla la abundante producción anterior, publicada o en curso de aparición.

La obra, epigrafiada, no sólo comprende una exhaustiva bibliografía italiana, valiosísima, sino que en su enfoque y precisiones tipológicas —que resaltan las importantes diferencias de las normas hispanas— nos presentan perspectivas de alto interés. Pese a ello debe considerársela obra eminentemente práctica, pues no en vano los dos autores enunciados en primer lugar son Notarios de Turín; y con independencia de sólidas aportaciones doctrinales, el contenido de la obra lo constituyen comentarios de normas, resoluciones judiciales y artículos de los catorce modelos de estatutos que como Apéndice se incorporan al libro, el cual forma parte de la colección *Casi e materiali di Diritto societario*.

Las precisiones son, ante todo, históricas. Su origen es la antigua *commenda*, instituto gaseoso que se diversifica en varios tipos societarios. El siglo XVIII es el de máximo desarrollo en base al conocido deseo de anonimato de ciertos asociados. La comanditaria por acciones, que contiene los dogmas fundamentales de una administración con facultades ilimitadas, incluso, para mandatos generales o especiales *ad litem* o *ad negotia*, a la que se concede amplia confianza, plazo indefinido y asume responsabilidad ilimitada propios de la comanditaria general,

ofrece mayor opacidad a los "convidados de piedra", que responden con aportaciones exclusivamente cuyo interés se representa en títulos fácilmente transmisibles.

Pero con el auge aparece una deformación: valiéndose de un hombre de paja de escasa o nula solvencia, la soberanía pasa de hecho a los accionistas, que en los pactos sociales consignan incluso la posibilidad de revocación *ad nutum* del administrador. Para evitar confusiones, advirtamos que la denominación española de las dos clases de socios no coincide con la de otros países. En Italia a los colectivos se los denomina *accomandatari*; en Francia, *commandités*; en Suiza, *associés indéfiniment responsables*, y en Argentina, donde tanto se ha escrito y polemizado sobre este tipo social para mantener el anonimato en escrituras y Registro (puede verse amplia bibliografía en la obra de RAÚL A. ETCHEVERRY), se adopta la postura francesa: *comanditados*.

El Código de Comercio francés de 1807 intenta restaurar la lógica y trata a estas comanditarias como una variante de las simples. Se interpone la jurisprudencia, que exige que las acciones sean nominativas, por lo que se produce un amplio desvío de las comanditas, deformadas hacia las rutas de las cuentas en participación. Pero a diferencia de las anónimas, no se exige el *octroi*, la autorización gubernativa, para su constitución. Con el tiempo la jurisprudencia rectifica, admite las acciones al portador, pero se producen escándalos financieros que imponen un *Conseil de Surveillance*, mayores facultades de control de la Junta de accionistas y hasta posibilidades de revocar al administrador. Pero el golpe más duro, el inicio del declive, se produce en 1987 cuando se suprime el *octroi* para las anónimas y, con el tiempo, se inventan y regulan las limitadas. En la gran reforma de 1966 es ya una sociedad capitalista que pocos rasgos conserva de su origen: hasta se admite la administración por extraños, la *Remdorganschaft*. Lejanos quedan los tiempos en que en Florencia, ya en 1408, se obligaba a desvelar el secreto de la titularidad con inscripciones en los Registros de las Corporaciones para evitar que en supuestos de bancarrota los asociados de responsabilidad limitada aparecieran como acreedores.

Como dice VÍCTOR HUGO, es posible contener la invasión de ejércitos, pero no de las ideas, y por ello la evolución italiana, tanto en el período preunitario como en el siguiente, es paralela a la francesa. El Código de 1882 incluso conoce la revocación *ad nutum* del administrador, y aunque en la *Relazione* de 1942 se cantan las glorias de la jerarquía, posiblemente por influencia del *Führerprinzip*, la configuración del tipo es claramente capitalista.

En Alemania la regulación fue tardía; inicialmente se exigió la presencia de personas físicas en la Administración, pero rápidamente se rectificó y en nuestros días son abundantísimas las limitadas o anónimas gestoras de comanditarias por acciones. En Inglaterra, con figuras paralelas, ello siempre fue posible. Y aunque el Código suizo mantiene el requisito de la persona física, GIRÓN, en el *Derecho de sociedades*, señala lo poco respetada que es tal norma.

En la obra que examinamos se observan las diferencias entre las disposiciones italianas y la actual regulación española, que intentamos concentrar en breves párrafos.

Como ha dicho GALGANO, vivimos tiempos en que la *juridictio* prevalece en muchas ocasiones a la *legislatio*. En Italia, como en España, no existen normas que impidan actuar como *accomandatari* o socios colectivos a entidades, en especial sociedades capitalistas. Pero con el amparo de una considerable parte de la doctrina (FERRI, GLIOZZI, COTTINO, COSTI, CAGNASSO...) la jurisprudencia re-

quiere que el mismo sea ejercido por personas físicas. La unanimidad es absoluta en los Tribunales Superiores, tan sólo en contados casos, en primera instancia, se sostienen tesis opuestas, que son revocadas. FERRI y "Casi e Materiali", de las sociedades de personas, detallan minuciosamente tal jurisprudencia. Tal vez sea GHIDINI quien mejor ha argumentado sobre ello, pero nos referiremos al amplio estudio que efectúa sobre el *intuitus personae* SPADA en su *Le tipicità delle società* para sortearlo en concisas líneas: En las sociedades personalistas la confianza se deposita en personas concretas cuyas cualidades son notorias: el *intuitus* preside los contratos de producción, de *facere*; no es lo mismo un artista, un pintor o un artesano que otro. Ciertamente se ha comentado de que también en las personas jurídicas se ha hablado de un *intuitus*, pero se parte de la base de que tal figura es un *omone*, no de que es una simple referencia a un grupo de personas físicas, un colectivo susceptible de fácil variación al que se regula como si fuera una persona física. Advirtamos que en algunos anteproyectos españoles —los detalla TOMASCHESKI— la exigencia de personas físicas como socios colectivos era expresa.

Tanto en Italia como en España los colectivos deben ser accionistas y administradores. Sólo hay una clase de accionistas —a diferencia de otras legislaciones que distinguen claramente las dos clases de socios—, pero en Italia todas las acciones son nominativas. Y algunos autores (SALANDRA, DI SABATO, BARBERO, GRAZIANI, FERRARA, Jr., o CORSI) niegan la libertad de transmisión de las acciones correspondientes a los *accomandatari*.

El derecho de veto de los colectivos es más amplio en Italia, ya que la norma española concreta los casos. Pero aunque en Italia los nombres de los ilimitadamente responsables deban constar en el acto constitutivo y en España en los estatutos, no se consideran modificaciones de la sociedad, sino "contratos autónomos de administración" los relativos al nombramiento y cese de los administradores. Y sólo en el primer caso se admite el derecho de veto de los restantes colectivos.

En Italia la denominación exige la inclusión del nombre de alguno de los *accomandatari*. En España puede ser objetiva. Los viejos problemas de la asunción de responsabilidad ilimitada por los no colectivos que figuren en la denominación se reproducen en los casos de *et socii*. La "Armando Bonelli e Fratelli" provocó una comentada resolución de los Tribunales de Pistoia. Nuestros autores advierten la escasa importancia de la inmisión de los accionistas en estas sociedades capitalistas.

La duración en el ejercicio de la administración no está prevista legalmente. GALGANO habla de permanencia, como VERGAZ de vocación de permanencia; COSTI, de plazo indeterminado o idéntico al de la duración de la sociedad (posiblemente las normas estatutarias puedan regularlo perfectamente); lo único cierto es que es nulo el pacto de irrevocabilidad y que no deben ser aplicables, como supletorias, las normas de las anónimas.

Existe un administrador interino en los supuestos de vacancia en la administración. En Italia lo nombra el Colegio Sindical y en España, probablemente, la Junta. Se delimitan sus facultades como a los liquidadores: actos conservatorios; pero ¿es lícito dejar de operar en caso de negocio claro que pueda redundar en interés de la sociedad? ¿Es ilimitada la responsabilidad del administrador interino? GHIDINI y GIRÓN han apuntado la posibilidad de que en tales supuestos de vacancia de alguna clase de socios, con diferencia de responsabilidad, acaso hubiera sido mejor una transformación automática en colectivas o anónimas.

Otros supuestos son de escuela, como el de los cónyuges en régimen de comunidad: uno de ellos, colectivo, y el otro, comanditario; otros tienen menor trascendencia, y el resumen es que nos hallamos ante una sociedad capitalista poco útil y, tal vez, degradada, calificativo que GIRÓN aplica a las sociedades unipersonales: las colectivas, con persona jurídica, y las comanditarias, capitalistas, a las que considera abusos de tipos sociales. No obstante, en otros puntos el propio autor pone de relieve la trascendencia de la base personal de las sociedades en un mundo tan sensibilizado como es el de los arrendamientos.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MUNAR BERNAT, PEDRO A.: *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho comparado*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

La figura de la multipropiedad —inconcebible en el Derecho romano— ofrece escaparate en los momentos actuales en el campo de la normativa española. La figura hay que regularla o incorporarla al ordenamiento español dando o posibilitando soluciones que la hagan viable, rentable y apetecible. La figura o la institución tiene serios alicientes para ser tenida en cuenta, pero ofrece la quietud conceptual del derecho de propiedad que, en este caso, se parece a la impotencia de que hablaba el Código Civil: patente, perpetua e incurable. La verdad es que soy de esa clase de juristas que observan “contemplativos” las nuevas construcciones que pueden darse al instituto secular de la propiedad. Me rebelo —Rebelión a bordo— en esa absurda forma de concebir la propiedad vacía de contenido que la Ley del Suelo admite en contra del principio constitucional, pero me hace pensar esta forma de concebir la propiedad limitada en el tiempo, en el espacio y en su proyección de tráfico.

