

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVII ° Enero-Febrero 1991 ° Núm. 602

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
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.

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

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS:	
«Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989)», por M. ^a ANGELES EGUSQUIZA BALMASEDA	9
«La responsabilidad profesional», por LUIS PASCUAL ESTEVILL	43
«Régimen general de la propiedad de las minas y de los montes», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	73
«Presentación de documentos por telecopia en el Registro de la Propiedad», por ANTONIO MANZANO SOLANO	101
«La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	149
DICTAMENES Y NOTAS:	
«El Registro de la Propiedad en Egipto en la época romana», por GUILLERMO A. TELL Y LAFONT	177
ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	201
JURISPRUDENCIA:	
I Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	215
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ y LUIS ALFREDO SUÁREZ ARIAS	221
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
I. Derecho civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	245
d) Familia, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	252
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	272

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«El incumplimiento de las obligaciones», de ANGEL CRISTÓBAL MONTES, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	295
«El dominio público marítimo-terrestre. Exégesis y comentario del título primero de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas», de JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	297
«Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società», del CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	300
REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	307

ESTUDIOS

Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CUESTIÓN DEL SISTEMA DE “NUMERUS CLAUSUS” O “APERTUS” SU RELEVANCIA EN LA RESERVA DE DOMINIO.—3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PACTO.—4. APROXIMACIONES A SU NATURALEZA.—5. LA FUNCIÓN DESPLEGADA POR EL PACTO.—6. EFECTOS DEL PACTO A. *Fiscales*. B. *Frente a terceros* La *tercería de dominio*. C. *Relaciones entre acreedores del vendedor y comprador*.

1. INTRODUCCIÓN

El pacto de reserva de dominio, figura que suscitó grandes apasionamientos antes incluso de su consagración legislativa, es objeto hoy de nuestra atención desde una nueva perspectiva, la que resulta de la Sentencia de 19 de mayo de 1989. Ha sido esta cláusula punto central de polémicas doctrinales y explicaciones varias, según su eficacia y naturaleza; tales esfuerzos corresponden a modos particulares de entender cuestiones como la del sistema *apertus* o *clausus* de los derechos reales, y la función e intereses perseguidos con aquélla.

2. LA CUESTIÓN DEL SISTEMA DE “NUMERUS CLAUSUS” O “APERTUS”. SU RELEVANCIA EN LA RESERVA DE DOMINIO

Tema que subyace como causa última en la mente de quienes intentan asimilar el pacto de reserva de dominio en la figura de la prenda o hipoteca (1).

(1) En nuestro Derecho esta teoría ha sido mantenida por BERCOVITZ R., quien ha estudiado y trabajado el tema profundamente en *La cláusula de reserva de dominio Estudios sobre su naturaleza jurídica en las compraventas de bienes muebles*, Madrid,

Las posturas sobre esta primera cuestión han quedado plenamente definidas. Mientras unos (2) sostienen que, gracias al artículo 1.255 del Código Civil, en relación con los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento Hipotecario, el sistema seguido por nuestro ordenamiento es de *numerus apertus*, otros ven como deseable, por la trascendencia de tales derechos, que dicha lista posea un carácter cerrado (3); para ello, dado el evidente aperturismo de las normas, propugna una limitación de la voluntad creadora de los particulares exigiendo que los nuevos derechos reales que se pretendan constituir reúnan todos los elementos requeridos por el ordenamiento (forma, publicidad y especialidad), además de una función social útil que les proporcione una causalidad aceptable (4). Este sentir de la doctrina se manifiesta con mayor vehemencia cuando esos derechos desempeñan una labor de garantía, puesto que se observa con recelo la situación de privilegio excepcional que conllevan que arrumba el principio de la *pars condictio creditorum*; por ello no es extraño que se haya solicitado para éstos, más que para cualquier otro tipo de derechos reales, un sistema de férrea tipicidad (5).

1971; *Comentarios a la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977, "Las ventas a plazos de bienes muebles", *ADC*, 1966, págs. 117-185; "Comentarios a la Sentencia de 11 de junio de 1983", *CCJC*, 3, 1983, págs. 873 y sigs.; "Comentario a la Sentencia de 26 de marzo de 1984", *CCJC*, 5, págs. 1541 y sigs.; "Comentario a la Sentencia de 19 de mayo de 1989", *CCJC*, 20, págs. 571 y sigs.; "La Ley sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos y su registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer (notas a la Sentencia de 17 de junio de 1970)", págs. 240 y sigs.

(2) En tal sentido, CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, II-1, 10.ª ed., Madrid, 1971, pág. 57; ALBALADEJO: *Derecho civil III*, vol. I, Barcelona, 1974, pág. 26.

(3) DÍEZ PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, pág. 61; *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1986, págs. 82-88; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, págs. 21-23; ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, t. III, Barcelona, 1979, pág. 670; CHICO ORTIZ: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1981, pág. 454. Sobre esta materia a propósito del Derecho Navarro, SANCHO REBULLIDA reconoce que "el Código Civil sigue el sistema de *numerus clausus* en cuanto a la imposibilidad de crear nuevos tipos, figuras estructuralmente distintas a las reguladas en la Ley; y el sistema de *numerus apertus* en cuanto a la posibilidad de modificar negocialmente el contenido normal y ordinario de cada una de las figuras legales" ("El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra", *ADC*, 1974, pág. 67).

(4) Es éste el criterio seguido por la jurisprudencia registral. Cfr. RR. 11 de abril de 1930, 27 de octubre de 1947, 20 de noviembre de 1986, 1 de mayo de 1981.

(5) Idea formulada por DEKKERS que DÍEZ PICAZO hace suya en *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1977, págs. 61-62. Aunque por lo menos respecto al pacto de reserva de dominio que se concluye en las compraventas de bienes muebles a plazo, por el que se intenta garantizar el pago del precio, como recuerda MESSINEO (*Manuale di Diritto civile e commerciale*, vol. II-1, 8.ª ed., 1952, págs. 417 y sigs.), los límites que se pretenden aplicar a la libre creación de los derechos reales operan respecto a la libertad privada y no frente al legislador quien tiene plena potestad de creación.

Idea que BERCOVITZ parece asumir al plantearse como punto de partida de su tesis el hecho contrastado de que la prenda puede cubrir los supuestos, contenido y funciones desempeñadas por el pacto de reserva de dominio; llegando indefectiblemente a la conclusión de la innecesaria configuración de nuevos derechos reales, razón sobre la que se apoya a la hora de afirmar que la reserva de dominio no puede ser estructurada como una figura autónoma, independiente, y distinta de la de prenda (6).

Ahora bien, el tema creemos que no debe circunscribirse al ámbito de la creación de los derechos reales (art. 2.º LH y 7.º RH), puesto que la forma externa que la figura objeto de examen adopta es de un pacto que condiciona un efecto de carácter real, la transmisión del dominio. Y dejando al margen su carácter suspensivo o resolutorio, indiscutiblemente esta materia en Derecho inmobiliario tiene un tratamiento específico el fijado en los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario; motivo que ha llevado a algún insigne hipotecarista (7) a sostener, a pesar de su acercamiento a la idea de una lista cerrada, que cuando se traten de permitir el acceso registral a pactos, convenciones, o relaciones jurídicas que impliquen carga o gravamen, y aun cuando no atribuyan al favorecido ningún derecho real, pueden tener su entrada como tales cargas o gravámenes, puesto que éste es un campo distinto al de los mencionados derechos.

El problema, en suma, de la naturaleza jurídica última de este pacto no es tanto el de su configuración independiente y plena como un tipo de derecho real, en sentido estricto, cuanto el de su función; idea que queda confirmada, como veremos posteriormente, por la postura de la jurisprudencia al negar que el traspaso de un bien gravado con tal cláusula implique para el *accipiens* la misma carga que afectaba al *tradens* (8).

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PACTO

No se nos oculta que cuando un sujeto estipula un pacto de las características que estamos examinando la intención que le anima es la de garantizar su posición, y obtener efectivamente la consumación del contrato. Se intenta coacer el cumplimiento a través del efecto psicológico irrogado al deudor, bien con la no consecución del dominio del objeto que

(6) BERCOVITZ R.. *La cláusula de reserva de dominio*, 1971, págs. 46 y sigs.

(7) ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, vol. III, Barcelona, 1979, pág. 670.

(8) Sentencia de 20 de noviembre de 1974.

ansía, o bien con la pérdida de esa titularidad, según la postura que se adopte sobre la materia.

Su empleo resulta frecuente en el negocio jurídico de compraventa cuando media precio aplazado, sobre todo si tiene por objeto bienes de carácter mueble. La jurisprudencia fue constante sobre esta materia, y admitió la inclusión del pacto en este tipo de contratos desde tempranos tiempos (Sentencias 16 de febrero de 1894, 6 de marzo de 1906, 1 de diciembre de 1909, 13 de diciembre de 1911, 6 de febrero de 1929, 20 de marzo de 1930). Por ello no es extraño que el legislador lo consagrara en la Ley de 17 de julio de 1965 (arts. 4.º y 6.º-12), dado que curiosamente las decisiones más significativas del Supremo hasta ese momento (incluida la famosa Sentencia de 10 junio 1958) tratan sobre compraventas que podrían haber sido subsumidas en alguno de los casos contemplados en la Ley (9). Igualmente cabe su conclusión al amparo del artículo 1.255 del Código Civil en el caso de compraventa de bienes inmuebles (art. 23 LH) (10).

Respecto a la utilización del pacto en este último tipo de negocios se había dicho que estaba abocada a un futuro incierto, y se auguraba su desuso si el vendedor podía proteger sus intereses con una garantía más

(9) El artículo 2.º de la Ley de Ventas a Plazos de 1965 establece: "Por venta a plazos se entenderá, a efectos de esta Ley, el contrato mediante el cual el vendedor entrega al comprador una cosa mueble corporal y recibe de éste, en el mismo momento, una parte del precio con la obligación de pagar el resto diferido en un período de tiempo superior a tres meses y en una serie de plazos que se determinarán en la forma que dispone el artículo 20. También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos y contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos"; fijándonos en el artículo 4.º, "Quedan excluidas de la presente Ley: 1. Las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinen a la reventa al público, y los préstamos cuya finalidad sea financiar tales operaciones. 2. Las ventas y préstamos ocasionales efectuadas sin finalidad de lucro. 3. Las ventas y préstamos cuyo importe sea inferior o superior a la cantidad que se determine por el Gobierno. 4. Los préstamos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento. 5. Las operaciones de comercio exterior".

(10) Cfr. OERMANN: "La reserva de dominio en la compraventa (*Pactum reservati domini*)", *RDP*, 1930, pág. 258; POMPEYO CLARET: "El contrato de compraventa con reserva de dominio según la legislación y la jurisprudencia española", *RGLJ*, 1930, págs. 616 a 620, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, notas al Derecho de obligaciones de Enencerus-Lehmann, t. II, vol. II del *Tratado de Derecho civil*, de Enencerus, Kipp y Wolff, Barcelona, 1935, pág. 105; BLANCO: "Venta con reserva de dominio", *RDP*, 1947, págs. 434-436; BERCOVITZ R.: *La cláusula de reserva de dominio. Estudios sobre su naturaleza jurídica en las compraventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971, págs. 122-123; especialmente AMORÓS GUARDIOLA "El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles", *RCDI*, 1972, págs. 9-41; CASAS VALLÉS: "La reserva de dominio en la venta de inmuebles", *RJC*, 1986, núm. 3, págs. 605-648; DE LOS MOZOS: "Acceso diferido a la propiedad de la vivienda", *RCDI*, 1969, págs. 963-983.

sólida como era la hipoteca (11) (máxime después de la entrada en vigor de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 1954). Sin embargo, tales auspicios no han acontecido, por lo menos en las cuotas previstas (12). La razón, a pesar de las opiniones contrarias, es obvia, el papel y contenido que uno y otro tipo de garantía desempeñan no es susceptible de una equiparación plena. Así, mientras el vendedor, mediante la hipoteca, se asegura de forma directa el pago del precio mediante la realización del valor, quien se protege con el pacto de reserva de dominio logra que se consume el contrato por una vía compulsiva indirecta, la amenaza de no adquirir la propiedad; puesto que parece de difícil aplicación la tesis de la naturaleza prendaria o hipotecaria referida a los bienes inmuebles al carecerse de disposiciones positivas semejantes a las contenidas en los artículos 19 y 23 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos (13).

No fueron éstas las únicas objeciones que se formularon a la mencionada figura en la compraventa de bienes inmuebles. La falta de su expresa mención en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario indujo a que se plantease su inadmisibilidad registral (14), cuestión que fue contestada, ya que el camino resulta claramente expedito en el Registro, según el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, para las transmisiones condicionales (15). Aunque la escasez de jurisprudencia sobre esta materia ha llevado a una cierta inseguridad a la hora de observar el desarrollo de la reserva de dominio, si bien esas resoluciones son de una trascendencia capital y nos pueden ayudar a entender este fenómeno en el ámbito contractual. Por lo pronto se debe admitir respecto a esos bienes, conforme al régimen registral general de las condiciones, ya sean éstas suspensivas o resolutorias, que coexisten dos titularidades: la registral y la expectante, a las que se ha de prestar protección (16).

Y las compraventas de bienes muebles no sometidas a la Ley ¿son

(11) CANDIL. "*Pactum reservati domini*", Madrid, 1925, pág. 168, OERTMANN, *op. cit.*, pág. 258.

(12) CASAS VALLÉS: "La reserva de dominio en la venta de inmuebles", *RJC*, 1986, 3, págs. 609-610.

(13) BERCOVITZ R.: *La cláusula*, cit., pág. 72, se decanta por la idea contraria; idem en "Las ventas a plazos de bienes muebles", *ADC*, págs. 133 y sigs.

(14) Cfr. Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1986, pág. 667; MONTES: "Artículo 1.113 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidas por Albaladejo, Madrid, 1989, págs. 1030 y sigs.

(15) BLANCO, *op. cit.*, págs. 434-436; CLARET, *op. cit.*, págs. 616-620; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *op. cit.*, pág. 105; AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, págs. 14-17 y 35.

(16) ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, t. II, Barcelona, 1979, págs. 750-751, CHICO ORTIZ: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1981, pág. 454.

susceptibles de garantizar con el pacto de reserva de dominio? Si ello es así, entonces, ¿qué trascendencia debería darse a la cláusula? El principio de libertad de pacto (art. 1.255 CC) indudablemente permite tal posibilidad, no en vano la jurisprudencia, como veremos más adelante, ha considerado que el mismo es lícito y no se opone ni a la ley, ni a la moral, ni al orden público. Ahora bien, que el mismo sea lícito no implica que se le dispense un trato semejante al de las compraventas de bienes muebles sometidos a la Ley. La razón estriba en la necesidad de una publicidad suficiente para que el pacto pueda ser conocido por posteriores adquirentes del bien, que, según el sistema de la Ley de Venta a Plazos, deviene con la inscripción en el Registro especial creado al efecto (17). Según lo expuesto, tal cláusula podría ligar a las partes, pero no trascendería esa vinculación de la relación interna si los objetos sobre los que recae no son susceptibles de inscripción (18). Sin embargo, temprana jurisprudencia (Sentencia 16 de febrero de 1894), cuando aún no existían medios de publicidad adecuada, como es la registral, aceptó que esa situación especial entre comprador y vendedor pudiera afectar a terceros, si constaba la misma por escrito, con fecha cierta anterior a su ejecución. Esos principios acuñados, tras la sanción legislativa del pacto, ya que no inciden sobre los bienes sometidos a la Ley, podría pensarse que no tiene porqué caer en desuso, según ha apuntado algún autor; tales reservas de dominio estarán dotadas de eficacia plena si observan los requisitos exigidos por la jurisprudencia (19), filosofía que se plasma en la Ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra, y así parece aceptarse por el Supremo en la Sentencia de 26 de marzo de 1984 respecto a las compras de bienes muebles a plazos en los que no haya mediado desembolso inicial a cuenta del precio, hecho que conllevaba la exclusión e inaplicabilidad de la Ley. Aunque BERCOVITZ no comparte en absoluto semejante solución por entender que la misma implica una clara infracción del principio de publicidad (20).

(17) En tal sentido Díez PICAZO, *op. cit.*, pág. 664.

(18) Esta es la opinión de BERCOVITZ R.: *La cláusula...*, cit. págs. 64-72.

(19) Este es el criterio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988, págs. 137-138.

(20) BERCOVITZ R.: "Comentario a la Sentencia de 26 de marzo de 1984", *CCJC*, núm. 5, págs. 1545-1548, dirá que: "De la misma forma que a nadie extraña que no se puedan constituir hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento al margen de la Ley especial que las regula, a nadie debería sorprender tampoco que no se pueda constituir una reserva de dominio con eficacia real sobre bienes muebles al margen de la Ley de Ventas a Plazos. El problema puede encontrarse ahora en la necesidad de ampliar el ámbito de las dos Leyes especiales que he mencionado, pero no en aceptar la existencia, totalmente anómala, de derechos reales de garantía similares sin una cobertura de publicidad frente a terceros".

4. APROXIMACIONES A SU NATURALEZA

Sin entrar en una dinámica en la que se pretenda cerrar esta cuestión de manera definitiva, ya que nuestro objetivo es el análisis del soporte jurídico de la postura seguida tan tempranamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y teniendo en cuenta las variaciones que la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos introdujo con la formulación de los artículos 19 y 23, debemos referirnos aquí a las dos grandes construcciones. Explicaciones que sin restar su mérito han sido, sin embargo, polarizadas sobre las compraventas de bienes muebles sujetas a la Ley, olvidando las otras modalidades.

Así, de un lado, tenemos quienes asumen el criterio ya clásico, acuñado por la jurisprudencia, que entiende que la cláusula de reserva de dominio posee una naturaleza de condición suspensiva (21), y, de otro, los que proponen que tal pacto sea asimilado a una garantía real semejante a la prenda sin desplazamiento (22). La base de esta segunda tesis vino dada por la Ley de Venta a Plazos al fijar —art. 19 de la Ley—, como complemento de la garantía del pacto, la posibilidad de realización del bien sujeto a garantía en condiciones semejantes a las de los acreedores preferentes y privilegiados de los artículos 1.922.2 y 1.926.1 del Código Civil. El pacto operaría así mediante condición resolutoria, ya que el comprador adquiere la propiedad gravada inicialmente, y una vez incumplida la condición —pago del precio— se desata para el vendedor (acreedor prendario), titular de ese derecho, la posibilidad de ejecutar el bien. Por otra parte, la prohibición del pacto comisorio fijada en nuestro ordenamiento queda respetada, puesto que el incumplimiento del pacto no determina la reversión de la propiedad en favor del vendedor, sino únicamente la facultad de transformar el objeto en su precio. Y la falta de desplazamiento de la posesión a favor del acreedor vendría sustituida, como efectivamente previó el legislador, a través de una publicidad suficiente derivada de una

(21) Idea que sostendrá Cabanillas Gallas, en su “Defensa en Cortes del proyecto de la Ley de venta de bienes muebles a plazos, presentado por el Ministerio de Justicia”, *RCDI*, 1965, págs. 1139-1152; así como ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, págs. 363 y sigs.; TORRES LANA: “Notas críticas a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos”, *RDP*, 1975, págs. 603; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 100 y sigs.; AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, págs. 27 y sigs., por lo menos respecto al pacto que recaiga sobre bienes inmuebles; OERTMANN, *op. cit.*, páginas 262 y sigs.

(22) Su máximo exponente y elaborador BERCOVITZ R., *La cláusula...*, cit., págs. 14 y sigs.; BALDO: *Régimen jurídico de las ventas a plazos*, Madrid, 1974, págs. 188-200; AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, pág. 33, respecto a la compraventa de bienes muebles a plazos sujetos a la Ley.

inscripción en el Registro *ad hoc* (23). La argumentación es impecable respecto a los bienes muebles sometidos a la Ley, pero ¿y si tal pacto se incluyese en contratos de compraventa susceptibles de sometimiento a la Ley pero excluido por la voluntad de las partes (24), o bien en los recaídos sobre bienes inmuebles? ¿Variaría entonces la naturaleza del pacto de reserva de dominio? ¿Corresponderá éste a una naturaleza distinta en tales casos? (25). El tema se ha dejado abierto y sin una solución argumental suficiente (26).

No cabe duda que el punto más sólido de la teoría prendaria, por lo menos respecto al ámbito de la Ley, es el hecho de las facultades concedidas al vendedor en los artículos 19 y 23, pues malamente se cohonestan los citados preceptos con una situación en la que éste (beneficiado con la posibilidad de venta del bien) sigue siendo propietario, si bien suspensivamente, hasta que acontezca el evento del pago o cumplimiento del precio íntegro (27); aunque la mencionada posibilidad al ser recogido expresamente en la Ley, en una normativa de carácter específico, difícilmente podrá considerarse de aplicación analógica al resto de contratos no incluidos en el artículo 2.º, y sin la oportuna inscripción registral (28). Razón por la cual se ha objetado que a pesar de que a la compraventa de bienes muebles a plazos sujetos a la Ley, desde luego se le ha querido dotar de las mismas ventajas que a las que se garantizan con prenda, ello no prejuzga y, en consecuencia, excluye otros efectos inherentes a la titularidad dominical del vendedor. Se establece así una especie de garantías accesorias al pacto de reserva de dominio, que no afectan de una forma radical, desnaturalizando, a la cláusula objeto de examen (29).

(23) BERCOVITZ R.: *La cláusula...*, cit., págs. 43 y sigs.

(24) Señala BERCOVITZ R.: "Las ventas a plazos de bienes muebles", *ADC*, 1966, pág. 143, que la Ley de 17 de junio de 1965 vino a ocupar el vacío legal existente sobre la materia de compraventa de bienes muebles a plazos y su financiación, pero no imperativamente, sino con carácter dispositivo; se limitó a ofrecer un cauce jurídico a las operaciones de compraventa a plazos y de su financiación. En sentido contrario, se decanta con ciertas matizaciones TORRES LANA: "Notas críticas a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos", *RDP*, 1975, págs. 605-608.

(25) Respecto a esta cuestión, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 107, señala lo peligroso, por equivoco, que resulta llamar con el mismo nombre —pacto de reserva de dominio— a dos realidades jurídicas de contenidos y eficacia distintos, según estén o no sometidos a la Ley de Ventas a Plazos.

(26) Ha de tenerse en cuenta que en la propia exposición de motivos de la Ley de Ventas a Plazos se menciona expresamente que se excluye de su ámbito a los bienes inmuebles por cuanto éstos resultan suficientemente garantizados a través de la hipoteca.

(27) BERCOVITZ R.: *La cláusula...*, cit., pág. 97

(28) BERCOVITZ R.: *La cláusula...*, cit., págs. 63-64 y 122-123.

(29) Esta es la opinión de ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 368. Idea que asimismo subyace en la exposición de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 100-108.

El tradicional y manido argumento de la libertad de pactos (art. 1.255 CC) es, sin embargo, el principal valedor frente al intento de encorsetar, no sin esfuerzo, a esta figura en estructuras que le son extrañas; y ello a pesar de que se diga que este principio no puede ser aplicable a otro campo que no sea el suyo, el de los derechos personales.

Desde luego, la seguridad del tráfico jurídico exige el establecimiento de ciertas precauciones si se pretende lograr una eficacia jurídica real, pero se quiera o no, nuestro ordenamiento admite formalmente la posibilidad de creación, aunque sea limitada, de nuevos derechos reales. Pero, además, cabe observar que el pacto de reserva de dominio, dentro de su ámbito funcional no opera como un derecho real típico, de forma que la enajenación de la cosa implique automáticamente la transmisión de tal situación reservada, como veremos más adelante, porque, en definitiva, se trata de una cláusula que vincula a unos sujetos concretos a pesar de que incida sobre un derecho real de propiedad (30). Cuestión avalada por las consecuencias que frente a terceros conlleva el pacto, que vendrán dadas por la insusceptibilidad de embargo por un tercero del bien hasta que no se consolide la situación del comprador, si cumple la condición, o del vendedor, si se infringe. El papel desempeñado por la reserva como garantía recae, en suma, no tanto sobre la satisfacción del crédito, cuanto sobre la tutela de la posición del vendedor respecto a los acreedores del comprador, y del comprador frente a los acreedores del vendedor, criterio aceptado por la jurisprudencia en la Sentencia de 19 de mayo de 1989, y que nos induce a reconsiderar hasta qué punto es válida la aseveración formulada de que este pacto supone una medida que beneficia de manera desproporcionada y abusiva al vendedor por emplear un medio técnico tan drástico en relación al fin perseguido, la garantía del precio aplazado.

En este esfuerzo de búsqueda de la naturaleza última del pacto ha habido también quien ha querido ver en él un tipo de condición resolutoria. Esta tesis se basa en la idea de que el único contenido del pacto es el de resolver *erga omnes* la transmisión del bien sujeto a tal cláusula, para ello se toma como base la dinámica que el pacto despliega en las compraventas de bienes inmuebles (31). Se identifica la condición resolutoria expresa con la reserva de dominio porque se entiende que si el comprador

(30) BERCOVITZ R : *La cláusula*., cit., pág. 66, critica la postura de la jurisprudencia que entendió que la cláusula de reserva de dominio no constituía propiamente un nuevo derecho real, sino una propiedad limitada por condición suspensiva. Observa que "no deja de resultar extraño cómo se puede llegar a ver el derecho del artículo 348 del Código Civil en la posición del-vendedor, cuyo único poder sobre la cosa consiste en recuperarla en caso de incumplimiento del comprador".

(31) CASAS VALLÉS, *op. cit.*, págs. 641-642; DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, pág. 667.

no entrega el precio íntegro como único efecto de la cláusula se produce la consolidación de la propiedad del vendedor, al igual que en la condición resolutoria. El problema de la citada explicación estriba en que sería preciso, para que tal aseveración pudiera tener una contundencia meridiana, el incumplimiento del pago por parte del comprador. Evidentemente si éste incumple puede pedir la resolución del negocio, pero no por mediar pacto, sino por el desarrollo ordinario del derecho de obligaciones que permite, conforme al artículo 1.124 del Código Civil, exigir, si existe una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, la resolución del contrato. De hecho, cabría una idéntica solución en este caso aunque no hubiese sido establecida reserva alguna de propiedad. Lo defectuoso de tal construcción se observa aún con mayor nitidez cuando se afirma que el titular de la reserva, vendedor, actúa siempre sobre la base del incumplimiento del comprador, lo que implicaría que si el mismo cumple puntualmente con sus obligaciones no podría ejercitarse acción alguna en defensa de sus intereses futuros frente al embargo efectuado por los acreedores de aquél. Cuestión que se intenta salvar mediante la aplicación del artículo 1.129 del Código Civil, por el que vencería el plazo inmediatamente, y de no pagarse la deuda daría base suficiente para la configuración del incumplimiento. Pero, y si la única pretensión del vendedor es que se levante la traba del embargo, en modo alguno resolver el contrato, ¿se debe entender que tal consecuencia le ha de ser impuesta? Desde luego el efecto resolutorio se adjudicará necesariamente al pacto si se considera que la tercería de dominio posee un claro contenido reivindicatorio, ya que entonces el mencionado instrumento no puede tener como único corolario el levantamiento de la traba de embargo, sino además la resolución negocial, por no ser el vendedor en ese momento propietario. Ahora bien, la circunstancia reiteradamente reconocida por la jurisprudencia, como veremos más adelante, de que a la tercería de dominio se la considera como un medio que tiene por objeto liberar del embargo, a un concreto bien, sin que ello prejuzgue una situación real de propiedad, desbarata la construcción (32).

La teoría que la jurisprudencia ha mantenido de manera constante, así

(32) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pág. 286, señala respecto a la tercería de dominio que "la acción que el tercerista dirige frente al acreedor ejecutante es, desde luego, una acción mero-declarativa. Frente al ejecutante, el tercerista sólo pretende una declaración de titularidad suficiente para destruir la presunción de titularidad que permitió el embargo. Y tampoco podría, aunque quisiera, solicitar el acreedor cosa distinta". Añade además que "esta acción mero declarativa no debe confundirse con la llamada "acción declarativa del dominio". La razón es que la tercería, a pesar de que se llame también de dominio, puede tener por objeto bienes que en ningún caso pueden ser objeto de la acción que en ningún de dominio (v gr., créditos, sueldos, dinero, etc.)"

como un sector de la doctrina (33), es la que atribuye al pacto naturaleza de condición suspensiva. Los argumentos que la confirman han sido expuestos al hilo de las reflexiones anteriores. De un lado, el principio de libertad contractual (art. 1.255 CC), aunque controvertido, no se puede desconocer; si las partes quieren establecer este pacto, fijando que el vendedor se reserva la propiedad, en aras de qué se va alterar esta voluntad si no es atentatoria (como así se reconoció por las decisiones del Supremo) ni contra la ley, la moral o el orden público, en otro caso no dudamos que los contratantes se hubiesen asegurado de garantizar de otra forma sus intereses. Las instituciones están al servicio de los sujetos y no al revés, obviedad que a veces el exceso de dogmatismo difumina. Muy clarificadoras son las palabras que Cabanillas pronunció en el Congreso, al presentar la Ley de Venta a Plazos, para comprender esta postura. Así dirá: “Como es de todos sabido, esta institución, de origen romano o ya medieval, es el medio jurídico tradicional de garantía de las ventas a plazos. Consiste en un pacto por virtud del cual no se entiende adquirida la propiedad de la cosa comprada a plazos hasta el pago total del precio. La doctrina discute desde su admisión hasta su naturaleza jurídica, pero podemos estimar como posición dominante (p. ej., el art. 455 del Código alemán) que se trata de una condición suspensiva que afecta no al negocio, sino a la simple transmisión de la propiedad”. Es de todo punto significativo además que la configuración dada en la Ley 483 (34) del Fuero de Navarra sea precisamente ésta; y a pesar de que tal texto sólo rige en el Derecho Navarro y para Navarra, no se puede desconocer que el mismo integra también nuestro ordenamiento jurídico (35).

(33) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 363, TORRES LANA, *op. cit.*, págs. 631 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 100 y sigs.; AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, págs. 26 y sigs., respecto a los bienes inmuebles; CABANILLAS GALLAS, *op. cit.*, págs. 1150 y sigs.; CANDIL, *op. cit.*, pág. 168.

(34) Ley 483: “Por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquélla; el vendedor, por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa. Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro Registro, todo acto de disposición de la cosa por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador.

(35) Ha de tenerse en cuenta asimismo la existencia de un proyecto de convención europea sobre la reserva de dominio simple, en el que se regula este pacto para aquellas ventas que tengan un elemento internacional. Entre las características más significativas del mismo se pueden destacar la efectividad de los pactos, así se señala en el artículo 8.º que “la cláusula de reserva de dominio produce sus efectos incluso si no ha sido registrada o no ha sido objeto de otra forma de publicidad”, lo que evidentemente choca con

En otro orden de razones ha de destacarse asimismo el argumento que reconoce que la cláusula de reserva de dominio actúa condicionando suspensivamente la transmisión de la propiedad (36), porque ayuda a que se potencie la interrelación existente entre la obligación de pago del precio y la de entrega de la cosa, a fin de que se obtenga la plena consumación del contrato (37).

5. LA FUNCIÓN DESPLEGADA POR EL PACTO

El papel que la reserva de dominio desempeña en el contrato de compraventa deviene de la necesidad de establecer un equilibrio de posiciones entre el vendedor y el comprador. En la compraventa, en general, la paridad de situaciones se observa en la satisfacción que experimenta el comprador al lograr el bien y adquirir su dominio, y el vendedor al cobrar el precio íntegro. Ahora bien, si el precio se va pagando fraccionadamente, nace la duda ineludible de si tal cumplimiento se llegará a producir; a lo expuesto ha de añadirse el efecto negativo que le reporta al vendedor no disponer inmediatamente, o en fecha concreta, del precio total con el que podría invertir y negociar. La posición del comprador, sin embargo, parece favorecida al disfrutar de un bien sin desembolsar inmediatamente todo su valor pecuniario, jugando a su favor la depreciación del dinero. El desequilibrio descrito se atempera mediante el recargo en el precio de la cosa, y a través de las garantías que permiten prevenir el incumplimiento, como es la reserva de dominio del vendedor sobre el bien objeto del negocio (38). La función indiscutida de la cláusula es, en suma, de garantía.

la regulación de nuestra Ley de Ventas a Plazos. Pero es que, además, las consecuencias que el incumplimiento del pago que se anejan para el comprador se limitan a lo dispuesto en su artículo 5.º-2: "Si el derecho del Estado en el que se encuentran los bienes requiere la resolución del contrato antes de invocar la cláusula de reserva de dominio, la demanda de recuperación de los bienes será considerada como significativa de la resolución del contrato"; artículo 5.º-3: "El derecho del vendedor a recuperar los bienes subsiste incluso si se ha iniciado contra el comprador un procedimiento de ejecución individual o de quiebra, de concordato preventivo u otro análogo", artículo 7.º: "Cuando los bienes se encuentren en manos de un tercero sin la autorización del vendedor, éste tiene el derecho de recuperarlos si resulta que el tercero sabía o debía haber sabido que había adquirido los bienes de una persona que no tenía el derecho de transmitirlos". Desde esta perspectiva legislativa resulta, por lo menos para el ámbito de la misma, difícil de sostener la tesis de BERCOVITZ R.; Cfr. DE ÁNGEL: "El proyecto de convención europea sobre la reserva de dominio simple", *RCDI*, 1983, págs. 561 y sigs.

(36) Respecto a esta cuestión, MONTÉS, *op. cit.*, págs. 1017-1018 se planteó si este pacto podría ser considerado como verdadera condición, y atribuirle los efectos propios, en tanto coincide con una obligación típica y esencial del negocio de compraventa.

(37) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 368-373.

(38) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 100.

Ahora bien, esta papel, desempeñado por otras figuras, se desarrolla diferentemente según se observe en la relación inter-partes (vendedor-acreedor), o frente a terceros, como veremos más adelante.

La naturaleza atribuida a la cláusula influye decisivamente sobre este tema. Así, si se sigue la teoría prendaria, parece que la garantía se limita a asegurar la posición del vendedor, quien está facultado no ya para lograr el rescate de la cosa, en caso de incumplimiento o traba de embargo por tercero, sino para efectuar la ejecución del bien. Pero ¿y si el comprador cumple convenientemente y son los acreedores del vendedor quienes instan el embargo del mismo?, ¿qué medios de defensa se le proporcionarán al acreedor? En congruencia con su concepción, dado que consideran que el comprador adquiere la cualidad de propietario condicionado resolutivamente, cabe adelantar que tales medios son los que corresponden al *dominus*, acción reivindicatoria respecto al vendedor, y tercería de dominio si la inmisión se plantea por los acreedores del comprador. En el fondo de lo expuesto brota una idea, que, según la doctrina procesalista, resulta falaz: la naturaleza de la tercería de dominio corresponde en esencia a la de una acción reivindicatoria. Cabe además aducir otra objeción: la utilización de medios diferentes para posiciones semejantes. Subyace de esta manera una errónea configuración de la garantía prestada con la cláusula de reserva de dominio, puesto que se asegura la posición global entre el vendedor y comprador, ya no sólo respecto a su situación interna, sino también externa (39).

6. EFECTOS DEL PACTO

A. Fiscales

Una de las razones que se han aducido como posibles explicaciones para la pervivencia y utilización del pacto de reserva de dominio, sobre todo en materia de inmuebles, a pesar de los augurios negativos que se le vaticinaron después de la aprobación de la Ley sobre hipoteca inmobiliaria y prenda sin desplazamiento, son las ventajas fiscales de ésta frente a otro tipo de garantías (40). Motivo criticado (41), pero de indudable interés, pues en muchas ocasiones son razones de carácter crematístico las que

(39) TORRES LANA, *op. cit.*, pág. 631; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 100 y sigs.

(40) AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, pág. 16, núm. 11, y págs. 30 y sigs.

(41) CASAS VALLÉS, *op. cit.*, pág. 613, núm. 10.

modalizan y terminan por configurar realidades jurídicas. Las ventajas aún hoy apreciables cuando se concluya un negocio de compraventa entre particulares, y no esté sujeto tal acto, por lo tanto, ni al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) ni al Impuesto del Tráfico de Empresas (ITE) —subsistente por poco tiempo para Canarias— consiste, según el artículo 2.º-2 del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), en que el devengo del impuesto de una transmisión sometida a condición suspensiva se generará al momento de cumplirse la condición, en el tiempo en que se consume el negocio; mientras que en las resolutorias el devengo acontecerá inmediatamente como consecuencia de la *traditio*. Así se señala en el artículo 7.º-3 del ITPAJD, que tanto la hipoteca como la condición resolutoria explícita están sujetas a tributación, gravándose, en suma, un tanto el acto negocial como la garantía de éste. La ventaja de establecer este tipo de cláusula es evidente, si se tiene en cuenta además que el cumplimiento de la condición resolutoria determina la resolución del negocio sin que nazca un derecho de devolución impositiva al no mantenerse los efectos negociales perseguidos, como se encarga de aclarar el artículo 60-4 del ITPAJD al fijar que el derecho de devolución del impuesto satisfecho no procederá cuando la resolución del negocio garantizado opere por incumplimiento de las obligaciones de los contratantes fiscalmente sujetos al pago del impuesto. De esta forma si la compraventa se garantiza con un pacto de reserva de dominio el devengo surgirá cuando se entregue todo el importe correspondiente. Sólo se tributa por el acto negocial de compraventa, y además si ésta no se consuma, no habiéndose satisfecho aún cantidad alguna, tampoco sufrirá el comprador su pérdida.

Ahora bien, si el marco negocial de la compraventa es el de la actividad empresarial, como acontece en la mayor parte de las ocasiones, las reglas que rigen son otras, corresponden a la nueva regulación establecida en la Ley del Impuesto del Valor añadido de 2 de agosto de 1984 (art. 14.1) y su Reglamento de 30 de octubre de 1985, que en su artículo 23 (quizá por zanjar las controversias que pudieran suscitarse sobre este tema) señala que el devengo del impuesto es general “en las entregas de bienes, cuando los mismos se pongan en poder y posesión del adquirente, o bien cuando se efectúan conforme a la legislación que les sea aplicable. Tratándose de entrega de bienes que consisten en transmisiones del poder de disposición sobre bienes corporales, si los bienes se ponen en posesión del adquirente antes de que se produzcan los efectos translativos de la entrega, el impuesto se devengará en el momento en que tengan lugar dichos efectos. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, en las entregas de bienes efectuadas en virtud de contratos de venta a plazos con pacto de reserva de dominio (...), se devengará el impuesto cuando los bienes que constitu-

yen su objeto se pongan en posesión del adquirente" (42). De lo dicho se deduce que el legislador, por una parte, reconoce que la transmisión del dominio en la compraventa garantizada con tal pacto se difiere a un momento posterior, y, por otra, para evitar que por ese motivo no se tribute, que el devengo del impuesto nacerá desde que se obtiene la posesión de la cosa (art. 15 LIVA, art. 23 RIVA y art. 10 de la Sexta Directiva). Consecuencia inmediata es el reconocimiento del pacto como garantía, y por eso aunque no se establezca ninguna tributación complementaria por él, ésta se obtendrá indirectamente si la condición se incumple al no poderse recuperar lo ya pagado por el impuesto (Cfr. arts. 48, 49 y 50 LIVA y art. 84 RIVA) (43).

B. *Frente a terceros. La tercería de dominio*

Vimos que la jurisprudencia, ya antes incluso de que hubiese referencia legislativa de la aceptación de este pacto, consideró que el mismo era posible y lícito (Sentencia 16 de febrero de 1894). Se entendía que aquél cabía en aras de la libertad concedida en el artículo 1.255 del Código Civil. El problema, curiosamente, que produjo tal pronunciamiento, obedecía, sin embargo, no a un quebrantamiento de la relación interna de las obligaciones del comprador, sino a la incursión de sus acreedores en el patrimonio de éste; quienes, a fin de satisfacer sus deudas pendientes, embargaron los bienes sometidos a pacto. Se concedió al vendedor en aquél entonces la posibilidad de ejercitar la tercería de dominio, y efectuar el rescate de las cosas; con lo que la cláusula rebasó los muros de la relación contractual, afectando a terceros que por supuesto no tenían por qué conocerla, en tanto la publicidad en aquel entonces de ese evento era bastante endeble, al no existir Registro público de bienes muebles vendidos a plazos. Decisión que BERCOVITZ calificó, cuanto menos, de peligrosa, ya que el juzgador, al permitir la efectividad de tal pacto frente a terceros, indujo a

(42) CLAVIJO HERNÁNDEZ y OTROS, *Curso de Derecho tributario. Parte especial. Sistema tributario. Los tributos particulares*, 6.ª ed., Madrid, 1989, pág. 595.

(43) Debe tenerse presente que la Ley 41/1980, de 5 de julio, de medidas urgentes de apoyo a la vivienda, en su artículo 4.º, estableció que "las condiciones resolutorias explícitas de las compraventas a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria y que garanticen el pago del precio aplazado en las transmisiones empresariales de bienes inmuebles sujetas al Impuesto General sobre Tráfico de las Empresas no tributarán ni en este Impuesto ni en el de Transmisiones Patrimoniales, tanto en su constitución como en su cancelación. El mismo régimen se aplicará a la constitución y extinción de las hipotecas que, a partir de la citada fecha, garanticen el precio aplazado en las transmisiones empresariales de bienes inmuebles constituidas sobre los mismos bienes transmitidos".

que se desdibujasen los perfiles de los derechos real y personal, creando a la vez una situación de inseguridad jurídica por incidir sobre personas que no conocían tales pactos; y, en suma, permitiéndose la constitución de un tipo de derecho real sin las garantías precisas para el mismo. Desde un punto de vista sustantivo la argumentación del Profesor es de una rotunda certeza, pero veamos el aspecto tuitivo de la cuestión, esto es, de los medios de defensa procesal concedidos a la situación que media entre el comprador y vendedor, y qué requisitos se precisan.

Toda efectividad de la cláusula respecto a las personas ajenas a la relación contractual descansa en la posibilidad de rescate ya por parte del vendedor, así como del comprador, de las trabas realizadas por los terceros (acreedores de uno y otro). El instrumento de defensa para la obtención de tal fin, reconocido por la jurisprudencia y la doctrina que se adscribe al criterio de la naturaleza suspensiva del pacto, es el de tercería de dominio, ya se traten de negocios sujetos a la Ley de Ventas a Plazos, como para el resto. Por ello debemos precisar cuál es el papel y contenido de dicha acción.

La doctrina procesalista reconoce que la tercería de dominio constituye un expediente procesal complejo que el ordenamiento pone a disposición de determinadas personas con la finalidad de subvenir a una necesidad de tutela jurídica muy concreta: que se declare la improcedencia de la traba recaída sobre determinado bien, precisamente porque no pertenece al ejecutado. Se la distingue de la reivindicatoria, acción por la que el propietario no poseedor reclama la restitución de un bien al poseedor no propietario, en que: *a)* la tercería de dominio debe dirigirse frente a quien en ningún caso es poseedor de los bienes embargados; *b)* no se dirige contra el verdadero poseedor, y *c)* es el único medio de que dispone el propietario para solicitar el alzamiento de la traba. Este instrumento se reconoce que podrá ser utilizado siempre que el tercerista pruebe y alegue que él es el titular de los bienes embargados, con un título anterior al momento de la traba; aunque no parece que sea necesario que la titularidad tenga un carácter exclusivo y excluyente, ya que en ocasiones el Tribunal Supremo ha dado curso a tercerías de dominio que se apoyaban en derechos aún no plenamente consolidados (Sentencia de 5 de mayo de 1959) (44) —criterios que han sido confirmados por las Sentencias de 26 de febrero de 1980, 26 de septiembre de 1985, 12 de noviembre de 1987, 25 de octubre de 1988, 12 de febrero de 1988, 2 de octubre de 1985, 11 de abril de 1988 (45).

(44) FERNÁNDEZ LÓPEZ: *El proceso de ejecución*, 1982, Barcelona, págs. 283-290.

(45) La Sentencia que condensa mejor esta doctrina es la de 8 de mayo de 1986 en la que se señala: "La tercería de dominio, como dice la Sentencia de 26 de septiembre de 1985, no es sino una acción declarativa de dominio, con presupuestos y requisitos

Indudablemente este mecanismo, en tanto con el pacto de reserva de dominio se suspende la transmisión de la propiedad de un bien, parece el idóneo, puesto que el fin que se persigue es el levantamiento del embargo (46); así se logra que sea respetada la situación del vendedor, quien retiene una propiedad que no se puede decir que sea exclusiva y excluyente, y la del comprador, todavía no propietario, pero con una legítima expectativa, y titular de un derecho de propiedad que será susceptible de consolidación (47).

Ahora bien, lo expuesto casa perfectamente si el pacto de reserva de dominio se contempla en una compraventa de bienes inmuebles cuyo pacto se haya inscrito —Sentencias de 11 de junio de 1983 y 29 de mayo de 1989—, e incluso para las compraventas de muebles excluidos del marco de la Ley, si se siguen ciertas garantías —Sentencia de 26 de marzo de 1984—; pero si el negocio se desarrolla dentro del marco de la Ley de Venta a Plazos, los efectos especiales descritos para éste en el artículo 19 (48) han llevado a señalar que pueden ser objeto de ejercicio por el

propios, según la mejor doctrina, acogida ya en la Sentencia de 29 de octubre de 1984, que, con antecedente en las de 22 de marzo de 1946 y 30 de enero de 1947, declaró que los créditos, como bienes inmateriales, pueden ser objeto de una tercería de dominio y señaló también las notables diferencias entre las acciones reivindicatoria y de tercería de dominio, alineando las siguientes: a) la acción reivindicatoria se interpone por el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario; mientras que la tercería de dominio puede ejercitarse por el mismo propietario que posee el bien indebidamente tratado; b) la acción reivindicatoria se actúa frente al poseedor o detentador; mientras que la acción de tercería de dominio incluso con el sentido lato que la refiere a derechos inmateriales, se interpone frente al ejecutante que no posee ni detenta y también contra el ejecutado, quien no siempre es poseedor, unidos estos dos últimos en el litis consorcio necesario que resulta del artículo 1.537 LEC; c) finalmente, la acción reivindicatoria pretende la recuperación dominical de la cosa, en tanto que la acción de tercería se dirige al levantamiento del embargo por la cual le conviene el carácter de declarativa de la titularidad sobre el bien o derecho embargado y tiene por objeto el levantamiento de la traba.

(46) CASAS VALLÉS, *op. cit.*, pág. 88, opina, sin embargo, que no se puede limitar el efecto de la tercería de dominio, si se ejercita como consecuencia de una cláusula de reserva de dominio al levantamiento del embargo del bien, sino que ha de solicitarse asimismo la resolución de la compraventa. La razón que esgrime es la de que aquélla posee un claro contenido reivindicatorio, naturaleza que, como hemos señalado, no se aprecia en este tipo de acción, en definitiva y por tanto se puede instar la tercería sin que se produzca a la vez la resolución del contrato si no lo quiere así el vendedor.

(47) OERTMANN, *op. cit.*, pág. 263, haciéndose eco de los postulados de la doctrina alemana, señala que “el comprador, no sólo ha de recibir la posesión de hecho, sino también, frente al vendedor, un derecho a la posesión de la cosa transmitida mientras dure la pendencia de la condición. El vendedor, por tanto, no tiene derecho a reclamar, entre tanto, la posesión, ejercitando la acción reivindicatoria, pues contra esa reivindicación el comprador podría invocar, por vía de excepción, el derecho a la posesión que le concede el pacto de reserva de dominio, artículo 986 del Código Civil alemán”.

(48) Artículo 19 LVP: “El acreedor, para el cobro de los créditos nacidos de contratos inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 23, gozará de la preferencia

vendedor, ya no sólo la tercería de dominio, pues sigue siendo dueño de los bienes (Sentencias de 19 de abril de 1975 y 29 de diciembre de 1974), sino también la tercería de mejor derecho, acumulada eventualmente, por ser ambas acciones incompatibles entre sí. Esta posibilidad se entiende que resulta de lo dispuesto en el citado artículo, al otorgar a la situación del vendedor —o del financiador— la preferencia de que gozan los créditos prendatarios, que sólo puede hacer efectiva mediante una tercería de mejor derecho (Sentencias de 27 de diciembre de 1974, 21 de mayo de 1975 (49)). Veamos si esta segunda posibilidad resulta adecuada, ya que los seguidores de las teorías prendarias, por su parte, entienden que la única vía de actuación del vendedor es precisamente la tercería de mejor derecho, basándose en el tenor de lo dispuesto en la Ley de Venta a Plazos.

Si se pretende el ejercicio de la tercería de mejor derecho cuando el comprador está al pago corriente de sus plazos, el vendedor se encontrará con que tal facultad le será denegada porque las deudas no han vencido aún (50), y por tanto no procede la aplicación del artículo 11 de la Ley de Venta a Plazos (51), en suma, el bien pasará al adquirente de la subasta

y prelación establecidos en los artículos 1.922, núm. 1, y 1.926, núm. 1, del Código Civil. En los casos de quiebra no se incluirán en la masa los bienes comprados a plazos mientras no sea satisfecho el crédito garantizado, sin perjuicio de llevar a aquélla el sobrante del precio obtenido en la subasta. En los de suspensión de pagos, el acreedor tendrá la condición de singularmente privilegiado con derecho de abstención, según los artículos 15 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos. Para la venta en subasta, por Notario hábil para actuar en el lugar donde se hallen, requerirá de pago al deudor, expresando la cantidad total reclamada y las causas del vencimiento de la obligación, haciendo constar que si no se efectuare el pago se procederá a la subasta de los bienes, sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos. El requerido, dentro de los tres días siguientes, deberá pagar o entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante en su actuación, y el acreedor podrá acudir a cualesquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan. Si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el Notario procederá a la enajenación de éstos en la forma prevenida en el artículo 1.872 del Código Civil.

(49) FERNÁNDEZ LÓPEZ. *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982, pág. 290.

(50) No creemos que pueda operar el vencimiento del plazo por vía del artículo 1.129.3, como apunta CASAS VALLÉS, *op. cit.*, pág. 88, porque precisamente en estas circunstancias es cuando el pacto despliega su eficacia. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 114, núm. 124 bis.

(51) El artículo 11 LVO señala “Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 13, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato. Cuando el vendedor optara por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas. En todo caso, el vendedor tendrá derecho a deducir 1. 10 por 100 del importe de los plazos pagados, en concepto de indemnización por la tenencia de la cosa por el comprador. 2. Una cantidad igual al desembolso inicial, por la depreciación comercial del objeto. Por el deterioro de la cosa vendida, si la hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en Derecho proceda. Si el importe de los plazos satisfechos fuere insuficiente para que el

sin que el vendedor pueda satisfacerse con las cantidades de la misma. Se genera así la siguiente situación: el acreedor, desmotivado por no disfrutar de la cosa, seguirá vinculado al pago de los plazos; por su parte, el vendedor continuará garantizado con el pacto-efecto al bien, pero con la dificultad que entraña su localización en manos de terceros subadquirentes. Igualmente cabe observar la inidoneidad de la utilización de tal instrumento si se incurre en la causa de resolución o vencimiento anticipado de la obligación y se pretende la recuperación del bien, puesto que con la tercería de mejor derecho se podrá obtener la satisfacción de la deuda si se ejecuta, pero no la devolución de lo entregado. De esta forma las posibilidades ofrecidas por el artículo 11 de la Ley se reducen a una: la de exigir el cumplimiento (52). Las razones dadas permiten colegir que la tercería de dominio es el instrumento más adecuado cuando media pacto de reserva de dominio. Se suspenderá así la ejecución, regresando la cosa al patrimonio del comprador, y cuando se cumpla la condición aquéllos la podrán entonces embargar con plena efectividad; en el caso de que el comprador no pague, el vendedor estará facultado para pedir la resolución, devolviendo las cantidades señaladas, sobre las que se pueden satisfacer los acreedores, y si éste opta por el cumplimiento y ejecuta el bien, el rematante, después de satisfecho éste, podrá ser exigido por los acreedores, quedando entonces éstos en una situación semejante a la derivada del ejercicio de la tercería de mejor derecho. Los intereses de unos y otros son respetados, al igual que la función de garantía que se dispensa con el pacto (53).

Y ¿qué ocurre si son los acreedores del vendedor los que pretenden la ejecución del bien? ¿Tendrá algún medio de defensa el comprador al pago puntual de sus bienes, o dada su situación de propietario aún no consolidado tendrá que soportar tales eventos? ¿Cabe el ejercicio de la tercería de dominio para la defensa de sus intereses? Los seguidores de la tesis prendaria afirman que desde luego el comprador puede defenderse con los medios que compete a todo propietario, mediante la acción reivindicatoria (54). Sin embargo, si se ha procedido al embargo del bien es porque se reconoce al vendedor una actuación de posible propiedad sobre el mismo,

vendedor se reintegre de los conceptos mencionados en este artículo, quedarán a salvo las pertinentes acciones de resarcimiento. La falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 3.º para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor”.

(52) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 114-115.

(53) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 115.

(54) BALDO, *op. cit.*, pág. 185; TRAVIESAS: “Extinción y reivindicación del derecho de la propiedad”, *RDP*, 1920, págs. 220 y sigs.

lo que nos lleva a concluir que el título que puede esgrimir el comprador no es el de un propietario consolidado y pleno; pero es que, además, no se puede decir que el ejecutante se encuentre en la situación requerida para la prosperabilidad de la acción, detentación o posesión. Estas razones nos llevan a estimar como inadecuado este medio de defensa. Se ha barajado la posibilidad de protección de los intereses de comprador mediante las acciones rescisorias y la publiciana (55), pero la posición del comprador es más fuerte que la de un mero poseedor, y requerir al vendedor para que reivindique del tercero la cosa vendida y la devuelta a su posesión bajo la amenaza de resolver el contrato *ex* artículo 1.124 del Código Civil, puesto que el artículo 11 de la Ley de Venta a Plazos se refiere únicamente al comprador, es cuanto menos una medida lenta y costosa. Pensamos, como así se ha decidido en la Sentencia de 19 de mayo de 1989 del Tribunal Supremo, que el medio más apto también para el acreedor en estos casos es el ejercicio de la tercería de dominio. De esta manera queda aún más patente la naturaleza de la reserva de dominio como condición suspensiva, y la función de garantía global que despliega. Debemos destacar que, curiosamente, las decisiones del Tribunal Supremo sobre esta cuestión han sido muy exiguas y recientes, apreciándose un criterio evolutivo hacia las posturas expuestas.

Veamos cómo ha resuelto el Supremo los problemas que hemos planteado.

Sentencia de 10 de junio de 1958. Fue la que fijó clara y definitivamente el pacto de reserva de dominio. En ella se reconoce la licitud del pacto, al amparo del artículo 1.255, calificándose de condición suspensiva que supedita no la perfección del contrato, sino su consumación, ya que “se transfiere únicamente la posesión material para sólo su uso y disfrute mientras no adquiera la propiedad el comprador mediante el pago del precio total convenido según lo pactado”; la situación de éste se califica de precario, no pudiendo ni adquirir la cosa por prescripción, ni disponer de ella sin responder de apropiación indebida. Se admite por estas razones la prosperabilidad de la tercería de dominio planteada contra los acreedores del comprador por el vendedor, pues aunque reconoce la posibilidad de engaño a la que induce la posesión de un bien en manos del comprador vinculado con tal pacto, también entiende que se estableció con las garantías de publicidad suficiente, a pesar de que en aquel entonces no se había constituido un Registro especial de bienes muebles, al constar el pacto de reserva de dominio por escrito y ser de fecha cierta. La base sustancial por la que se concede al vendedor la tercería de dominio es su situación de propietario, como consecuencia de los “derechos de reivindicación” que

(55) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 129.

como tal posee, lo que nos lleva a pensar que el Tribunal equipara la naturaleza de esta acción con la de la reivindicatoria (56).

¿Qué consecuencias cabe extraer? Según el criterio del juzgador al pacto se le atribuye una función de garantía, pero ésta se limita a proteger al vendedor a quien se considera como propietario verdadero y único, en una posición exclusiva y excluyente. La condición suspensiva de la cláusula se entiende que opera inflexiblemente para el comprador, no reconociéndosele ni siquiera una posesión justificada, por ello, y conforme a este desarrollo argumental, no dudamos que si el supuesto hubiese sido el inverso, ejercicio de la tercería por el comprador frente a los acreedores del vendedor no habría prosperado, y como consecuencia los acreedores de éste tendrían plena libertad para ejecutar esos bienes gravados al reputarse de exclusiva propiedad del vendedor. La otra idea que flota en el espíritu de la Sentencia corresponde al sentir de que la situación existente en relación a la propiedad del bien durante el tiempo intermedio hasta el cumplimiento efectivo de la condición debe ser asimilada al estado prenegocial en el que se encontraba el comprador. No es de extrañar que la doctrina para obviar estos problemas de indefensión del comprador sostuviera que el mejor medio para la tutela de los intereses de ambas partes era atribuir a esta cláusula el carácter de condición resolutoria.

Jurisprudencia posterior ratifica la tesis anteriormente expuesta, exigiendo, para la oponibilidad de la reserva de dominio, que constara por escrito, con fecha cierta anterior a la ejecución —Sentencias de 15 de junio de 1966, 20 de junio de 1970, 14 de diciembre de 1970 sobre hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Venta a Plazos—. Desde luego, la necesidad de ciertos elementos de adveración es insoslayable. La Ley de Venta a Plazos no sólo no varía esta orientación del Supremo, sino que incluso la acoge en el artículo 23 al exigir la inscripción en el Registro creado a tal efecto para hacer efectiva la oponibilidad frente a terceros de la reserva de dominio, así como de las prohibiciones de disponer. Principio que parece llevarse hasta sus últimas consecuencias en la Sentencia de 20 de junio de 1983 en la que se excluye del ámbito de la Ley, y de la aplicación de su normativa (art. 4.º-5), al contrato objeto de la decisión, por tratarse de una operación de comercio exterior, aunque el pacto no fue establecido en el momento de concluirse el contrato sino en época posterior, una vez consumado, argumentándose por el Tribunal que la inoperancia de la cláusula se debía a su no inscripción (57). Ahora bien,

(56) En las Sentencias de 20 de abril de 1967 y 15 de febrero de 1971 se sostiene que la tercería de dominio implicaba el ejercicio de una acción reivindicatoria.

(57) En el tercer considerando de la Sentencia se dirá: "Su falta de publicidad que impedía el conocimiento de los acreedores y de la propia autoridad judicial que decretó el embargo; carencia de valor que no se convalida con el hecho de su utilización por la

el fundamento de la resolución no descansa en el aspecto de la publicidad, sino en la circunstancia de que la entidad vendedora poseía una participación mayoritaria del capital de la entidad compradora, “lo que significa que quien declara la reserva y aquél a cuyo favor se hace es, realmente, la misma entidad, lo cual se aproxima a un supuesto de acto consigo mismo o autocontrato”. Por ello, “las voluntades de ofrecer y de aceptar están emitidas por una sola persona, lo que, si formalmente es factible, choca, para su admisión en Derecho, con la recta interpretación del artículo 1.254 del Código Civil y con la ilicitud que entraña el perjuicio de los intereses de los acreedores que ven frustrados sus legítimos derechos amparados por la norma genérica del artículo 1.911 del Código Civil, según el cual, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. De la decisión del Tribunal Supremo no cabe colegir, sin embargo, que los pactos de reserva de dominio que se incluyan en compraventas excluidas de la Ley, e insusceptibles por tanto de inscripción registral, limiten su vinculación a las partes intervinientes, ya que su decisión se basa en razones de eminente equidad, la aceptación del pacto frente a terceros hubiese supuesto un evidente fraude de acreedores, en tanto el pacto no se estableció desde un principio, y además beneficiaba a una entidad que forma parte de la compradora. Buena muestra de lo expuesto la tenemos en la solución aportada en la Sentencia de 26 de marzo de 1984, en la que la no inscripción del pacto de reserva no impidió que se estimase la tercería de dominio interpuesta por el vendedor frente a la petición de propiedad del adquirente en pública subasta de los compradores, sobre un inmueble en el que se encontraba el bien mueble sujeto a pacto; aunque tal solución la fundamenta el Tribunal no en que el pacto no inscrito pueda desplegar también su eficacia propia, sino en la falta de dominio del adquirente por no incluirse el bien objeto de litigio en el edicto anunciador de la subasta, quedando así fuera de tal negocio (58).

El requisito de la publicidad posee otra vertiente adicional: la de la vigencia de la inscripción (59). Así, la cancelación del asiento determina la

entidad vendedora y tercerista que implica la aceptación de sus consecuencias al ejercitar la acción derivada de la misma; después de que los acreedores iniciasen su actuación, pero sin que, hasta entonces existiese tampoco constancia pública, quedando, consiguientemente, reducida su eficacia a las partes intervinientes y siendo para los demás una auténtica *res inter alios*.

(58) BERCOVITZ R., *op. cit.*, pág. 1546, señala que no se justifica ya, una vez que las necesidades económicas han quedado cubiertas, que se conceda eficacia a reservas de dominio que no estén inscritas en el Registro, en todo como sería aconsejable ampliar el ámbito de aplicación de tales leyes, o perfeccionar el sistema de publicidad.

(59) El artículo 17 de la Orden de 8 de julio de 1966 establece expresamente: “El registro del documento caducará y se cancelará de oficio por el transcurso de un año

inoponibilidad del pacto. En la Sentencia de 30 de octubre de 1973 ésta fue la razón por la que no prosperó la tercería de dominio ejercitada por el vendedor frente a los acreedores del comprador, y en la de 19 de abril de 1975 el motivo por el que se admitió el embargo del bien al comprador a pesar de la oposición del vendedor; igual criterio se siguió con una cesión no inscrita y de fecha en la que ya estaba caducada la inscripción en la Sentencia de 28 de febrero de 1986. ¿Qué fundamento jurídico encuentra esta solución? En nuestro ordenamiento la transmisión del dominio requiere la existencia de un título y, además, de la tradición —art. 609 CC— (teoría del título y modo). En la venta a plazos la aplicación de esta construcción resulta ligaramente alterada, ya que la entrega del bien es un requisito inexcusable (art. 2.º-1 LVP) al igual que el consentimiento, objeto, causa y forma (60). La entrega entonces del bien sujeto a pacto no puede ser considerada como el elemento preciso según se dice para la transmisión del dominio, ya que la misma integra el título, no es, por tanto, una verdadera tradición. Por eso se ha considerado que es la cancelación la que desempeña tal función, ya que la misma supone abrir la compuerta que detenía la fuerza traslativa que la entrega material despliega normalmente (61). Explicación de notable ingenio, aunque resultará inoperante cuando el bien sujeto a reserva de dominio no sea susceptible de inscripción o bien no se haya inscrito (62); es innegable la necesidad de inscripción registral y, además, su vigencia, pero esta última cualidad, pensamos, que se precisa no tanto porque forme parte del régimen del

contado a partir del vencimiento del último plazo del precio aplazado o, en su caso, del vencimiento del plazo especial señalado por los Tribunales al amparo del artículo 13 de la Ley. Si constase la existencia de litigio pendiente entre las partes, la cancelación no procederá hasta que hayan transcurrido dos años desde el último asiento en que se haga referencia a aquél. A los efectos oportunos las partes podrán solicitar del Juzgado o Tribunal el correspondiente mandamiento, en procedimientos de cualquier clase o cuantía. Caducado el asiento se extraerá el ejemplar del contrato del Registro provincial cruzándolo con un cajetín rojo que ponga "caducado" y su fecha, y pasará a un legajo especial de documentos caducados, del cual, y transcurridos catorce años más, se dispondrá como papel inútil".

(60) Señala CABANILLAS GAYAS, *op. cit.*, pág. 1145: "Que el legislador ha querido significar que sin este pago previo no se crea ningún vínculo obligatorio entre las partes. Por ello, la ejecución parcial de la prestación deviene condición esencial del contrato".

(61) TORRES LANA, *op. cit.*, págs. 615-617.

(62) Díez PICAZO, *op. cit.*, pág. 666, desde su postura de concebir la reserva de dominio como condición resolutoria señala a este respecto "que la posesión que se transfiere al comprador a plazos es una posesión a título de dueño y, por consiguiente, la transferencia es en rigor una *traditio*. Lo único que ocurre es que el efecto traslativo queda limitado aunque se produce el mecanismo traslativo que es suficiente en el orden legal y se produce una transmisión que es sólo condicional en virtud de la voluntad negocial de las partes".

título y modo, cuanto por motivos de publicidad, y de limitar en el tiempo, con unos márgenes de seguridad, la operatividad de la misma (63).

Por otro lado, la publicidad a través de la inscripción registral no supone, y así ha sido considerado, que sea prueba única de la verdad jurídica. La garantía dispensada por el Registro de ventas muebles a plazos es cuanto menos un beneficio que exige su contrastación con la situación efectiva de hecho. La inscripción desempeña un papel presuntivo *iurus tantum*. Por eso no obvia la realidad negocial y surge como un elemento más, necesario, pero no suficiente, no en vano nuestro ordenamiento manifiesta un talante eminentemente causalista. La Sentencia de 17 de junio de 1970 tratará de esta cuestión entremezclándola con otro problema ya clásico en la doctrina, el momento del perfeccionamiento de este tipo de contratos (64). El Supremo dirá en esta ocasión que "del conjunto de las pruebas practicadas, se acredita que no hubo entrega ni puesta a disposición del comprador del objeto vendido (...), se impone (...) estimar acertada la consecuencia legal a que llega la Sentencia de que no se perfeccionó la venta a plazos, y que por tal falta de perfección, la empresa recurrente que financió la operación, no puede acogerse a los beneficios que le conceden las disposiciones citadas del motivo, que están previstas para los casos de venta perfecta, en que el comprador recibe lo

(63) FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La tercería de dominio*, Madrid, 1980, pág. 368, señala que esta necesidad no deviene de que la inscripción en el Registro sea constitutiva sino de la exigencia de publicidad adecuada.

(64) Sin entrar en el tema, el texto de la Ley fija en su artículo 2.º-1 que requisito necesario para la constitución del negocio es la entrega del bien así como del primer plazo, lo que ha llevado a que se repunte real este contrato. Sin embargo, parece contradecirse con lo dispuesto en el artículo 9.º-2: "Si el comprador entrega la cosa sin haber recibido simultáneamente el desembolso inicial, perderá el derecho a exigir el importe de éste y la obligación de pago del comprador se entenderá reducida al importe del resto del precio, conservando el derecho a hacerlo en los plazos convenidos". Así, BERCOVITZ R., *Las ventas a plazos*, cit., págs. 136-137 (igualmente TORRES LANA, *op. cit.*, págs. 614-615) apunta, como solución para conhonestar estos dos preceptos, que cabrán dos formas de perfeccionar el contrato, una real y otra consensual, para los supuestos incluidos en la Ley por aplicación del artículo 2.º-2. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 1977, pág. 250, entiende que la Ley desmiente el carácter esencial para perfeccionar el contrato del requisito de la entrega del primer plazo del precio, sancionando pecunariamente el no cumplimiento de tal obligación, pero dejándolo subsistente. CABANILLAS GALLAS, *op. cit.*, pág. 1145, por su parte, señala que "el segundo párrafo del artículo 9.º permite dudar de esta afirmación (que el contrato tenga carácter real) y nos lleva más bien no al problema de la inexistencia de vínculos obligatorios, sino a la modificación legal del contenido del contrato. En fin, la doctrina podrá discutir extensamente esta cuestión, apuntará que estamos en presencia de figuras inciertas o anómalas, estudiará el carácter de multa civil o nulidad parcial que se da en estos casos y en el artículo 16, pero los legisladores han sido conscientes de que, cualquiera que sea la solución de técnica jurídica, era inexcusable imponer este desembolso previo, que asentaba la Ley en el cauce de las finalidades económicas que persigue".

comprado y con ello garantiza la financiación, pero si en el caso de autos el vendedor no entregó al comprador la cosa, como manda el artículo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1965, y reitera el 9.º al decir, el comprador satisfará al momento de la entrega o puesta a disposición del objeto, el desembolso inicial, no puede decirse que existió la venta". Añade en el siguiente considerando que "si en el contrato discutido no hubo entrega de la cosa y por tal la venta no se perfeccionó, los derechos del financiador, no independientes, sino derivados de la venta que financiaba al amparo de la Ley citada, no quedaron garantizados por la sola inscripción del contrato, que por sí no puede convalidar los actos que por sí no tuvieron existencia legal, y esta falta de derecho le priva de oponerse al poseedor tercerista".

Como causa de inoponibilidad del pacto se ha reconocido también la venta consentida por el vendedor beneficiado con la reserva de dominio [art. 2.º, a), de la Ordenanza para el registro de venta a plazos de bienes muebles] (65). La base positiva se encuentra en la exclusión del artículo 4.º-1 de la Ley de Venta a Plazos de las cosas destinadas a la reventa al público. La Sentencia de 20 de noviembre de 1974 entiende así que "el hecho de que con conocimiento y consentimiento de la entidad vendedora, la cosa vendida fuese transmitida y puesta a disposición de un tercero, veda a la actora de beneficiarse de las consecuencias referentes a la vigencia y validez de aquel pacto, pues es conforme a razón que este *pactum reservati domini* quede privado de eficacia frente al comprador, si aquella estipulación resulta contradicha por expresa voluntad del vendedor, al consentir que la cosa salga del patrimonio del comprador y entre en el dominio de un tercero". Entonces, ¿la cesión de la deuda por el vendedor determina la vigencia del pacto?, y ¿la venta del bien por el comprador sin el consentimiento del vendedor? Los textos únicamente hacen referencia a la enajenación del comprador aceptada por el vendedor; no ha de olvidarse que para la eficacia de este pacto se precisa que sea estipulado expresamente. El motivo dado por el Tribunal es el siguiente: "La compraventa entre dos personas jurídicas comerciales, que son conocedoras de la realidad económica, no necesita de especial protección". El fundamento jurídico parece radicar en el principio general del artículo 1.205 del Código Civil en el acreedor para que se produzca la sustitución de la persona del deudor. Existe una nueva obligación extintiva de la relación anterior, que

(65) Artículo 2.º: "Al Registro de Ventas a Plazos se llevarán los contratos siguientes: a) Las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles y susceptibles de identificación con pacto de reserva de dominio o de prohibición de enajenar. Será registrable el contrato aunque no contengan este último pacto siempre que el vendedor o el financiador, en su caso, no autoricen expresamente la libre enajenación del objeto vendido".

conlleve una presunción, pensamos de acuerdo con el criterio seguido por el legislador, de carácter *iuris tantum*, de renuncia a que persista la reserva de dominio para el nuevo adquirente comprador y vinculado con el vendedor al pago aplazado del resto de los plazos pendientes (66), por lo que si el vendedor requiere bajo amenaza de no prestar consentimiento que se mantenga tal reserva no creemos que se le niegue el acceso registral. Y ¿qué ocurre si tal negocio se realiza sin consentimiento del vendedor? Si la compraventa está inscrita difícilmente podrá el nuevo adquirente alegar su buena fe, en tanto el artículo 31 del ORVO establece expresamente que “se presume que el contenido de los contratos inscritos es conocido por todos, y no podrá invocarse su ignorancia”. Desde luego, la obligación de pagar el precio aplazado por el primer comprador sigue vigente, aunque la garantía que reforzaba la posición del vendedor, si desconoce a los posteriores subadquirentes quedará debilitada, y el pacto de reserva de dominio se mantendrá vivo, pero como consecuencia de que el negocio realizado entre el primer comprador y el segundo genera una relación privada que no altera en absoluto la establecida entre el vendedor y primer adquirente. Ahora bien, la situación que se deriva de la cesión del crédito por el vendedor es muy otra, ya que el traspaso del mismo no supone la extinción de la obligación, el nuevo titular del crédito del pago aplazado goza de la garantía de la reserva del dominio según se establece en el artículo 1.528 del Código Civil y 149.2 de la Ley Hipotecaria, así como en la Sentencia de 28 de febrero de 1986, aunque en la misma la tercería de dominio no prosperase a favor de los subrogados en la posición vendedora por haber caducado el asiento.

En consecuencia, visto cómo opera la reserva del dominio, si recae ésta sobre bienes sujetos al ámbito de la Ley se podría sostener que esta cláusula, desde luego, no responde a criterios semejantes a los derechos reales típicos, ya que adolece de un carácter tan inherente al bien como aquéllos, lo que significa que la misma no acaba de liberarse del talante personalista que la envuelve.

C. *Relaciones entre acreedores del vendedor y comprador*

Este el aspecto más novedoso y actual del tema. La jurisprudencia de fechas relativamente cercanas ha resuelto además de forma diversa supuestos cuya base consistía en el ejercicio de una tercería de dominio por

(66) Cfr. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil II*, vol. I, Barcelona, 2ª ed., págs. 460-462, quien opina que “siempre que cambia la persona del deudor hay novación”.

parte del comprador frente a los embargos realizados por los acreedores del vendedor.

La primera Sentencia es la de 11 de julio de 1983. El supuesto de hecho es el siguiente: se vende un piso en 1972 en documento privado, fijándose la reserva de dominio de la propiedad para el comprador hasta que no se efectúe el pago íntegro del mismo. En 1974 se inicia expediente ejecutivo de apremio frente al vendedor por la Recaudación de Tributos del Estado, embargándose el citado piso, notificada la subasta del mismo al comprador, éste insta al vendedor a elevar la compraventa a su documento público, lo que efectivamente realizan el 4 de diciembre de 1978 una vez pagado íntegramente el piso. El comprador presenta demanda de tercería de dominio frente a los vendedores y la Hacienda Pública, pretensión que se desestima en primera instancia, en apelación y ante el Supremo. En la Sentencia se reconoce la cláusula como un pacto no prohibido, ya que “desde el momento en que ni la moral ni el derecho se oponen en modo alguno a que el comprador no adquiera la propiedad de la cosa comprada, mientras no satisfaga el precio convenido, convertido en tanto en un mero detentador de ella, con obligación de conservarla como prenda y garantía del contrato celebrado”, y le atribuye naturaleza de condición suspensiva, lo que le lleva a sostener que “en tanto el comprador o descendientes herederos no hayan dado cumplimiento a las condiciones económicas o pago total de la cantidad aplazada y pendiente no tomará posesión real de la propiedad y dominio de la finca detallada, y habida cuenta que en el momento en que se trabó por Hacienda Pública el embargo del piso de autos —año 1974— no se había satisfecho aún la totalidad del precio aplazado; que no fue pagado hasta finales del año 1978, en el momento de la traba, y por virtud de la reserva de dominio pactada, ha de entenderse que la propiedad del mismo seguía correspondiendo al vendedor”.

La decisión se basa en un razonamiento muy simple, dado que el comprador no ha cumplido aún la condición suspensiva, el pago del precio, la propiedad queda retenida íntegramente en manos del vendedor. Sin embargo, parece excesivamente dura la posición del Supremo, teniendo en cuenta que el transcurso de la relación se desarrolló por los cauces adecuados del cumplimiento, que llevaban a la consolidación de la propiedad, y que la posibilidad concedida en el artículo 1.121 del Código Civil, a todo acreedor, antes de que se cumplan las condiciones, le permite el ejercicio de las acciones procedentes para la conservación de su derecho (67); con la circunstancia además de que ese comprador, calificado en

(67) MONTES: “Comentario al artículo 1.121 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Artículos 1.088 a 1.124*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, vol. I, Madrid, 1989, pág. 1.127, señala que “los actos de conser-

la Sentencia como “mero tenedor”, adquiriría *ipso iure* la propiedad del bien cuando ejecute el pago. No es extraño que en relación a esta materia se haya dicho (68) que si se acepta la ejecución por parte del acreedor del vendedor frente al comprador sujeto a reserva de dominio cuando éste se encuentra al corriente del pago de sus plazos se debe considerar que “la posición del comprador estaría entonces a la merced no ya del cumplimiento de sus obligaciones, sino de la situación jurídica del vendedor”, originándole la contradicción de que “el adquirente con reserva de dominio que cumple con sus obligaciones puede ser privado del bien por terceros acreedores del vendedor” (Sentencia Audiencia Territorial de Bilbao de 4 de junio de 1987 (69), recurrida en casación y que fue confirmada por la Sentencia de 19 de mayo de 1989). No en vano se puede cuestionar entonces qué sentido tiene la inscripción registral del pacto si la misma no garantiza la aplicación del principio de *prior tempore potior in iure*. La consecuencia inmediata de la tesis expuesta por el Supremo es que la reserva de dominio únicamente despliega sus efectos a favor del vendedor; ya que el comprador sujeto a aquélla logrará la adquisición de la propiedad del bien solamente si lleva a cabo el pago del precio, y no se produce en el ínterin ejecución alguna del bien por él “detentado” por parte de los acreedores del vendedor (70).

No es de extrañar, dada la radical desigualdad de trato dispensado al vendedor y comprador, que la Sentencia de 19 de mayo de 1980, confirmando la doctrina expuesta por la Sentencia de 4 de junio de 1987 de la Audiencia Territorial de Bilbao, haya recogido todas estas cuestiones, haciéndose eco de una crítica cierta, la timidez del Tribunal Supremo al no aplicar hasta sus últimas consecuencias la teoría del pacto de reserva de dominio como condición suspensiva (71) y las injusticias que de aquí se derivaban.

vacación comprenden, además de las medidas que haya que tomar para la conservación material y jurídica del objeto de la prestación, las que se dirijan a impedir que sobrevenga una imposibilidad de cumplirla, y también las acciones que tienen por objeto el mantenimiento de la garantía para el caso de incumplimiento imputable”. El fundamento, como se dice en la página 1.135, estriba en que el obligado por la condición, en nuestro caso el vendedor, “aun cuando conserve el *nomen* de propietario no tiene ese derecho pleno, absoluto e ilimitado en el tiempo al que suele darse este nombre, sino un poder jurídico disminuido por la posibilidad de que la condición se cumpla. Puede, sin embargo, disponer de la cosa, reivindicarla de cualquier tercero y en su caso, es decir, en la medida en que siga siendo poseedor, ejercitar las acciones de este carácter”.

(68) MONTES: “Artículo 1.113 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales* (arts. 1.088-1.124), dirigidas por ALBALADEJO, t. XV, vol. I, pág. 1029.

(69) *La Ley*, 1987-4, pág. 719.

(70) Tal es la opinión que suscribimos plenamente de BERCOVITZ R., “Comentarios a la Sentencia de 11 de julio de 1983”, *CCJC*, 3, págs. 873-879.

(71) Aun que BERCOVITZ R., “Comentarios a la Sentencia de 19 de mayo de 1989”,

Los hechos que motivaron la litis son los siguientes: Mediante los correspondientes contratos privados compran 21 personas físicas a una entidad mercantil 21 pisos, estableciéndose el pago aplazado de los mismos con la expresa reserva del dominio a favor del vendedor, hasta el pago íntegro del precio. Los citados compradores toman posesión y habitan los pisos que cada uno había comprado. Hallándose éstos en el cumplimiento puntual de sus obligaciones, la Caja de Ahorros X embarga los citados pisos por deudas existentes con el vendedor. Los compradores ejercitan acumuladamente las correspondientes tercerías de dominio estimándose en primera instancia sólo aquella que correspondía a un tercerista que había pagado ya el precio del piso. En apelación la Audiencia de Bilbao admite todas las tercerías presentadas, y manda que se alcen los embargos. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia.