Uno de los temas que está afrontando la Comisión General de Códigos es precisamente el del fenómeno de la multipropiedad y, por ello, este trabajo monográfico que me envía el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia tiene una relación inmediata con la materia en la que hubo dos grandes opciones: concebir la multipropiedad como un derecho de uso o considerarla como un derecho de propiedad temporal. Vamos a ver en la monografía las diversas soluciones que en el Derecho Comparado se dan al problema planteado y que, por el contenido de la misma, se reducen a Estados Unidos, México, Portugal, Bermuda, Francia y Grecia, a los que pueden agregarse los estados cuyos ordenamientos proyectan su regulación: Argentina, Uruguay, e Italia. Carecen de regulación legal el Reino Unido, Bélgica, Alemania y Guatemala, aparte de España.

Voy a circunscribirme a contar lo que es el contenido del libro, sin entrar en más materia, pues la misma creo que en nuestra patria está casi agotada por los trabajos de J. A. LEYVA DE LEYVA “La propiedad cuadrimensional. Un estudio sobre la multipropiedad” (*RCDI*, 1985), y “Nueva reseña sobre multipropiedad y multiarrendamiento” (*RGLJ*, 1988); A. PAU PEDRÓN “La multipropiedad en el Derecho comparado” (*RDR*, 1984) y “Configuración jurídica de la multipropiedad en España” (*RCDI*, 1988); y E. MARTÍNEZ PIÑEIRO *Soluciones notariales al fenómeno de la multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*, Palma de Mallorca, 1987. Todas estas obras o trabajos están citados por el autor de la monografía en

sus notas bibliográficas. El prologoista cita alguna más, que también el autor recoge en su bibliografía.

Y ya que hablo del prologoista quiero destacar cómo el profesor LASARTE, catedrático de Derecho civil y vocal de la Comisión General de Codificación cuenta cómo la materia ha sido tratada por esa Comisión, de la que formo parte, y de ahí la oportunidad de esta publicación que es recibida por el Ministerio de Justicia y que la hace realidad. Cuenta igualmente el prologoista cómo la publicación contiene parte de la tesis doctoral del autor, de la incardinación universitaria de su trabajo, de su consideración científica y de la visión global de la figura en la que encuadra los diferentes sistemas existentes sobre la misma.

El autor explica en su introducción las cinco partes en que estructura el trabajo y que respeto en esta recesión, encabezando cada una de ellas con el criterio que mantiene:

I. ORDENAMIENTOS CON REGULACION DE LA FIGURA

Del análisis de estos ordenamientos se evidencia la *disparidad* de criterios de política legislativa que han sido asumidos por los diferentes países, demostrando la necesidad de *coordinar* todas esas iniciativas.

a) Estados Unidos. La palabra que se emplea para esta forma o variante de la configuración de la propiedad es la de "Timesharing" ("El derecho exclusivo de propiedad, uso, posesión u ocupación de un inmueble que circula entre los varios adquirentes, de acuerdo con una lista de tiempos fijados de antemano o según unas bases de recurrencia periódica").

Se me hace un poco cuesta arriba resumir —en la terminología americana— las diferentes opciones de configuración por las variantes que cada opción permiten, pero —salvo error u omisión— pueden ser el de propiedad plena por tiempos, el de derecho de uso y el de la estructura cooperativa. Recoge el autor los diferentes intentos de crear una regulación uniforme de carácter federal.

b) *República Federal de México*. No existe en este país una legislación unitaria, pero sí una serie de normas de carácter federal y estatal que regulan la institución, siendo sus posibles propuestas de caracterización jurídica: Venta de acciones de sociedades inmobiliarias, venta de propiedad sobre un condominio, derechos de uso, fideicomiso y arrendamiento con un club de vacaciones. Las diferentes legislaciones son recogidas en el estudio.

c) *Portugal*. El primer país de la Comunidad Económica Europea que regula legislativamente la figura es Portugal y es, también, uno de los precursores en todo el mundo. Arranca su legislación de 1981. Para este país se trata de un "derecho real de habitación periódica" (*direito real de habitação periodica*) cuyos caracteres son: se trata de un nuevo derecho real, limitado mínimamente en el tiempo, que recae sobre un inmueble o conjunto inmobiliario, titularidad única o societaria sobre el inmueble, así como los derechos y deberes del titular, la transmisibilidad, la administración, la conservación, los impuestos, etc.

d) *Bermudas*. Se configura como un derecho personal, no real, de uso de una determinada unidad habitacional en el seno de un inmueble, por un período de cierto tiempo que no exceda de seis meses de cada año, por un plazo máximo de veinticinco años.

e) *Francia*. La fórmula francesa es la reservar en un inmueble, que puede estar dividido en pisos o formar una unidad habitacional única y completa, una

porción del goce sobre él, de manera permanente, y por un periodo de tiempo concreto cada año, a los mismos ocupantes. El autor ofrece las posibles construcciones de la doctrina: como derecho real, comunidad, propiedad horizontal, derecho de uso y habitación, derecho de usufructo, derecho personal, derecho de arriendo y la sociedad civil de atribución.

f) *Grecia*. La singularidad de este derecho reside en la prohibición absoluta de adquirir un derecho real sobre un inmueble por los extranjeros en "zona fronteriza" dentro de los límites de la soberanía del Estado. Se configura la institución como un contrato de arrendamiento.

II. ORDENAMIENTOS QUE PROYECTAN SU REGULACION

El autor los reduce a tres: Argentina, Uruguay e Italia. La configuración jurídica que se maneja en la *lege ferenda* es la de la sociedad y derecho real (Argentina), derecho personal y derecho real (Uruguay) y comunidad, propiedad horizontal, temporal, nueva forma de propiedad, derecho real atípico, derecho real limitado y las cuatro vertientes de la multipropiedad societaria, hotelera, cooperativa y arrendataria (Italia).

III. ORDENAMIENTOS CARENTES DE REGULACION

Se reducen en el estudio al Reino Unido, Bélgica, Alemania y Guatemala, los cuales solucionan el problema de diversas formas que van desde el arrendamiento vacacional, sistemas de club o cooperativas, comunidad voluntaria, sociedades de capital o civiles, derechos reales, de uso o habitación, copropiedad, etc.

IV. ORDENAMIENTO JURIDICO DE LA CEE Y CONCLUSIONES

La cuarta parte se destina a señalar la situación del tema en la Comunidad Económica Europea y la necesidad de una protección del adquirente y la importancia de esa normativa que, si no uniforme, si por lo menos en cierto modo armonizada en todos los estados miembros. Recoge en este sentido las diversas propuestas de Resoluciones que a partir de 1986 se han presentado por diversos Diputados.

En la parte quinta, que agrupo por tener una cierta conexión problemática, el autor aborda y destaca un conjunto de elementos esenciales que pueden servir de reflexión para cuando se aborde esa legislación "armonizada". Los puntos son los siguientes: 1) Inexistencia de un supuesto único de multipropiedad. 2) Configuración jurídica del derecho atribuido: derecho personal, derecho real. 3) Protección al adquirente. 4) Inexistencia de una nomenclatura uniforme y necesidad de una legislación homogénea.

Coincido con el prologoista que esta obra puede ser de mucha utilidad para todos aquellos que intervienen en la elaboración de las leyes y en su aprobación, pues de la misma se extraen un conjunto de soluciones y, a poca imaginación

jurídica que se tenga, se ven los posibles inconvenientes en la elección de la solución. El fenómeno arrastra problemas muy complejos que afectan a diversos sectores del Derecho, incluso en el juego de las plusvalías.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PÉREZ PÉREZ, EMILIO: "De las aguas (arts. 407-425 CC y LA)", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, t. V, vol. 3.º, Editorial Revista de Derecho Privado, 2.ª edición, Madrid, 1991. Un tomo de 657 páginas.

A veces la vida nos gasta unas bromas que nos hacen recordar aquello del alguacil alguacilado. Aquí tienen un claro ejemplo: El artículo 425 del Código Civil, el último de los que se refieren a las aguas, estableció que "en todo lo que no esté expresamente prevenido por las disposiciones de este capítulo, se estará a lo mandado por la Ley especial de Aguas".

Y ahora, la nueva Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 le devuelve la pelota en su Disposición Final 1.ª, cuya redacción es idéntica, pero adversa: "En todo lo que no esté expresamente regulado en esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código Civil". Es una norma avasalladora que viene a barrer todo o casi todo lo escrito en el Código.

Por eso supongo las dudas que tendría mi maestro y querido amigo el profesor ALBALADEJO para afrontar la exégesis de los artículos 407 a 425 del Código Civil a la hora de incardinarlos dentro de su monumental obra de "Comentarios", sabiendo que su regulación ha quedado maltrecha y prácticamente derogada por las nuevas directrices administrativas e intervencionistas en los ámbitos hidráulicos.