Los argumentos aducidos no tienen desperdicio y condensan perfectamente toda la construcción hasta sus últimas consecuencias del pacto de reserva de dominio como condición suspensiva. Se dice así en el considerando tercero "(...) se somete a la resolución de esta Sala un mismo y único problema, cual es de si el comprador de un bien inmueble (en este caso concreto de tantos pisos cuántos son los terceristas aquí accionantes), a precio aplazado y con pacto de reserva de dominio, a favor del vendedor hasta que quede totalmente pagado el precio, que se halla en posesión del inmueble comprado, por habérselo entregado el vendedor y que va cumpliendo exacta y puntualmente su obligación de pago en los respectivos vencimientos de los plazos estipulados, puede ejercitar la acción de tercería de dominio ante un embargo trabado, antes del vencimiento de todos los referidos plazos, sobre dicho inmueble por un acreedor del vendedor para el cobro, por la vía de apremio, de las deudas que éste tiene contraídas en favor de ese acreedor. La solución que corresponde al enunciado problema, pese a las vacilaciones doctrinales e incluso jurisprudenciales acerca del mismo, entendemos que ha de ser afirmativa, y ello con base en las consideraciones siguientes: a) la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo sobre el mismo (Sentencias de 19 de octubre de 1984, 15 de febrero de 1985, 21 de febrero y 9 de julio de 1987, 11 de abril de 1988) o, lo que es igual, sustraer de un procedimiento de apremio bienes no pertenecientes al patrimonio del apremiado (Sentencias de 8 de

CCJC, núm. 20, pág. 580, señala que atribuir la posibilidad de defensa mediante la tercería de dominio al comprador, frente a los acreedores del vendedor, no es una consecuencia necesaria de configurar a la reserva de dominio como una condición suspensiva.

mayo de 1986, 9 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988), ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste tenga realmente y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento (Sentencias de 29 de noviembre de 1962, 14 de diciembre de 1968, 13 de diciembre de 1982); b) aunque carentes de regulación legal (salvo las escasas referencias que al mismo hacen los artículos 6.º y 23 de la Ley de Ventas a Plazos de 17 de julio de 1965) el pacto de reserva de dominio, reconocido en cuanto a su validez por la doctrina uniforme de esta Sala (Sentencias de 16 de febrero de 1894, 6 de marzo de 1906, 30 de noviembre de 1915, 10 de junio de 1958, 10 de enero y 11 de marzo de 1959, 11 de julio de 1983), y por virtud del cual, en el contrato de compraventa, el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste pague por completo el precio convenido, viene a constituir simplemente, como cualquier otra de las varias que pueden utilizarse con ese fin, una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Durante el período de la pendencia de la expresada condición (*pendente conditione*), determinado dicho período por los sucesivos vencimientos de los plazos estipulados, se produce esta doble situación jurídica: por una parte, y desde el lado del comprador, éste, si bien adquiere normalmente, con la posesión de la cosa, al goce de ella, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la misma a un tercero, por lo que si, antes de haber completado el pago, dispone voluntariamente de ella o se ve forzado a tal transmisión (a virtud de procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios acreedores), el vendedor con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercera de dominio, según los casos) para obtener la recuperación de dicha cosa, siempre que el principio protector de la fe pública registral (art. 34 LH) no se oponga a ello, acerca de lo cual no corresponde profundizar aquí, por no ser el tema objeto de nuestra consideración; por otra parte, y desde el lado del comprador, éste, pese al expresado *pactum reservati domini*, carece igualmente de poder de disposición o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa) de la cosa a un tercero, mientras que el comprador esté dando cumplimiento a la obligación del pago aplazado al llegar los sucesivos vencimientos de los plazos convenidos, de tal manera que si, durante el expresado período de pendencia de la condición el vendedor dispone voluntariamente de la cosa a favor del tercero o se ve forzado a ello, a virtud de procedimiento de apremio seguido contra el mismo por sus propios acreedores, el comprador, que se halla en posesión y disfrute de la cosa y viene realizando todos los actos a que está obligado para que la condición pueda cumplirse (el pago fraccionado del precio en

los plazos pactados), no puede quedar inerte e indefenso ante esa situación a la que es totalmente ajeno (situación que la Sentencia aquí recurrida califica muy expresivamente cuando en su fundamento jurídico tercero *in fine* dice: “En Derecho no se puede utilizar la reducción al absurdo y es un absurdo pretender que el adquirente con reserva de dominio que cumple con sus obligaciones pueda ser privado del bien por terceros acreedores del vendedor”), y ello no sólo porque lo impedirían las más elementales razones de equidad (art. 3.º-2 CC) y los principios generales y normas de la contratación (*pacta sunt servanda*: el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes —art. 1.256 CC—), sino también, y sobre todo porque el ordenamiento jurídico le brinda para estos supuestos, los adecuados medios de defensa, cuando el artículo 1.121.1 del Código Civil establece que “el acreedor puede antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho”. Ante la situación aquí contemplada (comprador en posesión y disfrute de la cosa, que va cumpliendo puntualmente su obligación de pago del precio aplazado y que, antes del vencimiento de los restantes plazos, se encuentra ante un embargo sobre la cosa, trabado por un acreedor del comprador), es evidente que el único medio de que el comprador dispone para la conservación de su derecho, conforme al artículo últimamente citado, es el ejercicio de la acción de tercería de dominio para el levantamiento del embargo trabado sobre la cosa, la cual no forma parte del patrimonio del vendedor apremiado, al no tener éste, como antes se ha dicho, la libre disposición de ella, sin que esto implique desvirtuación alguna del expresado pacto de reserva de dominio, el cual solamente podrá desplegar su verdadera efectividad, en cuanto simple garantía que es el pago del precio, cuando los compradores no cumplan su obligación de pago aplazado, lo que aquí no ha ocurrido, y sin perjuicio, por otra parte, de que los acreedores del vendedor, durante el expresado período *pendiente conditione*, pueden trabar embargo sobre el crédito que el vendedor ostenta contra el comprador por la parte del precio cuyos plazos aún quedan por vencer, pero no sobre la cosa vendida. Todo lo anteriormente razonado ha de llevar aparejada la desestimación de los motivos cuarto y quinto, pues la Sentencia recurrida, al estimar las acciones de tercería de dominio ejercitadas por los compradores, no ha incurrido de las denunciadas infracciones de los artículos 348 y 1.255 del Código Civil y 1.532 de la LEC, ni tampoco la invocada del Tribunal Supremo, Sala Primera, la Sentencia de 10 de junio de 1958 (la cual se refiere a un supuesto totalmente distinto del aquí contemplado, concretamente a una tercería de dominio ejercitada por el vendedor de una cosa, con precio aplazado y con pacto de reserva de dominio a su favor en garantía de pago del precio, ante un embargo trabado sobre dicha cosa por los acreedores

del comprador antes de que éste hubiera terminado de pagar el precio total de la misma, cuya tercería de dominio prosperó, lo que, además de referirse a un supuesto distinto del que es objeto de litis se halla en plena concordancia con la doctrina aquí establecida), y, por otro lado, una sola Sentencia de esta Sala (cual es la también invocada de 11 de julio de 1983, que efectivamente parece sostener doctrina contraria a la aquí mantenida), no constituye, por sí sola, jurisprudencia, a los efectos de poder servir de soporte a un motivo de casación por infracción de la doctrina jurisprudencial, y sin que, finalmente, las Sentencias de 25 de octubre y de 7 de noviembre de 1988, que, como infringidas, las partes recurrentes han citado *in voce*, en el acto de este recurso, contradigan en nada la doctrina que acaba de exponerse, al referirse las mismas a supuestos totalmente distintos del aquí contemplado”.

El razonamiento es impecable, aunque al ser una única resolución la que se manifiesta en este sentido deberemos estar a la evolución posterior de la doctrina del Supremo sobre esta materia, pues indudablemente choca frontalmente con el criterio seguido en la citada y analizada Sentencia de 11 de julio de 1983. Cabe destacar la postura adoptada respecto a la situación que se encuentra el comprador respecto al bien reservado. Según se dice es la de poseedor, añadiríamos, legítimo, de la cosa. Parece que el Tribunal Supremo no ha desoído las críticas formuladas a su consideración del comprador como precarista (72). La resolución del Supremo, sin embargo, ha recaído sobre la compraventa de un bien inmueble y no sujeta, en suma, a la Ley de Ventas a Plazos, ¿cabría colegir que tal situación posesoria únicamente es aducible en los negocios garantizados por reserva de dominio sobre bienes inmuebles, o se puede entender que de la misma participan todos los compradores sujetos por la citada cláusula? Por lo expuesto hasta aquí se puede pensar que con independencia de a qué bienes afecta la reserva del dominio, indudablemente, ésta desempeña un papel de garantía que no puede verse limitado a la posición del vendedor al incidir sobre un negocio íntegro y, en consecuencia, tanto sobre la posición acreedora como vendedora, no en vano la inscripción en RVP supone el reconocimiento de una expectativa de adquisición del dominio que le legitima para disfrutar de la cosa, sujetando el derecho del vendedor a una posición cuyo contenido corresponde al ejercicio de las facultades precisas para que la reserva del dominio despliegue su función de garan-

(72) Respecto a los bienes muebles sujetos a la Ley, BALDO, *op. cit.*, págs. 179 y sigs., señala que la posesión del comprador no es la de quien tiene la cosa por un mero título de naturaleza personal o la que de quien es titular en un *ius in re aliena*, la posesión es consecuencia de una situación jurídica de naturaleza real, y en ejercicio de un derecho sobre la *res* propia, lo que, según él, lleva aparejado, aplicando el artículo 404 del Código Civil, el *ius disponendi* del comprador.

tía (73). En suma, dado que nos encontramos ante una situación de propiedad especial y en tránsito por razón del pacto de reserva de dominio, no parece que exista obstáculo en aceptar ésta peculiaridad en los negocios en los que éste concurra.

Cabe destacar, ahondando en esta materia, la magnífica construcción que se realiza en la Sentencia de la situación posesoria del período intermedio hasta el cumplimiento de la condición, al equipararse las posiciones del vendedor y el comprador. A ambos se les reconoce un carente poder de disposición o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa), que se funda en la idea de que la propiedad está en tránsito; el vendedor ya no es un propietario en el sentido estricto de la palabra, y el comprador, si cumple, automáticamente consolida su situación como auténtico propietario, por ello, mientras ese momento, llega se intenta congelar ese estado. Conforme al citado espíritu atinadamente se resuelve que el contenido del derecho del vendedor, cuando recae sobre un bien sujeto a reserva de dominio con pago puntual aplazado, consiste en un crédito sobre el precio de los plazos que quedan aún por vencer, no en la propiedad del bien, pues carece de su plena disposición actual. Desde el punto de vista del comprador, aunque nada se diga, se podría argumentar que el contenido de su derecho, consolidado, y por lo tanto disponible, será la parte proporcional del bien que ha sido satisfecha ya; inejecutable, pero que en caso de incumplimiento tendría un contenido subrogado específico, la cantidad entregada por la devolución de la cosa.

Esta Sentencia, no dudamos que llevará a que se reconsideren, por lo menos desde una perspectiva práctica la efectividad de configurar a la cláusula objeto de examen como condición resolutoria, ya que la estructura de condición suspensiva tampoco implica ya para el comprador indefensión y desamparo como se dijo (74) y se comprobó en la praxis; debiéndose valorar oportunamente las ventajas fiscales que la reserva de dominio lleva aparejadas. Algunos (75), sin embargo, pueden ver en esta postura del Tribunal Supremo una forma de reconocimiento indirecta por éste de la naturaleza del pacto como condición resolutoria; tal opinión será difícilmente sostenible si tenemos en cuenta que, por una parte, se califica expresamente por el Tribunal al pacto como condición suspensiva, y obvia los problemas de la necesidad de que el bien pueda ser rescatado únicamente por quien tenga la propiedad, al reconocer la naturaleza típica y

(73) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 126-127.

(74) MONTÉS, *op. cit.*, págs. 1034.

(75) Cfr. CASAS VALLÉS, *op. cit.*, págs. 640 sigs.; BERCOVITZ R., "Sentencia de 11 de julio de 1983", *CCJC*, núm. 3, págs. 873 y sigs.; MONTÉS, *op. cit.*, págs. 1034 y sigs.; Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1986, pág. 667.

distinta de la tercería de dominio con relación a la reivindicatoria. Sin embargo, BERCOVITZ, en su comentario a esta Sentencia, sigue opinando que la estructura más adecuada para el pacto de reserva de dominio es el de prenda basándose en el aspecto funcional de la cuestión (76), a este respecto nos remitimos a las objeciones que sobre la citada tesis expusimos en su momento.

En suma, y aun cuando haya voces que discrepen, parece que, por fin, se ha planteado en sus justos términos el papel que desempeña la cláusula de reserva de dominio, no desconociendo, ni relegando, los derechos del comprador, a través de un cauce procesal adecuado (77).

MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMADEA
Doctora en Derecho

(76) BERCOVITZ R.: "Comentarios a la Sentencia de 19 de mayo de 1989", *CCJC*, 20, pág. 580, señala: "Con este derecho de prenda los intereses legítimos del vendedor y de sus acreedores quedan protegidos, sin perjudicar indebidamente al comprador y sus acreedores. Por otra parte, reconocer que el comprador adquiere la propiedad con la entrega del bien responde mejor a la situación posesoria que se crea, en la que evidentemente el comprador no actúa como un mediador en la posesión del vendedor, responde mejor también a las reglas que rigen la atribución de los riesgos, mejoras, frutos y daños del bien; responden mejor, por último, al reparto de titularidades provisionales en la situación jurídica de pendencia creada, que atribuye una titularidad preventiva y la titularidad interina (administrador del bien) en el comprador".

(77) BERCOVITZ R.: "Comentario a la Sentencia de 19 de mayo de 1989", *CCJC*, núm. 20, pág. 580, se congratula de que se haya alejado en esta Sentencia, por fin, de la injusticia que reportaba para los acreedores a plazos, con reserva de dominio la línea jurisprudencial que se abrió con la Sentencia de 11 de julio de 1983.

La responsabilidad profesional

SUMARIO. 1. CLASES DE RESPONSABILIDAD EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LOS ABOGADOS, NOTARIOS Y MÉDICOS EN EL EJERCICIO DE SUS RESPECTIVAS PROFESIONES: *a)* Contractual normalmente, *b)* Extracontractual, delictual o aquiliana, excepcionalmente; *c)* Penal en la ocasión de una ilicitud de este orden por la acción u omisión contraria a la Ley punitiva.—2. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO.

1. CLASES DE RESPONSABILIDAD EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LOS ABOGADOS, NOTARIOS Y MÉDICOS EN EL EJERCICIO DE SUS RESPECTIVAS PROFESIONES:

- a)* Contractual, normalmente.
- b)* Extracontractual, delictual o aquiliana, excepcionalmente.
- c)* Penal en la ocasión de una ilicitud de este orden por la acción u omisión contraria a la Ley punitiva.

Los profesionales a los que alude el presente número, y sin que al efecto puedan excluirse los que no se mencionan, naturalmente que en el desempeño de los diversos cometidos que les fueron encomendados pueden incurrir en responsabilidades. El origen del supuesto instituto de la responsabilidad a la que hacemos mención no tiene un punto de referencia común, cual cosa se desprende de la singularidad de los vínculos que les relacionan con sus respectivos mandantes, artículo 1.709 de la Ley civil. Pero sí, empero, que será de la misma naturaleza, en los tres casos, cuando ésta se enfle en punto al incumplimiento de la obligación que cualesquiera de los tres profesionales citados había dejado establecida en el marco del contrato de prestación de servicios a su cliente (art. 1.544 CC), el sujeto acreedor de la relación obligacional de hacer alguna cosa propia de las de la profesión del deudor del servicio (1), artículo 1.101 y siguientes de la

(1) Cfr. a YZQUIERDO TOLSADA: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, edit. Reus, Madrid, 1989, págs. 229 a 234.

Ley civil. O bien que ejecutándola violasen los derechos de protección del interés de un tercero ajeno al contrato, artículo 1.902 y siguientes del mismo texto sustantivo civil; y en uno y otro casos, interviniendo el dolo o la culpa, perforaran la cavidad diafragmática de forma que la *ilicitud civil* quedara subsumida en el ámbito de la *ilegalidad penal*, artículos 19 del Código Penal y 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ambos relacionados con el precepto 1.092 del Código Civil como norma de remisión. En definitiva, queremos decir que los Abogados, Notarios y Médicos no pueden incurrir en otros tipos diferentes de responsabilidad frente a las personas indicadas, aun a pesar de la tesis que sienta la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 3 de julio de 1965, que sin duda confunde la función pública con lo que sería un funcionario público propiamente dicho, y en la una o en la otra forma de violar el derecho creditual se encontrarán incursos en función de cual sea la naturaleza de la *ilicitud* (contractual, extracontractual o bien que penal).

Al respecto, nosotros estamos conformes en punto a la idea que predica las dificultades que pueden surgir a la hora de determinar los límites del incumplimiento de la clase de las obligaciones derivadas del ejercicio de las mencionadas profesiones. A los profesionales a los que venimos haciendo referencia ha de asistirles una razonable discrecionalidad para el cumplimiento del mandato que hayan recibido de sus respectivos clientes. Por otra parte, no podrá estimarse como incumplida una obligación por el mero hecho de que se haya producido un resultado negativo en la labor realizada y en relación a la finalidad última que su mandato pretendía conseguir, cual tesis, a contrario imperio, podría intuirse cuando el enfermo no consiguiera su curación o al patrocinado del Abogado no le absolvieran los Tribunales de los pedimentos que se le atribuyen en un determinado proceso judicial. Téngase bien presente que, generalmente, la naturaleza intrínseca de la prestación en la obligación profesional consiste en la utilización de un simple medio o bien que en la observancia de la diligencia, prudencia y pericia (D., 19.2.9.5) que la ocasión reclame, para con la finalidad de alcanzar aquel resultado que nunca podrá ni deberá ser garantizado por el deudor-profesional, ya que, como diría BONASI, “se halla vinculado a factores parcialmente independientes de su voluntad y de su poder” (2), lo que no significará un menor grado de exigencia por parte del acreedor ni del compromiso solutorio que incumbe al deudor.

Es una práctica más usual de lo que debería la confusión de lo que es una obligación de *medios* (que demanda una prestación de diligencia y prudencia, conforme exija la naturaleza del deber comprometido, artículo

(2) Cfr. *La responsabilidad civil*, trad. esp. de FUENTES LOJO y PERÉ RALUY, edit. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 10.

1.104, número 1.º, de nuestro Código Civil, en concordancia con el párrafo segundo del 1.176 del de Italia de 1942) con respecto a la que lo es de *resultado*, siendo así que la diferencia estriba en que en éstas últimas el contenido del resultado debido no se determina, dice JORDANO FRAGA (3), con arreglo a un modelo de conducta prefijada por el ordenamiento jurídico, sino que, más bien, por la presencia o ausencia de un *opus*, de una alteración en el mundo físico. En el supuesto de que se esté en presencia de una relación obligacional de *diligencia y prudencia* no puede extraerse la consecuencia de que la no obtención del resultado perseguido por el *accipiens* suponga un fracaso solutorio (ya que la frustración del resultado puede ser el presupuesto del incumplimiento, pero no se identifica con éste). En último extremo la obligación de *medios* debe apreciarse teniendo en cuenta, por un lado, la particular dificultad inherente, casi siempre, a la labor que los profesionales hayan de realizar y, de otra parte, a la exigencia ya apuntada, consistente en la permisibilidad de una razonable libertad en la elección de los medios considerados por ellos como los más idóneos para resolver de la mejor manera la tarea que se les haya confiado. Ello significaría, en último término, no perturbar la serenidad necesaria que para el cumplimiento del mandato necesita el *solvens*, haciéndole presente en todo momento los tipos de responsabilidad en los que puede incurrir si no cumple, lo hace a destiempo o realiza la prestación defectuosamente, artículo 1.101, inciso último, de la Ley sustantiva civil, en concordancia con el 1.218 del Código Civil italiano de 1942, “se non provache l'inadempimento o il ritardo e stato determinato da impossibilita della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”, pudiéndose correlacionar dicho mandato legal con lo que se preceptúa en los artículos 1.105, 1.182 y 1.184 de nuestro texto sustantivo civil.

A la omisión de aquella diligencia que la naturaleza de la obligación exija, artículo 1.104, número 1.º, del texto legal civil (sin más consideraciones, que la hay en nuestro caso (4), se la configura como un supuesto de culpa, y al ser ésta interpretada como el requisito determinante de la responsabilidad civil en ambas esferas, artículos 1.101, parte primera, y 1.902 y siguientes, al profesional que en el cuidado o resolución del asunto que se le haya confiado no dé la medida de la diligencia según los cánones del 1.104 de nuestro Código se le responsabiliza por *negligente* en el desempeño de su funciones en el ámbito de su profesión, sin que, al efecto, en nuestra legislación civil exista un precepto que contemple la compleji-

(3) Cfr. *La responsabilidad contractual*, edit. Civitas, Madrid, 1987, pág. 463, nuestra obra *La responsabilidad contractual*, edit. Bosch, Barcelona, 1989, págs. 47 a 53, y a YZQUIERDO TOLSADA, *ob. cit.*, págs. 253 a 269.

(4) Cfr. a JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, págs. 456 a 466.

dad de la cuestión encomendada a los fines de que, en tal caso, quede limitada la responsabilidad a los supuestos de dolo o culpa grave (5). Ello no sucede así al referirnos a la doctrina legal y comprobar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1984 no estimó la culpa del cajero de un banco que pagó un talón falso extendido con gran perfección, ya que, dice, hubiera sido necesario ser expertísimo para percibirlo. Y en la propia línea científica a la que nos referimos el Código Civil italiano contiene un precepto, el 2.236, que literalmente dice: "Si la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave", de lo que se infiere que si el encargo supone la resolución de problemas de particular dificultad la responsabilidad se actuará según los principios generales que la establecen, corriendo la carga de la prueba por cuenta del que afirme la ausencia del medio que fue objeto de su compromiso, artículo 2.697, número 1.º, del Código italiano de 1942, el que puede correlacionarse con el 1.315 del de Francia y 1.214 del Código Civil español, por aquello de que *onus probandi incumbit ei qui dicit*, principio procesalista que lo han venido sosteniendo, entre otras, las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 19 de enero de 1948, 10 de enero de 1951, 23 de diciembre de 1954, 10 de junio de 1959, 20 de febrero de 1960 y 22 del mismo mes de 1963.

La doctrina italiana, frente a la resolución de complejos problemas, tiende a la valoración de la culpa profesional de manera prudente y la jurisprudencia del propio país ha adoptado la misma línea de valoraciones en la afirmación de esta clase de culpas y enfila a limitarla, en todo caso, a los supuestos de evidente *incuria e impericia inexcusable*. En tal sentido la Corte Suprema italiana, en Sentencia de 13 de julio de 1945, afirmó que: *En la valoración de la culpa profesional no debe prescindirse de la razonable incertidumbre que humanamente se halla vinculada a las apreciaciones de tales profesionales. De ahí que la responsabilidad no surja si el comportamiento que ha causado el daño no se ha basado en criterios que, según el criterio no revisable del Juez de instancia, no son por sí mismos culpables, aunque por el alea que acompaña la actividad del hombre pueda surgir un daño de tal comportamiento* (6).

Efectuadas las precisiones que nos preceden en anteriores páginas se intuye con claridad que de las afirmaciones consignadas, resulta que la responsabilidad de referencia no es atributo exclusivo de los profesionales citados, sino que, también, alcanza (o mejor puede alcanzar) a otros que

(5) Cfr. a MORALES MORENO: "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", *ADC*, 1982, págs. 604 a 609.

(6) Cfr. a BONASI, del que hemos tomado la cita jurisprudencial, *ob. cit.*, pág. 308.

ejerzan profesiones liberales diferentes. Que la *esencia* de la responsabilidad en relación a sus clientes será del mismo orden convencional en cualquiera de los casos en los que no se avengan al cumplimiento del programa solutorio preestablecido. Y que la clase de prestación que demanda la relación obligacional a la que se hallan vinculados los citados profesionales es de aquella condición de las que se satisface con la observancia de la diligencia y prudencia debida, configurándose así, en base a la naturaleza de la *solutio*, aquel tipo de obligaciones que la doctrina ha calificado como de “obligaciones de medios”, en contraposición a las que lo son de *resultado* (7).

Todo lo que se ha dicho anteriormente obliga a tener presente que la actuación de la responsabilidad a la que hubiere lugar habrá de concebirse bajo los parámetros de una mayor complejidad de la que resulta de las obligaciones de *resultado* y en relación, en tales supuestos, a los intrincados que resulten ser los problemas a resolver por el profesional respectivo. Partiendo de esta idea es por lo que se encuentra a faltar en nuestro ordenamiento civil un precepto del tenor del artículo 2.236 del Código Civil de Italia de 1942; de esta forma se evitarían en mayor medida, creemos, un buen número de reclamaciones judiciales contra determinados profesionales, especialmente contra los Médicos, por el incumplimiento de prestaciones a las que no venían obligados a realizar si bien se mira el tenor de la obligación que asumieron y la naturaleza intrínseca de la *solutio* que constituía el *fin* de la trama obligacional de referencia, que no el *objeto* del contrato, cual confusión se advierte del análisis del artículo 1.271, párrafos 1.º y 3.º, del Código Civil, colocado en la Sección 2.ª, del capítulo II, del título II, del libro IV, y rotulado bajo la denominación “Del objeto de los contratos”, si se tiene presente que el objeto de los contratos es, invariablemente, el nacimiento de una o más obligaciones y, sin embargo, se funcionaliza el precepto a la consecución de los mismos fines a los que ya se enfila el artículo 1.088 del propio texto.

Cuestión la que dejamos expuesta en el anterior párrafo que, por otra parte, puede constatarse de lo que se preceptúa en el artículo 1.254 de la misma Ley sustantiva civil, al afirmar el precepto de referencia que “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otro u otras, ...”, y consignar el citado artículo 1.088 del Código que “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa” (8). En definitiva, el *objeto* de un contrato, como diría Luis Díez

(7) Cfr. a DEMOGUE: *Traité des obligations*, t. V, núm. 1237, y t. IV, núm. 599.

(8) Cfr. el art. 1.126 del Código de Napoleón que confunde lo que es el fin de una obligación por el objeto del contrato. Y así sucede con nuestro art. 1.271 del Código Civil, lo que en mayor medida resulta más anormal si se tiene presente que ya el 1.254 lo había comprendido correctamente.

PICAZO, es el de hacer resurgir una o más obligaciones (art. 1.254), el *fin* de una obligación es, empero, el de satisfacer el interés del acreedor de una relación preexistente (art. 1.157), y éste se realiza dando o entregando, haciendo o no haciendo, porque en esto consiste toda obligación (art. 1.088 CC), íntegramente aquello a lo que el deudor se había comprometido, Sentencias, entre otras, de 3 de marzo de 1979 y 13 de mayo de 1985, habida cuenta que cumplir significa *dar, hacer o no hacer* exactamente aquello mismo que se está en deber, Sentencias del Tribunal Supremo, por todas, de 12 de marzo de 1924 y 15 de octubre de 1946 (9).

Nosotros creemos, aquí y ahora, y con la sola finalidad de que la problemática de la responsabilidad civil de los profesionales liberales quede mayormente clarificada, hacer unas breves referencias a las *obligaciones generales de prudencia y diligencia* y en relación a las *obligaciones determinadas* o bien que se concretan en la realización de unos singulares resultados para que pueda predicarse que la obligación alcanzó el fin que se había propuesto, cual era la satisfacción del interés creditual.

Hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, dice JOSSEAND (10). Efectivamente, si ello no fuese así no podría asegurarse que la obligación ha quedado cumplida y el interés activo satisfecho. Mientras sucede esto se dan otras situaciones obligacionales que sólo hacen referencia al comportamiento que el deudor deberá observar para con la finalidad de que el acreedor consiga el fin que de antemano se había propuesto alcanzar, siendo así que su éxito no está *in obligatione* como dependiente del deudor. En el primer caso se trata de las obligaciones de *resultado*, cual consecución por parte del *solvens*, como ya se ha dicho, es imprescindible para que se opere un cumplimiento. El segundo supuesto hace mención a la clase de obligaciones nominadas de *medios*, y es necesario que el obligado a ponerlos lo haga con toda la prudencia y diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, artículo 1.104, número 1.º, del Código Civil, y Sentencia de 25 de enero de 1985 (11).

(9) Cfr. nuestra obra *El pago*, edit. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 70 y sigs.

(10) Cfr. *Derecho civil*, revisado y completado por ANDRÉ BRUN, t. II, vol. I, "Teoría general de las obligaciones", trad. esp. de CONCHILLOS, Buenos Aires, 1950, pág. 83.

(11) El mérito de la clasificación que hemos traído a capítulo se debe a DEMOGUE, aunque con anterioridad la hubieran intuido GLASSON, RUBEN y PLANIOL. Así pues, que los que exploraron la sugestiva problemática de la responsabilidad se sumaron, en su mayor parte, a la corriente doctrinal propuesta por el citado autor, cuales fueron, de entre muchos, JOSSEAND, *ob. cit.*; TUNC: "La distinction de obligations de résultat et des obligations de diligence", en *Sem. Jur.*, 1945, t. I, núm. 449; H. MAZEAUD: "Essai de classification des obligations obligations contractuelles et extracontractuelles, obligation

Al filo, pues, de lo anunciado en los precedentes párrafos procede ahora examinar el tenor de las dos clases de obligaciones, comenzando por las de resultado, bien que correlacionadas con las de medios y, finalmente, contemplar estas últimas, cual operación analítica es la que mayormente nos interesará habida cuenta de que los compromisos adquiridos por los profesionales liberales son más bien del orden de comportarse de un determinado modo y en una concreta dirección; en definitiva, de poner en obra su *industria, actividad y talento*; de prestar sus cuidados y suministrar sus esfuerzos en orden a conseguir un resultado, sin duda alguna, pero tampoco hay ninguna dificultad en afirmar que no se garantiza el éxito del resultado que el *accipiens* pretende alcanzar. En este sentido, y descendiendo al terreno de la casuística, puede asegurarse que *el Médico* sólo contrae la obligación de prestar cuidados concienzudos al paciente, conforme con las reglas de su ciencia y arte. *El Abogado* no garantiza el éxito de la causa cuando asume la defensa de la misma y si, empero, toda la diligencia, prudencia y pericia que sus conocimientos y experiencia le proporcionan. *El Notario* no puede asegurar que tras la autorización de una escritura de últimas voluntades o testamento, redactada conforme a los deseos del otorgante, y bajo el asesoramiento jurídico de aquél, los herederos, legitimarios y legatarios pasarán y estarán conformes con la última voluntad del causante, siendo así que ninguno de los llamados a heredar ejercerá ningún tipo de acción por razón de dicho instrumento público.

1. *La obligación determinada o de resultado*.—La obligación determinada u obligación de *resultado* dicen los MAZEAUD y TUNC que ciertamente es el tipo de relación obligacional más corriente. DEMOGUE se limita a decir que en esta clase de obligaciones se es deudor de un resultado y pone como ejemplos la obligación del mandatario encargado de cumplir un acto, la del porteador, la que asume el empresario que se compromete a construir un edificio, la del comodatario o la del depositario, que han de devolver la cosa prestada. El autor citado puntualiza que el deudor contraerá la correspondiente responsabilidad si no se alcanza el resultado que la propia obligación lleva implícito. En definitiva, dicen los escritores citados al principio, lo que caracteriza la obligación de resultado es que, cuando no se ha logrado el resultado que se quería por las partes, es que se presume responsable al deudor, salvo que pueda probar que la no

déterminée et obligation générale de prudence et diligence”, en *Rev. trim. droit civile*, 1936, págs. 1 y sigs.; LUIGI MENGONI, en Derecho italiano, “Obligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, *Riv. del dirit. commerciale*, 1954; PIERRE PACHE, en Derecho suizo, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat en droit français et son application en droit suisse*, Laussana, 1956; VON RYN, en Derecho belga, *Responsabilité aquilienne et contrats*, núm. 17, París, 1933.

producción de dicho resultado obedece a un caso de fuerza mayor por imposibilidad objetiva y absoluta de realizar la prestación, así que resulte legal o físicamente imposible, artículo 1.184, del Código Civil, en relación al 1.105, número 2.º, del propio texto legal, y en tanto en cuanto la dificultad se haya producido sin la intervención culpable del deudor y anterior a que éste hubiera incurrido en mora, párrafo 3.º del artículo 1.096 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1984 (12).

Este es el régimen de la prueba que se delineó para cuando la obligación fuera de las de "resultado", al punto que se presume en contra del deudor la responsabilidad por el incumplimiento (cuando el acreedor haya demostrado la existencia de la obligación, inciso 1.º de nuestro artículo 1.214 de la Ley civil en concordancia con el párrafo 1.º del artículo 1.315 del Código de Napoleón), así que no acredite la extinción de la obligación por alguno de los modos a los que hace referencia el 1.156 del Código Civil, artículo 1.214, parte segunda, de nuestro ordenamiento civil y en concordancia con el segundo párrafo del artículo 1.315 del Código Civil francés, y ambos preceptos en relación al número 2.º del 2.697 del moderno Código italiano de 1942.

Las obligaciones generales de prudencia y diligencia han sido propuestas por la doctrina francesa y admitidas por su jurisprudencia como una derogación del orden procesal establecido por el Código del país vecino, y ello por razón de que subvierten las reglas que para determinadas o de *resultado* se halla reglado, al tenor de lo que se ha indicado, al exigir que el demandante-acreedor pruebe la falta de *diligencia* y *pericia* que se le imputa que no ha observado el deudor. Siendo así que, como afirma JOSSE-RAND (13), la responsabilidad contractual, infinitamente más ventajosa para el demandante que la responsabilidad delictual, cuando se pone en juego con ocasión de una obligación de *resultado*, llega a ser de un rendimiento sensiblemente equivalente cuando se evoca con motivo de una obligación de medios.

Al respecto, después de todo lo que se ha dicho, cabría argumentar si es que en los supuestos de obligaciones *determinadas* o de resultado no se dan la *prudencia* y *diligencia* necesarias para la obtención del resultado que tiene por finalidad satisfacer el interés activo de la relación obligacional. Así es, efectivamente. Tanto la diligencia como la prudencia y el buen hacer son requisitos de esencial necesidad para el cumplimiento de toda

(12) Cfr. a KARL LARENZ: "Derecho de obligaciones", t. I, trad. y notas de JAIME SANTOS BRIZ, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, págs. 310 a 313, y la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 1 de mayo de 1912.

(13) Cfr. la *ob. cit.*, pág. 84.

clase de obligaciones, y en sus méritos es evidente que para el exacto cumplimiento de cualquiera de los compromisos que el deudor haya asumido en una relación de obligación resulta elemental que su conducta prestatoria se avenga a los cánones de la prudencia y diligencia, a los que hacen mención los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.104 de nuestro Código Civil, y ello con la finalidad de que, por su inobservancia, no quede la prestación adeudada sin realizar, produciéndose, así, el incumplimiento de la obligación y, en vía de consecuencias, se determine la responsabilidad en contra del obligado al pago, correlacionándose la determinación del contenido o medida del daño en función de la importancia del elemento subjetivo, artículo 1.107, números 1.º y 2.º, del Código Civil (14).

2. *La obligación de prudencia y diligencia.*—Algunas obligaciones tienen como punto de referencia una conducta de cooperación *valuable*, según un criterio de diligencia y buen juicio. Estas son las obligaciones de *medios*, llamadas también obligaciones de *pura diligencia*, son, dicen los MAZEAUD, ciertamente más raras. Constituyen, en todo caso, un régimen de derogación del que le es común a la relación obligacional o convencional. Al referirnos a este tipo de obligaciones hacemos referencia a la circunstancia de que la naturaleza de la prestación objeto de la obligación no consista en dar una cosa determinada, indeterminada o genérica, ni en el producto resultante de una actividad comprometida. Apuntamos hacia aquella clase de obligaciones que al actuar su contenido se comprueba que la naturaleza del débito es “el desarrollo de una actividad productiva en interés del acreedor”, operación que debe ser controlada conforme a un criterio de diligencia, prudencia y habilidad técnica, acorde con los servicios que el *solvens* hubiere convenido. En el supuesto de la relación obligatoria que contemplamos, cual es la de *medios*, la diligencia, aun siendo una manera de comportarse que jurídicamente es exigible en toda clase de obligaciones, con independencia de la naturaleza intrínseca de sus respectivas prestaciones (15), es *idónea* para conformar el contenido de aquella deuda que resulta ser *objeto* y fin de una relación “general de prudencia y diligencia”, pues hay que decir que, en tal clase de obligaciones, el deudor promete *solamente* poner la necesaria diligencia para conseguir el resultado deseado por el acreedor. Efectivamente, son obligaciones en las que la

(14) Cfr. nuestra obra *La responsabilidad contractual*, t. II, vol. I, edit. Bosch, Barcelona, 1989, págs. 47 y 48, MAZEAUD y TUNC: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, vol. I, trad. de la 5.ª edic. francesa por ALCALÁ-ZAMORA, Buenos Aires, 1961, págs. 129 y 130; JOSSELAND, *ob. cit.*, págs. 83 a 84.

(15) Cfr. a BADOSA: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, págs. 217 y sigs.; JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, edit. Civitas, Madrid, 1987, págs. 123 a 135, por todos.

diligencia del sujeto pasivo de la relación es el objeto de la obligación. Ello sucede así por el hecho de que el fin pretendido por el *accipiens* es demasiado aleatorio para que el deudor se involucre en su consecución, depende demasiado poco de su aportación prestatoria personal la obtención de lo que se quiere conseguir y por esta razón es por la que las partes no han fundamentado *el fin de la obligación* en la sola prestación del deudor. El resultado, dicen los MAZEAUD, debe considerarse como algo *externo* a la convención que dio vida a la obligación de prudencia y diligencia, lo que no impide que el obligado se esfuerce para que el acreedor lo pueda conseguir (16).

Lo que sucede es que al referirnos a la prudencia y diligencia como elementos constitutivos del débito, y ésta como el objetivo a conseguir por la mediación del establecimiento de la obligación, la hemos funcionalizado como *actividad jurídicamente debida*, cual pretensión se persigue en base al establecimiento de la obligación “general de prudencia y diligencia” u obligación de *medios*, de forma y manera que cuando lo que constituye el objeto de la relación no se actúa por el deudor se produce el incumplimiento de la obligación y, por sus consecuencias, se concreta la responsabilidad (17). Es notorio que en el marco de este régimen del derecho de las obligaciones, a las que DEMOGUE en su obra citada llamara relaciones de medios, no podrá ni deberá confundirse lo principal por lo accesorio, cual tesis postulan los que sostienen el viejo principio de la culpa, también en la ocasión de las relaciones *determinadas* o de *resultado*. Cuando en la oportunidad del caso la obligación tenga por objeto la realización de una prestación que tenga por contenido un determinado comportamiento, su violación significará siempre el *incumplimiento de la obligación*, por no haber actuado el obligado lo que constituía *el contenido principal de la relación*, cual es el de “tomar ciertas medidas que normalmente son capaces de llevar a cierto resultado” (18).

El fin de la obligación de medios lo constituye la *diligencia* que el deudor ha comprometido en la relación, pues, como dice JORDANO FRAGA, el interés primario del acreedor no está *in obligatione*, y por otra parte, y en relación a lo indicado por el citado autor, el resultado es demasiado aleatorio para que el titular pasivo de la obligación tome una participación en su éxito, el objeto de su colaboración en la consecución del resultado que persigue el *accipiens* es prestado sólo a modo de coadyuvar a conseguir lo que el acreedor pretende, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de

(16) Cfr. la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de mayo de 1936.

(17) Cfr. la bibliografía que, al respecto, se cita en la *nota* 3 de nuestra obra *La responsabilidad contractual*, t. II, vol. I, pág. 48.

(18) Cfr. a los MAZEAUD y TUNC, *ob. cit.*, pág. 130, t. I y vol. I

julio de 1987, considerando cuarto, que al hacer mención a un caso de diligencia profesional distingue las obligaciones de “medios de las de resultado” (19).

Nosotros, aunque tarde, reconocemos el mérito de la clasificación de DEMOGUE, y nos sumamos a los que lo hicieron sólo al conocer la obra, entre los que se encuentran, por todos, JOSSEAND, PLANIOL, JEAN SAVATIER, MEZEAUD, VAN RYN, MENGONI, LACRUZ, DÍEZ-PICAZO, JORDANO FRAGA, HERNÁNDEZ-GIL, etc. La diferenciación de relaciones obligacionales en base a la naturaleza del débito permite contemplar, en el ámbito convencional, un tercer género de obligaciones en función del fin que persigue el instituto, y cuando el acreedor espera del deudor un comportamiento acorde con los cuidados exigidos por las relaciones “leales”, artículo 240 del Código de las obligaciones polaco, de 1934; se observa que la diligencia, cuando es contenido de la prestación, y no se lleva a término armónicamente con el servicio pactado, determina el incumplimiento y éste la responsabilidad (20) del obligado a prestarla, como actividad debida, pudiéndose exonerar de la misma (cuando el acreedor pruebe que, efectivamente, hubo incumplimiento) si el deudor alega la imposibilidad liberatoria por causa que no le es imputable, al tenor de los artículos 1.105 y 1.184 del Código Civil, todos. Cuestión ésta de la carga de la prueba que en los supuestos de daños a la obligación de “medios” se podrá correlacionar ésta con aquella otra obligación resarcitoria de los daños aquilianos, ello por haberse operado una inversión de la carga de la prueba en el marco de las obligaciones de *medios*, alterándose así lo que se contiene en el artículo 1.214 del Código Civil, en concordancia con el precepto 1.315 del Código de Napoleón de 1804.

En definitiva, pues, la clasificación de DEMOGUE, en la esfera convencional, viene a funcionalizar la diligencia al modo y manera que lo hace nuestro texto legal civil, en lo referente al comportamiento que se exige del deudor (arts. 1.104, 1.094, 1.468, núm. 1.º, etc.) en las obligaciones determinadas o de resultado, por cuanto es una actividad jurídicamente exigible. Cuando la relación demanda una prestación consistente en la prudencia y diligencia (arts. 270, 1.719, núm. 2.º, y 1.889) (21), siendo así que lo que se debe es una actividad, el citado autor francés califica a la obligación como de “obligación de medios”, y ésta es la razón de la

(19) Cfr. la citada Sentencia y el comentario a la misma que realiza RICARDO DE ÁNGEL, *Vid. los cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 1987, págs. 4961 a 4981.

(20) Cfr. a BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, edit. Rev. de Derecho Privado, trad. esp. de LOS MOZOS, t. I, Madrid, 1969, pág. 142.

(21) Preceptos que han sido citados por BADOSA COLL, *ob. cit.*, en la nota 15 de este capítulo.

similitud a la que hacíamos referencia, y en relación a la diligencia. Efectuadas estas precisiones puede intuirse con facilidad que la falta de una conducta diligente no ha de convertirse, forzosamente, en lo contrario, en un comportamiento negligente y, en su consecuencia, determinar la responsabilidad por culpa. No es ésta la cuestión cuando de una relación de *medios* se trata.

La diligencia y la prudencia, elementos-objeto de la obligación, *cuando son contenido de la prestación*, y ésta no se ejecuta exactamente, conforme a los preceptos que regulan un estricto pago, se producirá el incumplimiento que es, como dice BADOSA (22), la simple negación de la diligencia. Tanto en este supuesto de una obligación general de prudencia y diligencia, como en aquellos otros que la prestación consista en la entrega de una cosa determinada o indeterminada (arts. 1.166 y 1.167 CC), así como en el resultado de una actividad, el acreedor tendrá derecho, siempre, a que se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hubieren causado por la infracción del principio *alterum non laedere*, pues se refiere al daño producido por la deslealtad observada en relación a los intereses contractuales, o por la violación de aquellos deberes que, en el ámbito extracontractual, implican la injerencia en la esfera del interés ajeno, artículo 1.902 de nuestro Código Civil; siendo el contenido de aquellas exigencias el que resulte de su determinación, en función de evaluar cuál haya sido la intervención del elemento subjetivo, artículo 1.107 del ordenamiento civil.

Nosotros creemos que la diferenciación de las relaciones, en el ámbito contractual, efectuada por DEMOGUE, habrá puesto de manifiesto, como así lo hace el caso fortuito a contrario imperio (art. 1.105 CC nuestro), que la diligencia, en las obligaciones de *medios*, cuando no se presta no se transforma en aquella culpa que determina la responsabilidad (art. 1.101 del texto legal civil), y en lo concerniente a las relaciones *determinadas* o de *resultado* la falta de aquella prudencia y diligencia necesarias para que se produzca la prestación, si concurre al acto del incumplimiento, agravará la entidad del daño que toda infracción de una relación puede conllevar para el acreedor. Así pues, la responsabilidad se concretará a virtud de la contravención del tenor de la obligación, y ello sucederá a la vez que al obligado al cumplimiento no le asista algún motivo que, al amparo de los artículos 1.105, 1.182 y 1.184 del Código Civil, le exonere del incumplimiento (23).

La diligencia y la prudencia, como se ha dicho, sólo constituyen *el fin* de la obligación *cuando conforman el contenido del débito*, cual sucede con la obligación de *medios*. La problemática prestatoria de las relaciones

(22) Cfr. *ob. cit.*, pág. 510

(23) Cfr. a JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, págs. 150 y sigs

de obligación *determinadas* o de *resultado* se afronta mediante la entrega de la cosa corporal comprometida o la realización de la actividad que ha de producir el resultado que es el objeto de la obligación, dice HERNÁNDEZ-GIL. El deudor no puede pretender excusarse de la no ejecución de la prestación comprometida en el programa prestatario que se contiene en el núcleo de la relación, argumentando que no ha podido *dar* o *hacer* aquello que debía por razón de las dificultades que ha encontrado en el trayecto prestatario, aun habiendo observado la prudencia y diligencia que han estado a su alcance. Pues, amén de que la violación de una norma de conducta se arbitra mediante métodos objetivos, como así lo entiende la doctrina científica (24) y jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 8 de noviembre de 1977, 12 de febrero de 1981 y 22 de noviembre de 1983, entre otras, lo cierto es que la satisfacción del interés del acreedor depende de la realización de la entrega o del resultado empeñado, pues el obligado es deudor de un resultado y en función de si éste se ha producido o no se dará el incumplimiento de la obligación, y en base a este hecho objetivo se actuará la responsabilidad; es conveniente tener presente que, en este tipo de relaciones, lo que el acreedor pretende, y el deudor compromete, es una cosa, determinada o indeterminada, o un concreto resultado que altere la realidad física anterior (la construcción de este o aquel edificio), aunque para conseguir el fin que las partes se han propuesto hayan de concurrir al acto prestatario todas aquellas cautelas que la hagan posible, cuales son la *diligencia* y *prudencia* necesarias, conforme a los criterios que se dejan establecidos en el artículo 1.104 del Código Civil nuestro, en relación a los preceptos, 1.137 del Código Civil de Francia, parágrafo 276 del BGB alemán y artículo 1.176 del moderno Código Civil de Italia de 1942 (25). Si bien se intuye de todo ello que en las relaciones *determinadas* o de resultado la diligencia es una actividad o comportamiento jurídicamente exigible, dice BADOSA (26), pero no, empero, constituye el contenido de la prestación y, en consecuencia, el fin de la obligación como sucede en la obligación de *medios*. Ello traerá como lógica conclusión lo que ya con anterioridad hemos venido afirmando (*Vid.* nuestra Parte General, t. I, cap. II, págs. 70 a 84); en uno y otro caso la falta de diligencia que por ley sea exigible (arts. 1.094, 1.104, 1.122, etc.) agravará el contenido del daño que haya producido el incumplimiento y, en el supuesto de la relación de *medios*, determinará la responsabilidad por su

(24) Cfr. a JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, págs. 118 y sigs ; Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1979, págs. 711 y 712, entre otros autores de aquí y extranjeros.

(25) Cfr. a BETTI, *ob. cit.*, págs. 142 a 144; JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, págs 172 a 181; MAZEAUD y TUNC, *ob. cit.*, págs.129 y 130.

(26) Cfr. *ob. cit.*, págs. 215 y sigs.

doble condición de actividad *debida* (arts. 270, 1.719, núm. 2.º, y 1.889 del CC, y Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1933) y *exigida* jurídicamente, como sucede en las relaciones *determinadas* o de *resultado*.

Enfilada la temática de las responsabilidades en las que pueden incurrir ciertos profesionales liberales y vista la panorámica desde el punto de mira bajo el cual la hemos contemplado, habiendo tomado como piedra de esquina del edificio obligacional al que hacemos referencia “las obligaciones generales de prudencia y diligencia”, es bien evidente que la clasificación de DEMOGUE nos vendría bien oportuna, y que el interés de una distinción pormenorizada habría de facilitarle al lector, en mayor medida, la comprensión de aquellas cuestiones que, en el ámbito empírico, se plantean en relación a determinar cuál sea el *objeto* exacto de la obligación que una de las partes ha empeñado en beneficio del otro contratante.

Por muchas y encarnizadas que hayan sido las discusiones doctrinales acerca de la admisibilidad de la *idea clasificatoria* de las obligaciones, en “obligaciones de resultado” u “obligaciones de medios”, lo cierto es que la temática en cuestión resulta de suma importancia. Primero, porque en un caso dado se llega al conocimiento exacto de cuál es el fin de la obligación y la naturaleza de la prestación por virtud de la cual se satisfará el interés activo o creditual. Y en segundo término, porque según sea la naturaleza intrínseca de la *solutio* la carga de la prueba, en punto a una acción judicial resarcitoria, correrá por cuenta y cargo de una u otra parte del pleito en función de si se puede calificar a la obligación de *medios* o bien de *resultado*; en el *primero* de los supuestos será el acreedor que habrá de demostrar que el deudor no ha cumplido y en el *segundo* correrá por cuenta del *solvens* la prueba de que la obligación ya se extinguió, parte segunda del artículo 1.214 del Código Civil, o, en otro caso, alegar la imposibilidad solutoria *objetiva* y *absoluta* (con las reservas que a dicho término le oponemos por aquello de que al ámbito del Derecho se le avienen mejor las *cuestiones relativas* que las absolutas) conforme se colige de los preceptos 1.182 y 1.184, ambos en relación al 1.105, número 2.º, todos de la Ley civil.

Podríamos cerrar el círculo de las ideas que nos preceden trayendo a colación el clásico ejemplo de las *cajas de seguridad* que los bancos poseen y ponen a disposición de sus clientes mediante el correspondiente contrato de arriendo. El *quid* de la cuestión estriba en comprender cuál será la clase de obligación que asume la entidad financiera por razón del arrendamiento de una caja de seguridad, *precisamente*. Al respecto, DEMOGUE (27) en-

(27) Cfr. la *ob. cit.*, t. VI, núm. 599.

tendió que el objeto de la obligación lo podría satisfacer el banco asegurándole al cliente una determinada vigilancia, aunque debía ser de grado elevado. A la idea se le opuso CAPITANT (28) con el argumento de la incertidumbre que para los arrendatarios del servicio significaba el resultado o la recuperación de los objetos depositados en las mentadas cajas de seguridad. Del examen del presente caso es fácil extraer el convencimiento de que de lo que se trata es de una obligación *determinada* o de *resultado*, lo que se intuye del contexto psicológico del que contrata un espacio *fijo y cerrado en un lugar seguro*.

Las partes contratantes, desde un principio y del modo más natural, conciben la obligación de la entidad bancaria como una obligación de *resultado*, de tal forma y manera esto es así que los clientes del banco tuvieran el convencimiento de que los objetos que depositan en aquellas cajas corren algún riesgo, que es aleatoria la recuperación de las cosas depositadas, pueden ustedes tener por bien seguro que no habrían contratado con la entidad de referencia. No es jurídicamente aceptable, en este contexto social y negocial, argumentar que el banco sólo se comprometía a prestar *un servicio de vigilancia* y a mantener los locales debidamente acondicionados para que ofrezcan la seguridad para la finalidad a la que servían, trastocando así la realidad de lo que se espera del contrato al defraudar la confianza que se tenía en el *objeto* de la obligación que se había dejado establecida, cual cosa sucede cuando se pretende alterar *el fin de una obligación*. El cliente de una caja de seguridad espera recuperar sus pertenencias, sean pocas o muchas, cuando él lo determine y no sería razonable que su derecho se viere frustrado por alguna eventualidad que aun pudiendo ser atribuible al banco debiera cargar el acreedor de la relación obligacional con la carga de la prueba de que el deudor había incurrido en dolo o negligencia.

El anterior supuesto configura una *obligación de resultado* de la que sólo podrá liberarse el deudor cumpliéndola, o bien que en la oportunidad del caso concurriera una *fuerza exterior* al círculo del contrato y que hubiera sido imprevisible y resultase inevitable, artículo 1.105, número 2.º, del Código Civil. No sería conforme a Derecho aceptar argumentaciones tendentes a querer demostrar que en la vigilancia de las cajas de seguridad se empleó toda la diligencia que podía haber observado el más precavido en sus negocios. En primer lugar, porque las cosas hablan por sí solas (*res ipsa loquitur*), donde debía haber seguridad no la ha habido, y, por ende, no se ha cumplido la obligación, cual operación prestatoria requería que el depositante hubiera podido recoger *todas y las mismas* cosas que tenía

(28) Cfr. "Les effets des obligations", en *Rev. Trim. droit. civil*, 1932, págs. 724 a 725.

depositadas en la caja de seguridad. En segundo término, vale la ocasión para recordar al lector que la observancia de la debida diligencia tendente al cumplimiento de una obligación, sea *determinada* o de *medios*, siempre es un presupuesto necesario para el cumplimiento del deber comprometido. La diferenciación está, en un caso u en otro, si la *diligencia* y la *prudencia* constituyen o no el objeto de la obligación lo que no se da en el presente ejemplo al tratarse de una relación que para su cumplimiento demanda *la ejecución del resultado* que el acreedor esperaba razonablemente del *solvens*.

Expuestas así las cosas y efectuadas las referencias que hemos creído oportunas en relación a las clases de obligaciones de *resultado* y de *medios*, por las incidencias que las mismas tienen en la temática de presente, afrontaremos seguidamente las clases de responsabilidad en las que pueden incurrir los Abogados, Notarios y Médicos en el ejercicio de sus respectivas profesiones.

a) *Contractual, normalmente*.—La exploración del origen de la responsabilidad en la que pueden verse involucrados los profesionales citados en el presente número requiere, como cuestión previa, *el análisis fáctico* del cómo se suceden las cosas en la realidad de la vida diaria entre los individuos de nuestra comunidad social, para la regulación de cuyos intereses está dado el Derecho. Normalmente el ciudadano que precisa asistencia técnico-jurídica busca el consejo de un Letrado, personándose, al efecto, al despacho de dicho Abogado. Lo propio sucederá cuando un miembro de la comunidad social cualquiera se encuentre necesitado de los servicios que le son inherentes a la función notarial, que si bien es pública no por ello configura al Notario como si de un funcionario público se tratara. Y en esta propia línea en la que se suceden los hechos se dará lo mismo en el sentido de que el enfermo acudirá a la consulta del Médico en la búsqueda del remedio sanitario adecuado que dicho profesional le puede proporcionar por sus conocimientos científicos y práctica profesional.

Y si las cosas se dan así normalmente (con escasas excepciones en los supuestos del ejercicio de la abogacía y notariado, pues la excepción abarca, en el caso del ejercicio de la profesión médica, un ámbito de supuestos más amplificado, por las razones coyunturales o de política sanitaria que se dirán) es por esta fundamental razón por la que afirmamos que el *tipo de responsabilidad* más corriente que puede afectar a los aludidos profesionales es la que establece el artículo 1.101 del Código Civil, si en la oportunidad del caso el Abogado, Notario o Médico “contravinieron de cualquier modo el tenor de la obligación asumida explícita o implícitamente”, comprendiéndose en dicho marco legal no sólo la responsabilidad por la infracción de la obligación principal, sino que, tam-

bién, la que se derive de la violación de todas las demás obligaciones accesorias y contravención de los deberes de protección del crédito y derechos que de él pudieren dimanar. Cuestión diferente será, en esta propia esfera convencional, cual sea la *clase de obligación* que haya quedado establecida en función de la prestación que el deudor viene obligado a realizar para satisfacer el *fin* u *objeto* de la obligación, habida cuenta de la clasificación en obligaciones de *resultado* y de *medios* que hemos dejado consignada en páginas anteriores, a cuyas exposiciones nos remitimos en evitación de reiteraciones.

Que el origen de la responsabilidad de los profesionales liberales pueda ser normalmente contractual no es asunto casual o del azar de la vida, es una cuestión que las partes han querido *expresamente* que fuera así y no de otra manera. La responsabilidad, si se produce, lo será con posterioridad al establecimiento de la *obligación de medios* (sin que quepa la posibilidad de excluir el planteamiento de un tipo de *obligación de resultado* en concretas ocasiones, cual podría ser, por ejemplo, la redacción y entrega de un dictamen o bien que solicitar del Médico un específico servicio radiológico o de análisis ordenado por otro facultativo), se determinará por el incumplimiento culpable de la obligación convenida y tratándose de una *obligación general de prudencia y diligencia* se operará la excepción de la inversión de la carga de la prueba que para las obligaciones determinadas o de *resultado* tiene establecida el artículo 1.214, número 2.º, en relación a la parte primera del mismo precepto. Y siendo así, cuando se den todas las circunstancias para que se pueda calificar a la responsabilidad de *obligacional* se dará *ipso facto* la *exclusión* de aquella otra clase de responsabilidad extracontractual, delictual o aquiliana, tesis que es conforme con nuestra legislación vigente al arbitrarse la una y la otra especie por preceptos bien diferenciados (arts. 1.101 y 1.902), y la doctrina legal, al respecto, más bien parece inspirada en la teoría de la incompatibilidad de ambas responsabilidades al afirmar, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1953 que la esencia de la contractual y la naturaleza de la extracontractual no son de fácil coexistencia (29), lo que se colige con evidente claridad de la doctrina sentada por las Sentencias dictadas por la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal de 26 de enero de 1984, entre otras (30).

b) *Extracontractual, delictual o aquiliana, excepcionalmente*.—En méritos de lo que tenemos dicho en el anterior apartado, lógicamente no

(29) Cfr. a JAIME SANTOS BRITZ: *La responsabilidad civil*, t. I, 5.ª edic., edit. Montecorvo, Madrid, 1989.

(30) Cfr. el epígrafe 2.º del cap. I. del vol. 2.º, del t. II, de nuestra obra *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, edit. Bosch, Barcelona, 1990

cabe la producción de un daño *erga omnes*, sino que sólo frente al otro contratante. Pero sucede que en la ejecución de una obligación, nacida de un determinado contrato, pueden causarse perjuicios a un *tercero ajeno a la relación obligacional*. Y será en estos casos en los que el Abogado, Notario y Médico habrán de responsabilizarse de reparar el mal causado al amparo del artículo 1.902 y siguientes de la Ley civil. Ahora bien, en el supuesto del profesional sanitario las cosas son un tanto más complejas habida cuenta de la diversidad de supuestos de hecho en virtud de los cuales el Médico pone al servicio de los demás sus conocimientos científicos y habilidades profesionales. Y si se tiene presente, como diría EMILIO BETTI, que la ilicitud aquilinana se origina al tenor de una situación fáctica, la responsabilidad delictual del profesional mencionado es mucho más fácil que pueda darse en el ejercicio de la profesión médica que, posiblemente, en cualquier otro tipo de profesión, si se tiene presente la naturaleza de los bienes que por su mediación se pretenden proteger y las oportunidades en las que éste se ve obligado a intervenir sin que medie ningún tipo de relación con el paciente que está necesitado de sus servicios. Ello se da en caso de accidentes o bien que cuando el Médico presta sus servicios profesionales en un complejo hospitalario, cuyas eventuales responsabilidades se concretarán al amparo de los preceptos que las regulan por culpa intencional o negligencia y se dilucidarán a instancia del perjudicado y el Médico causante del daño que se reclama, habida cuenta del carácter de hecho propio que tiene la lesión producida al interés ajeno y sin perjuicio, todo ello, de la responsabilidad que por el hecho indicado le pudiese alcanzar al centro sanitario que lo tuviere empleado, artículo 1.903, párrafo 4.º, del Código Civil.

Otras circunstancias muy diferentes serán aquellas que aun habida una obligación preestablecida, procedente de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, se pretenda regular la correspondiente responsabilidad bajo la égida del 1.902 y siguientes y con el pretexto de que el profesional sanitario, como los demás, sin perjuicio de cumplir aquello a lo que se había comprometido, ha de hacer frente, a mayor abundamiento, a la observancia de los deberes que impone el *neminem laedere* (31). Esta es una cuestión que nosotros no podemos aceptar al haber sostenido con anterioridad (32) que el principio *alterum non laedere* es de condición polivalente en todo el ámbito o esferas de la responsabilidad civil, y por esta razón no es excusa válida el recurso a la esfera *aquiliana* para su pretendida prevalencia y reparar por su mediación aminoraciones patri-

(31) Cfr. a SANTOS BRITZ, *ob. cit.*, t. II de la edic. 5.ª, pág. 816

(32) Cfr. nuestra obra *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1989, t. I, págs. 68 a 73.

moniales o extrapatrimoniales que bien pueden resarcirse por la vía del 1.101 del texto legal civil. Los motivos que califican un daño de contractual o excontractual son de otra índole muy diferente y no dependientes de la violación del *neminem laedere*, este principio de Derecho se infringe de cualquier modo cuando se inflige un daño a otro.

Sin entrar ahora, porque ya lo hicimos en el capítulo primero, epígrafe 4, de la obra citada en la *nota* 30 de este trabajo, a polemizar acerca de si puede o no darse la concurrencia de las responsabilidades *convencional* y *excontractual* en yuxtaposición, como así lo asegura la Sentencia, entre otras, de 19 de junio de 1984, si, empero, que viene al caso salir al paso de aquella otra idea que sostiene dicha Sentencia en el sentido de “que no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato, desplegará aquélla sus efectos propios”.

Al respecto, y en méritos de los argumentos que hemos dejado vertidos, no creemos necesario insistir de nuevo en la idea que atribuya a cada uno de los institutos de la responsabilidad civil el mérito del *autoexcluirse* el uno al otro (33). Esta es una tesis científica que en el estado actual de las cosas (porque así las ha venido en disponer nuestro Código Civil delineándolas por separado y para ocasiones diferentes) no es discutida ni por la doctrina ni tampoco por un buen número de resoluciones del Tribunal Supremo, por todas, Sentencias de 20 de noviembre de 1896, 20 de abril de 1910, 31 de octubre de 1924, 1 de junio de 1951, 14 de octubre de 1983 y 9 de julio de 1984, entre otras muchas comprendidas *in extenso*. Pudiéndose añadir, eso sí, que la jurisprudencia, al respecto, es bastante caótica. Los MEZAUD y TUNC (34) advierten, al filo de la polémica que nos ocupa, que los Tribunales con excesiva frecuencia indistinguen el problema que los litigantes les someten a su consideración y, al respecto, aplican indiferenciadamente el artículo 1.382 y siguientes del Código de Napoleón (el 1.902 y siguientes de nuestra Ley civil) o bien que los preceptos que disciplinan la responsabilidad obligacional, artículos 1.146 y siguientes del propio Código francés (arts. 1.101 y sigs. del nuestro). A la tarea coadyuvan, en más de las ocasiones de las que sería de desear, los llamados prácticos del Derecho, que con llamarse así creen que todo el campo es

(33) Cfr. a BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, parte general, Madrid, 1959, págs. 739 y sigs.

(34) Cfr. el *Tratado teórico y práctico*. ., t. I, vol. I, de la *ob. cit.*, pág. 146.

órégano, y por cuya mediación, las más de las veces, se subvierte el orden científico y se presta un enjuto servicio a la ciencia jurídica.

c) *Penal en la ocasión de una ilicitud de este orden por la acción u omisión contraria a la Ley punitiva.*—Es más que evidente que si un determinado profesional de los citados en este número, u otro que se le pueda asimilar, al tiempo de incurrir en responsabilidad profesional culpable civilmente, en ocasión del desempeño de la tarea que le haya sido confiada, *perforara la lámina de separación de los dos tipos de responsabilidad*, la civil y la penal, y en la oportunidad del caso el hecho lesivo se hallara tipificado en el Código Criminal está claro que incurriría en esta clase o modalidad de responsabilidad penal, la que, por su *vis atractiva*, prevalecería temporalmente a la civil y se enjuiciaría con preferencia, pudiéndose dilucidar al tiempo y ante el propio Tribunal de lo criminal la supuesta responsabilidad civil, lo que de no ser así habría que esperar a la conclusión del proceso criminal para que pudiera actuarse la responsabilidad civil ante el Tribunal competente de este orden (35).

2. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

Siguiendo el esquema doctrinal propuesto por IZQUIERDO TOLSA DA (36), el que, al respecto, valoramos por sus aciertos, nos permite hacerle al lector la observación de que nos encontramos, al estudiar la responsabilidad en la que puede incurrir el Notario en el ejercicio de su profesión, prácticamente liberal, como así lo afirmaría el insigne Profesor LACRUZ, frente al estudio de la controvertida categoría profesional privada, pero que su contenido lo llena el ejercicio de funciones que por su trascendencia social son públicas, cuales circunstancias se dan, también, en el caso del Corredor de Comercio y con matizaciones, las que hiciera CHICO ORTIZ (37), con la figura del Registrador de la Propiedad. MARIANO IZQUIERDO, además, hace una meritoria exposición de aquellas otras profesiones que prodigan al servicio público como *complemento obligatorio de su actividad*, en cuyo apartado incluye al *capitán de buque*, *comandante de aeronaves* y al *práctico de puerto*. Nosotros nos excederíamos del

(35) Cfr. el epígrafe 1.º del cap. I de nuestra obra *La responsabilidad extracontractual, aquilana o delictual*, vol. II del t. II, al objeto de que ampliando los conocimientos del tema de la ilicitud penal pueda comprenderse mejor la cuestión que se deja apuntada en este apartado; y SANTOS BRITZ: "La responsabilidad civil de los Médicos en el Derecho español", *RDP*, 1984, págs. 657 a 664

(36) Cfr. la *ob. cit.*, págs. 105 a 131, que a los fines que ahora se pretenden, cuales son el análisis de la responsabilidad civil del Notario, es imprescindible su exégesis por su propia rigurosidad.

(37) Cfr. la *Teoría y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 1977-78, pág. 54.

sumario del presente trabajo, y en especial de este epígrafe, si no hiciéramos referencia exclusiva al Notario, aunque lo relacionemos convenientemente con el Registrador de la Propiedad o Mercantil.

Ante todo, la primera cuestión que se nos antoja es la de que conviene con preferencia clarificar, primero, que todo y como requisito previo, la averiguación de si el Notario por razón del ejercicio de su función notarial puede incurrir en responsabilidad y en base a qué presupuestos (lo que supondría y significará más adelante la indagación de la normal naturaleza de dicha eventualidad responsable y sus causas, facilitándonos, así, el marco o esfera para su exigencia), si el Notario es o no funcionario público. Esta fundamental constatación, al poner las cosas en el ámbito jurídico en el que les corresponde, servirá de orientación definitiva de cuál sea la esencia de la responsabilidad del fedatario, según sea el origen de la infracción que pueda acometer, y por sus méritos convalidaría, doctrinalmente hablando, la tesis jurisprudencial sentada por la fundamental Sentencia, en esta materia, de 3 de julio de 1965, o bien que se resistiría a aceptar las ideas que en la misma se dejaron consignadas.

Al Notario y al Registrador, por algunos, se les ha confundido con un funcionario público y ello es debido, en parte, a la existencia de algún que otro texto legal que así lo afirma, artículo 1.º de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, y 274, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, y no en menor proporción a la idea de que su profesión *privada tiene por contenido la función pública* en interés de la comunidad social, "esercizio privato delle pubbliche funzioni", diría ZANOBINI, cuestión que no significará la misma cosa frente a la prestación de servicios de necesidad pública prestados por otra clase de profesionales liberales, cuales podrían ser los Abogados y Médicos. Ambos profesionales, sin embargo, son responsables del incumplimiento de las obligaciones civiles que contraigan en el ejercicio de sus funciones y responderán del resarcimiento de los daños y perjuicios que causen a las víctimas con todos sus bienes presentes y futuros, artículo 1.911 del Código Civil en concordancia con el 2.740 de la Ley civil de Italia, promulgada y puesta en vigor el 1.942. Actúan en su propio nombre y perciben honorarios; tienen su propia clientela; son titulares de los locales y demás enseres que les son útiles para el desarrollo de su cometido; frente a sus empleados tienen la condición de patronos de éstos; y en su función de depositarios de la fe pública la dan en ocasiones diversas y de extremos diferentes (38). Aun así, los preceptos legales citados están en vigor y su disfuncionalidad en relación a la realidad constatada, como puede intuirse, no puede ser más desorientadora y en mayor medida,

(38) Cfr. a LACRUZ: "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador", *RCDI*, núm. correspondiente a los meses de enero y febrero año 1979.

como diría IZQUIERDO, la confusión aumenta si los artículos 1.º de la Ley Orgánica del Notariado y el párrafo 2.º del 274 de la Ley Hipotecaria se correlacionan con los preceptos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 106 de nuestro texto constitucional (39).

Con todo, no solamente no confrontan los presupuestos legales mencionados, al calificar al Notario y Registrador de funcionarios públicos, con la realidad vivida, sino que, ni siquiera, con otras normas colocadas en los propios textos, pero que, sin embargo, están diseñadas con una visión más realista de como son las cosas, y así es, efectivamente. La propia Ley del Notariado, después de que en su artículo 1.º ha calificado al *fedatario* de funcionario público, dice, en el siguiente artículo, que: "El Notario que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes" (Cfr. el art. 3.º del Reglamento Notarial de 1944, modificado por Decreto de 22 de julio de 1967). Y en esta propia línea de pensamiento, que no favorece la que se contiene en el número 2.º del artículo 274 de la Ley Hipotecaria, el artículo 18 de la propia Ley advierte que: "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 por último, es definitivo, a juicio nuestro, el sólo enunciado del título XII de la Ley de referencia, "De la responsabilidad de los Registradores", al que le sigue el precepto 296 que en su párrafo 1.º deja bien claro que: "Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y, en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen: 1.º..., 2.º..., 3.º..., 4.º... y 5.º", en conclusión se les coloca bajo la égida del 1.911 de la Ley sustantiva civil como a cualquiera otro ciudadano que se ejerce en el ámbito privado.

De todo lo expuesto es suficiente para reiterar que el Notario es un profesional liberal y no *un funcionario público* (sin que sea obstáculo para sostener tal afirmación lo que se contiene en el art. 2.º de la Ley Orgánica del Notariado), si bien que el contenido en dicha profesión lo constituya la función pública, la que se reglamenta por las normas del Derecho público que se desprenden del Derecho administrativo (40) y se concreta su aplicabilidad en el ámbito de la justicia conmutativa, la que hace refe-

(39) Cfr. a MARIANO IZQUIERDO, *ob. cit.*, págs. 117 a 121.

(40) Cfr. a NÚÑEZ LAGOS: "El Derecho notarial", en *Revista de Derecho Notarial*, 1954, núms. 5 y 6.

rencia a las relaciones de los particulares entre sí, y todo ello, como dice IZQUIERDO, por más que, adoptando un criterio estrictamente teleológico del fenómeno, “las situemos en un cuadro abstracto de funciones del Estado”. En definitiva, pues, y siguiendo los acertados planteamientos del citado autor, bien puede estarse conforme con que no debe entenderse que las Leyes administrativas que consagraron el instituto de la responsabilidad objetiva o por riesgo de la Administración Pública (en especial la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957) derogaron las disposiciones que acerca de la responsabilidad patrimonial de los Notarios, Registradores y Agentes mediadores contiene la legislación notarial, hipotecaria y artículo 97, párrafo 2.º, del Código de Comercio, respectivamente.

La expresión “funcionarios públicos”, a la que hacen referencia las Leyes del Notariado, de 28 de mayo de 1862, e Hipotecaria, sigue afirmando MARIANO IZQUIERDO TOLSADA (41), debe comprender en sentido excluyente de las de “funcionario administrativo” o “del Estado”. *El funcionario administrativo* ejerce una función pública que interesa al Estado de manera directa e inmediata. *El funcionario público*, dice, “ejerce para el bien común, habitual o transitoriamente, una *función pública* reconocida por el Estado, interesándole directa o indirectamente, dice CHICO ORTIZ. De los daños y perjuicios ocasionados por el *funcionario administrativo* en ocasión del *normal* o *anormal* funcionamiento de los servicios públicos responde de modo *directo* la propia Administración Pública al amparo del párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código Civil, en relación a concretos preceptos que ya se han mencionado y correspondientes a las Leyes de Expropiación Forzosa y su Reglamento, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Ley 7/1985, de 2 de abril, publicada en el BOE el 3 del propio mes y año, reguladora de la Bases del Régimen Local, y artículo 106, número 2.º, de la Constitución Española de 1978 (42). De las aminoraciones causadas por un *funcionario público* al que se le ha negado el carácter de funcionario del Estado debido al *ejercicio privado de su función pública*, notarial, calificadora o mediadora, no responde nadie más que el propio causante de los daños, con todos sus bienes presentes y futuros. Como así sucede, también, en las oportunidades en las que el propio Código Civil, para casos concretos, artículos 705, 712, párrafo 2.º, 715 y 1.223, deja establecida una responsabilidad atribuible al Notario.

Expuestas las cosas de la manera que las hemos dejado consignadas en las precedentes páginas, y habida cuenta que por las razones indicadas no

(41) Cfr. la *ob. cit.*, pág. 117.

(42) Cfr., al respecto, el cap. IV del vol. II, del t. II, de nuestra obra *La responsabilidad extracontractual...*

creemos que el *Notario* sea un funcionario del Estado (ni tampoco el Registrador, y en menor medida el Corredor de Comercio, ni el que anteriormente ejercía la profesión de “Agente de Cambio y Bolsa”), sino que un *ejerciente privado de funciones públicas* (43), procede afirmar que la responsabilidad civil en la que pueda incurrir, al igual que otros profesionales, habrá de asumirla con cargo a sus activos patrimoniales (art. 1.911 de la Ley civil) y cuando pudiera ser sancionatoria, personalmente, como cualquier otro profesional por las acciones u omisiones contrarias a Derecho y tipificadas en el ordenamiento represivo.

Importa ahora que ya sabemos que el Notario no es un funcionario propiamente dicho de la Administración Pública analizar cual sea el tipo de relación que tiene con sus clientes, normalmente. De este examen se podrá intuir el diagnóstico acerca de la clase de responsabilidad civil en la que podría incurrir el fedatario de referencia, más habitualmente. La responsabilidad penal, para la oportunidad del caso, será una cuestión puramente fundamentada en si la *ilicitud* imputable se encuentra tipificada en el Código Penal o no. Es cierto que las fronteras que separan los *ilícitos penal* y *civil* son harto confusas, pero el recurso a la búsqueda en punto a la diferenciación de sus consecuencias más bien que a su intrínseca naturaleza, sería, dice QUINTANO (44), un error dogmático.

Al Notario acuden todas aquellas personas que precisan de su función como depositario de la fe pública, y le confían la redacción de documentos y su elevación a públicos, en ocasiones; en otras le piden asesoramiento en temas jurídicos de su incumbencia por su competencia y prudencia, cuyas buenas maneras de hacer las cosas han venido caracterizando la profesión del notariado y por esta importante razón interesa a todos que la cuestión siga por la misma trayectoria que la que nos han conducido hasta el punto en el que nos encontramos. Vistas así las cosas, pues, entre cliente y Notario, normalmente, se entabla una relación, a requerimiento del primero, que genera las obligaciones que, al respecto, constituirán el *objeto* de toda relación obligacional, cual cosa se advierte del texto del artículo 1.321 del Código Civil italiano al afirmar que: “Il contratto e l’acordo di due o piu parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”, y se constata del precepto 1.254 de nuestro texto legal civil al decir que: “El contrato existe desde que una o varias personas

(43) Cfr. a SAINZ MORENO: “Ejercicio privado de las funciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, números 100 y 102, vol. II, pág. 1701.

(44) Cfr. “La ilicitud civil y penal: el problema en su tipificación”, *AJC*, 1957, págs. 207 y sigs, y nuestro trabajo “La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de la imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil”, *RCDI*, julio-agosto de 1989, núm. 593, págs. 1196 a 1200.

consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa prestar algún servicio". En definitiva, bien puede asegurarse que entre los particulares y el Notario se establecen relaciones contractuales, ejemplo de una práctica usual podría resultar ser el depósito de sumas dinerarias o de otros valores, o bien que la entrega al fedatario público (que no al funcionario administrativo) de documentos sin expreso encargo de protocolizarlos, supuesto a virtud del cual el Notario habría de responsabilizarse por el incumplimiento de las obligaciones del depositario, artículo 1.766 del Código Civil, en relación a los preceptos 1.103 y 1.104 del propio texto legal, y siguientes del mismo Código.

Que la responsabilidad del Notario en relación a sus clientes es del orden contractual no creemos que en buen criterio doctrinal pueda negarse, ni siquiera bajo *la excusa de que es lo que no es*, funcionario de la Administración Pública, o el *pretexto de que la obligación notarial trasciende del simple interés de las partes requirentes*, en cuanto tiende, se dice, a tutelar el interés del público en general, esto es, el de todos aquellos que aun no participando en el acto autenticado por la intervención notarial lleguen a encontrarse en la situación de tener que dar crédito a la validez formal del propio acto. En este sentido, de configurarse entre Notario y cliente una relación de obligación procedente de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales es del modo más razonable a virtud del cual puede contemplarse la cuestión, y en esta línea o dirección están conformes, por todos, SANTOS BRIZ, PUIG BRUTAU, POLACCO, BONASSI, BARBERO y DE CUPIS. En lo que haga referencia a la clase de obligación profesional que el Notario asume en relación a su cliente, y atendida la naturaleza intrínseca de la prestación a realizar para satisfacer el objeto de la relación, caben en este ámbito, como así lo afirmábamos en el de la responsabilidad del Abogado, la diferenciación de aquellos dos tipos obligacionales en los que DEMOGUE (45), clasificó las obligaciones por razón de la esencia de la *solutio* que se estaba compelido a efectuar.

Así pues, que en el terreno profesional en el que se desenvuelve el fedatario, y en los confines de la esfera contractual en la que habitualmente se encuentra, se dan tanto las obligaciones que demandan prestaciones *determinadas* y concretas (la devolución del depósito o la entrega de la escritura pública otorgada por el cliente y autorizada por el Notario) como de aquella otra clase que sólo puede satisfacerse mediante la prestación debida de la *prudencia, diligencia y pericia* (conforme a contrario imperio se colige del número 1.º del 1.104 del Código Civil, en concordancia con el 1.176, párrafo 2.º, del Código italiano de 1942), nominadas

(45) Cfr. la *ob. cit.*, tomos V y VI, núms 1237 y 599, respectivamente

obligaciones de medios, cual sucede en la redacción, por ejemplo, de una escritura pública, que el Notario contrae la obligación de emplear toda la diligencia, prudencia y conocimientos jurídicos para con la finalidad de que su cliente consiga el fin de que por su mediación se ha propuesto, sin que, al efecto, y por razón de la propia naturaleza de la relación, pueda involucrarse al Notario *en el éxito o no del resultado* que se pretende conseguir. Por último, bien se pueden advertir que en el ejercicio profesional libre la clase de responsabilidad en la que más corrientemente puede incurrirse es la *convencional* u *obligacional* y el tipo de prestación más normal a la que el deudor se encuentra vinculado es la *puesta en actividad de todos aquellos medios que tienden a que el acreedor del servicio o mandante consiga el fin que se había propuesto*.