Estas dudas, sin embargo, se le pasarían pronto pues tuvo el acierto de encomendar la tarea a un comentarista excepcional, EMILIO PÉREZ PÉREZ, profesor de Derecho civil de la Universidad de Murcia, uno de los más reconocidos especialistas, conocedor como pocos en España de la legislación de aguas. Son varios los libros que lleva publicados sobre esta materia y que hemos resumido y comentado en esta *Revista*; en ella pueden verse además otros trabajos del mismo autor sobre determinados aspectos de esta normativa; el último, muy reciente, sobre el tratamiento de las aguas en los países hispanoamericanos.

De esta manera, la andadura de comentar los artículos del Código no queda rota al llegar al puente de sus artículos 407 al 425, arrasado por la torrencera de las nuevas normas. EMILIO PÉREZ demuestra su maestría haciendo un comentario conjunto y combinado de toda la normativa; empieza por el Código para seguir con la Ley de Aguas, pero enlaza todas las cuestiones e incluye también el tema de la registrabilidad de las aguas, en sus aspectos hipotecario y administrativo.

Entrando en materia, la primera pregunta que se plantea al autor es qué sentido puede tener el mantenimiento de preceptos concretos reguladores de las aguas desde el momento en que la Ley especial de 1985 las considera como bienes de dominio público. Si, a pesar de todo, se piensa que en el Código deben basarse los derechos civiles y sustantivos sobre el agua, habría que plantearse la reforma de sus artículos para sustituirlos por otros acordes con los nuevos aires.

Sin embargo, nos dice EMILIO PÉREZ, no puede pensarse llanamente que el Código Civil ha quedado derogado en este punto por la Ley de 1985, pues de las

propias disposiciones transitorias de ésta se desprende que continúan coexistiendo aguas de dominio privado con las públicas, por lo que sus titulares siguen manteniendo su posición jurídica anterior. La que si ha quedado derogada por entero es la Ley de Aguas de 1879 que aiosamente mantuvo el tipo durante más de un siglo; la Ley nueva a sido inmisericorde en este punto. ¿Durará otro tanto la ley nueva? Dados los enormes cambios y apresurados progresos de esta época, habrá que dudar de su larga pervivencia

Volviendo al hilo del libro, ya hemos dicho que el autor opta por comentar primero los artículos del Código, aunque aclarando que su análisis queda reducido al aspecto privado de las aguas, pues el público corresponde a la Ley. Por ello considera importante determinar qué alcance puede conservar la idea de la propiedad privada del agua después de la nueva Ley para dilucidar las cuestiones nacidas de su cada vez menos frecuente pervivencia.

Así, bajo este prisma reducido, estudia la propiedad privada de las aguas superficiales y la más reducida aún de las subterráneas.

Desde que el artículo 128 de la vigente Constitución declaró la subordinación al interés general de las aguas en sus distintas formas y cualquiera que sea su titularidad, se atisbaba claramente cual iba a ser la trayectoria de la legislación especial que se había de preparar y que ha quedado claramente configurada en la Ley de 1985, donde se declaran públicas las aguas. Han quedado como excepción los casos de opción de las Disposiciones Transitorias 2.º y 3.º y el anecdótico de las célebres "charcas" sitas en predios privados.

Se comprende ante tal panorama que resulta casi inútil referirse al Código Civil para estudiar el agua actualmente en España. Como dicen en mi tierra, "para tal viaje no se necesitan alforjas". Con todo, el voluntarioso EMILIO PÉREZ se afana en comentar los preceptos venerables del Código y, de entrada, reconoce que están derogados los artículos 407 y 408 que relacionan las aguas y los cauces, distinguiendo los públicos y privados en una enumeración que nos costó sudores aprender y retener en nuestros tiempos de opositores y que ahora se han disuelto como un azucarillo.

Los artículos 409 al 416, dedicados a los aprovechamientos de las aguas públicas sólo subsisten en parte, en opinión del autor, pues ha desaparecido la posibilidad adquirirlos por prescripción y además no se dan en plenitud ahora los supuestos que regulan. Los artículos 417 a 419 que se referían a las aguas subterráneas carecen de vigencia por incompatibles con el nuevo sistema de la Ley, que considera públicas todas las aguas continentales. Y en cuanto a las disposiciones generales contenidas en los artículos 420 a 427, el autor entiende que pueden mantenerse los artículos 420, 421 y 422 en cuanto que regulan las obras de defensa contra la acción del agua superficial, o sea, las relaciones surgidas entre particulares en materia de prevención de avenidas, lo que estaba deficientemente regulado en la antigua Ley de Aguas y así continúa en la nueva; por ello resulta de interés el mantenimiento de los preceptos del Código. El artículo 423 resulta inútil por referirse a la expropiación de las aguas, cosa regulada en la normativa especial; los artículos 424 y 425, deben considerarse derogados según el autor.

Como vemos, la sistemática del Código Civil en materia de aguas ha quedado más bien maltrecha y con poquísimo contenido y por ello el autor sólo se limita a certificar su defunción o explicar que si algún artículo puede valer es más bien poquito. Pero el libro no se acaba aquí, naturalmente, en su página 54; de ser así no valdría la pena comentarlo ni ocuparse de él.

Lo más importante viene después, a lo largo de más de otras 600 páginas, donde EMILIO PÉREZ comenta ampliamente la nueva Ley de Aguas de 1985. Empezar por explicar los presupuestos extrajurídicos que han motivado el giro completo de la nueva regulación y que han llevado a considerar públicas las aguas continentales. Son la integración de las mismas en el ciclo hidrológico, la consideración del conjunto de dichas aguas como un recurso unitario y la subordinación al interés general. Hace un recorrido histórico de esta concepción publicista para acabar en el artículo 132 de la Constitución que así lo declara y además da entrada a ciertas competencias autonómicas, que el autor detalla, tratando de paso de delimitar las respectivas esferas, cosa no fácil.

A continuación entra en el estudio detallado de los preceptos de la Ley de 1985, empezando por el título I que trata del dominio público hidráulico del Estado, que viene a hacer tabla rasa, como sabemos, de la vieja distinción del Código y la Ley anterior entre públicas y privadas. En varias ocasiones hemos discutido amistosamente, el autor del libro y el de estas líneas, sobre lo que él considera un acierto y nosotros no tanto; pero la Ley es la Ley y ya que está aquí, hay que cumplirla, y en paz.

Comenta también EMILIO PÉREZ los principios generales de la administración pública del agua, centrados en la unidad de gestión, respeto a la cuenca hidrográfica como unidad operativa y compatibilidad con la ordenación del territorio y la protección al medio ambiente, todo ello objeto del Título II de la Ley.

El Título III tiene un marcado aire novedoso al regular la planificación hidrológica, considerada por el autor como el quicio en que se articula la aplicación de la propia Ley y la columna vertebral de la gestión de los recursos hídricos. Estamos en la era de las "planificaciones", que es la tapadera vergonzante de un creciente intervencionismo administrativo que todo lo invade y la Ley de Aguas no podía escapar a su influencia.

El Título IV contiene, reformada y puesta al día, la regulación clásica de la centenaria ley anterior, en cuanto que trata de la utilización del dominio hidráulico (público, faltaría más). Se regulan las servidumbres legales, los usos comunes y privativos, las autorizaciones y concesiones administrativas, las comunidades de usuarios y el Registro de Aguas. En este último punto, todos los sabemos, se refiere la Ley a "su" registro, puramente administrativo, con práctico desconocimiento de la existencia del Registro de la Propiedad con efectos jurídicos; EMILIO PÉREZ dedica un amplio capítulo del libro a estudiar este tema y su contenido lo conocen nuestros lectores por haberse publicado su texto en el número 604 (mayo-junio 1991) de esta *Revista*.

El Título V de la Ley es también nuevo y era necesario por la actualidad de los temas ecologistas; trata de la protección de la calidad de las aguas, regulando los vertidos de sustancias contaminantes y la depuración de las aguas.

El autor acaba comentando los últimos títulos de la Ley que tratan del régimen económico-financiero, infracciones y sanciones y competencia de los Tribunales, así como de las varias disposiciones transitorias, adicionales, finales y la derogatoria, incluyéndonos, para más detalle, una tabla de vigencias de varias páginas.

¿Quieren ustedes más? EMILIO PÉREZ PÉREZ ya lleva escritos un montón de trabajos sobre las aguas y su legislación y cuando creíamos que lo había dicho casi todo, va y nos suelta esta vez, como un torrente, este libro en el que incluye

prácticamente todo lo que se refiere al agua, claro y bien expuesto. El que quiera saber leyes y cosas sobre el agua, aquí las tiene, en estos magníficos comentarios, que nos han impresionado. De verdad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, y otros: *Jurisprudencia registral II*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991. Un tomo de 1651 páginas.

A los lectores de nuestra *Revista*, normalmente profesionales del Derecho, no hay que descubrirles la importancia de la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado al decidir sobre los recursos gubernativos interpuestos con motivo de calificaciones de los Registradores.

Todos conocemos las palabras de la Exposición de Motivos de la inicial Ley Hipotecaria de 1861 para justificar una de las más importantes funciones que se encomendaban a la naciente Dirección General y consistía en "la formación y conservación de una jurisprudencia tan general como ajustada al espíritu de la Ley, que fuera el complemento necesario del precepto escrito del legislador y que habría de constituir un depósito de tradiciones y doctrinas de la que se aprovecharan, más que las presentes, las generaciones venideras".

Superados los infundados temores iniciales que expresara el Senador señor Tormos en la discusión parlamentaria sobre la duplicidad y la posibilidad de contradicciones con la doctrina del Tribunal Supremo, ya que realmente se trata de esferas claramente delimitadas, la jurisprudencia registral se manifiesta como una espléndida realidad que ha consolidado su prestigio a base de una serie de aciertos doctrinales, reconocidos por todos y especialmente por el propio Tribunal Supremo.

Lo curioso del caso es que incluso algunos de los defensores de la idea de restringir el término jurisprudencia a los ámbitos judiciales acuden con frecuencia a la doctrina hipotecaria a la hora de fundamentar sus decisiones. Pero esto queda en el campo de lo puramente anecdótico, mientras la realidad se impone.

Si nos ceñimos al ámbito profesional de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, las dudas ni se plantean, pues la doctrina del Centro Directivo, aparte de decidir en último término sobre la inscribibilidad del título concreto en cuestión, supone, si no una verdadera vinculación para calificaciones posteriores, sí al menos una pauta de conducta considerable en cuanto que previene del criterio que presumiblemente se ha de seguir.

De ahí la utilidad, más bien diremos necesidad, de tener presente la jurisprudencia de la Dirección General a la hora de calificar los títulos que optan a la inscripción.

Este libro que comentamos es continuación, en el tiempo y en todas sus trazas, de otro con el mismo título que recogió las Resoluciones de 1978 a 1985 y que también tuvo como autores a los Registradores de la Propiedad MANUEL AMORÓS GUARDIOLA y ANTONIO PAU PEDRÓN. Este último ha colaborado en la presente obra hasta noviembre de 1990 en que ha sido nombrado Director general; pero, como se dice en la presentación, sólo ha faltado su colaboración en los dos últimos meses de los cinco años que se abarcan. El otro autor, también Registrador de la Propiedad, ENRIQUE MADERO JARABO ha aportado el importante trabajo de formar los índices y seleccionar los extractos de jurisprudencia a pie de página, tarea tan laboriosa como utilísima.

A todos ellos debemos agradecerles el esfuerzo, que se traducirá en ahorro de fatiga para nosotros, a la hora de buscar los conceptos que nos preocupan y que nos han de encaminar mejor hacia la solución deseada.

La sistemática seguida en este tomo II es la misma, en líneas generales, de la empleada en el tomo anterior. Las resoluciones se transcriben en su texto íntegro para su más completo conocimiento y se clasifican en tres grandes grupos, según que las cuestiones objeto de sus contenidos se refieran a los Registros de la Propiedad, Mercantiles o a los de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, siguiendo el natural orden cronológico de sus fechas dentro de cada grupo.

A pie de página se resumen las sentencias del Tribunal Supremo o las propias resoluciones de la Dirección General que se citan en los "Vistos", lo que contribuye a una mejor información, evitándonos ser "ratones de biblioteca", con la pérdida de tiempo que supone, lo cual es también de agradecer.

Naturalmente, una obra así hubiera quedado incompleta sin los necesarios índices para localizar rápidamente la cuestión buscada. Aparte del inicial índole cronológico, se recoge otro más importante que es el alfabético por materias, en el cual además se hace un resumen breve, pero completo y perfectamente comprensible, de la doctrina contenida en cada resolución relacionada con las voces o conceptos jurídicos recogidos. Los autores han conseguido un extenso abanico de voces, facilitando la tarea no sólo con referencias directas, sino también con remisiones a otras voces similares.

Hay un tercer índice cronológico de la jurisprudencia citada en cada resolución, otro de los artículos de las distintas disposiciones legales o reglamentarias en materia civil, hipotecaria, notarial, mercantil, procesal, fiscal, administrativa, laboral y penal, que se citan en las resoluciones recogidas. Y como final hay otro índice de los comentarios doctrinales que se han publicado sobre algunas de las resoluciones de este período, con cita del autor y de la revista donde se insertaron. ¿Se puede pedir mayor información?

Hemos de concluir diciendo que es una obra de indispensable consulta y totalmente necesaria en nuestros despachos. Por ella hemos de felicitar a los autores, animándolos para que continúen en su encomiable labor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Azaña, jurista*, Ministerio de Justicia, 1990.

Quién fuera AZAÑA es por todos sabido; menos lo es que fue Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el prestigioso Cuerpo de Administración nutrido de superespecialistas en Derecho privado.

En un bello volumen, presentado por el anterior Ministro de Justicia ENRIQUE MÚGICA, "cuando se cumplen los cincuenta años de la muerte de don Manuel", se agrupan un ensayo de PAU y tres textos jurídicos de AZAÑA: su tesis doctoral sobre la responsabilidad de las multitudes, una conferencia sobre la libertad de asociación, y el ejercicio de la oposición acerca del estado civil. Cierra el libro un índice cronológico del expediente personal del AZAÑA funcionario.

ANTONIO PAU, nacido en 1953, brillante miembro del mismo selecto Cuerpo, agudo y documentado publicista de temas jurídicos, es hoy el jovencísimo Director General de los Registros. En el amplio estudio, que da título al libro, PAU intenta una aproximación a la figura desconocida del jurista MANUEL AZAÑA.

He aquí las ideas básicas y las líneas maestras de este trabajo, "punto de partida para investigaciones más detenidas y exhaustivas". Según PAU, en opiniones discutidísimas, "la obsesión de AZAÑA por la justicia destruye su contrafigura de hombre sectario", y "la juridicidad de la Segunda República española es, en buena medida, fruto de su condición de jurista". AZAÑA nació en Alcalá de Henares en 1880, estudió la carrera de Derecho con los agustinos en la Universidad de El Escorial, y se doctoró en 1900 con una mediocre tesis sobre la responsabilidad de las multitudes. Tras un brevísimo episodio como pasante del bufete de Díaz Cobeña, entonces el más famoso abogado de Madrid, y en el que conoce a Alcalá-Zamora, es admitido, cuando sólo contaba diecinueve años, como miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, donde pronuncia en 1902 su famosa conferencia sobre la libertad de asociación. Entre 1903 y 1909 discurre un periodo de silencio en la vida de AZAÑA. Siguiendo la tradición jurídica de la familia, en ese año de 1909 decide opositar al cuerpo de Letrados de la Dirección de los Registros, el mismo órgano de la Administración al que, como notarios, habían pertenecido su abuelo y su bisabuelo. Obtuvo la segunda de las dos plazas convocadas —su ejercicio escrito sobre el estado civil, que ahora se publica por vez primera, es, sin duda, un trabajo meritorio y aceptable—, correspondiendo la primera a Rafael Attard, excelente jurista y gran amigo de AZAÑA. Al tiempo de ingresar éste en el cuerpo pertenecían a él juristas de la talla de José María Navarro de Palencia, fundador en 1913 de la *Revista de Derecho Privado*, y Jerónimo González, "que elevó la altura científica del Derecho hipotecario a través de su articulación en grandes principios". Estancias, pensionado por la Junta de Ampliación de estudios, en París "para ampliar sus estudios de Derecho civil", pero en las que realmente se interesa por "el aire del boulevard, por la ciudad radiante y bulliciosa, sobre la que se yerguen las piedras gloriosas, ennegrecidas por el tiempo: ninguna referencia jurídica". En la Dirección, AZAÑA va escalando destinos al lento paso del escalafón: primero, en el negociado de recursos gubernativos a las órdenes de don Jerónimo González, un maestro que al decir de NÚÑEZ LAGOS "causaba pasmo y asombro", y sobre quien la influencia azañista tendría un destino trágico, pues durante la guerra civil sería perseguido por ambos bandos; luego, como auxiliar de sucesivos jefes de negociado, hasta alcanzar esta categoría en 1918; a partir de 1923 es jefe del negociado del Registro Mercantil, puesto en el que elabora algunas resoluciones destacadas sobre la materia; y desde 1926 hasta su nombramiento como Ministro de la Guerra en 1931 Azaña estará al frente del Registro Civil, negociado del que también saldrán numerosas resoluciones "con un marcado carácter progresista". Durante los años 1924, 1926, 1927 y 1929 participa en cuatro tribunales de oposiciones a notarías, y durante ellas escribe cartas a su cuñado Rivas Cherif con referencias despiadadas a los opositores: "hoy no hemos suspendido más que a cuatro. El patio de la Audiencia es un lago de sangre hipotecaria..."; y anota en su diario otras no exentas de realismo crítico: "para mí es insufrible oír todos los días a estos notarios discutir sus asuntos profesionales como si fuesen cosas de importancia. Para ellos no hay otra cosa en el mundo". La vida funcional de AZAÑA termina con un expediente disciplinario, del que fue instructor Jerónimo González, y que es sobrepasado por el nuevo Director de Registros, Antonio Garrigues, "por los valiosos servicios prestados por el señor Azaña a la causa republicana". AZAÑA era ya, desde hacía tres días, Ministro de la Guerra. Moriría el 3 de noviembre de 1940 en la ciudad francesa de Montauban, cuna del gran Ingres.