El Notario, en el ejercicio privado de la función pública, también puede hallarse involucrado en un supuesto de responsabilidad *aquiliana* si en la oportunidad del caso, interviniendo la culpa intencional o la negligencia, causare perjuicios a la esfera del interés de un tercero. La reparación de los daños y perjuicios, en tal eventualidad culpable, se operarían bajo la égida del 1.902 del Código Civil, precepto que genéricamente extiende su poderosa influencia a la totalidad de los casos concretos del ámbito de la responsabilidad que se contrae sin convenio previo, sino que más bien a partir de la producción del hecho lesivo de intereses que se correlacionan con la norma o principios del Derecho que los protege, Sentencias de 11 de marzo de 1967 y 9 de julio de 1984; SANTOS BRITZ, POLACCO y COVIELLO (46), en la que a la *legitimación activa* se refiere, al modo como lo comprendiera la doctrina sentada por la Casación italiana de 31 de julio de 1948, sostienen la posibilidad de que la acción resarcitoria competa, además de al titular actual de los derechos subjetivos, a los herederos presuntos, por ejemplo, que se vean privados de la herencia por la defectuosa actuación del Notario. De todas maneras ésta no es una tesis pacífica, doctrinalmente hablando, y al respecto un sector de la doctrina italiana argumenta que en el supuesto de responsabilidad por nulidad formal del testamento el Notario no lesionaría más que *una expectativa del heredero frustrado*. Faltaría en este supuesto, se dice, la lesión del derecho subjetivo y, por ende, un daño *cierto* y resarcible; requisito, por

(46) Cfr., respectivamente, "La responsabilidad civil", *ob. cit.*; *Successioni*, Milano, 1937, vol. I, y la *Successioni*, de COVIELLO, Nápoles, 1899, vol. IV, pág. 277.

(47) Cfr. SAINZ MORENO: "Ejercicio privado de las funciones públicas", *Revista de Administración Pública*, números 100 y 102, vol. II, pág. 1701.

(48) Cfr. "La ilicitud civil y penal: el problema de su tipificación", *AJC*, 1957, págs. 207 y sigs., y nuestro trabajo "La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil", *RCDI*, julio-agosto de 1989, pág. 1196.

otra parte, el de la realidad perjudicial, que la jurisprudencia lo equipara a *presupuesto integrante de la posibilidad de que pueda prosperar una acción resarcitoria*, Sentencias de 30 de junio de 1954 y 14 de octubre de 1961, y de ahí su indeclinable necesidad de demostrar la realidad del daño para poder reclamar el cumplimiento de las obligaciones provenientes de la culpa extracontractual, Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de 15 de febrero de 1925, 20 de abril de 1933, 13 de junio de 1942, 30 de junio de 1954, 5 de julio de 1961 y 10 de mayo de 1989, por todas.

La naturaleza de esta especie de responsabilidad civil se fundamenta en el *dolo* o en la *negligencia* del fedatario. Lo que no sucede así cuando el deber resarcitorio procede de la infracción del programa solutorio preestablecido *inter partes* y la prestación se relaciona con el *contenido de una obligación general de prudencia y diligencia*. En uno y otro casos, aunque originarios de esferas de la responsabilidad diferentes y hasta autoexcluyentes, será el acreedor perjudicado el que, al tenor del 1.214, párrafos 1.º y 2.º, debidamente conjugados, deberá probar que la *infracción del nemi-nem laedere*, o bien que *el incumplimiento* de la obligación preestablecida, se produjo en base al elemento *subjetivo*, en el primero de los supuestos, y por no haberse desarrollado *la actividad* que era razonable esperar del *solvens*, según exigía la naturaleza del compromiso asumido y correspondía a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, en la segunda de las eventualidades determinantes del instituto de la responsabilidad.

Situada la problemática de la responsabilidad civil del Notario, y en lo menester y con matizaciones la del Registrador y Agentes Mediadores de Comercio, en los confines en los que la hemos enmarcado, según procediera de *ilícito contractual* o *aquiliano*, artículos 1.101 y siguientes, y 1.902 a 1.910, todos de la Ley sustantiva civil, así que, al propio tiempo, se han dejado individualizarse las situaciones responsables que pueden alcanzar a los *ejercientes privados de la función pública*, procede, para antes de concluir este epígrafe o número, averiguar *cual sea el criterio doctrinal que de esta cuestión tiene nuestro Alto Tribunal*. Y la sorprendente tesis la tomamos del *considerando sexto* de la Sentencia de 3 de julio de 1965 al afirmar, dicho texto judicial, que “la responsabilidad civil del Notario es de indudable origen y carácter legal, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 1.903 del Código Civil y le será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior (al tratarse el primero de ellos de un precepto de propagación de la responsabilidad que preceptúa el 1.902) y consiguientemente el plazo de prescripción de un año establecido en el

(49) Cfr. la *ob. cit.*, tomos V y VI, núms. 1.237 y 599, respectivamente.

(50) Cfr., respectivamente, “La responsabilidad civil”, *ob. cit.*; *Successioni*, Milano, 1937, vol. I, y la *Successioni*, de COVIELLO, Nápoles, 1899, vol. IV, pág. 277.

número 2.º del artículo 1.968 del propio Cuerpo legal, con el que concuerda el último inciso del número 3.º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957”.

Científicamente hablando la tesis que se sostiene en la Sentencia de referencia no es razonable si la argumentación en la que se apoya se correlacionara, como así debía haber sido, con la realidad fáctica de tal y como se sucedieron los hechos que se le imputaron al fedatario. Para llegar a los razonamientos científicos que se dejan explicitados en el texto judicial no es ni siquiera excusa ni pretexto la falta de rigor jurídico que las partes contendientes emplean para calificar los hechos acaecidos y que el demandante hace derivar de los mismos una responsabilidad para el Notario demandado. Ni tampoco los justifica la idea de la Sala *a quo* al descartar que en el supuesto de autos se trataba de una relación obligacional entre cliente y Notario y si, empero, que concurría una relación expresiva de una obligación legal. Y en la propia forma de ver las cosas, jurídicamente razonado, tampoco podía tener ninguna incidencia distorsionadora, científicamente hablando, la tesis doctrinal que se vierte en el recurso de casación por infracción de la Ley contra la Sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona, amparada en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *articulado en un único motivo*, cual finalidad era la de defender que el régimen o marco en el que se arbitra la responsabilidad proveniente de una obligación legal no es el propio del en que se dilucida las responsabilidades convencionales.

Cuestión la que nos precede que por otra parte carece de todo el rigor científico que el instituto de la responsabilidad reclama al momento de diferenciar el origen y carácter de las obligaciones. Y ello es así cuando se comprueba que tanto la obligación proveniente de un contrato como la que trae razón de existir de la Ley presuponen haber sido establecidas con anterioridad al momento temporal en el que se produce la *ilicitud* y, sin embargo, la obligación extracontractual tiene su causa o motivo de existir, precisamente, en la mismísima producción del hecho lesivo al interés de un tercero. Pero con todo, y siendo lo dicho ya mucho, lo cierto es que también la combatida idea contraviene el tenor de la legalidad que se intuye de confrontar los artículos 1.089, 1.090 y 1.091 de la Ley civil y, todos ellos, en relación a los también artículos 1.092 y 1.093, ambos del mismo Cuerpo legal. Idea que cobra mayor fuerza, si cabe, al sentar las Sentencias de 5 de enero de 1949 y 30 de junio de 1961, que ni del texto del artículo 1.101 ni de los razonamientos que se contienen en la Sentencia de 13 de junio de 1903 puede sostenerse que sus preceptos sean aplicables solamente a las obligaciones contractuales, y que el propio precepto es de aplicación exclusiva cuando se trata de perjuicios causados por la resistencia a cumplir los contratos y las Leyes, Sentencias de 20 de noviembre de

1896, 3 de mayo y 31 de octubre de 1924 y 12 de marzo de 1926; doctrina que en estos propios términos y oportunidades sientan las Sentencias de 1 de febrero de 1910, 3 de mayo de 1924, 13 de junio de 1962, 12 de mayo de 1969, 18 de octubre de 1983 y 26 de enero de 1984 (51).

Pero la cuestión o piedra angular de la corriente doctrinal que la Sentencia de 3 de julio de 1965 introduce no puede descansar en los razonamientos que a modo de hipótesis hemos dejado consignados en el párrafo anterior. La errónea construcción doctrinal parte de la confusión que se opera al aceptar como acertada la consideración de funcionario público que las Leyes del notariado de 28 de mayo de 1862, e hipotecaria hacen del Notario y Registrador. Al partir de esta base científica tan poco *sólida* como *errónea* se preconiza que la responsabilidad del Notario por razón de las *ilicitudes* cometidas en su *ejercicio privado de la función pública* lo será del Estado, al amparo del párrafo 5.º del artículo 1.903, en relación al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. A los indicados razonamientos jurídicos del *considerando sexto de la Sentencia a la que nos referimos se llega por la mediación de apreciaciones de hecho y de Derecho poco depuradas en relación con las concepciones jurídicas que la doctrina científica viene predicando respecto a los institutos de las responsabilidades contractual y extracontractual y, en especial, a la que hace al marco o esfera en el que se debate la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación que la propia Ley había dejado prefijada con anterioridad a su contravención.*

Cuando se afirma, en el texto de la Sentencia de 3 de julio de 1965, que la responsabilidad del Notario, dimanante de las relaciones que sostuviera con su cliente, "es de indudable *origen y carácter legal*" se olvidan postulados científicos de la siguiente magnitud doctrinal:

1.º Que el encargo del cliente al fedatario que redactara, primero, y autorizara, después, una escritura pública de compraventa son presupuestos bastantes y suficientes para que se pudiera evidenciar por la vía de los hechos una relación obligacional sinalagmática que tenía por *objeto* el establecimiento de *mutuas y recíprocas obligaciones*, conforme se intuye del 1.254 del Código Civil, cuya violación del programa solutorio que se dejaba convenido había de provocar, forzosamente, el incumplimiento contractual, primero, y por sus méritos, después, la responsabilidad que se determina en el artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, en relación a los preceptos 1.088 y 1.157, también del propio Cuerpo legal; porque éste es el razonamiento lógico, conforme a las reglas del criterio humano, que

(51) Cfr. nuestra obra *La responsabilidad contractual*, págs. 155 y sigs., y *Vid* las págs. dedicadas a la introducción de la obra.

de la situación fáctica puede extraerse, por existir un enlace preciso y directo según las citada reglas del criterio humano, artículo 1.253, que no son otras que las del raciocinio lógico, Sentencia de 27 de junio de 1963.

2.º Que al tildar la responsabilidad del fedatario, en el presente caso, de “legal”, amén de atribuirle a tal calificación el mérito de *anfibilógico* y remedio al que se recurre cuando no se acierta en llamar a las cosas por su nombre, atendida su naturaleza, se acude, sin solución de continuidad, a regularla bajo la égida de los preceptos que arbitrarán la responsabilidad extracontractual y no, sin embargo, al amparo de la normativa de aquella clase de responsabilidad que tiene naturaleza, por su origen, de contractual, conforme se intuye de 1.089 y demás preceptos y doctrina jurisprudencial que hemos dejado consignados anteriormente. Si esto es así, como lo es, al tenor de los argumentos que tenemos vertidos no se comprende la disfuncionalidad científica que se opera entre la realidad de los hechos de autos y el derecho que les viene en ser de aplicación por la mediación de las tesis doctrinales que se sostienen en el texto judicial que comentamos, por virtud de las cuales se viene en aplicar preceptos legales que su oportunidad hubiera sido más idónea en ocasiones en las que las cosas hubieran sucedido de otra manera.

LUIS PASCUAL ESTEVELL
Doctor en Derecho. Magistrado

Régimen general de la propiedad de las minas y de los montes

NOTA: Este trabajo constituye el núcleo básico de una colaboración realizada para los *Estudios sobre inversiones extranjeras en España*, de J. A. MIQUEL CALATAYUD.

1. REGIMEN GENERAL DE LA PROPIEDAD DE LAS MINAS

1.1. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS MINEROS

Indudablemente las sustancias minerales constituyen una de las materias primas más importantes para una gran sector de la industria y son, en suma, elemento fundamental para el desarrollo de la economía. Ahora bien, como presupuesto previo para el estudio del régimen jurídico de la propiedad de las minas y de los recursos mineros es preciso que abordemos el tema de su delimitación conceptual, que no nos reconduce a una definición única y general, sino a tantas definiciones como elementos integran la categoría general de “recursos mineros”. Por ello; la aproximación conceptual la debemos realizar siguiendo la clasificación que de los mencionados “recursos mineros” hace la legislación vigente en cada momento.

Como aclaración previa hay que advertir inicialmente que es preciso distinguir el subsuelo, *in genere*, del objeto del ordenamiento minero, que se encuentra constituido en exclusiva por “los yacimientos minerales y demás recursos geológicos” cualquiera que fueren su origen y estado físico” (art. 1.º de la Ley de Minas). Por tanto, no todo el subsuelo es objeto de regulación por la legislación minera, afirmación que GARCÍA DE ENTERRÍA ilustra con el ejemplo del Metro de Madrid (que originó una polémica competencial entre el Ayuntamiento y la Administración del Estado que invocaba en su favor la Ley de Minas, cuyo argumento fue rechazado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de mayo de 1920, atribuyendo la competencia al Estado pero en base a otras consideraciones) (1).

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, *opus cit.*, en nota 6, pág. 193.

El autor citado extrae del mencionado artículo 1.º de la Ley de Minas las siguientes notas esenciales:

a) Los recursos y yacimientos pueden consistir en productos tanto sólidos como líquidos o gaseosos —cualquiera que fuese su estado físico, dice la Ley.

b) No es necesario que su origen sea natural. Puede tratarse también de yacimientos artificiales como ocurre con alguna de las estructuras subterráneas a las que más adelante aludiremos.

c) No es preciso que los recursos y yacimientos se encuentren en tierra firme, ya que entran dentro del demanio minero, según el artículo 2.º, número 1, de la Ley de Minas, los recursos y yacimientos que se encuentren situados “en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental”.

Entrando en el tema de la clasificación, como pone de manifiesto PARADA VÁZQUEZ (1 bis), nuestra legislación consagra desde el Real Decreto de 4 de julio de 1825 una tipología de los recursos mineros en función del criterio de la menor o mayor presencia de ciertas substancias, de su naturaleza y de su correlativo valor, clasificación que se pone a contribución de la necesidad de graduar la intensidad de la intervención administrativa y el distinto régimen jurídico de su titularidad y aprovechamiento. Los recursos más abundantes, y por ello de menor valor económico, de general utilización para las construcciones, integraban la categoría de las rocas, en tanto que los más escasos y valiosos formaban el grupo de los minerales *stricto sensu*. Esta clasificación llega hasta la Ley de Minas de 19 de julio de 1944, estableciendo con las substancias mencionadas dos secciones: A) y B), respectivamente.

La Ley actualmente vigente en la materia de 21 de julio de 1973 —en adelante L.Mi. (2)— ha establecido una nueva clasificación en tres grupos que por Ley de 5 de noviembre de 1980 ha sido ampliada al crearse una sección independiente para los minerales o substancias energéticas que no

(1 bis) PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho administrativo (Bienes Públicos y Urbanismo)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1988, pág. 200.

(2) Esta Ley fue desarrollada reglamentariamente por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto. Igualmente han de tenerse en cuenta en este ámbito normativo la Ley de Fomento de la Minería de 4 de enero de 1977 (complementaria en algunos aspectos de la Ley de Minas de 1973); el Real Decreto de 2 de mayo de 1978 que desarrolla los aspectos tributarios de la minería; la Ley de 5 de noviembre de 1980 que modifica parcialmente la Ley de 1973, y regula con detenimiento los recursos minerales energéticos; el Real Decreto legislativo de 28 de junio de 1986 que modifica sustancialmente el título VIII de la Ley de 1973 en relación con los extranjeros; así como los diversos Reales Decretos de transferencia de bienes y servicios a las Comunidades Autónomas en materia de minas.

sean hidrocarburos. Por tanto, las secciones actualmente existentes son las siguientes:

1. *Sección A)* Rocas. Incluye los recursos de escaso valor económico y comercialización geográfica restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructuras, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebrado y calibrado (piedra, arena, arcilla, etc.).

2. *Sección B)* Aguas y estructuras. Pertenecen a la misma las aguas minerales, las termales, las estructuras subterráneas y los yacimientos formados como consecuencia de operaciones reguladas en esta Ley (escoriales).

Se entiende por aguas minerales o minero-industriales, por contraposición a las comunes, “las que contienen en disolución sustancias útiles para la industria en general, cualquiera que sea su naturaleza” (según la definición, aún válida, de la Ley de Aguas de 1879 —art. 15), siempre que sea posible el aprovechamiento racional de las sustancias que contenga. por su parte, las aguas minero-medicinales son “aquellas que por sus características y cualidades sean declaradas de utilidad pública “por gozar de efectos terapéuticos, sanitarios o curativos. Por fin, son aguas termales, “aquellas cuya temperatura de surgencia sea superior a cuatro grados centígrados a la media anual del lugar donde alumbren” (art. 23, núms. 1 y 2, L.Mi.).

En cuanto a las estructuras subterráneas, se define como tal “todo depósito geológico natural o artificial cuyas características permitan almacenar productos minerales o energéticos, o acumular energía bajo cualquier forma, o retener naturalmente y en profundidad cualquier producto o residuo que se vierta o inyecte en ellos (art. 23, núm. 3, L.Mi.) (3).

Respecto de los escoriales o yacimientos incluidos en la sección B), se consideran tales “aquellas acumulaciones constituídas por residuos de actividades reguladas por esta Ley que resulten útiles para el aprovechamiento de alguno o alguno de sus componentes” (art. 23, núm. 4, L.Mi.).

Dice PARADA que esta sección resulta artificiosa, pues comprende elementos de muy diversa significación: las aguas minero-medicinales se integraban en la Ley de 1944 con los minerales propiamente dichos de la sección B), en tanto que los escoriales o desechos producidos por el laboreo de las minas se integraban con el grupo de las rocas en la sección A). Por fin, la sumisión de las estructuras subterráneas a la legislación minera

(3) Con carácter complementario a la legislación minera se dictó la Ley de 19 de noviembre de 1975 sobre desechos y residuos sólidos urbanos, para aprovechar la energía latente y transformar los productos útiles contenidos en los mismos.

supone una novedad introducida por la Ley de 1973. Esta misma heterogeneidad ha sido denunciada por GUAITA, afirmando que “es imposible caracterizar con nitidez una sección tan abirragada, pues apenas si hay notas comunes a sus tres ingredientes y que además sean exclusivas, esto es, no compartidas por las restantes secciones, pero una primera nota es precisamente su diversidad y heterogeneidad, frente a la unidad material y de régimen de las demás secciones” (4).

3. *Sección C)* Minerales en general. Comprende los yacimientos y recursos mineros no incluidos en las secciones anteriores, a excepción de los que posean valor energético, los cuales fueron excluidos de esta sección por la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, y con los cuales se pasó a constituir una nueva sección, denominada D). Estas dos secciones C) y D) abarcan, por tanto, lo que la doctrina suele denominar minerales en sentido estricto.

4. *Sección D)* Minerales energéticos. Comprende el carbón, los minerales radiactivos (4 bis), los recursos geotérmicos, las rocas bituminosas y cualesquiera otros yacimientos minerales o recursos geológicos de interés energético que el Gobierno acuerde incluir en esta sección.

5. Sin haber pasado a integrar una nueva sección formalmente constituida como tal, puede hablarse de una nueva categoría de minerales, cuales, la formada por los hidrocarburos líquidos y gaseosos que aún cuando cuentan con una legislación especial (Ley 21/1974, de 27 de junio, sobre investigación y explotación de hidrocarburos), sigue en general el régimen jurídico de los minerales, cuya legislación general les resulta aplicable con carácter supletorio (disposición adicional primera de la Ley 21/1974).

Para completar la configuración de lo que, a efectos de aplicación de la legislación que venimos contemplando, ha de ser entendido como “recurso minero” ha de añadirse a lo anteriormente expuesto una norma de exclusión o delimitación negativa, contenida en el artículo 3.º, número 2, de la L.Mi., conforme al cual “no es aplicable este texto legal a la extracción ocasional de escasa importancia de recursos minerales, cualquiera que sea su clasificación, siempre que se lleve a cabo por el propietario de un terreno para su uso exclusivo y no exija la aplicación de técnica minera alguna”.

(4) Aurelio GUAITA: *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 346.

(4 bis) En relación con los minerales radiactivos, hay que tener en cuenta preferentemente la Ley de 29 de abril de 1964, sobre productos radiactivos.

1.2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TITULARIDAD DE LOS RECURSOS MINEROS

Fijado ya el ámbito conceptual, material y normativo en que nos hemos de mover, procede el análisis del sistema de atribución de la propiedad de los recursos mineros acogido por nuestro Derecho dentro del conjunto de opciones que ofrece el Derecho histórico y comparado al respecto. Repárese en que hablamos de propiedad o titularidad de los “recursos mineros” y no de las “minas”, ya que algunas de las distintas sustancias que integran este concepto general ofrecen particularidades propias que han hecho vacilar a la doctrina y a la jurisprudencia en orden a la definición de la naturaleza jurídica de la titularidad que recae sobre las mismas.

1.2.1. *Los diversos sistemas seguidos en orden a la atribución de la propiedad de los recursos mineros*

Sin necesidad de realizar una exposición sistemática del Derecho histórico y comparado sobre la materia, se puede ordenar la respuesta que histórica y geográficamente ha recibido la cuestión de la propiedad de las minas, siguiendo a GUAITA (5), con arreglo al siguiente esquema:

1. Sistema fundiario o de la accesión.—Se piensa que la propiedad territorial está limitada horizontal pero no verticalmente, y por ello se admite que el propietario del suelo lo es también del subsuelo en profundidad ilimitada y, por tanto, de las minas subyacentes.

Este sistema no se ha seguido casi en ningún momento con carácter general para todas las sustancias minerales, sino de forma limitada a las más abundantes (rocas, arenas, etc.). Este sistema surge del Derecho romano, y forma parte de las tradiciones jurídicas anglosajonas. De forma circunscrita a las rocas rige también, en la actualidad, en países como Francia e Italia. Incluso, en opinión de algunos autores, se puede afirmar que es el sistema que se aplica en nuestro país a los recursos de la sección A).

Su fundamento jurídico se encuentra en la figura de la accesión, considerando como cosa principal el suelo, respecto del cual el subsuelo es accesorio. Por contra, su crítica, especialmente en el ámbito de los minerales propiamente dichos, se centra en que tales sustancias requieren ser explotadas según las técnicas mineras actuales de forma masiva, en tanto

(5) *Ibidem*, págs. 318 y sigs.

que el sistema fundiario lleva a una fragmentación de las explotaciones irracional y antieconómica, al no corresponder el perímetro de los yacimientos con la división de la propiedad de la superficie.

2. *El sistema industrial o de la ocupación.*—Se considera que las minas no son de nadie, son bienes o cosas *nullius*, dado que su situación y existencia es desconocida, que la Ley atribuye al descubridor quien deviene propietario en virtud de la ocupación.

La virtud fundamental de este sistema estriba en el estímulo que supone para localizar y descubrir yacimientos haciendo surgir en la economía la riqueza que encierran, por lo que ha sido acogido con frecuencia por los países de formación reciente en las primeras etapas de su independencia política. Este ha sido el caso de los Estados americanos, tanto del norte como del sur.

Sin embargo, este sistema presenta el inconveniente de no quedar garantizada la solvencia técnica y financiera de los descubridores.

3. *Sistema regaliano o feudal.*—Es el propio de la Edad Media para la mayoría de los minerales. Se parte de un concepto de la propiedad fundiaria dividida en dominio real o útil y dominio eminente o directo. El primero se limitaba al suelo, en tanto que el segundo alcanza al subsuelo, el cual es considerado como una regalía o derecho propio del príncipe o rey, que éste puede transferir por medio de concesiones. Otra interpretación dogmática de este mismo sistema ha sido ensayada concibiendo el carácter de regalía que se predicaba de las minas no como una propiedad del príncipe o de la Corona, sino como la potestad de conceder a terceros su aprovechamiento, por considerar las minas *res nullius*.

En España existen algunas reminiscencias de este sistema, como son las actuales minas del Estado de Almadén y Arrayanes, y las salinas de Torrevieja.

4. *Sistema demanial* (6).—Pone de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA (7) que fue el revulsivo que supuso la Revolución francesa lo que determinó que la titularidad del rey fuese sustituida por la titularidad de la nación, en virtud de lo cual las minas pasan a ser del dominio público estatal, y el Estado puede explotarlas bien directamente bien mediante la cesión de su explotación a terceros en calidad de concesionarios.

Por tanto, son dos las modificaciones que se operan en el sistema demanial respecto del regaliano: de un lado, el propietario de las minas es el Estado, no el príncipe y, de otro lado, la atribución al Estado se justifica

(6) GUAITA designa a este sistema con el calificativo de "dominial", en tanto que GARCÍA DE ENTERRÍA (en *Apuntes de Derecho administrativo*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1985) la denomina "administrativo" o "demanial", a cuya última denominación nos acogemos.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *ibidem*, pág. 189.

por el principio general de soberanía y no por un título concreto o singular a modo de regalía.

1.2.2. *Naturaleza jurídica del dominio minero en el actual Derecho español*

El sistema demanial al que nos hemos referido en el apartado anterior, fue implantado en nuestro Derecho por la Ley de Minería de 6 de julio de 1859, en cuyo artículo 2.º se decía que “la propiedad de las substancias designadas en el artículo anterior —recursos mineros— corresponde al Estado y nadie podrá disponer de ellos sin la concesión del Gobierno...”. Esta disposición fue modificada posteriormente por el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1869, que respondiendo a un espíritu liberal realizó un intento de simbiosis con el viejo sistema del dominio eminente del Estado, lo que desvirtuó en cierta medida la naturaleza demanial de las mismas al disponer en su artículo 6.º que el “subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado y éste podrá, según los casos, y sin más regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo o enajenarlo mediante un canon a los particulares o asociaciones que lo soliciten”. De ello parecía desprenderse que las minas eran propiedad del Estado, pero que mediante su concesión o enajenación su propiedad se podía transferir a “los particulares o asociaciones que lo soliciten”.

En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA (8) el carácter equívoco del precepto transcrito se encuentra en el origen de la redacción del artículo 339 del Código Civil al incluir en la enumeración de los bienes de dominio público “las minas, mientras que no se otorgue su concesión”, lo que *a sensu contrario* podía ser interpretado en el sentido de que, otorgada la concesión sobre la mina, ésta claudicaba de su condición demanial, pasando a ser propiedad del particular concesionario. GUAITA (9) justifica esta patrimonialización o privatización del dominio minero considerando que lo que llevaba al legislador de 1868-1889 a incluir las minas entre los bienes de dominio público era su destino, esto es, el fomento de la riqueza nacional, que consideraba cumplidamente alcanzado por el hecho mismo de la concesión, haciendo propietario al concesionario, si bien se sometía dicha propiedad a un régimen jurídico-administrativo que obligaba a satisfacer al Estado un canon cuyo impago implicaba automáticamente la reversión de la mina al Estado. También se inclinó a favor de la tesis de

(8) *Ibidem*, pág. 190.

(9) GUAITA, *opus cit.*, pág. 324.

la propiedad privada de las minas concedidas la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre y 7 de diciembre de 1887, 27 de diciembre de 1883, 16 de junio de 1899, 31 de marzo de 1900 y 26 de marzo de 1901), e igualmente fue asumida por gran parte de la doctrina (CASTÁN, GASCÓN y MARÍN), si bien entendiendo que se trataba de una propiedad limitada y administrativamente intervenida.

Sin embargo, el argumento del cumplimiento del destino de la mina —fomento de la riqueza nacional—, por el mero otorgamiento de su concesión, resultaba de una gran fragilidad, puesto que por medio de este sistema no quedaba garantizada la explotación racional ni tan siquiera la mera explotación de la propia mina. Por ello, las disposiciones posteriores volvieron enfáticamente a la posición tradicional de admitir la concesión de las minas, pero no su enajenación.

Esta afirmación del carácter demanial de los recursos mineros queda ya fuera de toda duda con la Ley de Minas de 19 de febrero de 1944, la cual proclama en su artículo 1.º que las substancias minerales “son bienes de la nación”, cuya aseveración se reitera posteriormente por la Ley de Régimen Jurídico de Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 26 de diciembre de 1958, en la que se califica a éstos de “patrimonio inalienable e imprescriptible de la nación”.

Hoy la Ley de Minas 22/1973, de 21 de julio, acogiendo esta corriente normativa declara en su artículo 2.º, número 1.º, que: “Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos..., son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley”.

Llegados a este punto, resulta pertinente acometer el análisis de tres cuestiones distintas que contribuyen, junto con el corolario anterior, a perfilar definitivamente la naturaleza del dominio minero: 1) determinar en cuál de las categorías en que generalmente se agrupan los bienes de dominio público encuentran mejor acomodo los recursos mineros; 2) la posibilidad de que existan algunas substancias minerales que queden exceptuadas de la regla general del dominio público, y 3) precisar la naturaleza de los derechos que sobre las minas adquieren los concesionarios a quienes se atribuye la facultad para su explotación.

1.2.2.1. Pertenencia de las minas al dominio público en virtud de su afectación al fomento de la riqueza nacional

Entiende GUAITA (10) que para resolver la cuestión de en qué grupo de los que integran el dominio público deben incluirse las minas es preciso

(10) *Opus cit.*, pág. 325.

remitirse a la teoría general del demanio de la que se desprende la existencia de dos grandes categorías que dividen los bienes de dominio público, los de uso público y los de servicio público, que hacen distintos a los bienes adscritos a una y otra categoría particularmente en lo que respecta a su utilización y aprovechamiento. Sin embargo, el autor últimamente citado indica que no hay ninguna exigencia dogmática que impida que existan bienes de dominio público que no estén incluidos en alguna de las categorías señaladas, ya que lo definitorio de los bienes de dominio público es el estar adscritos o afectados a un fin público, cuyas posibles variedades y especies no se constriñen exclusivamente a las de uso y servicio público. Uno de los supuestos de bienes demaniales que exceden el ámbito circunscrito por el uso y servicio público es precisamente el de las minas.

En efecto, las minas no son bienes de uso público: el uso público, por recaer sobre cosas no consumibles, deja intacto el bien que le sirve de objeto, en tanto que las minas no se usan, sino que se explotan arrancándole sus “frutos”, siendo, por tanto, un bien consumible; por último, mientras los bienes de uso público pueden ser utilizados por todos (calles, caminos, playas, etc.), las minas sólo pueden ser explotadas y aprovechadas por quien haya obtenido la correspondiente concesión administrativa. Igualmente resulta evidente que las minas carecen de cualquier afectación a un destino de servicio público. Por consiguiente, es preciso salir de la dualidad uso-servicio público para apreciar la verdadera afectación de las minas a una finalidad pública: el fomento de la riqueza nacional a que se refiere el artículo 339, número 2, del Código Civil. Esta conclusión, no obstante, no es unánime en la doctrina, existiendo autores como ENTRENA CUESTA (11) que califican las minas como bienes demaniales de uso privativo en la medida en que la concesión minera confiere al concesionario un derecho exclusivo de explotación que impide el uso de los restantes particulares.

1.2.2.2. Posibles excepciones a la regla general de la demanialidad

Las posibles excepciones a la regla general expuesta *supra* se centran en dos grupos de substancias: las rocas, o más genéricamente los recursos de la sección A), y las aguas minerales.

1. Las rocas.—Tradicionalmente en España, y aún hoy en gran parte de los ordenamientos jurídicos extranjeros, las rocas se consideran propiedad del dueño de los terrenos en que se encuentran, rigiendo, por tanto, en relación con las mismas el sistema de la accesión.

(11) ENTRENA CUESTA: “Naturaleza y régimen jurídico de las rocas”, *RAP*, núm. 30 (1959), págs. 37 y sigs.

Este estado de cosas se vio alterado por la Ley de 1944, en cuyo artículo 1.º se declaraba que: "Todas las substancias minerales —entre las que se incluían las rocas— son bienes de la Nación". A pesar del carácter general de esta declaración surgió en torno a la misma una viva polémica doctrinal acerca de si la propiedad de los dueños de los terrenos sobre las rocas que se encuentren en los mismos había sido abrogada por la disposición reseñada, polémica que respondía a serias dudas que causaron también vacilaciones en la jurisprudencia.

Así, VILLAR PALASÍ (12) recopiló un importante elenco de argumentos favorables a la tesis de que la Ley de 1944 no había variado el régimen de atribución dominical sobre las rocas:

- Tradición secular en este sentido de la legislación española.
- Los dueños de los terrenos podrían aprovechar las rocas "como de su propiedad", cuyo aprovechamiento lo podían realizar directamente o mediante cesión a terceros, sin que en dicha cesión hubiera de prestar la Administración permiso alguno.
- Si se considera al dueño de los terrenos como mero usufructuario de las rocas, ello pugnaría con el carácter esencialmente temporal del usufructo, ya que el derecho del dueño sobre las rocas no está limitado temporalmente.
- Únicamente cuando se requiere la aplicación de una técnica minera para la explotación de las rocas es necesario notificar a la Administración y someterse al reglamento de policía minera.
- No se aplicaba a las rocas el régimen de inversiones extranjeras propio del demanio minero.

A lo anterior hay que sumar pronunciamientos jurisprudenciales como el de la Sentencia de 28 de marzo de 1957 que expresamente declaraba, si bien con carácter de *obiter dictum*, que la Ley atribuía la propiedad de las rocas al dueño del terreno.

Del lado opuesto, ENTRENA CUESTA (13) defendió la tesis de la demanialidad de las rocas. Los argumentos que apuntan en este sentido pueden esquematizarse del modo siguiente:

- Se afirma que el derecho del dueño del terreno constituye una concesión legal, de naturaleza administrativa y de carácter precario que se atribuye a los propietarios por su cualidad de "ribereños" del dominio público (GUAITA). El derecho atribuido se refiere exclusivamente al aprovechamiento, no a la propiedad que la Ley asigna "a la Nación".

(12) VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho administrativo*, t. X-2.º, Madrid, 1967.

(13) ENTRENA CUESTA, *opus cit.*, págs. 37 y sigs.

- Se reconoce que la Ley permite a los dueños de los terrenos aprovechar las rocas “como de su propiedad”, pero esta frase se interpreta como una expresión sincopada de la más completa “como si fueran de su propiedad”.
- Las sustancias de la sección A) que apareciesen en labores en base a concesiones otorgadas sobre recursos de la sección B) eran de libre disposición para los titulares de tales concesiones, derecho que surge de la Ley y de la concesión, y no del dueño del terreno.
- En caso de que el propietario de un terreno desatienda la invitación a aprovechar las rocas existentes en el mismo, el Estado puede otorgar la explotación a un tercero, o bien llevarla a cabo directamente, indemnizando al propietario del terreno “por la ocupación de la superficie necesaria y por los daños y perjuicios”, pero no por las rocas ni por el derecho a su aprovechamiento que se pierde automáticamente.

De entre los pronunciamientos jurisprudenciales en esta misma dirección, pueden destacarse dos Sentencias citadas por GUAITA: la de 15 de noviembre de 1952, que afirma que el derecho al aprovechamiento constituye una cesión administrativa en precario, y la de 20 de enero de 1959 que universaliza la demanialidad de “todas las sustancias mineras”, afirmando el dominio eminente que sobre las mismas tiene la Nación.

Esta tesis es la que parece haber refrendado definitivamente la L.Mi. de 1973 vigente, ya que refiriéndose expresamente a los recursos de la sección A) dice que: “Los dueños de los terrenos en que estén enclavados dichos recursos que ... por tratarse de bienes de dominio público...”. Esta es, al menos, la opinión mayoritaria de la doctrina (ENTRENA, GUAITA, FERNÁNDEZ ESPINAR) (14).

Sin embargo, y con todo, todavía existe un núcleo doctrinal que se resiste a admitir la tesis expuesta. Entre los autores que lo integran cabe destacar la postura mantenida recientemente por PARADA VÁZQUEZ (15), quien, comentando la mutación que los defensores de la teoría de la demanialidad de las rocas hacen de la frase “como de propiedad particular” por la de “como si fueran de propiedad particular”, afirma que es impensable que el propósito de los liberales radicales que redactaron el Decreto-ley de 1868 fuera el que se desprende de esta última frase, esto es, la nacionalización de todas las rocas y canteras de España. Igualmente sostiene este autor que la calificación como bienes demaniales de las rocas

(14) FERNÁNDEZ ESPINAR: “Naturaleza jurídica de los recursos de la sección A) de la Ley de Minas”, *RAP*, número 109 (1985).

(15) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *opus cit.*, págs. 203 y sigs.

contradice abiertamente el régimen de aprovechamiento privado de las mismas y resulta incompatible con las reglas de inalienabilidad y la imprescriptibilidad propia de aquellos bienes. En apoyo de su postura invoca PARADA diversas Sentencias del Tribunal Supremo que contienen declaraciones altamente significativas (particularmente teniendo en cuenta lo reciente de su fecha) cual las siguientes: la privación del derecho de aprovechamiento de las rocas constituye un concepto indemnizable por se aquéllas “de la propiedad del dueño del suelo”, puesto que “la calificación de bienes de la Nación que de las mismas efectúa la Ley de Minas es solamente indicativa de que se trata de bienes de interés público, sometidos a un especial intervencionismo de la Administración que puede llegar hasta la expropiación forzosa cuando el dueño del terreno no las explote (Sentencia de la Sala Quinta de 20 de febrero de 1976): “no tienen naturaleza de bienes de dominio público, sino que pertenecen en propiedad al dueño del suelo” (Sentencias de 7 de abril de 1976, 9 de mayo de 1979 y 6 de mayo de 1981).

2. Las aguas minerales.—Las aguas minerales resultan sometidas por su doble condición (aguas, pero no comunes; recursos geológico, pero no yacimientos minerales) a una doble reglamentación jurídica: lo relativo a su investigación y aprovechamiento se rige por la legislación minera, pero al propio tiempo la propia legislación minera remite el tema del dominio de estas aguas a lo dispuesto al respecto por el Código Civil y Leyes especiales (art. 2.º, núm. 2, L.Mi.).

Por tanto, los principios de atribución de la titularidad de las aguas minerales han sido tradicionalmente los mismos que los de las restantes aguas subterráneas, admitiéndose pacíficamente su consideración de aguas privadas (a excepción de aquéllas que se encuentren en terrenos de dominio público), y sometiéndolas a un régimen de policía sanitaria para la apertura, inspección y control de los establecimientos balnearios —respecto de las aguas minero-medicinales—, régimen refluente primero por Real Decreto de 25 de abril de 1928 y, después, por el Real Decreto 2119/1981, de 24 de julio. Conformando el carácter privado de las aguas minero-medicinales, se dictaron numerosas Sentencias (23 de enero de 1975, 17 de enero de 1977, etc.).

Recientemente esta situación se ha visto alterada por la modificación operada en la norma destinataria de la remisión contenida en el artículo 2.º, número 2, de la L.Mi., esto es, en la legislación de aguas, al ser promulgada una nueva Ley sobre la materia, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, la cual al tiempo que nacionaliza las aguas subterráneas, excluye de su ámbito de aplicación las aguas minerales a las que remite a su regulación específica (art. 1.º, núm. 4), siendo así que ésta se abstiene de reglar la cuestión de la propiedad. Ante esta perpleja situación, el

problema interpretativo ha sido abordado por la doctrina con alegatos más favorables a la conservación del carácter privado de las aguas que a su declaración de bienes de dominio público. Así, ARECENEGUI (16) aportó en 1979 un argumento de apoyo a la demanialización de las aguas minerales que hoy podría ser esgrimido dialécticamente, a saber, la declaración de bienes de dominio público de todas las sustancias minerales que hace la Ley de Minas.

Frente a ello, PARADA (17) ha sostenido que la no aplicación de la Ley de Aguas de 1985 a las aguas minerales puede entenderse como un signo contrario a la publicación de las mismas, al igual que la propia remisión que realiza el artículo 2.º, L.Mi., para la determinación de la naturaleza del dominio de las aguas minerales, a lo dispuesto por el Código Civil y Leyes especiales, siendo así que la regulación contenida al respecto en los artículos 407 a 425 del Código Civil no han sido derogados a estos efectos por la Ley de 1985, cuya disposición derogatoria sólo abroga los preceptos del Código en cuanto se opongan a lo regulado por la citada Ley de 1985 no es aplicable a las mismas, no hay posibilidad de oposición o contradicción.

1.2.2.3. Naturaleza del derecho de concesión minera

Congruentemente con la naturaleza demanial de los recursos mineros —con la salvedad señalada—, la concesión minera sólo atribuye a su titular “un derecho patrimonial, real, de carácter inmobiliario, que se caracteriza por comprender las facultades de explotación de una mina, bien de dominio público”, según la definición elaborada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (18).