Las elementales y escasas ideas jurídicas de AZAÑA aparecen en sus discursos. Estas versan fundamentalmente sobre el Estado y sobre la justicia. Del Estado

dice que no puede pensarse más que en función del Derecho, y que tiene como misión reformar la sociedad a través de ese derecho. Sobre la justicia afirma que es la chispa de lo divino en nuestra alma, un principio eterno, que "lo que caracteriza propiamente al hombre y le permite creerse superior a todos los seres que le rodean es el sentimiento de lo justo"; o que "el primer afán de cada hombre debe ser robustecer y aquilatar en su conciencia ese sentimiento de la justicia, como medio único de ser cada vez más hombre", pues "este deseo insaciable, infatigable, intransigente, por que las cosas sean como deben ser, no como en el decurso de la historia los intereses las han forjado", este "sentimiento de justicia", pensará AZAÑA, según expone PAU, es previo a la acción política y a los programas políticos. De la interrelación de Estado y justicia brotan estas líneas: "el Estado, con todos sus defectos de organización, con su ceguedad y su parsimonia, es el único Dios de quien podemos esperar el milagro de que la justicia se verifique. ¿De quién, si no, vamos a recibir la justicia?". con la declaración de AZAÑA ante las Cortes de "si yo tengo alguna formación intelectual es de hombre de derecho y de ley", concluye este aséptico recorrido por la ligera trayectoria jurídica de MANUEL AZAÑA, muchísimo antes y más político que jurista, recorrido que si asombra por algo es por la suma delicadeza, por el apasionado respeto desde el que está escrito, que trasluce, sin duda, una evidente simpatía por el personaje.

Sin embargo, es preciso reconocer, en mi opinión, que querer escribir un ensayo sobre la obra jurídica de MANUEL AZAÑA es intentar rizar el rizo. Lo que pulcramente ha escrito PAU no es la biografía de un jurista, sino la carrera profesional de un burócrata. Exactamente igual pudo haberse escrito otro estudio sobre cualquier funcionario de la Administración con título de letrado. AZAÑA, como jurista, ni aportó una sola idea original o nueva, ni elaboró un sistema, no ya en Derecho público, sino ni siquiera en Derecho privado que era su especialidad, al estilo del que en su tiempo construyeron Sánchez Román, Valverde, o algo después don Felipe Clemente de Diego. Tampoco escribió, ni publicó jamás, un solo artículo, trabajo, nota o reseña ni en la *Revista de Derecho Privado* ni en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* que su jefe y amigo Jerónimo González había fundado en 1925, cuando todavía le quedaban a AZAÑA seis años de vida activa funcional. Y es que lo que vertebró la singular vida de AZAÑA fue su desbordante pasión política, en la que alcanzó el cenit, pero no su condición de jurista, donde por mucho que se busque nada se encuentra, más allá de ese vago reconocimiento del papel del Estado y de un diluido sentimiento de justicia. Mas, ¿quién que es no reconoce el significado de ese formidable instrumento transformador que es el Estado, o no posee con pasión y fervor el sentimiento de la Justicia? No, MANUEL AZAÑA, en posesión de uno de los más hermosos castellanos de la historia literaria de España, escritor tantas veces admirable, siempre claro y atractivo, no fue un jurista, simplemente opositó, y trabajó, probablemente, de mala gana, en una profesión jurídica, que fue para él sólo un *modus vivendi*, o, si se prefiere, fue un jurista *panem lucrando*; sus verdaderas vocaciones fueron la intelectual y sobre todo la política.

En definitiva, el sugerente estudio de PAU sirve para demostrar lo contrario de lo que el título propone, y que algunos ya sospechábamos: que AZAÑA no fue un jurista.

CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a: *Oposita que algo queda*, Editorial Cívitas, Madrid, 1952.

He tenido ocasión de leer algún libro que de manera más o menos directa se ocupa del que para quien las ha vivido —con acierto final o sin él— es el gran tema de las oposiciones. Sin embargo, estos libros, a pesar de que alguno de ellos está suscrito por prestigiosa pluma, no acababan de convencernos, no acababan de ser ese libro que de modo definitivo se ocupara de ello, recogiera sus vivencias y, en una palabra, nos situara en aquellos años ya pasados, nunca olvidados y, en cierto modo, añorados; aquellos años en los que éramos jóvenes, al menos desde el punto de vista del calendario. Y ahora ese libro esperado, deseado, temido también, aparece de la mano de JOSÉ M.^a CHICO. No es una novela, es una obra de anécdotas, de vivencias, de recuerdos y, sobre todo, de nostalgia. Por eso, para nosotros, para todos los que fuimos opositores, se convierte en el "libro del opositor", aunque inevitablemente sea el libro de una determinada generación de opositores, aquella que se mueve entre los años cuarenta y sesenta. Esto, sin embargo, no resta frescor y actualidad a la obra, pues su contenido, con ligerísimas variaciones, es perfectamente aplicable a los tiempos posteriores y pienso que también a los anteriores.

El gran mérito, por tanto, de este libro de opositores y oposiciones sobre los demás géneros es que el autor ha formado parte de ellas, ha formado parte del drama, de su amargura y de su felicidad. Como él mismo nos recuerda: "Soy de las pocas personas que puede contar estas cosas, pues no debe olvidarse que a mí me han suspendido en casi todos los tribunales de oposiciones... y algún bedel". Estas palabras del autor que ahora suenan a broma encierran sin embargo una tremenda verdad, una tremenda verdad de muchos años de sufrimiento y de tristezas que se mezcla con la explosión de alegría del momento final y de la ilusión y esperanza en todo momento puesta en ello, acrecentada sin duda por la juventud.

Sin embargo, en estas breves líneas quiero apartarme de todo sentimiento triste y hacer con el tiempo recuerdo para la alegría pasada y olvido de la amargura. Dice el autor: "A pesar de que esta anécdota pudiera contener un resentimiento, ni ánimo de apartarme del drama, resaltar el humor que encierra la oposición con todo sentido deportivo. Al borde de ese camino que hicimos con Machado al andar dejamos la angustia, la tristeza, el desánimo, la amargura y, si queréis, la seriedad y el prestigio que el sistema selectivo encierra". Así pues, siguiendo el consejo de JOSÉ M.^a, olvidaré todo tinte melancólico en estas breves líneas de recensión de su libro, tomando sólo el grato divertimento que la misma aporta.

Influido claramente por la estructura de los temas de oposición, el libro se divide en tres grandes capítulos y una introducción. El primero se dedica objetivamente a la oposición: concepto, historia y crítica, momento actual y elementos que la integran; dentro de éstos distingue, lógicamente, entre elementos personales, reales y formales. Entre ellos el elemento-rey, por supuesto, es el opositor, del que entre las muchas definiciones recogidas la más interesante, a mi juicio, es la del propio autor: "El opositor es un hombre al que siempre le faltan quince días". Y en cuanto a sus clases, distingue: "La psicología de cada persona —vestida dentro del hábito de opositor— da, sin embargo, tipos diversos: el que está convencido de ser el número uno; el que sabe que no será el número uno salvo un golpe de suerte; el tímido, el osado, el que sabe todo el programa y el que sólo se sabe la mitad y aparenta saberse todo; el que estudia con el programa y el que

estudia 'de oído'; el que mientras estudia hace gimnasia y le entran los temas por los músculos; el que siendo nervioso provoca incontinencias de orina..."

En cuanto a la composición del Tribunal, nos cuenta una deliciosa anécdota: "Los miembros del Tribunal suelen ser impares para que en caso de empate en las votaciones, en vez de tirar penaltis, decida el voto dirimente del presidente. Si la memoria no me es infiel, cuando me examinaba los Tribunales eran numerosos, sobre todo en la oposición de Registro, donde los miembros solían ser nueve, aunque posteriormente se redujeron a siete. Y aquí es donde viene la anécdota que justifica el cambio: de un lugar muy céntrico, y por razones de servicio público, se trasladó todo el conjunto de Registros y la sede del Colegio a un edificio de nueva planta también bastante céntrico, pero menos conflictivo por aquel entonces; y poco antes de ser inaugurado, el decano de entonces —hombre que había figurado en la política liberal de la República— tuvo la delicadeza de enseñarme el edificio. Nos acompañaba el arquitecto. Al llegar al salón de conferencias, que también iba a servir para la celebración de oposiciones, tuve la gran ingenuidad de apuntar que detrás de la mesa, larga y señorial, no podían caber los nueve miembros del Tribunal de oposiciones. Y ante el gesto altivo de un ex ministro tuve que apuntar tímidamente: Te quedan dos remedios: o decirle al arquitecto que agrande la sala o modificar el Reglamento en cuanto al número de miembros del Tribunal. Esta última solución fue la que se aceptó".

Siguiendo dentro de los elementos personales, merece destacarse igualmente el apartado f), dedicado al gestor administrativo, aportando numerosas frases contenidas en las cartas de uno de ellos de todos conocido. Así: "Usted estudie, que Panivino hará todo lo demás". Otra: "El Tribunal sigue muy de cerca la oposición y el opositor está muy interesado en ella". Y otra más, en una posible suspensión de ejercicios: "Según referencias de fuentes bien informadas, creemos, y es casi seguro o al menos muy probable, que con vistas a la festividad de Semana Santa se den vacaciones, a saber..." Esta es, sin duda, una de las partes más divertidas del libro, apoyada como digo en las comunicaciones del famoso y querido gestor administrativo Panivino.

La figura del bedel también merece pararse en ella, aunque sea muy brevemente: "Del bedel al que me voy a referir —y al que rindo homenaje desde estas líneas— pueden citarse muchas anécdotas. Más bien bajo, rechoncho, con algo de barriga, dinámico, moreno, sonriente, fino y listo como pocos. Un buen día, sentado en su silla en la puerta de la sala de oposiciones, se le acercó un opositor para preguntarle por el número que iba examinándose. "El doscientos catorce", le contestó sin apenas inmutarse y sin mirar el listín de opositores. El bedel se fijó en el opositor y antes de que éste pudiera darle las gracias, le abordó preguntándole: "Me parece que usted se llama don Antonio Emilio Gómez". "Pues sí, así me llamo", le contestó entre sorprendido y tímido el opositor. "Efectivamente —le repitió el bedel—, ya decía yo; a usted le 'suspendimos' en las pasadas oposiciones".