Como características esenciales que delimitan la naturaleza del derecho de concesión minera, y siguiendo al mismo autor citado, cabe destacar lo siguiente:

1.º Se trata de un derecho patrimonial susceptible de valoración económica. Puede ser objeto de disposición mediante enajenación, hipoteca o arrendamiento.

2.º Es un derecho real al atribuir a su titular facultades sobre una cosa determinada —la mina—, y goza de protección *erga omnes*.

3.º Tiene carácter inmobiliario porque recaen sobre bienes inmuebles, carácter que otorga a las minas del artículo 334, número 8, del Código

(16) ARECENEGUI: *El Derecho minero*, Madrid, 1979.

(17) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *opus cit.*, págs. 206 y sigs.

(18) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 186.

Civil. En virtud de esta nota, el derecho concesional es inscribible en el Registro de la Propiedad, según resulta de los artículos 31, 44, 67, 68 y 183 a 186 del Reglamento Hipotecario.

4.º Las facultades que integran este derecho concesional recaen sobre un bien de dominio público, por lo que entra dentro de los llamados derechos reales administrativos.

2. REGIMEN GENERAL DE LA PROPIEDAD DE LOS MONTES

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO LEGISLATIVO ESPAÑOL DE LOS MONTES

Dado el origen histórico que presentan algunas de las notas e instrucciones más características de nuestro régimen jurídico forestal actual, es conveniente que antes de encarar el estudio de la legislación vigente esboceemos unos breves apuntes sobre el devenir histórico de la legislación forestal española.

Señala GUAITA (19) que en una *primera etapa*, que puede cifrarse hasta alrededor del año 1000, la característica fundamentalmente era la casi total inhibición legislativa, habida cuenta que los bosques eran muy abundantes y excedían sobradamente a las exigencias de abastecimiento de una población escasa.

En una *segunda etapa*, que abarca hasta principios del siglo XIX, se genera una intensa acción de policía forestal, a cuyo servicio se instrumenta un amplio de disposiciones legislativas, si bien de carácter asistemático, que persigue objetivos de conservación y defensa de los bosques, reglamentando las tales e imponiendo graves sanciones a quienes atentaran contra los bosques mediante incendios u otras acciones devastadoras o dañosas contra los mismos. No obstante ello, fue ésta una etapa en la que nuestro patrimonio forestal sufrió importantes mermas debido fundamentalmente a dos causas. De un lado, los importantes privilegios que los reyes concedieron entre los siglos XIII al XVIII a los ganaderos asociados en el "Honrado Concejo de la Mesta" y, de otro, las necesidades de abastecimiento maderero para la potente industria naval española del siglo XVIII.

Fue precisamente este último motivo el que determinó, en mor de la protección de la marina, que en el siglo XVIII se impusieran serias restricciones a las facultades de los propietarios de los montes. Poco después, sin embargo, las Cortes de Cádiz, imbuidas de espíritu liberal, consideraron estas Ordenanzas restrictivas atentatorias para la propiedad privada, por

(19) GUAITA, *opus cit.*, pág. 219.

lo que procedieron a su derogación, declarando que los propietarios de bosques podían hacer en ellos “lo que más les acomode”.

Una *tercera etapa* viene marcada por el desmantelamiento definitivo del antiguo régimen y la consolidación del Estado liberal. En esta nueva etapa se va a producir uno de los hitos legislativos más importantes en la historia forestal española, que es el de la publicación el 22 de diciembre de 1833 de las “Ordenanzas generales de Montes”, inspiradas por JAVIER DE BURGOS —a la sazón Ministro del ramo—, en las que se plasma una moderna filosofía forestal, presidida no sólo por la preocupación por la defensa de los montes públicos, sino también por la de articular acciones de fomento para su aumento y repoblación. Al propio tiempo se sientan las bases de una nueva organización administrativa, mediante la creación de la Dirección General de Montes y de la Escuela y Cuerpo de Ingenieros de Montes.

Posteriormente, en una *cuarta etapa*, y ya como antecedente normativo inmediato de la vigente Ley de Montes, se dicta la Ley de 24 de mayo de 1863, ampliamente desarrollada por el Reglamento de 17 de mayo de 1865, a la que posteriormente se sumarían unas específicas Ordenanzas de 1883 y 1884, conocidas como la legislación penal de montes. La Ley de 1863 continúa sancionando, al igual que las Ordenanzas de 1883, un régimen de libertad para los montes particulares sobre los que no se establecen más intervención administrativa que las “restricciones impuestas por las reglas generales de policía”. Este texto legal al tiempo que se ocupa de salvar la privatización de los montes de particulares, pretende evitar que el patrimonio forestal público pase al sistema incontrolado de libertad de aquéllos, por lo que, poniéndose en línea con lo dispuesto por la Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855 que había exceptuado de la desamortización “aquellos montes cuya venta no creyera oportuna el Gobierno”, sanciona esta exclusión para: *a)* Los montes públicos de pinos, robles o hayas, cualesquiera que sean sus especies, siempre que consten al menos de 100 hectáreas; *b)* los terrenos de aprovechamiento común y las dehesas destinadas al ganado de labor. Por consiguiente, como indica PARADA (20), el patrimonio forestal del Estado se asentará sobre los montes públicos exceptuados de venta en el proceso desamortizador, pero, además, sobre las compras que se prevén de montes pertenecientes a otros Entes públicos y a particulares, a cuyo objeto se dictan las pertinentes normas autorizativas y, por último, sobre la liquidación de aquellos aprovechamientos vecinales y demás servidumbres sobre los montes públicos, cuando no sean compatibles con el arbolado, y previa indemnización a sus poseedores.

(20) PARADA VÁZQUEZ, *opus cit.*, pág. 169.

Por último, y abriendo la *etapa actual*, la legislación referida anteriormente fue derogada y sustituida por la vigente Ley de Montes de 8 de junio de 1987 (en adelante L.Mt.) (21) que venía a refundir y a actualizar la fragmentaria y centenaria legislación forestal, la cual sistematiza, de un lado, e innova, de otro, innovación que responde básicamente al mayor intervencionismo propio de los Estados actuales, intervencionismo que no sólo se impone sobre los montes públicos, sino también sobre los de propiedad particular.

(21) Esta Ley fue desarrollada por su Reglamento aprobado por Real Decreto 405/1962, de 22 de febrero. Algunos de los preceptos de la Ley han sido derogados por normas posteriores, entre las que cabe destacar las siguientes: Ley de 5 de diciembre de 1968, sobre incendios forestales, que deroga los arts. 70 a 75 L.Mt.; Ley de 27 de julio de 1968, sobre montes vecinales en mano común, a su vez derogada por la Ley de 11 de noviembre de 1980, que suprime al art. 4.º, núm. 3, L.Mt.; Ley de 2 de mayo de 1975, sobre espacios naturales protegidos, que deroga los arts. 78 y 79 L.Mt.; la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 deroga el art. 38, núm. 5 L.Mt. Otras disposiciones posteriores a la L.Mt. no derogan preceptos propios de la misma, sino que los desarrollan. Este es el caso de la Ley de Producción Forestal de 4 de enero de 1977 en materia de conservación, mejoras, repoblación, etc.

Otras disposiciones que inciden igualmente en este ámbito normativo son

— Ley de 10 de marzo de 1941 que deja reducidas las competencias de la Dirección General de Montes a meras funciones de dirección y planificación, pasando sus funciones operativas al Patrimonio Forestal del Estado, que más tarde se funde con el servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Naturales, para formar el actual Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (ICONA), en virtud del Decreto-Ley 17/1971, de 28 de octubre.

— Los Decretos de 19 de agosto y 19 de octubre de 1967, y de 15 de junio de 1972, sobre cultivos agrícolas en montes y plantaciones forestales en terrenos agrícolas.

— La legislación de régimen local, y el Real Decreto de 17 de octubre de 1925, sobre régimen de los montes de los pueblos, que ofrece algunas particularidades respecto a la legislación forestal general.

— Por último es preciso tener en cuenta lo que sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de montes y aprovechamientos forestales establecen los arts. 148, núm. 1, y 149, núm. 1, de la Constitución, los respectivos Estatutos de Autonomía y los correspondientes Reales Decretos de transferencias.

— En otro orden de importancia, para finalizar, cabe reparar en la existencia de ciertas especialidades jurídico-administrativas de origen foral en la Comunidad Autónoma de Navarra y la provincia de Alava, que responden a normas fragmentarias, seculares y modificadas en numerosas ocasiones. La principal característica común de estas disposiciones radica en que las competencias que en las restantes provincias corresponden al Estado (o en la actualidad a la respectiva Comunidad Autónoma), se atribuyen en Alava y Navarra a sus Diputaciones, tanto en lo relativo a los montes de las Entidades locales (comunales y de propios) como a los de particulares.

2.2. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS MONTES

2.2.1. *Concepto legal de montes*

Antes de exponer el régimen jurídico español en materia de titularidades sobre los montes, es preciso delimitar su objeto, o lo que es lo mismo determinar el concepto, a efectos legales, de “monte”.

Pues bien, a esta necesidad subviene el primero de los artículos de la vigente Ley de Montes en el que se realiza una definición técnica del monte o terreno forestal —nociones que se hacen equivalentes en el Reglamento—. Así, dice el artículo 1, número 2, L.Mt., que “Se entiende por terreno forestal o propiedad forestal la tierra en que vegetan las especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de la siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo”. Ahora bien, este concepto técnico se corrige legalmente por medio de dos normas: una de reducción y otra de ampliación. La primera está representada por el párrafo segundo del mismo artículo 1.º, número 2, L.Mt., conforme al cual: “No obstante se exceptúan de dicho concepto los terrenos que formando parte de una finca fundamentalmente agrícola y sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resulten convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola y, asimismo, los prados desprovistos sensiblemente de arbolado agrícola y, asimismo, los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del litoral cantábrico”. La norma de ampliación del concepto técnico está constituida por el artículo 1.º, número 3, L.Mt., según el cual bajo la denominación de montes se comprenden también los terrenos que, aun sin reunir las condiciones a que se refiere el apartado 2.º de este artículo “hayan sido objeto de resolución administrativa en cuya virtud hayan quedado o queden adscritos a la finalidad de ser repoblados o transformados en terrenos forestales”.

Comentando estos preceptos, indica GARCÍA DE ENTERRÍA (22) que el concepto legal de montes no incluye sólo los terrenos con árboles, sino también los terrenos arbustivos o montes bajos, así como los de matorral o herbáceos, y entiende que la nota determinante de tal concepto es una nota negativa, cual es, la no dedicación al cultivo agrícola, de forma que, en principio, será considerado monte todo terreno no urbano que no esté dedicado al cultivo agrícola. Justifica este autor la exclusión de la legisla-

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA, *opus cit.*, pág. 268.

ción de montes de los terrenos forestales que formen parte de una explotación agrícola. Justifica este autor la exclusión de la legislación de montes de los terrenos forestales que formen parte de una explotación agrícola en base a la necesidad de mantener una configuración unitaria de la finca soporte de dicha explotación.

Igualmente concurre a delimitar el concepto legal del monte, en su dimensión de unidad de explotación económica, el artículo 5.º, de la L.Mt., conforme al cual: "1. Por Decreto ... se señalará la extensión de la unidad mínima de monte, dentro de cada zona, comarca o región, de acuerdo con sus condiciones y características forestales. Dicha extensión de la unidad mínima de monte, dentro de cada zona, comarca o región, de acuerdo con sus condiciones y características forestales. Dicha extensión de la unidad mínima de monte habrá de ser la suficiente para que pueda desarrollarse racionalmente su explotación. 2. Las extensiones de montes iguales o inferiores a las mismas establecidas tendrán la consideración de indivisibles y a tales efectos le serán de aplicación" los artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

2.2.2. *Clasificación de los montes según su titularidad y régimen jurídico*

El régimen forestal no es uniforme o unívoco, sino que las modalidades y la intensidad de la intervención administrativa o pública varía de unas categorías a otras de montes. No obstante, como observa GUAITA (23), aun cuando las normas vigentes han supuesto una clarificación, en relación con las anteriores, en orden a la clasificación de los montes, es lo cierto que no han acertado a desterrar toda duda y enmarañamiento en la materia. Así, subsisten diversos criterios clarificatorios que, en parte, se interfieren y solapan. En esencia los dos criterios puestos a contribución de este propósito son el de la titularidad y el del régimen jurídico, que puede ser distinto aun perteneciendo a un mismo titular, o bien a la inversa puede aplicarse un idéntico régimen jurídico a montes pertenecientes a distintos propietarios.

A) Pues bien, desde el punto de vista de su *pertenencia o titularidad*, los montes pueden ser públicos o particulares (art. 8.º del Reglamento de 1962, en adelante R.Mt.). Asimismo, resulta esto de artículo 1.º, número 1, L.Mt., según el cual "la propiedad forestal puede corresponder al Estado, a las Entidades Locales, a las Entidades públicas o privadas no territoriales y a los particulares".

(23) GUAITA, Aurelio, *opus cit.*, pág. 223.

Son, por tanto, *montes públicos*: a) Los pertenecientes al Estado, que integran el ICONA (24), y que actualmente en razón al proceso de asunción de competencias y traspasos de servicios a las Comunidades Autónomas en materia de montes, pueden ser considerados, y con las correspondientes cautelas, de la titularidad de éstas. En este mismo sentido se manifiesta PARADA VÁZQUEZ (25); b) los pertenecientes a las Corporaciones o Entidades Locales, c) y, por último, los correspondientes a cualquier otra Corporación o Entidad de Derecho Público (art. 9.º R.Mt.). En suma, son montes públicos los de la propiedad de una Administración Pública, con independencia de su naturaleza y régimen.

Esta consideración de montes públicos se predica incluso en caso de que el Estado o la Administración pública de que se trate únicamente le corresponde el vuelo o dominio útil del terreno forestal, correspondiendo a un particular el suelo o dominio directo (art. 10 R.Mt.).

Por su parte, son montes *particulares* aquellos cuya propiedad corresponde a cualquier persona o Entidad de Derecho privado.

B) Mayor importancia que la anterior presenta la que adopta como criterio sistematizador el del *régimen jurídico aplicable a cada monte*, en la medida en que influye o modaliza el contenido de las facultades dominicales. En función de este dato cabe distinguir:

1. Dentro del grupo de los *Montes públicos* hay que diferenciar los que presentan carácter demanial y los patrimoniales. En efecto, el artículo 11 del R.Mt. dispone que: "1. Los montes públicos tienen la condición jurídica de patrimoniales y, por consiguiente, son de la propiedad privada del Estado o de las Entidades a que pertenecen, conforme a los dos artículos precedentes. 2. No obstante, tanto los montes del Estado como de las provincias ... y los de las demás Entidades públicas, tendrán la consideración de bienes de dominio público cuando estén adscritos a algún uso

(24) Actualmente, no obstante, hay que tener presente que casi todas las competencias administrativas en el sector forestal corresponden a las Comunidades Autónomas, habiendo sido asumidas por los respectivos Estatutos de Autonomía, entre otras, las funciones anteriormente atribuidas a la Administración del Estado en materia de montes de éste o de ICONA, lo cual puede entenderse como un supuesto de mutación demanial (como veremos, la doctrina considera que la mayor parte del patrimonio forestal público forma parte del dominio público) por cambio de sujetos en virtud de un cambio de competencia sobre el servicio o utilidad pública al que estaba afecto el bien demanial. En estos casos, GARCÍA DE ENTERRÍA (*opus cit.*, pág. 35) considera que, como regla general, tras el cambio de competencia hay también un cambio de titularidad demanial de los bienes en cuestión. El Tribunal Constitucional, por su parte, en su Sentencia de 27 de julio de 1982, y para un caso similar de transferencias de inmuebles a una Comunidad Autónoma, hablaba de "sucesión" de Entes públicos en la titularidad de los bienes afectados por la transferencia

(25) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *opus cit.*, pág. 172.

público o algún servicio público". A lo cual añade el mismo precepto un tercer apartado aludiendo a una categoría específica dentro de los bienes de las Entidades municipales tendrán el carácter y condición jurídica que les atribuye la Ley de Régimen Local". Dada la especificidad de los bienes comunales trataremos de ellos separadamente más tarde.

Como se desprende del texto del precepto transcrito la propiedad forestal pública tiene, en principio, carácter patrimonial" (o de "propios" si pertenecen a una Entidad local), y únicamente en caso de estar destinados a un uso o servicio público pasan a adquirir carácter demanial. Sin embargo, la doctrina ha criticado este precepto por entender que la regla general de patrimonialidad únicamente será aplicable en casos residuales o marginales, puesto que en la práctica casi todos los montes públicos están adscritos a alguna utilidad pública. Así, se hace una enumeración de los montes demaniales prácticamente omnicompreensiva de los montes públicos: parque nacionales, parques municipales, montes destinados a la investigación o a la enseñanza, montes integrados en el Patrimonio Nacional, los catalogados de utilidad pública pertenecientes a las provincias, e incluso, en opinión de algunos (26) todos los catalogados de utilidad pública cualquiera que fuere la Administración Pública a la que pertenezcan. Haciendo, por el momento, abstracción de este último grupo por cuyas particularidades le vamos a dedicar una atención específica más adelante, vemos que, con independencia de la mayor o menor extensión de ambas categorías, se hace preciso distinguir entre montes públicos demaniales y patrimoniales. Ahora bien, su régimen jurídico no siempre es el mismo, sino que varía en función de la Administración propietaria. Veámoslo:

De un lado, los montes de dominio público, al igual que el resto de los bienes de dominio público, son inalienables, inembargables, imprescriptibles, gozan de exención tributaria, pueden ser recuperados de oficio en cualquier tiempo ejerce la Administración sobre ellos diversas prerrogativas, etc. Todo ello conforme a la teoría general del demanio. En este punto no hay mayores particularidades.

De otro lado, tratándose de montes patrimoniales hay que diferenciar en función de su pertenencia. Así, se desprende del contenido del artículo 3.º L.Mt., conforme al cual: "1. Los bienes del Patrimonio Forestal del Estado (ICONA desde 1971)... estarán exentos de contribuciones e impuestos del Estado y de las Entidades Locales". Por contra, el párrafo 2.º de este mismo precepto dispone que "Los rendimientos económicos que obtengan las Entidades Locales y las demás Entidades públicas no territoriales, así como los particulares de la explotación de sus montes, quedarán sujetos a tributación" en los términos de la presente Ley.

(26) GUAITA, *opus cit.*, pág. 224.

2. Dentro del bloque de los montes públicos se encuentran los *Montes catalogados* cuyas especiales características permiten formar con ellos una categoría separada que es, en definitiva, la que presenta las particularidades más interesantes del Derecho Administrativo Forestal.

Existe un criterio formal de delimitación de los montes catalogados, cual es el de su inscripción en el Catálogo de Montes. Este surgió por mandato de la Ley de 1863, que lo concibió como relación de los montes de las Administraciones Públicas exceptuados de las ventas a que se obligaba la legislación desamortizadora (Leyes de 1 de mayo de 1855 y 11 de julio de 1865) por se considerados por el Gobierno de utilidad pública. La relación general del Catálogo fue aprobada por Decreto en el año 1862, lo mismo que sus nuevas redacciones generales, y sin perjuicio de que la inclusión, exclusión o rectificación para casos concretos, se acuerde por medio de una simple Orden ministerial. El mismo criterio sigue actualmente la L.Mt., cuyo artículo 8.º dispone que: "Se incluirán en el Catálogo de Montes todos aquellos que hubieran sido declarados de utilidad pública con anterioridad a la publicación de esta Ley y, en lo sucesivo, por Ordenes emanadas del Ministerio de Agricultura".

Ahora bien, desde el punto de vista material o sustancial los criterios que han de tenerse en cuenta para la inclusión de un monte en el Catálogo los proporcionan los artículos 6.º L.Mt. y 24 a 29 R.Mt. Así, el primero de ellos establece que en el mismo se incluirán "todos los montes que hubieran sido declarados de utilidad pública pertenecientes al Estado, a la Entidades públicas territoriales y a los establecimientos públicos de beneficencia o enseñanza". Por su parte, los preceptos mencionados del Reglamento señalan que mereceran la consideración de catalogados o de utilidad pública los montes se encuentre en alguno de los siguientes supuestos: *a)* los existentes en las cabeceras de las cuencas hidrográficas; *b)* los que sirvan para regular eficazmente las grandes alteraciones del régimen de las aguas llovidas; *c)* los que eviten desprendimientos de tierras o rocas, impidan la erosión de los suelos, o defiendan poblados o cultivos; *d)* los que saneen parajes pantanosos; *e)* los que con su aprovechamiento regular sirvan para hacer permanentes las condiciones higiénicas, económicas y sociales de los pueblos de la comarca, y *f)*, en general, las masas forestales que por su área o situación sea conveniente conservar o repoblar por su influencia económica, la salubridad pública, el régimen de las aguas, seguridad y fertilidad de las tierras o utilidad para la defensa nacional.

En cuanto al *régimen jurídico particular* que resulta aplicable a estos montes catalogados, resulta de los propios efectos que se derivan de la inscripción del monte en el Catálogo y que, expuestos sinópticamente, son los siguientes:

1. Inalienabilidad, salvo autorización por Ley. Así resulta del artículo 2.º, número 1, L.Mt.: “Los montes incluidos en el Catálogo sólo podrán ser enajenados mediante Ley, salvo en los casos en que lo autoricen la presente Ley y otras Leyes especiales y los de expropiación forzosa...”. No obstante, esta regla puede frustrarse mediante la exclusión del monte concreto que puede realizarse por Orden ministerial, como vimos *supra*.

2. Inembargabilidad. Así lo proclama el artículo 2.º, número 2, L.Mt., si bien admite la excepción de que “podrá constituirse garantía hipotecaria sobre los aprovechamientos de los montes afectados, y la ejecución sólo podrá dirigirse contra la renta o aprovechamiento del monte gravado”.

3. Régimen especial de prescriptibilidad. La regulación de la prescripción de los montes catalogados no puede ser asimilada ni a la propia de los bienes de dominio público (imprescriptibilidad absoluta), ni a la que es propia de los inmuebles de propiedad privada (prescripción ordinaria de diez o veinte años según sea entre presentes o entre ausentes, y prescripción extraordinaria de treinta años sin necesidad de justo título ni buena fe). En efecto, a los montes catalogados únicamente les es aplicable la prescripción extraordinaria de treinta años, según se desprende del artículo 14.6 L.Mt., que al regular el deslinde de aquéllos dispone que en el acto del apeo no se admitirán más pretensiones de los colindantes que las que se apoyen en títulos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad y las pruebas que acrediten de forma indudable la posesión ininterrumpida durante más de treinta años de los terrenos pretendidos.

4. Exenciones tributarias. Son absolutas para el caso de que se trate de montes de propiedad del Estado (o de las Comunidades Autónomas), y para los montes comunales pertenecientes a los municipios.

5. Presunción posesoria. La establece el artículo 10 L.Mt.: “La inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado (hoy ICONA) o por la Entidad pública a cuyo nombre figure, sin que la posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o procedimientos especiales (en clara alusión al procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria). Uno y otra serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de los montes por los Gobernadores civiles en todos los casos”.

6. Inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad. Así resulta del artículo 11, número 1, L.Mt.: “Todo monte incluido en el Catálogo y que haya sido deslindado se inscribirá obligatoriamente a favor de la Entidad pública a quien pertenezca el dominio de la finca”. También es obligatoria la inscripción de los derechos reales de vuelo que pertenezcan

a la Administración forestal, derechos que le facultan para poseer el monte, repoblarlo y aprovechar su arbolado, reservando al propietario una participación en el valor del aprovechamiento que se obtenga mediante los consorcios que se celebren para la repoblación forestal de los terrenos de que se trate (art. 11, núm. 5, L.Mt.).

Por lo que concierne a la *naturaleza jurídica de esta titularidad pública*, existe polémica acerca de su inclusión en uno de los dos elementos del binomio patrimonialidad-demanialidad. En efecto, del lado del carácter patrimonial de los montes catalogados se decanta un importante argumento de Derecho positivo, éste es, el de que el artículo 11 R.Mt. establece la regla general de la patrimonialidad con las solas excepciones de los montes destinados a un uso o servicio público, sin que a estos destinos queden adscritos por su condición de tales los montes catalogados. En la misma dirección apuntan diversos pronunciamientos jurisprudenciales emanados del Tribunal Supremo (p.ej., Sentencia de 14 de marzo de 1956) y hasta el Tribunal Constitucional, el cual en su Sentencia de 2 de febrero de 1981 alude al “especial régimen de protección de que gozan los bienes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, distinto del correspondiente con carácter general a los bienes de propios”, es decir, se trata de un bien patrimonial especialmente protegido.

Sin embargo, la tesis de la demanialidad cuenta con numerosos simpatizantes en la doctrina (con más o menos matizaciones se suman a esta postura GARCÍA-TREVIJANO, GARCÍA OVIEDO, GARRIDO FALLA, PARADA VÁZQUEZ). Recientemente esta tesis ha sido defendida con sólidos argumentos por GUAITA (27), quien aduce lo siguiente: 1) La presunción posesoria que implica la inclusión en el Catálogo; 2) el plazo treintenual de usucapión; 3) la necesidad de una ley de autorización para enajenar montes catalogados; 4) el régimen intervenido de aprovechamientos; 5) la necesidad de que para expropiar un monte catalogado se instruya un expediente en el que se demuestre que la utilidad pública de la obra proyectada es de interés prevalente respecto de la utilidad que presta el monte, lo cual carecería de lógica en caso de que el monte fuese patrimonial; 6) el hecho de que se trata de bienes de utilidad pública que, aunque no encuentren acomodo en las categorías de uso o servicio público, sí pueden ser considerados como destinados al fomento de la riqueza nacional (art. 339, núm. 2, del Código Civil), y 7) el hecho de que el texto refundido de Régimen Local de 1986 considere que son bienes de servicio público provincial “los montes catalogados”, siendo absurdo calificar como bienes de dominio público a los montes catalogados provinciales, y negar esta cali-

(27) *Ibidem*, págs. 226 y sigs.

ficación a los catalogados municipales o los del ICONA. Todo ello se completa con la teoría duguitiana de la “escala de la demanialidad”, esto es, la posibilidad de que el dominio público, en función del objeto sobre el que recaiga, admite grados de intensidad.

No obstante la agudeza de muchos de estos argumentos, no parecen sustentar de forma definitiva la tesis de la demanialidad de los montes catalogados, ya que son reversibles y susceptibles de ser empleados en sentido contrario. Así: 1) La admisión de la usucapión, aunque sea treintenal, vulnera el principio de la imprescriptibilidad; 2) la posibilidad de ser enajenado, aunque se requiera una Ley para ello, sin necesidad de desafectación, contradice el principio de la inalienabilidad; 3) la intervención administrativa sobre los aprovechamientos se produce también en los montes particulares; 4) es axiomático que los bienes de dominio público no pueden ser expropiados, sino que, en su caso, sufren mutaciones demaniales, y 5) la teoría de la escala y la graduabilidad es igualmente aplicable a los bienes patrimoniales en función del mayor o menor grado de intervencionismo administrativo, etc.

3. Dentro del grupo de los montes de dominio público de titularidad municipal destacan los *montes comunales*.

Con carácter general son bienes comunales los de dominio municipal “cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos”, según la definición que proporciona el artículo 79.3 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985. Debe observarse que si bien los conceptos de “bien comunal”, al que con carácter general se refiere la legislación de régimen local, y el de “monte comunal”, que es el que específicamente nos interesa, no son coincidentes o sinónimos, sin embargo, lo cierto es que la mayor parte de los bienes comunales actualmente existentes son precisamente montes, por lo que resulta predicable a éstos prácticamente todo lo que de forma genérica se estatuye para aquéllas.

Pues bien, retomando la definición del artículo 79.3 LBRL se aprecia en él que restringe el verdadero ámbito de los bienes comunales al exigir, con carácter esencial, la pertenencia de los mismos al dominio municipal, cuando realmente lo esencial en la caracterización de los bienes y montes comunales estriba en ser aprovechada en común por ciertos vecinos, resultando irrelevante el dato del titular o propietario, séalo o no el municipio en que el bien radique. En este sentido, se trata de una comunidad que puede recaer sobre un derecho de propiedad, sobre una servidumbre, o sobre cualquier otro derecho susceptible de ser compartido simultáneamente entre varios titulares o comuneros.

Ahora bien, no toda comunidad de bienes o derechos determina la existencia de un bien comunal. Para ello es preciso que concurren un

conjunto de notas que han sido sistematizadas por GUAITA (28) del siguiente modo:

1. Lo esencial en los bienes comunales es su aprovechamiento y disfrute en común, sea o no también en común su propiedad.
2. El título de comunero deriva de la condición de vecino de una determinada "entidad local".
3. En tanto que la comunidad de bienes es una figura propia de la teoría general del derecho, particularmente estudiada en el ámbito del Derecho civil, los bienes comunales constituyen una institución exclusiva del Derecho administrativo, al estar regida por leyes de esta naturaleza.
4. Los bienes comunales constituyen una especie del género de la denominada comunidad germánica, de tipo germánico o en mano común y, por tanto, en la misma no existen cuotas o partes individuales, y no pueden dividirse ni enajenarse.

Por lo que se refiere a la *clasificación* de los montes comunales —coincidente con la de los restantes bienes comunales— cabe diferenciar:

1. En función del titular de la propiedad, los comunales pueden ser del Estado (es un supuesto infrecuente pero del que existen casos singulares en Navarra), de una provincia, de un municipio, de una entidad local menor, de varios municipios a los que pertenezca en común la cosa, goce o no esta comunidad de personalidad jurídica, o de particulares. Ahora bien, no siempre los vecinos titulares del derecho de aprovechamiento son todos los vecinos de la Entidad propietaria. Así, por ejemplo, el propietario puede ser un municipio determinado y los beneficiarios del disfrute exclusivamente los vecinos de una parroquia, caserío o barrio de dicho municipio.

2. Desde otro punto de vista, cabe distinguir, según la terminología empleada por NIETO (29), entre los montes comunales "típicos" y los "atípicos", siendo los primeros los regulados con carácter general por la legislación de régimen local, en tanto que los segundos responden a diversas variedades y están sujetos a leyes especiales o, en algunos casos, a costumbres seculares. Los más importantes de este segundo grupo son los llamados "montes vecinales en mano común" a los que me referiré más adelante.

En cuanto al tema del *régimen jurídico de su titularidad*, y partiendo de la definición aportada por el citado artículo 79.3 LBRL, conforme a la cual la propiedad corresponde al municipio, pero el aprovechamiento

(28) *Ibidem*, pág. 283.

(29) NIETO, Alejandro: *Bienes comunales*, Madrid, 1964.

corresponde a los vecinos, se hace preciso deslindar el ámbito de las dos titularidades concurrentes sobre un mismo objeto. Así, el municipio tiene una propiedad limitada, ya que ni puede disponer del monte comunal (todos los comunales son inalienables) ni tampoco puede aprovecharlo o disfrutarlo. Lo que sí puede ser regular los aprovechamientos, ejercer su facultad reglamentaria o de ordenanza, suprimir el carácter comunal de ciertos montes, facultades todas ellas que ciertamente rebasen el ámbito de actuación propio de un mero gestor. Por ello, se dice que el municipio, que tiene facultades dominicales pero limitadas, no es un titular exclusivo de los bienes comunales, sino que es titular de derechos simultáneos y concurrentes con los de los vecinos beneficiarios de los aprovechamientos, cuyas facultades —caracterizadas como un derecho real administrativo de goce— limitan y completan, a la vez, las facultades dominicales del municipio.

Aún queda otro problema por resolver: esta propiedad municipal ¿es una propiedad “patrimonial”, como afirmaba la antigua Ley de Régimen Local de 1955, o es más bien una propiedad “demanial” como declara el artículo 80.1 de la LBRL?

Desde un punto de vista de *lege data* es claro que el precepto citado incluye los bienes comunales dentro de los de dominio público. Ahora bien, como pone de manifiesto GUAITA (30) en este caso como en otros, podría hablarse de la existencia de un *tertium genus*. En efecto, si bien es cierto que los comunales participan de la condición de los bienes demaniales en ser inalienables, inembargables e imprescriptibles, y que están exentos de contribución, también lo es que, como hemos visto, la titularidad de la Administración sobre los mismos no es exclusiva, sino compartida con la de los vecinos, sin que, en puridad, esta última puede ser calificada de titularidad pública. Además, y este dato es muy revelador, el uso y aprovechamiento de los montes comunales está restringido a los “vecinos” excluyéndose al público en general. Por lo demás, se piensa que la propia Constitución quiso establecer con los comunales una categoría separada, al decir en su artículo 132.1 que “los bienes comunales y demás bienes de dominio público...”.

Por último, y en lo atinente a los *montes vecinales en mano común*, su regulación actual viene contenida en la Ley de 11 de noviembre de 1980, que deja a salvo lo que disponga los Estatutos de Autonomía.

La Ley de 1980 señala que para que un monte ostente la condición de “vecinal en mano común” se precisa que pertenezca a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como Entidades administrati-

(30) GUAITA, *opus cit.*, pág. 289.

vas, y vengán aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos. Por tanto, se trata de una especie de “montes comunales”, caracterizada porque la titularidad dominical corresponde, sin asignación de cuotas —comunidad germánica— a los vecinos titulares del aprovechamiento. En principio se trata de propiedades civiles o de Derecho privado, regidas por sus normas especiales supletoriamente por el Código Civil y demás normas jurídica-privadas. En consonancia con ello la competencia jurisdiccional para conocer de los litigios que se susciten en relación con estos montes viene atribuida a los Tribunales civiles.

A pesar de esta caracterización privada (obsérvese la interferencia de criterios clasificatorios a que más atrás aludíamos), y que hubiese podido justificar el estudio sistemático de los montes vecinales en el apartado dedicado a los montes particulares, al igual que los demás montes comunales, los montes vecinales en mano común son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables y exentos de contribuciones territoriales. No obstante, se admite que son objeto de un limitado tráfico jurídico, pudiendo cederse temporalmente, servir de objeto de derechos de superficie y arrendamientos, si bien de forma condicionada a que no se perjudique el monte y se trate de construir obras o instalaciones o prestar servicios que redunden en beneficio directo de los vecinos.

El carácter híbrido del régimen jurídico de estos montes aflora, asimismo, en el hecho de que, como dice PARADA (31), sobre los mismos se ha organizado un régimen de tutela administrativa a través de la figura de los “Jurados de los montes vecinales en mano común”, los cuales están presididos por quien designe la correspondiente Comunidad Autónoma o, en su defecto, el Gobernador civil, y a los que se atribuye facultades para clasificar los terrenos como tales montes vecinales, para atribuir inicialmente —con posibilidad de impugnación entre la jurisdicción ordinaria— la propiedad a la comunidad vecinal de que se trate, y para declarar la exclusión del monte del Catálogo de Montes de Utilidad Pública y del inventario de bienes municipales. Otros rasgos públicos de éstos montes están constituidos por la atribución a la Administración de facultades para su deslinde y amojonamiento y la regulación de su régimen sucesorio, puesto que en caso de extinción de la agrupación vecinal titular, la Entidad local menor o, en su defecto, el municipio en que radique el monte, determinará su disfrute y conservación conforme a las normas de régimen local sobre los bienes comunales.

4. Por lo que se refiere a los *montes particulares* aun cuando, como hemos dicho, se caracterizan por corresponder su propiedad a personas o

(31) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *opus cit.*, pág. 56.

Entidades de Derecho privado, la L.Mt. los somete también a un cierto intervencionismo, según se desprende de su artículo 4.º, número 4, parrafo 2.º, que dice así: “El disfrute de los montes de los particulares también quedará sometido por motivos de interés público a aquellos preceptos de esta Ley que les sean aplicables”. Se trata, en suma, de una propiedad vinculada al cumplimiento de diversas obligaciones públicas.

El grado de esta vinculación o intervención pública sobre los montes particulares es distinto según que éstos tengan o no la consideración de protectores. *Los montes protectores* se consideran de interés general por lo que pueden ser sometidos a diversas restricciones, como la de que sus dueños pueden ser obligados a explotar el monte conforme al plan técnico elaborado por el Ministerio de Agricultura y a ajecutar planes de mejora (art. 30, núm. 3, L.Mt.). Estas obligaciones se justifican en las particularidades de los montes protectores, cuya calificación se aplica a los montes situados en las cuencas alimentadoras de pantanos, a los que tengan las características de los catalogados, los que habiendo estado catalogados como de utilidad pública pasen por rectificaciones del Catálogo al dominio particular, y los que sean declarados protectores por una Ley especial.

Por lo demás, los montes particulares, sean o no protectores, se encuentran sometidos a un especial régimen de intervención administrativa que se traduce en lo siguiente: su explotación se realiza con intervención de la Administración, que regula los aprovechamientos de sus productos, pudiendo disponer mediante Decreto y por exigencias de la economía nacional limitaciones en los mismos. En caso de que el monte revista importancia forestal, económica o social, la Administración puede establecer que sus aprovechamientos se sometan al oportuno proyecto de ordenación o plan técnico, según proceda (art. 30, núms. 1 y 2, L.Mt.).

Además, los montes particulares pueden ser sometidos a repoblación obligatoria, en virtud de acuerdo del Gobierno, a propuesta del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en cuyo caso el propietario afectado viene obligado a efectuar la repoblación respetando el contenido de los planes reglamentariamente aprobados al efecto (art. 50 L.Mt.).

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad

Aportación al Ciclo de Conferencias 1990-91 del
CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES-
ANDALUCIA OCCIDENTAL

Presentación de documentos por telecopia en el Registro de la Propiedad

(Comentarios al Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES.—III. LA SOLICITUD DE PRESENTACION POR MEDIO DE TELECOPIA: 1. SOLICITUD (EXPRESA Y POR ESCRITO) AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DISTRITO EN QUE SE HAYA OTORGADO EL DOCUMENTO. 2. LA SOLICITUD HA DE FORMULARSE POR ALGUNO DE LOS OTORGANTES. 3. CONCURRENCIA DE RAZONES DE URGENCIA O NECESIDAD. a) *¿Existe un concepto registral de urgencia o necesidad?* b) *¿Quién o quiénes han de apreciarla?* 4. APORTACIÓN DEL DOCUMENTO INSCRIBIBLE.—IV. OPERACIONES EN EL REGISTRO DE ORIGEN: 1. CALIFICACIÓN DEL CARÁCTER PRESENTABLE DEL DOCUMENTO. 2. EXTENSIÓN DEL ASIENTO DE REMISIÓN. SU NATURALEZA: a) *El asiento de remisión no es un asiento de presentación.* b) *El asiento de remisión no produce efectos propios de un asiento de presentación.* c) *El asiento de remisión no produce efecto alguno de prioridad registral.* 3. REMISIÓN DE DATOS AL REGISTRO DE DESTINO COMPETENTE. a) *Los necesarios para practicar el asiento de presentación.* b) *Los que justifiquen la competencia del Registro de destino.* c) *Número del asiento de remisión, sello y firma del Registrador de origen.* d) *Otros datos.* 4. EXTENSIÓN DE NOTAS AL PIE DEL DOCUMENTO INSCRIBIBLE Y AL MARGEN DEL DIARIO. 5. DEVOLUCIÓN DEL DOCUMENTO INSCRIBIBLE. a) *La devolución puede hacerse a cualquier interesado.* b) *Advertencia de aportación en plazo al Registro de destino.*—V. OPERACIONES EN EL REGISTRO DE DESTINO COMPETENTE: 1. CALIFICACIÓN DE COMPETENCIA. 2. CONFIRMACIÓN DE LA RECEPCIÓN. ACUSE DE RECIBO. 3. EXTENSIÓN DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN. a) *Solicitud de presentación y solicitud de remisión de datos.* b) *El asiento ha de extenderse "al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre".* c) *El asiento de presentación en caso de recepción de varias telecopias.* d) *¿Pueden extenderse asientos múltiples a virtud de telecopia?* 4. APORTACIÓN DEL DOCUMENTO ORIGINAL Y NOTA AL MARGEN DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN: a) *Constancia registral de la aportación.* b) *¿Qué asiento es el que caduca a los diez días?* c) *Cómputo del plazo de diez días para la aportación.* d) *Cómputo de los plazos de calificación y despacho.*—VI. EL PLAZO EN LA PRESENTACION POR TELECOPIA.—VII. LOS RECURSOS EN LA PRESENTACION POR TELECOPIA.