Y así, entre anécdotas, humor y vivencias se va desgranando el libro, para terminar lo que podría entenderse como su primera parte con una conclusión que da paso a la segunda: "Lo que queda". Porque, dice el autor, "¿qué duda tiene que algo queda?" Y queda porque aquellos conocimientos adquiridos en la preparación de la oposición van a proyectarse sobre la realidad viva del Derecho y ese gran peso de posibilidades se va a transformar en construcciones, soluciones y consejos para el ciudadano —el de a pie y el que va en coche—, necesitado de que su problema sea resuelto favorablemente y pueda estar seguro. Esta es la

grandeza de la función y, al mismo tiempo, la servidumbre de la misma. Pero la vida desborda con mucho la posible problemática que uno haya podido acotar en su etapa de estudio, y aquí el problema vivo ofrece singulares facetas, esquinas y recovecos que hacen aflorar lo que la Notario y al Registrador "les queda" después de la oposición.

A partir de aquí el opositor y la oposición dejan paso a los primeros años de ejercicio profesional, recogiendo, siempre entre anécdotas, los incomparables recuerdos de esos años: Pemán, Séneca, Cunqueiro, Camilo José Cela, Díaz Cañabate, etc., se mezclan con compañeros como Matute, De la Rica, Burdiel..., en una larga aportación de graciosos —y a veces nostálgicos— acontecimientos. Entre ellos, desde el famoso y conocido testamento de "Pacicos" hasta la siguiente nota marginal fechada el 5 de enero de 1937: "Anulada la adjunta inscripción porque veo que el amanuense que ha copiado la escritura ha cometido tantas irregularidades y equivocaciones que la inscripción no resulta exacta, quedando despedido".

Termina el libro con un estudio de la fe pública dentro de la literatura española que constituye claramente un ensayo que se aparta del contexto general de la obra, pero no por ello de menor valor. Entra José M.^a en la consideración histórica del Registrador, Notario y otros funcionarios similares, pero no desdeña el aportar profundamente su concepción literaria de la figura en unas palabras que sirven de adecuado colofón a esa recensión de un libro atrevido, humorístico, siempre vivo, esperado y, en cierto modo, nostálgico. "Digamos, con la debida cautela, que Notarios y Registradores no son, en la literatura española, personajes 'principales' de la novela, el teatro, la poesía o el ensayo. Son —jurídicamente— 'accesorios' o 'pertenencias'. No son protagonistas sobre los cuales gira la trama, sino que entran en ella incidentalmente: hizo testamento ante Notario; leyó el testamento el Notario; pagó los derechos reales; inscribió su finca registralmente; etc. De ahí no pasa la cosa. No es lo mismo que el médico, el confesor, el arquitecto, el científico, la prostituta, el anormal, el Juez, el compositor, etc., que acceden a la novelística española con rango de primeras figuras. Lo nuestro no pasa de actuar como 'artistas invitados' o con la 'extraordinaria colaboración' de... El Notario y el Registrador, incrustado en el ámbito rural español y en su novelística, son personajes circundantes y contemplativos: son el 'cuarto' de una partida de dominó; el vocal de la Junta directiva del casino de la localidad; el patrón de la Cofradía de Jesús Nazareno; el componente de la tertulia de la rebotica; el vocal de la comisión de cultura; el que dona la copa para el campeonato de saltos de altura; el que elige las *mises* por fiestas y coloca las bandas (por delegación); el que pronuncia el pregón de Semana Santa; el que se toma el aperitivo (vermut con anchoas) en un 'velador' a las puertas del Círculo; el que juega un billete de lotería en todos los sorteos; etc. El Notario —entra en la novelística española— en el momento de hacer testamento o leerlo, y el Registrador para ofrecer el certificado del contenido de las inscripciones..."

JUAN PABLO RUANO BORRELLA

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 565-66 (Octubre-Noviembre 1991)

- "La sucesión de las Comunidades Autónomas", por CELESTINO A. CANO TELLO, pág. 8769.
- "La responsabilidad de la actuación inspectora en materia de consumo", por M.^a JOSÉ ROYES LÓPEZ, pág. 8775.
- "Primacía de una directiva de la CEE sobre el Código Civil. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 1990. Asunto C-106/89", por JOSÉ ALBA PALOP, pág. 8793.
- "La nueva Constitución de Colombia", por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ VAL, pág. 8799.
- "Plazo para la interposición del recurso de amparo. El cómputo ha de hacerse desde la notificación de la sentencia y no desde que se resuelve el recurso de súplica contra dicha notificación", por JOSÉ DÍAZ DELGADO, pág. 8823.
- "Medios de comunicación audiovisuales e infancia y juventud: las relaciones de protección en el ordenamiento comunitario", por MANUEL MENÉNDEZ ALZAMORA, pág. 9067.
- "El transporte multimodal en Europa, según la Unión Internacional de los Transportes por Carretera (IRU)", por MARTÍN MARMY, pág. 9119.
- "Los accidentes de tráfico en el transporte internacional (Comentarios al Convenio Internacional de La Haya de 1971)", por PEDRO ALVAREZ DE BENITO, pág. 9127.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Núm. 1 (Enero-Marzo 1992)

- "La adaptación de las sociedades de capital a la vigente normativa: La triple vertiente de la obligación de adaptación. Problemas prácticos", por JUAN BOLÁS AFONSO, pág. 9.
- "Imperplejidad jurídica", por ALVARO D'ORS, pág. 63.
- "La Ley 29/1991, de 16 de diciembre, y su incidencia en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (I)", por ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, pág. 83.
- "Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", por AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, pág. 111.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO**(Noviembre 1991)**

“Daños causados por los alumnos y responsabilidad civil”, por JOSÉ M.^a CABALLERO LOZANO, págs. 907 a 926.

“Autonomía y especialización”, por CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA, págs. 927 a 935.

“La justicia durante el Imperio Romano”, por ANTONIO TOLEDO, págs. 936 a 938.

(Diciembre 1991)

“La presunción de vida en la declaración de fallecimiento”, por DORA PADIAL ALBAS, págs. 1003 o 1020.

“La superación del embrocamiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual”, por VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, págs. 1021 a 1037.

(Enero 1992)

“El error de cualidad, como causa de nulidad matrimonial, en los Ordenamientos canónico y civil”, por LOURDES RUANO ESPINA, págs. 3 a 21.

“El éxito de las sociedades de responsabilidad limitada”, por JOSÉ M.^a NEILA, págs. 22 a 51.

“Sobre la preferencia masculina en la sucesión en los títulos de nobleza”, por ANTONIO ROMÁN GARCÍA, págs. 52 a 64.

(Febrero 1992)

“La responsabilidad civil en supuesto de prestación de servicios. La propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea de 18 de enero de 1991 y su proyección en el Derecho español”, por JAIME SANTOS BRIZ, págs. 99 a 102.

“Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa”, por CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ MARÍN, págs. 113 a 132.

“Concepto de obra nueva a efectos interdictales y registrales”, por JOSÉ BARBANCHITO TOVILLAS, págs. 133 a 153.

**BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID****Núm. 5 (Septiembre-Octubre 1991)**

“La nueva Constitución de Colombia, 1991”, por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ VAL, pág. 7.

“La atribución del disfrute de la vivienda familiar arrendada”, por LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, pág. 25.

“La preferencia masculina nobiliaria”, por el CONDE DE BORRAJEIROS, pág. 51.

- "La construcción del proceso cautelar", por JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO, pág. 57
- "La formación del abogado en España", por SARA ARAGONESES y RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA, pág. 61.
- "Una reflexión sobre la prevalencia de la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho al honor", por CARLOS JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA, pág. 69.

Núm. 6 (Noviembre-Diciembre 1991)

- "Desheredación y adulterio", por JOSÉ FERRANDIS VILELLA, pág. 7.
- "El leasing español: su situación actual y su futuro", por G. BUSQUETS LE MONNIER, pág. 15.
- "La construcción del proceso cautelar (conclusión)", por JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO, pág. 31.
- "Disposiciones adicionales y buena técnica legislativa: sobre las disposiciones adicionales de la nueva Ley del IRPF", por IÑIGO COELLO DE PORTUGAL, pág. 41.
- "La responsabilidad en la Medicina intensiva (continuación)", por JACOBO LEONIS, pág. 47.
- "Aproximación jurídica al proceso más universal: el juicio de Jesús de Nazaret, II", por ANTONIO SANTANDER DE LA CRUZ, pág. 57.
- "En sus noventa años: Ramón Serrano Súñer", por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ VAL, pág. 69.
- "La retroventa: estudio legal y jurisprudencial", por MATILDE CUENA CASAS, pág. 129.
- "Sobre el delito de hurto en la Jurisprudencia romana", por FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJAN, pág. 133.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 125 (Noviembre-Diciembre 1991)