I. INTRODUCCION

En esta ocasión, me parece obligado empezar pidiendo disculpas. Porque es casi imperdonable el empeño en tropezar, intencionadamente, hasta tres veces en la misma piedra.

En efecto, es la tercera vez que me ocupo públicamente de cuestiones relacionadas con esa delicada, efímera, pequeña y, a la vez, esencial criatura de naturaleza hipotecaria que es el asiento de presentación (1). Esa pequeña espoleta, capaz de desencadenar un importantísimo proceso, cual es el procedimiento de publicidad jurídica material —y, por tanto, con fuertes efectos sustantivos— de corte registral. Ese reducido elemento que, sin embargo, resulta indispensable para que pueda ser efectivo el principio *prior in tempore potior in iure*, que no es sólo el paradigma de lo que llamamos prioridad registral, como esencial instrumento de orden para la actuación del sistema, sino que el Derecho romano, a pesar de que no desarrolló la idea de publicidad jurídica de tipo registral (tal vez porque no la intuyó; tal vez porque no la reclamó su rígido sistema de transmisión de bienes: público, ante testigos o ante el Juez, y con tradición real, pues las formas de tradición espiritualizada son ya tardías; tal vez, en fin, porque no lo demandó su fuerte sentido quiritario de la propiedad); sin embargo, ya lo adoptó en materia de hipotecas, atendiendo a la fecha del contrato constitutivo y no a la del crédito, como instrumento de seguridad (2). Esa mínima estructura formal —de “breve asiento”, casi despectivamente, lo califica el art. 248 de la Ley Hipotecaria—, pero que, como ocurre con la “orden de despacho”, su equivalente en el Derecho alemán (3), a pesar de su carácter efímero, su pequeñez y su brevedad, es el eje en torno al cual gira todo el sistema de garantías y de seguridad jurídica, asiento del moderno sistema financiero y económico, nueva forma de ser del derecho y la propiedad, que la publicidad registral, “uno de los tesoros más preciosos de la madurez del espíritu jurídico” —y utilizó

(1) Dos trabajos anteriores han visto la luz en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO: “El asiento de presentación y los títulos recibidos por correo”, número 520, mayo-junio de 1977, págs. 537 y ss.; y “El nuevo asiento de presentación (Su estructura, los derechos conexos inmobiliarios y la interrupción del proceso registral)”, número 562, mayo-junio de 1984, págs. 547 y ss.

(2) Así lo explica Juan PACCHIONI en su *Manual de Derecho romano*, Turín, 1935, versión española, tomo I, pág. 439.

(3) Las órdenes de despacho u órdenes de inscripción (“Eintragungsverfügungen”) que se hacen constar en el Libro Diario (“Tagebuch”). Puede verse esta cita en el trabajo de Antonio PAU PEDRÓN “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 551, julio-agosto 1982, págs. 965 y 966.

palabras de José Antonio ALVAREZ CAPEROCHIPI (4), un hipotecarista no Registrador de la Propiedad—, es capaz de producir.

Quizá, porque el asiento de presentación es todo eso —y más que eso—, yo pueda apelar a su importancia, para justificar mi atractivo y debilidad por el tema y mi contumacia en el estudio de los problemas que plantea. O, acaso sería mejor decir en esta ocasión, de los problemas que le plantean, como espero quede de manifiesto en las líneas que siguen.

II. ANTECEDENTES

Ocorre, a veces, que hasta las profecías se cumplen. Y me refiero, claro está, a las profecías que hacen, que hacemos a veces, los aficionados del vaticinio, los falsos profetas. Porque las que hacen los verdaderos Profetas, con mayúscula, los de escalafón, ésas, tarde o temprano, se cumplen siempre. Si no fuera así el gremio ya habría perdido credibilidad.

Esto que digo, aunque no lo parezca, está en directa relación con el tema que nos ocupa. Hace casi quince años, en el primero de los estudios que dediqué al asiento de presentación, en relación con la titulación llegada por correo (5), y en unos momentos en que la doctrina autorizada ponía en tela de juicio la viabilidad y eficacia de este medio de presentación (6), tuve la osadía de escribir lo siguiente: “A nuestro juicio, hoy no debe ofrecer ninguna duda la admisión del correo como medio para llevar los títulos a la oficina. Es más: no hace falta poseer carismas proféticos para poder afirmar que en un futuro no muy lejano no sólo el correo, sino el telégrafo, el teléfono, el télex o la televisión serán medios normales para proporcionar al Registro los datos esenciales del asiento.”

(4) En su libro *Derecho Inmobiliario Registral*. Editorial Civitas, Madrid, 1986, págs. 18 y 20

(5) Trabajo citado en la nota 1, pág. 564.

(6) Don Ramón DE LA RICA Y ARENAL, en sus *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario* (la introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959), Madrid, 1959, había escrito: “Quien a todo evento desea esgrimir a su favor el *prior tempore* no confía su título al correo, sino que con toda prisa, y utilizando los más rápidos medios de locomoción, acude al Registro y efectúa personalmente la presentación” Y “En la inmensa mayoría de los casos, los títulos remitidos por correo son documentos normales, que no implican colisión de derechos ni necesitan acogerse a una urgente presentación para ganar la prioridad registral” (págs. 219 y 220).

En mi estudio sobre presentación de títulos remitidos por correo (reseñado en nota 1), me permití ya expresar que tenía una experiencia personal contraria a la opinión de LA RICA, pues la realidad me demostraba que la mayoría de los documentos llegados por correo eran, precisamente, títulos necesitados de prioridad, como escrituras de hipoteca y mandamientos judiciales (ver trabajo citado, pág. 555, nota 26).

Aparte la autocita, conviene recordar ahora que la presentación de títulos remitidos por correo estaba expresamente prohibida en el Reglamento Hipotecario de 1915 (en su art. 274). Fue el Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 el que se planteó, por primera vez, la necesidad de facilitar la presentación de títulos otorgados fuera del lugar del Registro, con cierta timidez, desde luego, pues la posibilidad se planteaba de forma negativa: “Los Registradores —decía su art. 38— no estarán obligados a gestionar la presentación de los títulos que reciban por correo, y podrán devolverlos o conservarlos en su archivo a disposición del que tenga derecho a ellos.”

Este texto, con muy pequeños retoques (7), pasó al originario artículo 418 del Reglamento Hipotecario de 1947, que ha sufrido desde entonces dos cambios más: el primero, por el Decreto de reforma parcial del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959, siguiendo, también, la orientación marcada por el nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 (en su art. 28); y el segundo, por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que mantuvo la triple opción del Registrador para presentar y despachar, devolver o conservar en su archivo los títulos, si bien con obligación de presentar los remitidos por autoridades judiciales o administrativas y con mayores garantías para los remitentes, que deben ser notificados de la decisión contraria a la presentación. Esta reforma de 1982 resolvió, además, el tradicional problema de quién debe ser considerado como presentante en estos casos, condición que la doctrina autorizada había tratado de asignar al propio Registrador (ROCA SASTRE) o al cartero (LA RICA), o simplemente, como salomónica solución, la doctrina había propuesto la supresión de la figura del presentante en los asientos de títulos remitidos por correo (CAMY) (8). Parecía lógico acabar con las ficciones y considerar como presentante sencillamente al que lo era, es decir, al que solicitaba la presentación o remitía el documento con esa finalidad, estuviera o no presente en el Registro. Esta presencia en la

(7) El artículo 418 del Reglamento Hipotecario de 1947, en su redacción original decía: “Los Registradores no estarán obligados a presentar en el Registro los títulos que para su inscripción reciban por correo y los conservarán en su archivo a disposición de quien tenga derecho a los mismos”. La diferencia entre ambos preceptos estaba en que el Reglamento del Registro Mercantil hablaba de “gestionar la presentación” y el Reglamento Hipotecario de “presentar”, de lo que podía deducirse que el primero autorizaba al Registrador a buscar un presentante; en cambio, el segundo permitía que lo fuera el propio Registrador. Ambos respondían a la idea obsesiva de que el presentante tenía que estar presente en la oficina en el acto de la presentación, hoy plenamente superada.

(8) ROCA SASTRE, en su *Derecho Hipotecario*, tomo II de la 6.^a ed., pág. 139; LA RICA, en sus *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario* (Segunda Parte: Modificaciones), Madrid, 1949, pág. 54, editados por el Colegio Nacional de Registradores; BUENAVENTURA CAMY en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo I, págs. 550 y ss., Colegio Nacional de Registradores, Granada, 1969.

oficina de todo presentante era una secuela de la primera Ley Hipotecaria, que consideraba necesaria la firma del asiento por el presentante (ver su art. 240), pero incompatible con la nueva ordenación legal (principalmente, los arts. 6.º y 249 de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento) y con la realidad de una vida más dinámica, que reclama garantías inmediatas para el tráfico inmobiliario. La reforma de 1982 adoptó, pues, aquella solución. En su momento señalé, modestamente, la importancia de esta clarificación. Pero el segundo paso habría de ser la posibilidad de utilización por el presentante, alejado del Registro, de medios técnicos avanzados que le permitieran hacer efectiva su solicitud, proporcionando al Registro los datos básicos del asiento (9).

El Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, culmina, por ahora, este proceso. Y, una vez más, la normativa del Registro Mercantil ha ido por delante y servido de modelo al Registro de la Propiedad. El Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, que aprueba el nuevo Reglamento del Registro Mercantil, ha arbitrado, por primera vez, “la posibilidad de presentación de los documentos a través de Registro distinto del competente para practicar la inscripción” (Preámbulo II); y ha impuesto la “exigencia de que se instale un telefax en cada Registro para hacer posible la remisión de los datos necesarios para la práctica de asientos de presentación por medio de telecopia, en los casos de presentación en Registro distinto...” (Preámbulo III). Sus artículos 46 a 49 desarrollan el nuevo sistema, sus requisitos y operaciones a realizar en el Registro de origen y en el de destino.

Siguiendo esta pauta, el citado Real Decreto de 30 de marzo de 1990 modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia. El Preámbulo explica que se trata de “mejorar y agilizar la llevanza de los Registros de la Propiedad y de adaptarla a los ritmos y necesidades de la sociedad actual” (10). Se pretende generalizar la informatización de todos los Regis-

(9) En mi estudio sobre títulos remitidos por correo (ya citado, págs. 567 y ss.) señalé ya mi discrepancia con las opiniones de los tres ilustres tratadistas, afirmando, sin reserva alguna, que el representante, en estos casos, era el remitente calificado como tal, solución adoptada más tarde por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982.

(10) El proceso de mecanización e informatización de los Registros de la Propiedad se inicia en nuestro país en el año 1976 y los más importantes hitos de su normativa han sido los siguientes:

- Real Decreto 3285/1976, de 23 de diciembre, sobre utilización de hojas móviles en los Registros de la Propiedad.

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1977, autorizando la implantación experimental del sistema de hojas móviles en seis Registros-piloto.

- Resolución de la DGRN de 12 de julio de 1978, ampliando la experiencia a otros

tros de la Propiedad y, al objeto de modernizar los sistemas de identificación de fincas, introduce el Decreto la obligación de utilizar bases gráficas o digitalizadas, con el fin de facilitar la necesaria coordinación entre el Registro y el catastro (véase su Preámbulo). La materia está desarrollada en los nuevos artículos 398.a, 398.b, 398.c, 398.d y 398.e del Reglamento Hipotecario y me limito aquí a dejarla apuntada. Serán los especialistas en Informática los que hagan la adecuada valoración de estos textos en su aplicación a la mecánica registral.

Pero el Real Decreto de 30 de marzo de 1990 anuncia, además, en su Preámbulo, que “se aprovecha la ocasión para establecer un procedimiento de presentación de documentos en Registro distinto del competente”, medida que responde “a la modernización funcional y tecnológica de las oficinas registrales”. La innovación está recogida en los artículos 418.a, 418.b, 418.c y 418.d, justamente a continuación y bajo el mismo número que regula la presentación de los títulos remitidos por correo, sin lugar a dudas, su más directo antecedente. De estos nuevos textos reglamentarios, vamos a intentar un primer estudio en las líneas que siguen. Pero debo aclarar que este examen no alcanzará a la presentación por telecopia en el Registro Mercantil; me parece más que prudente remitir ese estudio a los compañeros mercantilistas en ejercicio que, con toda seguridad, podrán darnos una visión fundada de la problemática que suscite el nuevo sistema en el Registro hermano.

Me limitaré, pues, a intentar un primer acercamiento a los problemas que, a mi modesto juicio, pueden suscitarse al aplicar el nuevo sistema de presentación de documentos por telecopia en el Registro de la Propiedad. Y no desconozco el enorme “handicap” y peligro que supone carecer de antecedentes o estudio doctrinal alguno en que poder apoyarme de alguna manera, por tratarse de materia radicalmente nueva (10 bis).

Registros y dictando normas para la extensión de los asientos en los nuevos libros de inscripciones.

— Resolución de la DGRN de 4 de abril de 1979, autorizando con carácter general y voluntario a todos los Registros de la Propiedad para utilizar libros de inscripciones de hojas móviles.

— Resolución de la DGRN de 19 de noviembre de 1982, aprobando modelos de libros

— Resolución de la DGRN de 26 de agosto de 1986, aprobando nuevos modelos de libros y dictando nuevas instrucciones para su llevanza.

— Resolución de la DGRN de 27 de agosto de 1987, estableciendo la implantación obligatoria en todos los Registros de la Propiedad de los libros de hojas móviles.

— Resolución de la DGRN de 31 de agosto de 1987, sobre informatización de los Registros y bases gráficas.

— Resolución de la DGRN de 24 de noviembre de 1987, desarrollando el programa sobre informatización de los Registros

(10 bis) Ciertamente, no he encontrado ningún trabajo o comentario doctrinal al Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, que de alguna manera me hubiera podido

Por último, en este breve capítulo de antecedentes, no puede ignorarse la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propiciada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, y que, dentro de la materia de “exhortos, oficios y mandamientos” (libro I, título VI, sección V), dio nueva redacción al

servir, al menos, como punto de partida para el planteamiento de la problemática del nuevo método de presentación por telecopia. Las referencias que voy a recoger a continuación son anteriores a la citada disposición y responden a un planteamiento completamente distinto del contemplado por la nueva normativa, ya que ésta parte del supuesto de que lo que se envía por medio de la telecopia son los datos necesarios para extender el asiento de presentación en el Registro competente, tomados por el Registrador de origen del documento inscribible, que se ha de aportar con la solicitud de remisión. En cambio, en las referencias a que voy a aludir, se parte de que lo que se envía por medio del telefax es el propio documento inscribible original.

Los antecedentes corporativos del Real Decreto hay que buscarlos en la Conclusión 2-D de la Comisión Primera de la II ASAMBLEA GENERAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. En esta Conclusión, que lleva como rótulo “Presentación ante cualquier Registrador”, se decía: “La presentación de documentos ante cualquier Registrador de la Propiedad, sea cual fuere el lugar donde radiquen las fincas, es una necesidad social a la que hay que dar respuesta, una vez que se haya completado el período de informatización de los Registros y estudiado las debidas garantías”. Por su parte, la Conclusión 1-Tercera-A de la Comisión Tercera, consideraba aconsejable la instalación del telefax en los Registros de la Propiedad. La citada Asamblea se celebraba en Barcelona los días 20, 21 y 22 de diciembre de 1988.

La posibilidad de desarrollo legislativo de estas Conclusiones dio lugar a dos trabajos, que aparecieron en *Lunes 4.30*, la desenfadada y a la vez profundamente seria revista, editada por los Registradores de la Comunidad Valenciana. El primero (que lleva fecha de 14 de enero de 1989, a escasos días del término de la Asamblea), firmado por Constancio VILLAPLANA GARCÍA, y que, bajo el título *Utilización del telefax como medio de presentación de documentos en el Registro de la Propiedad*, se mostraba claramente partidario de la implantación del telefax y no sólo para la presentación de documentos, sino que apuntaba la utilización del mismo para la expedición de notas simples, consultas de Notarios y Abogados y, en general, todo tipo de comunicaciones con cualesquiera despachos u oficinas. VILLAPLANA llegaba a estas conclusiones después de un minucioso y constructivo examen de los impedimentos tanto legales (posible conculcación de los principios de legalidad, prioridad y calificación, así como la eventual ruptura de la competencia territorial exclusiva de los Registros de la Propiedad) como de orden práctico (costo económico, preparación técnica de los Registros, tiempo necesario para la operación y su incidencia en la marcha de la oficina, etc.).

El segundo trabajo de *Lunes 4.30* (fechado el 13 de febrero de 1989), firmado por Rafael GÓMEZ-PAVÓN MARTÍNEZ, delataba ya en el título la posición de su autor: “No al telefax obligatorio”, solución que fundamentaba en una serie de inconvenientes prácticos (nivel de ruidos de la línea telefónica, variabilidad de los tiempos de transmisión, bloqueo del telefax..., amén de inconvenientes derivados de la picaresca, como la presentación masiva por los gestores), inconvenientes económicos (a cargo del usuario el costo de la instalación) e inconvenientes jurídicos (conculcación de los principios de documentación auténtica, prioridad, legalidad, etc.), para terminar recomendando: “De-lenda est telefax”.

En la misma REVISTA y en su número de 13 de marzo del mismo año 1989, terció Miguel GONZÁLEZ LAGUNA, que había sido ponente de la Comisión Primera de la Asamblea de Registradores, origen de los trabajos que he reseñado. En breves líneas y bajo el título *El guerrero del anti-fax y otros cuentos*, con referencia al trabajo de

artículo 288, disponiendo que “en el caso de que la actuación requerida se considere de urgente práctica, podrá formularse la petición por télex, telégrafo, teléfono o por cualquier otro medio, bajo la fe del Secretario, sin perjuicio de confirmarla en despacho ordinario que habrá de remitirse al mismo día o al siguiente”. Y especificando el artículo 299, después de disponer que “los mandamientos, oficios y exposiciones se cursarán para su cumplimiento directamente por el Juez o Tribunal que los hubiere dictado”, que “podrán, en su caso, utilizarse los medios de comunicación a que se refiere el artículo 288”. Pero estos textos (sobre los que volveré más adelante) no han tenido aplicación por lo que al Registro de la Propiedad se refiere, ante la falta del oportuno trámite dentro del procedimiento registral, desarrollado por la legislación hipotecaria, y que el Real Decreto que vamos a comentar ha venido a subvenir, al menos en parte.

III. LA SOLICITUD DE PRESENTACION POR MEDIO DE TELECOPIA

“Art. 418.a. Si concurren razones de urgencia o necesidad, cualquiera de los otorgantes podrá solicitar del Registro de la Propiedad del distrito en que se haya otorgado el documento, que se remitan al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento similar, los datos necesarios para la práctica en éste del correspondiente asiento de presentación.”

En este primer artículo de la reforma se recoge la necesidad de solicitar el nuevo procedimiento de presentación y los requisitos que debe reunir la solicitud. Los veremos por separado.

GÓMEZ-PAVÓN, cuyo contenido y argumentación aceptaba, precisó: “El fallo está en presumir que la única forma de utilizar el telefax es la que él acertadamente rechaza.. Existen otras fórmulas (en las que se está trabajando) con las que se podrá estar o no de acuerdo, pero que en todo caso exigirán distintos argumentos... Nuestra misión como Registradores es encontrar fórmulas compatibles con nuestro sistema...”.

El estudio que sigue del Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, pretende justamente eso: interpretar la norma de manera que su planteamiento no suponga, en ningún caso, perturbación alguna para nuestro sistema de publicidad jurídica inmobiliaria registral, como eficaz instrumento de seguridad jurídica. No se trata, pues, de aceptar o rechazar el nuevo sistema de presentación de documentos, mediante la utilización del telefax para remitir al Registro competente los datos del asiento, extractados del título inscribible por el Registrador de origen. La norma que contempla el supuesto está ya en el *Boletín Oficial* y hay que aceptarla. La urgencia está ahora en procurar una interpretación que, en todo caso, salvaguarde los principios básicos del sistema, que es tanto como decir la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.

I. SOLICITUD (EXPRESA Y POR ESCRITO) AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DISTRITO EN QUE SE HAYA OTORGADO EL DOCUMENTO

A mi juicio, la solicitud ha de formularse expresamente y por escrito. Es cierto que el artículo 418.a habla tan sólo de que se “podrá solicitar” la remisión de los datos necesarios para la presentación, sin aclarar la forma de esa solicitud. Pero desde el momento en que el ejercicio de este derecho se limita a *los otorgantes* y desde el momento en que han de concurrir *razones de urgencia o necesidad* para dar curso a la solicitud, como fundamento de la misma (a ambas particularidades me referiré en seguida) no hay otra forma de acreditar el cumplimiento de tales requisitos, con un mínimo medio permanente de prueba, que su constancia escrita. Aquí no cabe establecer ningún tipo de presunción al modo de la que, para la solicitud de inscripción, establece el artículo 39 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 6.º de la Ley, en el sentido de que la mera dejación de un título en Registro incompetente para su despacho, haya de implicar presunción de remisión de datos por telecopia para su presentación en el Registro competente. La actuación del Registrador de origen —a quien va dirigida la solicitud—, como impulsor del trámite y como primer responsable de su efectividad, no debe entrar nunca en el terreno de la duda u oficiosidad y la única manera de lograrlo plenamente es la constancia expresa y escrita de la solicitud en la que, además, se recojan las razones que le sirven de causa. Y, por último, es de observar —y sobre estos aspectos insistiré más adelante— que la *solicitud de remisión de datos*, correctamente formulada, y que va dirigida al Registrador llamado de origen, sí que lleva implícita la *solicitud de extensión del asiento de presentación*, que ya no va dirigida al Registrador de origen, sino al Registrador de destino quien, como único competente, es el que ha de resolverla. Todo lo cual aconseja la constancia expresa y escrita de la solicitud inicial.

Por lo demás, debe ser indiferente que *la solicitud se formule o se ordene la remisión de datos* en escrito aparte o en el propio documento a presentar. Y precisaré o trataré de aclarar, también en su momento, esa diversa terminología.

En segundo lugar, apuntábamos que esa solicitud expresa y escrita ha de dirigirse *al Registro de la Propiedad del distrito en que se haya otorgado el documento*: y añadiré: o en que se haya *formalizado*, como se verá en el punto siguiente. En cuanto al requisito que ahora nos ocupa, cuando se trate de *distrito hipotecario único* en el lugar del otorgamiento o formalización del documento, la regla del artículo 418.a, que estamos comentando, no ofrece dificultades de aplicación. Pero si en el lugar existen *varios*

distritos hipotecarios, puede no ser pacífica la solución. En principio hay que reconocer la competencia de todos ellos para dar curso a la solicitud de presentación por telecopia. Pero, por motivaciones muy diversas y fáciles de entender, podría darse el caso de que determinada Notaría, o determinado Juzgado, o determinado ente público, decantara un especial o particular interés en que la solicitud se canalizara preferentemente a través de alguno o algunos de los Registros del lugar, con exclusión de los demás. Como esto no sería justo, sencillamente, habrá que arbitrar una solución equitativa, como puede ser el establecimiento de un turno de reparto o turno rotatorio entre los diversos Registros, como puede ser empezar por el número uno y seguir con los sucesivos, encargando el reparto, por ejemplo, al Registrador más antiguo.

Un problema relacionado con el anterior y que debemos plantear es si resulta posible la utilización del nuevo sistema, es decir, la *presentación por telecopia dentro del mismo municipio en que radiquen varios distritos hipotecarios*, o lo que es lo mismo, si cabe o cabría solicitar la remisión de datos para la presentación en uno de los Registros no competentes para la práctica de la operación registral definitiva, respecto de la cual es competente otro Registro del mismo municipio. A mi juicio, habría que hacer una distinción: si se trata de *Registros instalados en el mismo edificio*, el rechazo a una solicitud de esta naturaleza tendría más que suficiente apoyo en la carencia de razones de urgencia o necesidad, pues mal podría alegar urgencia quien, deliberadamente o por ignorancia, utiliza, dentro del mismo edificio, la puerta que no debe; error, en todo caso, fácil de corregir. Pero si estamos ante *Registros instalados en distintos edificios*, la razón de urgencia podría tener aplicación, caso de que los edificios se encuentren a respetable distancia (11).

2. LA SOLICITUD HA DE FORMULARSE POR ALGUNO DE LOS OTORGANTES

La exigencia reclama, de entrada, una doble consideración: en primer lugar, tratar de fijar, aunque sólo sea limitadamente a estos efectos, el término o concepto de *otorgante*; y, en segundo lugar, la viabilidad de presentación o no por telecopia de aquella documentación inscribible en la que no hay otorgantes.

(11) Este caso es todavía excepcional, pues subsisten las exigencias de utilización de los archivos antiguos o generales en los Registros hoy divididos, siendo indispensable la cercanía a los mismos de las nuevas oficinas. En la decisión del Registrador de origen, para admitir o rechazar la solicitud de remisión de datos al Registro competente del mismo municipio, podrían jugar factores como el de la utilización de la Notaría de barrio, medios de transporte, situación personal del solicitante-otorgante, etc.

Al limitar la reforma reglamentaria a los otorgantes la posibilidad de solicitar la presentación de documentos por telecopia está indirectamente estableciendo un criterio restrictivo en la utilización del nuevo sistema. Obsérvese que la Ley y el Reglamento hipotecarios (12), cuando aluden a las personas que pueden solicitar un asiento de presentación, hablan siempre de *presentante* o de *interesados*, pero nunca de otorgantes. Incluso, cuando se trata de las personas que pueden pedir la inscripción (art. 6.º de la Ley), además del transmitente y el adquirente —que, sin lugar a dudas, son otorgantes—, permite que lo hagan sus representantes (aunque sean meramente verbales o informales, según resulta del art. 39 del Reglamento) y, en general, “quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir”, que puede no ser otorgante. Es decir, las personas que pueden pedir la presentación por telecopia están más circunscritas o condicionadas que las que pueden pedir tanto la presentación por vía ordinaria, como la inscripción. Han de ser, precisamente, *otorgantes*, concepto que, sin entrar en mayores consideraciones (13), a los efectos de presentación que estudiamos, habrá que relacionar directamente con las *personas que otorgan*, o lo que es lo mismo, que hacen declaraciones de voluntad o expresan consentimientos necesarios para la existencia del negocio principal documentado, su modificación o su extinción. Y este concepto de otorgantes es, a su vez, más restringido que el de *comparecientes*, personas que intervienen en el documento o instrumento sin tener aquella consideración; v.gr. el inquilino o arrendatario de la finca que comparece para darse por notificado de la transmisión, que podemos calificar de *interesado* en el negocio principal, pero, desde luego, no es otorgante.

Si la exigencia del texto reglamentario es clara, en cuanto que limita a los otorgantes la posibilidad de solicitar la remisión de datos por telecopia, la pregunta surge de inmediatez: ¿qué ocurrirá con aquellos documentos o títulos formales inscribibles o que pueden dar lugar a alguna operación registral y *en los que no hay otorgantes*? ¿Habrá que excluirlos del sistema de presentación por telecopia? Ciertamente, el artículo 418.a solamente habla de “los otorgantes” y de “distrito en que se haya otorgado el documento”, que parecen aludir a la documentación notarial, o a la documen-

(12) Artículos 6 y 248 Ley Hipotecaria, por ejemplo; y reiteradamente en los artículos 416 a 434 del Reglamento, entre otros.

(13) El vigente Reglamento Notarial no da un concepto de otorgante, pero sí recoge indirectamente esta básica idea de que es el que hace declaraciones de voluntad directamente relacionadas con la existencia del negocio principal documentado, pues en el artículo 147 impone al Notario la redacción del instrumento público “conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico...”. Y en algún artículo, como es el caso del 157, equipara a otorgantes con comparecientes, a mi juicio erróneamente, pues sin duda alguna se trata de conceptos diferentes.

tación privada en los casos excepcionales en que se admite, pero con exclusión de la *documentación judicial y administrativa*, en la que no puede hablarse propiamente de otorgantes ni de otorgamiento, sino de *resolución o fallo*, o sus correspondientes testimonios, copias, traslados, ejecutorias, copias certificadas, etc. No parece, sin embargo, que haya sido intención del legislador la deliberada exclusión del sistema de estos documentos. Es una solución que debe rechazarse, casi por reducción al absurdo.

En efecto, en primer lugar, es de advertir que el Real Decreto, en su Preámbulo, después de definir el procedimiento como de “presentación de documentos en Registro distinto del competente”, afirma el objetivo esencial: “agilizar la llevanza de los Registros..., mediante la modernización funcional y tecnológica de las oficinas”. Mal se conseguirían estos objetivos eliminando en la aplicación del sistema tan importante contingente de titulación inscribible. En segundo lugar, hay que observar que las “razones de urgencia o necesidad” —requisito condicionante de la nueva modalidad de presentación—, se dan muy especialmente en la documentación administrativa y judicial, especialmente en esta última. Y, en tercer lugar, respecto de la documentación judicial, como apunté al principio, la utilización en las actuaciones jurisdiccionales del “télex, telégrafo, teléfono... o cualquier otro medio” está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 288 y 299); y la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1985, de 1 de julio), en materia de notificaciones, permite su práctica por medio “del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico”. Con estos antecedentes, sería absurdo el rechazo de esta titulación. Otra cosa es la conexión de estos preceptos con la específica normativa hipotecaria que la nueva ordenación nos proporciona. Pero de esto —que tiene sus precedentes en las especialidades de presentación por correo de los documentos judiciales y administrativos— me ocuparé en su momento.

3. CONCURRENCIA DE RAZONES DE URGENCIA O NECESIDAD

Este requisito del artículo 418.a, para que el Registrador de origen pueda dar curso a la solicitud de remisión de datos, es algo que, de entrada, calificaría de enigmático. Y, aunque parezca un poco fuerte, de inútil, como trataré de razonar. De todas formas, un mínimo de rigor obliga a ordenar las ideas, al menos en dos direcciones: cuándo se dan o qué debemos entender, a estos efectos, por razones de urgencia o necesidad; y quién o quiénes han de apreciarla.

a) *¿Existe un concepto registral de urgencia o necesidad?*

Para tratar de fijar —si es que existe— alguna idea de estos conceptos, que la normativa que comentamos eleva a la categoría de causa jurídico-hipotecaria del nuevo sistema, no parece que sea adecuado recurrir a figuras definidas en otros campos del Derecho. Podemos recordar, por ejemplo, en el Derecho público, el *estado de necesidad*, definido por el Derecho Penal; la *urgencia administrativa*, como situación condicionante de la utilización de ciertos procesos administrativos (expropiación forzosa, reparcelaciones voluntarias, etc.); e, incluso, la *urgencia política*, justificante de una más rápida tramitación en las Cámaras Legislativas de algunos proyectos de leyes.

En el terreno del Derecho privado, los conceptos de urgencia o necesidad no responden a una clara definición. Sabemos, por ejemplo, que en las donaciones con prohibición de disponer “salvo en caso de necesidad”, no es necesaria una prueba especial de ese supuesto estado para la inscripción de las transferencias, porque, como dice ROCA SASTRE (14), estamos ante una prohibición simple, un mero ruego o *nudum praeceptum*, carente de valor jurídico o, como decían las Partidas, “non mostrando razón guisada”; otra cosa sería configurar la prohibición como condicional, subordinando al consentimiento de terceras personas la validez de la transmisión y la apreciación sobre la existencia de la necesidad (es un pacto corriente en las cesiones de bienes a cambio de alimentos, para la realización de actos dispositivos por el cesionario, en vida del cedente). En la Parte General del Derecho Civil se estudian, y el propio Código Civil alude a ellas, dos figuras que son o pueden ser generadoras de situaciones de urgencia o necesidad: el *caso fortuito*, tipificado por una nota: lo imprevisible; y la *fuerza mayor*, caracterizada también por un específico atributo: lo irresistible (15). Sin embargo, no me parece ni mínimamente serio reclamar la existencia de alguno de estos eventos como condición previa para que pueda darse curso a una solicitud de presentación por telecopia.

A mi juicio, en el terreno jurídico-privado, y más concretamente en el de las transferencias inmobiliarias, en la constitución y modificación de

(14) *Obra citada*, tomo II, págs. 775, 779, 787, 805 y 888.

(15) Sobre el *caso fortuito* pueden verse los artículos 1.575 (que define el caso fortuito extraordinario), 1.183 (sobre pérdida de la cosa debida por caso fortuito) y 1.891 (sobre responsabilidad del gestor de negocios ajenos por caso fortuito, en caso de acometer operaciones arriesgadas). Y respecto de la *fuerza mayor*, pueden verse los artículos 1.602 (sobre pérdida o avería de las cosas en el contrato de transporte), 1.777 (sobre pérdida de la cosa depositada) y 1.905 (sobre los perjuicios causados por un animal y la responsabilidad del dueño, salvo fuerza mayor).

derechos reales sobre bienes inmuebles, que es el que nos corresponde ahora estudiar, los conceptos de urgencia o necesidad carecen de una definición objetiva y, por el contrario, pertenecen al relativo mundo de lo subjetivo: lo urgente o necesario para algunas personas puede no serlo para otras, aun sobre la base de la concurrencia de los mismos factores.

Podemos, no obstante —y siempre dentro de esta básica idea relativista—, tratar de objetivar teóricamente la urgencia o necesidad, atendiendo a la clase de documento que se pretenda presentar. En este sentido, serían de más urgente o necesaria presentación, los títulos de constitución de hipotecas, los mandamientos judiciales (para anotaciones de demanda, de embargos, quizá no tanto para expedición de certificaciones, para anotar suspensiones de pagos o quiebras, etc.) y los mandamientos administrativos (especialmente, los de anotaciones de embargos en procedimientos de ejecución por débitos fiscales o a la seguridad social). En todos estos casos se trata, efectivamente, de documentos o títulos relativos a derechos contradictorios que suelen reclamar, sin dilaciones, la prioridad registral, como requisito para la inmediata aplicación de los efectos sustantivos de la publicidad jurídica registral.

En cambio —también teóricamente—, será menor la razón de urgencia o necesidad cuando se trate de títulos relativos a meras inscripciones de transferencia o de constitución de derechos en los que no hay contradicción con otros o es menos importante el juego de la prioridad; v.gr., escrituras de compraventa (salvando, desde luego, el permanente riesgo de la doble venta, aunque sea estadísticamente despreciable); o escrituras de constitución del derecho de usufructo; o de servidumbres, muchas veces ya existentes en la realidad; o títulos de adjudicación hereditaria, etc.

En el resto de la documentación judicial (testimonios de autos de adjudicación, mandamientos cancelatorios) y administrativa (certificaciones administrativas para inmatriculación de fincas normalmente ya inventariadas a favor de las respectivas Corporaciones, por ejemplo), la razón de urgencia suele ser menor, como regla general. Pero tampoco puede desdeñarse, si acercamos la idea de necesidad a consideraciones económicas, en alguna documentación administrativa hoy de gran importancia, como es, en materia de urbanismo, la ejecución de Planes de Ordenación por el sistema de compensación, donde suele haber, además de la Administración actuante, pluralidad de promotores y multiplicidad de intereses, pendientes de la titularidad registral de las nuevas parcelas edificables que han de servir de garantía a operaciones crediticias y financieras.

Podríamos, en fin, plantear la distinción entre *razones de urgencia* y *razones de necesidad*, asignando a aquéllas un contenido jurídico y a éstas un contenido económico, etc. Pero todo esto sería un ejercicio inútil. Lo realmente cierto es que tanto la urgencia como la necesidad responden o

son expresión del *interés* del presentante en la operación registral respectiva. Y del mismo modo que podemos afirmar que no existe un concepto registral de urgencia o necesidad —porque la prioridad registral se encarga de ordenar esos conceptos, de naturaleza personal e incluso moral, pero en sí mismos carentes de valor jurídico—; en cambio, sí existe un concepto hipotecario de interés. Este concepto está recogido expresamente en la Ley Hipotecaria, a propósito de la publicidad de los Registros, que se limita a “quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos” (art. 221), encomendándose al juicio del Registrador la decisión sobre si existe o no ese interés en la consulta (art. 222), si bien en algunas formas de publicidad formal —como son las certificaciones con información continuada— incluso se concretan las personas en las que puede recaer el interés: los titulares registrales de derechos sobre la finca a que la certificación se refiere, sus cónyuges o sus legítimos representantes (art. 354.3 Reglamento Hipotecario). Del mismo modo, veíamos más arriba cómo la legislación hipotecaria alude al *interés* que pueden tener ciertas personas distintas de los otorgantes, a efectos de pedir la inscripción de los títulos en el Registro (art. 6.º Ley); y cómo contrapone, a propósito de algunas de las incidencias que pueden derivarse del asiento de presentación, las nociones de *presentante* y de *interesados* (arts. 427, 429 y 433, entre otros, del Reglamento).

Bajo el velado propósito de restringir la utilización del nuevo medio de presentación de documentos, se condiciona a la previa existencia de unas razones de urgencia o necesidad, siempre personales y de casi imposible concreción jurídica objetiva. Si valoramos en lo que suponen los antecedentes de la legislación hipotecaria que se acaban de reseñar, a mi modesto juicio, la disposición en vez de hablar de “razones de urgencia o necesidad”, quizá debió referirse mejor a la existencia de *interés* en la remisión de los datos, apreciable por el Registrador, como ocurre en los demás supuestos recogidos en la Ley y el Reglamento.

b) *¿Quién o quiénes han de apreciarla?*

La existencia de razones de urgencia o necesidad, como dice el artículo 418.a, o, si se prefiere, la existencia de interés en el que la formula es, en todo caso, una condición o requisito para la admisión de la solicitud de remisión de datos por telecopia a efectos de extender un asiento de presentación. Esta solicitud va dirigida al Registrador del distrito en que se haya otorgado el documento o título que puede originar aquel asiento. Si a él va dirigida y él ha de resolverla, lógicamente es a él también a quien corresponde apreciar la existencia de los requisitos de la solicitud, entre

ellos, la urgencia o necesidad. Para obtener un asiento de presentación en el Registro de la Propiedad competente para la inscripción o para la práctica de la operación registral respectiva, no se precisan razones de urgencia o necesidad, sino solamente que el documento o título sean presentables. De aquí que la existencia o no de esas razones las califique el Registrador de origen con carácter exclusivo y excluyente. En cambio, como veremos en su momento, la apreciación del carácter presentable del documento, como requisito para extender el asiento de remisión, es una calificación que hace el Registrador de origen a estos solos efectos, pero que no puede vincular al Registrador de destino competente, que es a quien corresponde, con carácter exclusivo y excluyente también, la práctica de asientos en los libros a su cargo.

Esta regla general, sería aplicable a la *documentación notarial* y a la *documentación privada*, en los casos en que es procedente como titulación formal inscribible. No obstante, tratándose de *documentación judicial y administrativa*, hay razones suficientes para poder afirmar que el Registrador de origen no puede paralizar la remisión de datos por telecopia, fundándose en que falten esos requisitos de urgencia o necesidad. En realidad, las autoridades del orden judicial y administrativo no *solicitarán* propiamente la presentación por telecopia, sino que lo *ordenarán* por medio del correspondiente mandamiento u oficio, como en los demás casos de presentación ordinaria o de presentación por correo. Este tratamiento especial, que no privilegiado, encuentra apoyo en la normativa general que la legislación hipotecaria y la legislación procesal establecen al respecto. Veamos los textos más importantes:

- Los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria exigen *interés conocido* o *interés en la consulta*, a juicio del Registrador, para que pueda hacerse efectiva la publicidad formal. Sin embargo, el Registrador no ha de apreciar ese interés cuando se trate de mandamientos judiciales (art. 227 Ley Hipotecaria) o de comunicaciones de funcionarios (art. 341 Reglamento Hipotecario), equiparados a los Jueces o Tribunales a estos efectos (arts. 341 y 343 Reglamento).
- La necesidad de *instancia o solicitud* de los particulares, frente al *mandamiento o comunicación*, cuando se trata de autoridades judiciales o administrativas, está reiterada tanto en la Ley Hipotecaria (arts. 227, 229 y 233), como en su Reglamento (arts. 341, 343 y 351).
- Respecto de la obligación de presentar, en general, el artículo 416, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario obliga al Registrador a presentar, en todo caso, los documentos judiciales y administrativos

para la expedición de certificaciones; en cambio, es distinta la normativa cuando se trata de solicitudes de los particulares.