- "La Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 relativa a la Ley de Costas", por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 13.
- "Policía demanial externa y medio ambiente. Algunas reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio", por AGUSTÍN E. DE ASÍS ROIG, pág. 35.
- "La Ley de Costas y las marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres", por FRANCISCO PERALES MADUEÑO, pág. 73.
- "Estudio sobre las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la Ley 22/1988, de Costas, y el Reglamento General para su desarrollo y ejecución", por M.^a TERESA POVEDA DÍAZ, pág. 93.
- "Las normas de protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre establecidas en la Ley de Costas e incidencia sobre ellas de las sentencias del Tribunal Constitucional", por ENRIQUE PORTO REY, pág. 119.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL**Núm. 198 (Octubre-Diciembre 1990)**

- "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", por ALBERTO ALONSO UREBA, pág. 639
- "La suscripción incompleta del aumento de capital", por RICARDO CÁBANAS TREJO, pág. 729.
- "El caso Marleasing, S.A.", por FRANCISCO JOSÉ LEÓN SANZ, pág. 801.
- "Venta forzosa de acciones de los minoritarios en Derecho holandés", por J. BLANCO FERNÁNDEZ, pág. 821.
- "El seguro de lucro cesante en el Derecho español", por FERNANDO BLANCO GIRALDO, pág. 827

DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA**Núm. 222 (Abril-Junio 1990)**

- "Análisis previo de la expropiación forzosa", por JOSÉ BERMEJO VERA, pág. 5.
- "Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo", por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 23.
- "Evolución y crisis del instituto expropiatorio", por RAMÓN PARADA, pág. 41.
- "Las valoraciones en las expropiaciones urbanísticas. La Ley 8/1990", por RAMÓN MARTÍN MATEO, pág. 79.
- "Expropiación forzosa y supuestos expropiatorios en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo", por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 105.
- "La exclusividad de la reserva estatal respecto de la legislación sobre expropiación forzosa", por JOSÉ BERMEJO VERA, pág. 149.
- "Las técnicas de reducción del contenido del derecho de propiedad y las especialidades expropiatorias sectoriales: supuestos que aconsejan la revisión de la normativa vigente", por JOSÉ BERMEJO VERA, pág. 169.
- "Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa en Francia, Italia y Alemania", por JOSÉ M.^a BAÑO LEÓN, pág. 199.
- "La técnica expropiatoria en Derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña", por ISABEL PONT CASTEJÓN, pág. 223.

**REVISTA INTERNACIONAL
DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS****Núm. 2 (Junio 1991)**

- "El estímulo y estudio del progreso de la Dirección Pública: el premio a la dirección innovadora del Instituto de Administración Pública de Canadá", por SANDFORD F. BORINS, pág. 7.
- "El centro y la periferia en Italia: Hitos decisivos de su historia", por SABINO CASSESSE, pág. 25.

- "El Fiscal de la Corona para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte: su papel en procesos civiles y criminales", por ROSAMUND M. THOMAS, pág. 41.
- "Sistemas de información administrativa en la Administración japonesa: algunas reflexiones sobre problemas y soluciones", por TOSHIYUKI MASUJIMA, pág. 63.
- "Las medidas disciplinarias en la Función Pública de las Comunidades Europeas", por PEDRO DE MIGUEL GARCÍA, pág. 77.
- "Una estrategia para la introducción de microordenadores en países en vía de desarrollo", por MUKUL SANWAL, pág. 99.
- "La selección de personal en la Administración pública: el mito del administrador educado", por PILAR FABREGAT ROMERO y CARLOS URANGA COGOLLOS, pág. 119.
- "Las transformaciones del Estado de Chile", por ROLANDO PANTOJA BAUZA, pág. 129.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 74 (Octubre-Diciembre 1991)

- "Aspectos antidemocráticos y antipluralistas en la cultura política latinoamericana", por H. C. F. MANSILLA, pág. 17.
- "Presidencialismo —vs.— parlamentarismo en América Latina", por DIETER NOHLEN, pág. 43.
- "Las Fuerzas Armadas de América del Sur y su relación con el Estado en el nuevo contexto democrático, en un mundo en cambio constante", por JUAN RIAL, pág. 55.
- "Más allá de las transiciones a la democracia en América Latina", por MARCELO CAVAROZZI, pág. 85.
- "Sobre el concepto de países en vías de consolidación democrática en América Latina", por MANUEL ALCÁNTARA SAEZ, pág. 113.
- "El final de un ciclo y la crisis de unos actores: América Latina ante la década de los noventa", por LUDOLFO PARAMIO, pág. 131.
- "América Latina. El Gobierno de la democracia en tiempos difíciles", por JUAN CARLOS TORRE, pág. 145.
- "La clase política argentina: reclutamiento y formación", por JUAN CARLOS AGULLA, pág. 167.
- "Unas notas sobre el sistema de partidos en Chile y Argentina en tiempos de crisis", por M.^a ESTHER DEL CAMPO, pág. 177.
- "Argentina: Democracia y populismo en tiempos difíciles", por VICENTE PALERMO, pág. 211.
- "La nación brasileña", por OCTAVIO IANNI, pág. 241.
- "La elección presidencial de 1989: el comportamiento electoral en una ciudad brasileña", por MARÍA D'ALVA GIL KINZO, pág. 257.
- "Los mitos de la prensa y los votos en las elecciones de 1990", por GLAUCIO ARY DILLON SOARES y M.^a CELINA D'ARAUJO, pág. 277.
- "Uruguay. De la quiebra institucional a la presidencia de Lacalle (1971-1991)", por ISMAEL CRESPO, y otros, pág. 297.
- "Notas sobre la transición chilena", por LUIS MAIRA, pág. 323.
- "La prolongada transición mexicana: ¿Del autoritarismo hacia dónde?", por LORENZO MEYER, pág. 363.
- "Los partidos y el cambio político en México", por SOLEDAD LOAEZA, pág. 389.

- "México. En busca de la democracia", por ANTONIA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y MAURICIO MERINO HUERTA, pág. 405.
- "Centroamérica: la transición autoritaria hacia de la democracia", por EDELBERTO TORRES-RIVAS, pág. 431.
- "La transición a la democracia en Nicaragua", por SECUNDINO GONZÁLEZ MARRERO, pág. 449.
- "La jurisdicción constitucional en Costa Rica", por NÉSTOR PEDRO SAGUES, pág. 471.
- "El proceso de rectificación en Cuba: causas políticas y efectos económicos", por CARMELO MESA-LAGO, pág. 497.
- "La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación", por JUAN CARLOS REY, pág. 533.
- "Partidos, democracia, problemas de representación e informalización de la política (El caso de Bolivia)", por JORGE LAZARTE R., pág. 579.
- "Forma de gobierno en la Constitución peruana", por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, pág. 615.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núm. 17 Extraordinario (Junio-Diciembre 1990,
Enero-Diciembre 1991)

- "El seguro agrario", por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, pág. 5.
- "El Estatuto de la Explotación Agraria", por CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET, pág. 13.
- "El nuevo Derecho agrario de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias", por JUAN FRANCISCO DELGADO MIGUEL, pág. 21.
- "El Derecho agrario de la Comunidad de Aragón", por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 36.
- "La reciente legislación agraria de Cataluña", por AGUSTÍN LUNA SERRANO, pág. 46.
- "Legislación agraria de Castilla y León", por JOSÉ M.^a DE LA CUESTA, pág. 51.
- "La agricultura española y la nueva PAC. Propuesta para una agricultura competitiva", por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, pág. 55.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 156 (Abril-Junio 1991)

- "La reforma de la PAC", por GABINO ESCUDERO ZAMORA, pág. 17.
- "La reforma de la PAC desde la perspectiva de las agriculturas del sur de la CEE", por CARLOS TÍO SARALEGUI, pág. 41.
- "Reflexiones críticas sobre la nueva PAC", por JAIME LAMO DE ESPINOSA, pág. 67.
- "¿Se ha agotado la revolución verde?", por TOMÁS GARCÍA AZCARATE, pág. 85.
- "La reforma de la PAC y los equilibrios territoriales", por FRANCISCO SINEIRO GARCÍA, pág. 105.
- "Los problemas de financiación de la PAC", por JOSÉ LUIS SAENZ GARCÍA-BAQUERO, pág. 127.

- "La política comunitaria de estructuras agrarias. Objetivos y medios", por SANTIAGO ALONSO GONZÁLEZ, pág. 169.
- "La reforma de la PAC en la perspectiva de la mejora de los ingresos y bienestar de los agricultores. Reforma sí, pero no así", por FERNANDO MORALEDA QUILEZ, pág. 185.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 131 (Julio-Diciembre 1991)

- "Instrucciones del cardenal Gasparri al nuncio Tedeschini en 1921", por V. CÁRCCEL ORTI, págs. 455-482.
- "Naturaleza y configuración pública o privada de las asociaciones de fieles", por M. P. FIOL CHIMELIS, págs. 483-516.
- "Le Chieses sui iuris nel Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium", por M. BROGI, págs. 517-544.
- "Eficacia civil de las resoluciones canónicas de nulidad fundadas en el error qualitatis personae", por L. RUANO ESPINA, págs. 545-586.
- "La religiosidad popular en Yucatán (s. XVIII)", por J. L. SOBRINO NAVARRETE, págs. 589-599.
- "La normativa canónica y el uso de la bicicleta. A propósito de la resolución de la Congregación del Concilio de 15 de diciembre de 1894", por J. GARCÍA SÁNCHEZ, págs. 601-606.
- "Normas para la ejecución de la carta apostólica. M. P. Iusti Iudicis", por J. L. ACEBAL, págs. 607-618.
- "El fondo diocesano de la sustentación del clero (c. 1274 S1)", por F. R. AZNAR GIL, págs. 619-647.
- "La legislación eclesiástica del Estado y su interpretación", por J. L. SANTOS DIEZ, págs. 649-662.
- "El servicio de asistencia religiosa en las fuerzas armadas. Textos y comentario", por M. SANTIAGO PRIETO, págs. 663-696.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 11 (Enero-Junio 1991)

- "La reacción navarra ante la Ley Hipotecaria de 1861", por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 13.
- "Observaciones críticas a la Ley de cooperativas navarra", por EDUARDO M.^a VALPUESTA GASTAMINZA, pág. 35.
- "Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y Ley del medicamento", por JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE, pág. 67.
- "El hito en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos: La STC 140/1990, de 20 de septiembre", por MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZIRRAGA, pág. 79.
- "Apreciación de las causas de inimputabilidad y reincidencia en los procedimientos seguidos ante la Audiencia Provincial de Navarra (1988-1990)", por LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO, pág. 91.

- "Los libros de Abolengo", por TOMÁS URZAINQUI MINA, pág. 129.
"Hallazgo de títulos-valores (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 5 de junio de 1990)", por M.^a NÉLIDA TUR FAUNDEZ, pág. 144.
"Problemas de la llamada responsabilidad civil por delito", por M.^a ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, pág. 159.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 1 (1992)

- "Fundaciones privadas y públicas", por JOSÉ M.^a VILASECA MARCET, pág. 9.
"La protección del consumidor y del usuario en la contratación civil catalana", por JUAN EGEA FERNÁNDEZ e ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 23.
"Defensa de los consumidores y derecho civil", por RAMÓN CASAS VALLÈS, pág. 79.
"El deber de información de las obligaciones tributarias", por JORGE RODÓN, pág. 121.
"Derecho de la Comunidad Europea", por ENRIC PICAÑOL y ANTONIO CREUS, pág. 133.
"Derecho internacional privado", por NURIA BOUZA y ANA QUIÑONES, pág. 161.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 71 (Mayo-Agosto 1991)

- "Estado actual de la problemática del aborto en Europa Occidental", por MARINO BARBERO SANTOS, pág. 393.
"La llamada comunicabilidad", por ALVARO BUNSTER, pág. 419.
"Los gastos fiscales Concepto y aplicación en México", por M.^a DE LA LUZ MIJANGOS BORJA, pág. 443.
"El sistema de control constitucional en Colombia", por JULIO CÉSAR ORTIZ, pág. 481.
"Perspectivas actuales de la huelga", por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 517.

Núm. 72 (Septiembre-Diciembre 1991)

- "La búsqueda del Estado. El primer constitucionalismo mexicano", por ARNALDO CÓRDOVA, pág. 721.
"Impuesto a las nóminas e impuesto al activo de las empresas, ¿inconstitucionales?", por DOLORES BEATRIZ CHAPOY BONIFAZ, pág. 747.
"El recurso de queja en el juicio de amparo", por MANUEL GUTIÉRREZ DE VELASCO, pág. 775.
"La planificación latinoamericana: concepciones y experiencias", por MARCOS KAPLAN, pág. 795.
"La empresa agroindustrial", por LUIS M. PONCE DE LEÓN ARMENTA, pág. 837.
"Los derechos fundamentales del hombre en las Constituciones del Estado libre

- asociado de Puerto Rico y del Japón (concordancias y discordancias)", por J. J. SANTA-PINTER, pág. 851.
- "La reforma procesal penal de 1990-1991", por SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, pág. 865.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Núm. 1 (1990)

- "L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (du 1er janvier au 31 décembre 1989)", por MALCOLM EVANS, pág. 2.
- "La réglementation internationale de certains aspects des suretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un Etat dans un autre", por RONALD C. C. CUMING, pág. 62.
- "Note introductive au Protocole de 1990 modifiant la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages", por JACQUES PUTZEYS, pág. 207.
- "Protocole de 1990 modifiant la Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages (Londres, 29 mars 1990)", pág. 214.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Núm. 1 (Septiembre-Diciembre 1991)

- "¿Cómo llegar a la presidencia?", por ROMMEL ARVIZU RASHID, pág. 4.
- "El presidente mexicano y el sistema de responsabilidades al que está sujeto", por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, pág. 17.
- "Tesis profesional de Mario de la Cueva", pág. 91.
- "México, la Constitución y las situaciones de emergencia", por JORGE CARPIZO MC. GREGOR, pág. 125.
- "El sistema presidencial en la Constitución mexicana de 1824", por ADOLFO FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 145.
- "Características generales de los reglamentos", por MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA, pág. 167.
- "El presidencialismo y la formación de las leyes en México", por LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ, pág. 177.
- "Breve análisis del ejecutivo colegiado y del Congreso de Uruguay en su contexto constitucional", por MIGUEL ANGEL OCHOA SÁNCHEZ, pág. 191.
- "El presidencialismo soviético", por GERARDO SÁNCHEZ GARCÍA, pág. 204.
- "El sistema presidencial en la evolución política de México", por JOSE M.^a SERNA DE LA GARZA, pág. 232.
- "Libertad política y estabilidad. El caso del régimen presidencial", por ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, pág. 247.
- "El presidencialismo mexicano en la modernidad", por DAVID M. VEGA VERA, pág. 260.

NOTICIAS CEE

Núm. 83 (Diciembre 1991)

- "El acuerdo en forma de canje de notas entre la Comunidad Económica Europea y el Principado de Andorra", por RAMÓN VIÑAS FARRE, pág. 11.
- "La posición del Parlamento Europeo sobre la Unión Económica Monetaria", por ENRIQUE BARÓN CRESPO, pág. 29.
- "La unidad europea en el momento actual de las relaciones internacionales", por MANUEL FRAGA IRIBARNE, pág. 35.
- "Condiciones restrictivas de *locus standi* en el acceso del ciudadano a la acción de nulidad en el marco de las Comunidades Europeas", por ALBERTINA ALBORS LLORENS, pág. 55.
- "La legitimación en el contencioso entre el TJCE: Recursos de anulación e inactividad y excepción de ilegalidad", por ANGEL SÁNCHEZ LEGIDO, pág. 65.
- "Trabajadores comunitarios: Delimitación del sujeto activo del derecho a la libre circulación", por JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, pág. 91.
- "Coordinación bancaria en el seno de la Comunidad Económica Europea (Segunda Parte)", por LUIS BUENO SIDRE, pág. 101.

Núm. 84 (Enero 1992)

- "Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia", por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 11.
- "Telecomunicaciones y derecho comunitario", por SUSANA CORTINA NAVARRO y LUIS DE CARLOS BERTRÁN, pág. 19.
- "La distribución selectiva y las normas de competencia", por JOSÉ M.^a JIMÉNEZ-LAIGLESIA, pág. 29.
- "La contratación pública en el umbral de 1992", por CARLOS MUÑOZ MARTÍN, pág. 49.
- "La CEE en el GATT: La Ronda Uruguay y el contencioso agrícola", por M.^a ANTONIA DÍAZ ITURBE, pág. 59.
- "La jurisprudencia arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París", por FERNANDO BERTRÁN MENDIZABAL, pág. 67.
- "Apuntes sobre la Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90/435/CEE)", por PILAR MOLINA GÓMEZ-ARNAU, pág. 79.
- "Coordinación bancaria en la Comunidad Económica Europea (Tercera Parte —III—)", por LUIS BUENO SIDRE, pág. 85.

Núm. 85 (Febrero 1992)

- "Las evaluaciones del impacto ambiental", por ANTONIO LÓPEZ TARACENA, pág. 11.
- "El juicio de relevancia previo al planteamiento de una cuestión prejudicial", por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 31.

- "Evolución y perspectivas de la armonización fiscal de los Impuestos Directos en la Comunidad Económica Europea", por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 37.
- "El Mercado Interior de 1993: Problemas aduaneros", por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RANZ, pág. 45.
- "El IVA en las importaciones entre particulares de Estados miembros (jurisprudencia Schul)", por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 49.
- "Nuevos mecanismos financieros comunitarios para infraestructuras de transporte de carácter local", por ANA GIL ANTÓN, pág. 57.
- "La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de marzo de 1991, sobre la directiva de ventas a domicilio y su relación con el proyecto de trasposición español", por GREGORIO PLANCHUELO SAINZ, pág. 65.

Núm. 86 (Marzo 1992)

- "El Mercado Unico, vertiente económica de la política exterior común", por CARLOS SOLCHAGA CATALÁN, pág. 11.
- "El Derecho derivado comunitario y el bloque de la constitucionalidad", por ANTONIO MARTI DEL MORAL, pág. 19.
- "El Acuerdo sobre Patentes Comunitarias de 1989: Competencia *rationae materiae* de los órganos encargados de su aplicación", por MANUEL DESANTES REAL, pág. 31.
- "La armonización comunitaria del crédito al consumo: La Directiva de 22 de febrero de 1990", por M.^a PAZ DÍAZ CREMADES y JOSÉ MANUEL GÓMEZ DE MIGUEL, pág. 45.
- "Limitación de las emisiones de agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones", por FRANCISCO BLANCO OYOLA, pág. 55.
- "Desarrollo tecnológico y medio ambiente", por EMILIO LABORDA VALLE, pág. 59.
- "Presente y futuro de la ecoindustria española en el contexto europeo", por ANA M.^a VÁZQUEZ LOSADA, pág. 63.