- Tratándose de títulos remitidos por correo, el artículo 418 del Reglamento, concede al Registrador, cuando se trata de títulos o documentos enviados por particulares y bajo ciertas condiciones, optar por la presentación y despacho, la devolución o la conservación de los mismos en su archivo sin presentar; por el contrario, cuando se trata de documentos remitidos por autoridades judiciales y administrativas, está obligado a presentarlos, sin otra opción.
- Por último, como ya hemos señalado, la Ley de Enjuiciamiento Civil asigna expresamente a los Jueces y Tribunales la apreciación de que la actuación requerida “se considere de urgente práctica”, en cuyo caso, para la remisión de “mandamientos, oficios y exposiciones” podrá utilizarse el “télex, telégrafo, teléfono o... cualquier otro medio bajo la fe del Secretario” (arts. 288 y 299, redactados por la Ley 34/1984, de 6 de agosto). Respecto de la viabilidad de todos estos medios, a efectos registrales, que es otro problema, es evidente que sólo el que pueda encauzarse a través de la nueva normativa podrá ser utilizado. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

Por último, en relación con este requisito de la urgencia o necesidad, esas supuestas razones habrán de consignarse expresamente en la solicitud de remisión de datos para presentación por telecopia, salvo que se trate de documentación judicial o administrativa, por cuanto ha quedado expuesto. Solamente a la vista de esa consignación y del documento inscribible (en el que, ciertamente, podrá recogerse expresamente la solicitud con todos sus requisitos, entre ellos la expresión de las razones de urgencia o necesidad), podrá el Registrador de origen decidir sobre la aceptación o no de la petición.

4. APORTACIÓN DEL DOCUMENTO INSCRIBIBLE

Con la solicitud de remisión de datos para presentación por telecopia ha de aportarse al Registro de origen el título o documento original inscribible o que haya de dar lugar a la operación registral correspondiente. Este es un requisito que, como veremos, resulta ampliamente justificado al examinar las demás letras del artículo 418, cosa que haremos a continuación.

La exigencia tiene un fundamento de principio, pues la extracción de los datos del asiento de presentación es un problema técnico-registral para el que sólo puede ser competente un Registrador de la Propiedad, en este

caso, el que llamamos Registrador de origen. Es él quien, a los efectos de admitir la solicitud, califica el carácter de presentable del documento y esta calificación, como toda calificación registral, no puede hacerse por referencias, sino solamente sobre el título original y no otro.

Debe, por tanto, rechazarse la eventual aportación de testimonios, copias no autorizadas o actas que recogieran aquellos datos sin la previa calificación del Registrador de origen del documento original. Igualmente, sería rechazable la sola instancia o solicitud, aunque supuestamente recogiera aquellos datos de la presentación, incluso bajo la fe o legitimación de cualquier funcionario.

No hay, sin embargo, ningún obstáculo —al contrario, parece estar en el espíritu de la reforma— a que se solicite por este nuevo procedimiento la presentación de instancias o solicitudes para la expedición de certificaciones que, a la vista de lo que dispone el artículo 416 del Reglamento Hipotecario, son susceptibles de provocar un asiento de presentación, aun tratándose de particulares, si se solicita expresamente o la certificación pueda dar lugar a algún asiento registral.

IV. OPERACIONES EN EL REGISTRO DE ORIGEN

El Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, que es objeto de comentario, introduce, sin ninguna duda, cierta alteración en las reglas del procedimiento registral. Frente a la competencia de un Registrador, se arbitra ahora la intervención de otro, que la reforma llama Registro o Registrador de origen. Su actuación, aunque no traspasa el terreno jurídico formal, no es tampoco la de un simple intermediario o mero colaborador pasivo que se limite a recoger y dar curso a la solicitud o documentación destinada a otra oficina. Al contrario, se le asignan unas facultades activas y decisivas en orden a la efectividad del nuevo sistema de presentación por telecopia de documentos. En cuanto que interviene como técnico jurídico especializado en el examen de esos documentos y practica determinadas operaciones en sus propios libros y en la documentación a presentar y, en su caso, despachar en el Registro competente, esa actividad la insertaremos dentro de lo que, por analogía con otros procedimientos del orden jurisdiccional, podemos llamar *auxilio registral* (15 bis).

(15 bis) La Ley de Enjuiciamiento Civil regula en sus artículos 284 a 300 el llamado “auxilio judicial” que define en el primero de dichos textos como la obligación que tienen los Jueces y Tribunales de prestarse recíproco auxilio en las actuaciones y diligencias que habiendo sido ordenadas por uno, requieran la colaboración de otro para su práctica

El artículo 285 establece esta obligación siempre que las actuaciones hayan de efectuarse fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal o dentro de ella por uno

Con intención práctica, trataré de hacer un resumen de las facultades o competencias y obligaciones que, según la nueva legislación, se atribuyen al Registro de origen.

I. CALIFICACIÓN DEL CARÁCTER PRESENTABLE DEL DOCUMENTO

“Art. 418.b. El Registrador a quien se solicite la actuación a que se refiere el artículo anterior, después de calificar el carácter de presentable del documento...”

Ciertamente, a la calificación registral, técnicamente entendida, a través de la cual se hace efectivo el principio de legalidad (art. 18 Ley Hipotecaria), precede otro examen o calificación más superficial, cuya finalidad es precisar si el documento en cuestión es o no de aquellos que, según el Reglamento Hipotecario (especialmente, arts. 416 y 420), pueden dar lugar a la extensión de un asiento de presentación. En trabajos anteriores me he referido a esta precalificación, generalmente ignorada por la doctrina (16).

La nueva normativa asigna esta función al Registrador de origen y de la misma va a depender que se ponga en marcha, que se dé curso o no, a la solicitud de presentación por telecopia. Sin embargo, sería erróneo entender que esta actuación del Registrador de origen cierra, caso de ser negativa, toda posibilidad de práctica del asiento de presentación. Su juicio ha de circunscribirse exclusivamente al ámbito de la resolución de la solicitud de remisión de datos y subsiguiente extensión del llamado asiento de remisión que, como veremos, no es un asiento de presentación. No podemos ni debemos hablar, por tanto, de eventuales discrepancias entre el Registrador de origen y el de destino sobre la procedencia o no de

distinto del que las hubiere dispuesto, así como cuando el acto haya de realizarse fuera de la localidad en que el Juzgado o Tribunal tenga su sede, si hay causa que lo justifique. A mi juicio, la aplicación analógica de este texto al supuesto que estamos estudiando, permitiría la utilización del sistema de telecopia no sólo entre distritos hipotecarios de poblaciones diferentes, sino también entre los varios distritos de una misma población, al menos, en el caso que he apuntado en el texto de los comentarios, de Registros situados a distancia suficiente que justifique, en razón a las razones de urgencia alegadas o interés apreciable por el Registrador, la utilización del nuevo procedimiento de presentación.

También la Ley Orgánica del Poder Judicial regula en sus artículos 273 a 278 la que llama “cooperación jurisdiccional”, incluida la cooperación internacional, conforme a los Tratados internacionales (puede verse igualmente el art. 300 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(16) En *El asiento de presentación y los títulos recibidos por correo*, cit., pág. 576, por ejemplo.

extender el asiento de presentación, pues el único competente para decidir sobre esta cuestión es el último de ellos. O lo que es lo mismo, cualquiera que sea la decisión del Registrador de origen, en orden a la admisión de la solicitud de remisión de datos será el de destino, como único competente, el que decida sobre la presentación, tanto si se pretende la presentación por telecopia o por la vía ordinaria, pues la nueva normativa ni modifica ni ha podido modificar las reglas esenciales de competencia de la Ley Hipotecaria y la solicitud de extensión de un asiento de presentación solamente puede ir dirigida al Registrador competente para la práctica del asiento u operación registral de que se trate.

2. EXTENSIÓN DEL ASIENTO DE REMISIÓN SU NATURALEZA

“Art. 418.b.1. El Registrador a quien se solicite la actuación a que se refiere el artículo anterior, después de calificar el carácter de presentable del documento, extenderá en el Diario un asiento de remisión, dándole el número que le corresponda...”

La creación de esta nueva figura —el “asiento de remisión”— es, probablemente, el aspecto o punto más novedoso de la reforma y, a mi juicio, el que puede ser más controvertido. Creo que la creación de este nuevo asiento puede ser gravemente perturbador para el sistema registral inmobiliario en su conjunto, si no se sale al paso, sin dilación alguna, de ciertas dudas interpretativas que pueden suscitarse.

De entrada, debe quedar claramente establecido que la Ley Hipotecaria sigue vigente y no modificada en cuanto dispone que el asiento —el único asiento— a practicar en el Diario es el asiento de presentación con sus notas (resulta del art. 248 de la Ley y de sus concordantes del Reglamento, arts. 416 y siguientes; pero especialmente debe observarse que el art. 365 del Reglamento no admite más operaciones en el Diario, bajo el correspondiente encasillado, que las siguientes: “Notas marginales.—Número de los asientos.—Asientos de presentación”). Cualquier otro tipo de asiento que se practicara en el Diario sería una especie de polizón ajeno al mismo.

Pero es que, además, la disposición no ha modificado —aunque tal vez ha podido hacerlo, al tratarse de un Real Decreto— el artículo 41 del Reglamento Hipotecario, que no conoce más asientos a practicar en los libros del Registro que los de presentación, inscripción, anotación preventiva, cancelación y nota marginal, ampliamente regulados, por otra parte, en la legislación hipotecaria.

Pues bien, si el llamado asiento de remisión no es uno de los reconocidos y desarrollados por la legislación hipotecaria, y si no tiene encaje

legal en el libro Diario, podemos preguntarnos: ¿qué hace un asiento como ese en un lugar como el Diario de Operaciones del Registro? A mi juicio, no es fácil encontrar una respuesta seria a la pregunta, pero es urgente traer a colación algunas verdades y reglas esenciales de nuestro sistema de publicidad registral inmobiliaria que podrían resentirse con el planteamiento de la nueva figura. Me referiré a tres de ellas sólo como muestra:

a) *El asiento de remisión no es un asiento de presentación*

Y no sólo eso. El asiento de remisión no es tampoco una variedad del asiento de presentación que, como punto de partida del procedimiento registral, regula la Ley Hipotecaria; ni un equivalente provisional del mismo o una especie de primera parte que tendrá su continuación en el definitivo que se practique en el Registro de destino competente. El asiento de remisión no es nada de eso, ni puede pensarse que los redactores del Real Decreto lo hayan pretendido. Sencillamente, porque no han podido ignorar que “de cada título no se hará más que un asiento de presentación” (art. 421 Reglamento Hipotecario) y el único caso en que es posible que de un mismo título se extiendan dos o más asientos de presentación, incluso simultáneamente, es “cuando el objeto de la nueva presentación se refiera a fincas o actos que hubieran sido expresamente excluidos de la precedente” (art. 108 del mismo Reglamento). Pero extender dos asientos de presentación, conteniendo la misma solicitud, con fechas distintas y en Registros distintos, ni lo admite la legislación hipotecaria vigente, ni lo regula la reciente normativa que comentamos. Y, como diría mi paisano GUERRITA, además es imposible. Lo vamos a ver.

b) *El asiento de remisión no produce los efectos propios de un asiento de presentación*

Si el llamado asiento de remisión fuera un verdadero asiento de presentación produciría sus naturales efectos, tanto en el orden procedimental como en el orden sustantivo, con todo el entramado de derechos y obligaciones y facultades de presentante, interesados y Registrador. Y, para mayor aclaración, me permito remitir al segundo de mis trabajos anteriores sobre el tema, en el que hago un catálogo de posibilidades de actuación de presentantes e interesados, que llega hasta el número veintitrés (17). Basta

(17) En *El nuevo asiento de presentación...*, cit., págs. 599 y 610.

un somero examen de estas consecuencias legales del asiento de presentación para llegar a la conclusión de que son de imposible aplicación al que obtiene un asiento de remisión.

Pero es que no se trata sólo de imposibilidad práctica. El problema es mucho más profundo. Atribuir al asiento de remisión los efectos del asiento de presentación, supondría la ruptura del fundamental principio de integración registral, o lo que es lo mismo, el principio de competencia estrictamente territorial de cada Registrador, proclamado por el primer artículo de la Ley Hipotecaria, en cuanto que se atribuirían efectos jurídico-sustantivos a asientos practicados en un Registro distinto del competente. Amén de que, al calificar cualquier Registrador competente otros títulos relativos a la misma finca o derecho, que hubieran sido objeto de presentación ordinaria, y aun cumpliendo la previsión legal de atender “a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados”, tendría siempre la duda de haber agotado o no los indispensables elementos de calificación. Esta supuesta dispersión de los efectos materiales de la publicidad jurídica sería nefasta para la institución registral y, en definitiva, para la seguridad jurídica.

c) *El asiento de remisión no produce efecto alguno de prioridad registral*

El asiento de remisión no es ni puede ser un asiento de presentación porque de él no deriva ni puede derivar ningún efecto de prioridad registral, que constituye la esencia operativa del sistema de publicidad registral, sobre la base de la regla romana “prior in tempore potior in iure”, que se hace efectiva a través de la presentación en el libro Diario de cada Registro competente. ¿Cómo podría quedar asegurado este principio —base de la seguridad jurídica que la publicidad registral proporciona— si quedara condicionado a lo que, sin saberlo ni poderlo saber el Registrador competente, esté ocurriendo en las demás ochocientas y pico de oficinas registrales del país? ¿Tendremos que recordar que “se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma”? ¿Y que por eso, en relación con la inscripción de cada finca o derecho no se puede hacer, o no puede haber, más que un asiento de presentación vigente y sólo en el Registro competente? ¿Tendremos que recordar que, en caso de duda, “para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los respectivos títulos”, y que esta base

comparativa sería inútil ante una multiplicidad de asientos de presentación dispersos e imprevisibles?

Como todo esto parece demasiado evidente, por elemental, la pregunta ahora sería: ¿Qué se ha pretendido entonces con este asiento de remisión y por qué se dispone su extensión en el Diario? Lo primero parece claro; lo segundo, desde luego, no.

La extensión del asiento de remisión tiene, desde luego, una primera y clara finalidad, cual es dejar constancia en el Registro de origen de la efectiva presentación en el mismo de la solicitud de remisión de datos por telecopia para extender el correspondiente asiento de presentación en el Registro de destino competente. Porque —¡ajo!— lo que se presenta en este atípico asiento de remisión es exclusivamente esa solicitud, pero no el documento inscribible. El documento inscribible solamente se presenta en el Registro competente para su despacho. Esto es algo que resulta, por otra parte, con toda claridad de los nuevos artículos 418.a (que habla de que “se remitan al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento similar, los datos necesarios para la práctica *en éste* del correspondiente asiento de presentación”; subrayo “*en éste*”) y 418.c.1 (que, como veremos al estudiar las operaciones en el Registro de destino, dispone que sea el Registrador competente el que extienda el asiento de presentación solicitado). El documento inscribible ha de aportarse y tenerlo a la vista el Registrador de origen porque, para evitar que resulte inútil su actuación, ha de calificar, en principio, si es o no presentable y porque de él ha de extraer los datos necesarios que remitirá por medio del telefax. Pero él no lo presenta en el llamado asiento de remisión, que lo que recoge es la solicitud de remisión y nada más, aunque en ella, lógicamente se recoja la referencia al mismo.

La segunda cuestión que planteaba hacía alusión al Diario: ¿por qué se dispone que se extienda en el Diario el nuevo asiento de remisión? Tendremos primero que decirnos a nosotros mismos que, puesto que estamos ante una modificación del Reglamento Hipotecario, cuando el Real Decreto habla de *Diario*, lógicamente, debemos entender que se refiere al “Diario de las operaciones del Registro”, relacionado en el artículo 362 de dicho Reglamento. Y así las cosas, la pregunta no parece tener respuesta. Porque el Diario no admite técnicamente más asientos que el de presentación, como hemos visto, cosa que no es el asiento de remisión; habría que modificar previamente la Ley y el Reglamento Hipotecario en cientos de artículos, porque la solicitud que recoge no es de los documentos que puedan dar lugar a una inscripción, anotación, cancelación o nota marginal (art. 416 Reglamento), porque se extiende en Registro incompetente (art. 1.º Ley), etc.; no voy a reiterar la argumentación anterior.

Y es que la clave está, como siempre, en la naturaleza de las cosas, de las instituciones; en nuestro caso, del asiento de remisión. El asiento de remisión —en el marco de lo que, como he apuntado más arriba, puede calificarse de *auxilio registral*— no es nada más que un asiento-puente, de naturaleza administrativa en sentido estricto o, si queremos, de naturaleza procesal-registral, pero sin efectos jurídicos de ninguna clase, al que, desde luego, no le son de aplicación las reglas propias del asiento de presentación. La nueva normativa no precisa su contenido y se limita a decir que el Registrador de origen lo extenderá en el Diario “dándole el número que le corresponda”, declaración, por lo demás, inocua, pero reveladora de que este asiento no tiene por qué observar las reglas y exigencias de un verdadero asiento de presentación. Su inclusión en el Diario me parece, modestamente, un grave error, ya que sólo puede servir, desde el punto de vista jurídico-material —y no se olvide que el de presentación es un asiento de fuertes efectos sustantivos—, para perturbar la clara mecánica del sistema registral y las importantísimas y ya bien definidas funciones del asiento de presentación.

Pero no nos quedemos en la simple crítica. Existe en nuestras oficinas un libro que responde a las exigencias del nuevo sistema de presentación por telecopia y a la peculiar naturaleza del asiento de remisión, que es el “Libro-registro de entrada de documentos” (creado por el Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo, desarrollado por la Resolución de 18 de julio del mismo año de 1983), cuya función esencial es la presentación, bajo número correlativo “de todo documento, escrito, comunicación u oficio que se presente o reciba” (art. 1.º), “sin que tal medio tenga en ningún caso efectos sustantivos” (preámbulo), es decir, “los asientos del libro-registro de entrada no se presumirán exactos a efectos registrales ni determinarán la fecha de las inscripciones que, en su caso, se practiquen en el Registro” (art. 1.º, tercer párrafo). En el amplio encasillado que contiene hay solución para dejar constancia de las operaciones que el Registrador de origen ha de practicar, eliminándose, por el carácter puramente administrativo de este libro, el riesgo de atribuir efectos jurídico-registrales a asientos practicados fuera del Registro competente, al propio tiempo que se da cauce y viabilidad al sistema de presentación que se implanta. Pero no debe perderse la esperanza: deseemos que, en un eventual desarrollo del Real Decreto, se nos aclare que ese Diario a que alude no es el “Diario de las operaciones del Registro”, sino el “Libro de entrada”, que también es un Diario.

3. REMISIÓN DE DATOS AL REGISTRO DE DESTINO COMPETENTE

“Art. 418.b.1. El Registrador a quien se solicita la actuación..., seguidamente remitirá al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento análogo, todos los datos necesarios para practicar el asiento de presentación, agregando además los que justifiquen la competencia del Registro de destino, el número que le haya correspondido en su Diario y su sello y firma.”

Una vez que el Registrador ante quien se presente la solicitud, previa apreciación de las razones de urgencia o necesidad, haya calificado el carácter de presentable del documento y haya extendido el asiento de remisión, deberá proceder al efectivo envío al Registro competente, mediante la utilización del telefax o procedimiento similar, de una serie de datos, que trataré de concretar a continuación:

a) *Los necesarios para practicar el asiento de presentación*

El artículo 418.a solamente habla de los “datos necesarios”, pero el artículo 418.b.1 (que es el que ahora estamos directamente comentando) insiste en que los datos que han de remitirse son “todos los datos necesarios”. Estos datos, por tanto, serán *todos* los del artículo 249 de la Ley Hipotecaria y los de sus concordantes del Reglamento, especialmente el artículo 423.

Ocorre, sin embargo, que entre esos datos hay algunos de imposible cumplimentación por el Registrador de origen. Este es el caso del dato relativo a la *hora de presentación* (art. 249.2.º), pues, como hemos reiterado, el asiento de remisión no tiene ningún juego en la determinación de la prioridad registral, de modo que el dato de la hora lo fijará el Registro de destino competente, si realmente lleva a cabo la presentación, pero no le puede venir dado de fuera, por las razones ya expuestas. Y, aunque el tema es intrascendente, tampoco puede cumplimentarse el dato de *firma del presentante*, pues éste es un derecho que sólo podría ejercer en la presentación ordinaria *in situ*.

b) *Los que justifiquen la competencia del Registro de destino*

Así lo reclama el artículo 418.b.1. Esta exigencia supone que cada Registro ha de tener antecedentes o información precisa al respecto, algo que, actualmente y con carácter oficial no poseemos. Con carácter corpo-

rativo, será de gran utilidad la *Guía Registral*, elaborada por Francisco CORRAL DUEÑAS (18), que contiene una pormenorizada relación de distritos hipotecarios, con indicación de los Ayuntamientos que los componen. El problema, de todas formas, no será fácil en los municipios (hoy la casi totalidad de las capitales de provincia) con varios distritos hipotecarios. Y se acentuará cuando sean varios los Registros competentes para el despacho del documento. Todo ello va a exigir probablemente una previa consulta —que podrá instrumentarse a través del mismo telefax— que permita delimitar este importante extremo relativo al Registro o Registros competentes, receptores de telecopias.

c) *Número del asiento de remisión, sello y firma del Registrador de origen*

El sello y la firma son garantía de autenticidad de la telecopia que no merecen mayores comentarios.

La exigencia de que en la telecopia se indique el número que haya correspondido al asiento de remisión en el Diario del Registro de origen no puede entenderse nada más que como un dato identificativo de la operación ante posteriores o eventuales incidencias. Pero no puede tener ninguna trascendencia jurídica porque, como venimos reiterando, el asiento de remisión no tiene ningún juego en la determinación de la prioridad. Y si se diera el caso de varios asientos de remisión de títulos contradictorios, el número, anterior o posterior, que a cada uno de ellos corresponda, no va a determinar ninguna preferencia; esa preferencia o prioridad la fijará exclusivamente el Registro de destino, como veremos, “por el orden de recepción”, pero no por el orden de emisión. De modo que el juego del número del asiento de remisión es irrelevante.

d) *Otros datos*

Como quiera que la solicitud de remisión de datos lleva implícita la solicitud de práctica del asiento de presentación, parece lógico entender que pueda utilizarse aquella para el ejercicio de los derechos que corresponden a todo presentante y que, como es natural, sean compatibles con el nuevo sistema y puedan tener viabilidad en el mismo. En estos casos, el Registrador de origen, al remitir la telecopia, incluirá los oportunos datos, que pueden determinar variantes en la extensión del asiento de presenta-

(18) Editada por el Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

ción y que, previamente, se hayan recogido en la solicitud. Sin ánimo exhaustivo, recogeré dos casos:

- El supuesto del párrafo segundo del artículo 108 del Reglamento Hipotecario: que se pida expresamente que el asiento de presentación no incluya las fincas o actos que se precisen (lo cual deja abierta la posibilidad de presentación ulterior del mismo título, en asiento independiente, aunque esté o siga vigente el primeramente extendido).
- El supuesto del artículo 425 del mismo Reglamento Hipotecario que permite a todo presentante, al presentar un título, solicitar que se excluyan de la presentación determinados actos y contratos del mismo (v.gr., en la segregación y venta, que sólo se presente el título en cuanto a la primera).

Los datos enumerados en las cuatro letras anteriores los ordenará y recogerá el Registrador de origen en un escrito, ajustado a las exigencias técnicas del telefax, con el fin de que su contenido pueda expedirse a través del mismo. De todas maneras, la disposición habla de “telecopia o procedimiento similar” (arts. 418.a y 418.b.1), con lo cual no excluye la posibilidad de una transmisión directa de datos, cuando el medio técnico utilizado lo permita, sin necesidad de previa redacción de ningún documento; aunque esto supondrá la sustitución del sello y la firma por otros controles indubitados de autenticidad.

4. EXTENSIÓN DE NOTAS AL PIE DEL DOCUMENTO INSCRIBIBLE Y AL MARGEN DEL DIARIO

“Art. 418.b.2. Seguidamente (el Registrador a quien se solicite la actuación), extenderá nota al pie del documento, haciendo constar las operaciones realizadas, así como la confirmación de la recepción dada por el Registro de destino...”

“Art. 418.b.3. El acuse de recibo..., se consignará por medio de nota marginal en el Diario y se archivaá en el legajo correspondiente.”

Remitidos por el Registrador de origen al de destino los datos a que nos hemos referido en el número anterior, el Registrador de origen ha de esperar a que el de destino le confirme la recepción, mediante el correspondiente acuse de recibo (que, como veremos, al estudiar las operaciones en el Registro competente, también ha de realizarse mediante telecopia o procedimiento similar). Recibido el mismo, el Registrador de origen efectuará las siguientes operaciones:

- Extensión de *nota al pie del documento inscribible* haciendo constar las operaciones realizadas, es decir, todas las que hemos intentado describir hasta el momento. En esta misma nota, podrá hacerse constar la advertencia a que se refiere el propio artículo 418.b.2, a la que me referiré en el punto siguiente al comentar la operación de devolución del documento (19).
- Extensión de *nota al margen del asiento de remisión* practicado en el Diario, haciendo constar el acuse de recibo de la telecopia conteniendo los datos para extender el asiento de presentación. Insisto en que el acuse de recibo lo que confirma es la recepción de la telecopia por el Registrador de destino, pero no la práctica o rechazo del asiento de presentación solicitado, operación ajena al Registrador de origen y que se desarrolla en el ámbito normal de las relaciones entre presentante y Registrador competente.
- *Archivo del acuse de recibo en el legajo correspondiente*. La única duda puede ser cuál sea ese legajo correspondiente, pues la telecopia que confirme la recepción no parece encajar en ninguno de los legajos previstos por el Reglamento Hipotecario (ver art. 410). Pero este es un problema de tono menor y de régimen interno del

(19) Esta nota podría ser del siguiente o parecido tenor: "Presentada por el otorgante don ..., solicitud suscrita en..., el día... de... de 19..., alegando razones de urgencia y/o necesidad, para remisión al Registro de la Propiedad de..., competente para el despacho del precedente documento, los datos necesarios para practicar en el mismo asiento de presentación; apreciadas dichas razones y calificado de presentable el título, se ha extendido en el Diario, bajo el número..., asiento de remisión, remitiéndose por telecopia aquellos datos, cuya recepción se ha confirmado con esta fecha, haciéndose constar por nota al margen del asiento de remisión y archivándose el acuse de recibo en el correspondiente legajo. (Lugar, fecha, firma y sello del Registrador de origen)".

Esta nota, así redactada, es, ciertamente, sólo uno de los varios modelos que podrían concebirse. Las variantes pueden ser muchas y venir impuestas por las distintas variantes que, sin ánimo exhaustivo, he señalado en texto. Ahora resumo las siguientes:

- Que sean varios los otorgantes-peticionarios.
- Que la solicitud se formule en el mismo título.
- Que se trate de documentación judicial o administrativa.
- Que se trate de solicitud para expedir certificaciones (que, por analogía con el art. 354.3 del Reglamento y dado el carácter restrictivo de la presentación por telecopia, como el de la certificación con información continuada, debe limitarse a las pedidas por los titulares registrales).
- Que sean varios los Registros de destino competentes (en cuyo caso, habrá que expedir una telecopia para cada uno de ellos).
- ...

Por lo demás, según he señalado también en texto, en esta misma nota en el título original, o en diligencia a continuación o aparte, debe recogerse el hecho de la devolución del documento al interesado y la advertencia de presentación en el plazo de diez días en el Registro de destino competente, so pena de caducidad del asiento de presentación practicado a virtud de telecopia.

Registro de saber dónde está un determinado documento, que el Registrador resolverá, sin ninguna duda, adecuadamente.

- *Archivo de la solicitud de remisión de datos.* Aunque el Real Decreto no diga nada al respecto, en los casos en que la solicitud de remisión de datos no se haga en el propio documento inscribible, sino en escrito aparte, según vimos más arriba (apart. III, I), parece lógico entender que se archive con el acuse de recibo, pues esa solicitud del otorgante es el justificante de toda la actuación del Registrador de origen y su conservación le cubre de eventuales sospechas de actuación oficiosa.

5. DEVOLUCIÓN DEL DOCUMENTO INSCRIBIBLE

“Art. 418.b.2. Seguidamente... (el Registrador a quien se solicite la actuación), lo devolverá al interesado para su presentación en el Registro competente, advirtiéndole que de no hacerlo en plazo de diez días hábiles caducará el asiento.”

De este texto deben destacarse los siguientes aspectos:

a) *La devolución puede hacerse a cualquier interesado*

El destino final del documento inscribible es su entrega en el Registro competente —en el que ha sido presentado mediante el envío de telecopia de los datos necesarios— para que, en base al mismo, se practiquen las operaciones registrales que correspondan. Con esta finalidad, el Registrador de origen ha de devolverlo. Y aquí es donde debe llamarse la atención, pues así como el artículo 418.a, en relación con la solicitud de remisión de datos, sólo permite formularla a los *otorgantes* (con las particularidades que veíamos para la documentación en que no los hay), tratándose de la devolución que ahora nos ocupa, el artículo 418.b.2 habla de *interesado*. Aquella limitación parece responder a un criterio restrictivo en la utilización del nuevo sistema de presentación. Pero sería excesivo exigir la condición de otorgante para lo que es un simple problema de transporte del título al Registro de destino. La disposición —acertadamente, a mi juicio, en este caso— permite la devolución del documento a cualquier interesado.

No obstante, el artículo 418.b.2 utiliza una terminología equívoca, pues dice que la devolución al interesado se hará “para su presentación en el Registro competente”, lo cual puede inducir a error, porque habla de

“presentación” y el documento, en realidad, ya fue presentado a virtud de la telecopia. Se tratará de una simple entrega o aportación, pero no de presentación en sentido técnico-registral.

b) *Advertencia de aportación en plazo al Registro de destino*

Al devolver el documento o título, el Registrador de origen advertirá al interesado que lo retire que, si no lo aporta al Registro de destino competente “en plazo de diez días hábiles caducará el asiento”. Esta exigencia plantea algunas cuestiones como son el cómputo del plazo de los diez días y la precisión de cuál sea el asiento que caduca, de los que me ocuparé al tratar de la aportación del documento original al Registro de destino competente.

No obstante, sin salirnos del punto en que nos encontramos, de las operaciones en el Registro de origen, parece oportuno plantear ahora la cuestión de cómo ha de hacerse la advertencia. Para eliminar posibles dudas sobre el cumplimiento de este deber del Registrador de origen, así como para constancia del hecho mismo de la devolución, la advertencia debe hacerse por escrito, tanto a continuación o como parte de la nota del Diario acreditativa de la devolución —nota que debiera firmar el interesado que haga la retirada— como en el propio documento que se devuelve, ya en la nota en que se hagan constar las operaciones realizadas o bien a continuación en diligencia aparte.

V. OPERACIONES EN EL REGISTRO DE DESTINO COMPETENTE

En el nuevo sistema de presentación de documentos por telecopia instaurado por el Real Decreto de 30 de marzo de 1990, los otorgantes pueden utilizar los servicios de cualquier Registro de la Propiedad del país para obtener una más rápida presentación de los títulos inscribibles en el Registro competente, mediante el envío al mismo, a través de alguno de los modernos sistemas de transmisión de datos, de las circunstancias necesarias para ello. Aunque hay una pequeña intervención técnica del Registrador de origen —en cuanto decide, a estos efectos, el carácter de presentable del documento y extiende determinados asientos y notas, como hemos visto—, hay que afirmar que los efectos jurídico-materiales derivados de la publicidad registral, se producen exclusivamente en el Registro de destino o Registro competente, empezando por los importantísimos efectos que ya derivan del mero hecho de encontrarse un título o documento presentado al Libro Diario de Operaciones.

El llamado asiento de remisión, como venimos reiterando, no es un asiento de presentación, sino la mera constancia de la solicitud de remisión de datos por telecopia, que debió llevarse al “Libro de entrada” administrativo y que ni produce ni puede producir ningún efecto jurídico, porque lo impiden una serie de razones esenciales: la unicidad del asiento de presentación, el principio de integración registral, la prioridad en cuanto implica preferencia respecto de otros títulos contradictorios presentados en el mismo Registro y, como razón última, que es, a su vez, la esencia de la seguridad jurídica que la publicidad registral proporciona, el carácter exclusivo y excluyente de la competencia territorial del Registrador, que quedaría burlada —y burlado y en peligro todo el sistema— si se atribuyeran efectos a asientos practicados fuera del Registro competente.

De todo esto se ha tratado ya con algún detenimiento, pero es oportuno resumirlo y reiterarlo ahora, al tratar de las operaciones que han de practicarse en el Registro competente, que son las que llevan implícito un verdadero alcance jurídico, frente al carácter meramente formal, funcional o de simple auxilio registral de las que se practican en el Registro llamado de origen.

Con finalidad o intención igualmente práctica pueden relacionarse en los apartados que siguen.

1. CALIFICACIÓN DE COMPETENCIA

“Art. 418.c.1. El Registrador que reciba la comunicación del Registro de origen, previa calificación de su competencia...”

Como veíamos al tratar de las operaciones en el Registro de origen, el Registrador remitirá, por telecopia o procedimiento análogo, todos los datos necesarios para practicar el asiento de presentación al Registro competente, agregando los que justifiquen la competencia del Registro de destino, entre otros (como son el número que le haya correspondido en su Diario, su sello y firma).

Pues bien, una vez que el fax o telecopia ha tenido entrada, el Registrador de destino —todavía supuestamente competente— ha de realizar una primera operación, cual es la calificación de su propia competencia para extender o no el asiento de presentación. Esta exigencia tiene su apoyo no sólo en el carácter estrictamente territorial de la competencia registral, proclamado por el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria como norma general, sino además en la prohibición expresa de presentar “documentos relativos a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios”, recogida por el artículo 420 del Reglamento. Es decir, por mucho que el Registrador de

origen haya recabado datos que justifiquen la competencia del Registro de destino (y antes aludía a la dificultad actual de este problema) y por mucho que así lo haya hecho constar en la telecopia, ha podido incurrir en error. De aquí que se reconozca al Registrador de destino o supuestamente competente la facultad de comprobar si efectivamente lo es o no.

La posibilidad puede ser doble: que estime o no estime su competencia. En el primer caso, seguirá los trámites previstos, que vamos a estudiar. Pero si comprueba que no es competente, ¿qué debe hacer?, ¿reexpedir el fax al Registro que estime competente?, ¿devolverlo al Registro de origen? El Real Decreto no plantea siquiera este problema, dando por hecho que la telecopia se envía siempre al Registro competente. La solución puede estar en la orientación que se dé al acuse de recibo o confirmación de la recepción, que veremos a continuación.

2. CONFIRMACIÓN DE LA RECEPCIÓN. ACUSE DE RECIBO

“Art. 418.c.1. El Registrador que reciba la comunicación del Registro de origen, previa... confirmación de la recepción...”

Es decir, el Registrador de destino debe acusar recibo al fax o telecopia, acuse de recibo que “deberá hacerse igualmente mediante telecopia o procedimiento similar” (así lo dispone el art. 418.b.3). Esta es una operación que el Registrador de destino, a mi juicio, ha de realizar siempre, cualquiera que sea el resultado de su calificación de competencia. Desde luego, si la calificación de competencia es positiva, que es el supuesto expresamente previsto por el artículo 418.c.1. Para que no haya lugar a dudas, este juicio positivo de competencia debe recogerse también en el fax o telecopia de acuse de recibo; la fórmula puede ser muy simple: “Recibido telefax..., y confirmada competencia asignada a esta oficina...”

Pero si la calificación de competencia por el Registrador de destino es negativa, estamos ante un supuesto no previsto por la nueva disposición. Ante esta laguna, una forma lógica de operar puede ser la siguiente: expresión de la incompetencia en el acuse de recibo, con indicación de que, por dicho motivo, se devuelve la telecopia conteniendo los datos del título o documento necesarios para la extensión del asiento de presentación, sin practicar operación alguna. La devolución de la telecopia al Registro de origen parece más procedente que la reexpedición de la misma por el Registro de destino —o primer Registro de destino— a una tercera oficina, que este último considere supuestamente competente. El fundamento de esta solución se encuentra en el hecho de que la solicitud donde se ha presentado es en el Registro de origen, que es el obligado a investigar

la competencia e incluso justificarla por escrito en la telecopia (ver art. 418.b.1), según ya vimos; de modo que, lógicamente, debe ser también el que rectifique el error cometido.

En todo caso, el acuse de recibo —la telecopia que lo recoja— debiera contener la firma y sello del Registrador de destino que la disposición exige, como vimos, para la telecopia de remisión de datos expresamente y aquí, en cambio, no. Sin embargo, las garantías de autenticidad y de cumplimiento de las obligaciones del Registrador de destino, así lo aconsejan.

3. EXTENSIÓN DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN

“Art. 418.c.1. El Registrador que reciba la comunicación del Registro de origen. .. extenderá el asiento de presentación solicitado al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre. Si fueren varias las telecopias, los asientos se practicarán por el orden de su recepción.”

Desglosaremos el texto anterior en varios apartados.

a) *Solicitud de presentación y solicitud de remisión de datos*

Quizá lo primero que debamos recalcar es la esencial diferencia, ya apuntada, entre la *solicitud de remisión de datos* al Registro competente, para la práctica en éste del correspondiente asiento de presentación (a que se refiere el art. 418.a), y la *solicitud de extensión de asiento de presentación* (a la que hace referencia expresa el art. 418.c.1). La primera va dirigida al Registrador de origen; la segunda, al Registrador de destino que, además, sea *competente*. Y debe subrayarse lo de *competente*, y no sólo de destino o supuestamente competente. Sólo el Registrador que haya resuelto positivamente sobre la calificación de su competencia podrá ser receptor de la solicitud de presentación y resolver sobre la misma de forma definitiva, sin perjuicio, desde luego, del recurso de queja que el Reglamento Hipotecario establece (art. 416), para el caso de negativa. Pero, cuando hablamos o decimos *de forma definitiva*, queremos expresar que, a pesar de que el artículo 418.b.1 concede al Registrador de origen la facultad de “calificar el carácter de presentable del documento”, y aunque su decisión sea positiva, estará siempre supeditada a la decisión del Registrador competente. Si es negativa, el efecto, como ya hemos estudiado, es el no dar curso a la solicitud; pero, también en este caso, el Registrador competente, si el documento se presenta por la vía ordinaria, puede estimar

su carácter de presentable. Todo ello revela la naturaleza meramente formal, burocrática, de auxilio registral, como hemos reiterado, del Registrador de origen.

- b) *El asiento ha de extenderse “al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre”*

Esta norma del nuevo artículo 418.c.1 ofrece, a mi juicio, algunas dudas frente a otros aspectos claramente favorables.

La primera duda que ofrece al intérprete es la introducción de un *concepto de día* absolutamente nuevo. En la redacción que ofrecen actualmente, tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 304) como la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 185) como el propio Código Civil (art. 5.º) no se nos da un concepto de día, como unidad de plazo; parece darse por supuesto y tan sólo se habla de días “en que no puedan tener actuaciones judiciales”, de días “hábiles o inhábiles”, de plazos por días “a contar de uno determinado” o de “último día de plazo”. Otro tanto hace el artículo 109 del Reglamento Hipotecario que, para el cómputo de los plazos señalados por días en el mismo, dispone, como regla general, que “se computarán por días hábiles”. En todos estos textos se sobreentiende que el día es un período de tiempo de veinticuatro horas. Sin embargo, el artículo 7.º del Código Civil, en su redacción originaria (la redacción actual del título preliminar data del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), establecía que “cuando en las leyes se hable de días..., los días serán de veinticuatro horas”. Es decir, que hasta ahora, cuando se hablaba de días, todo llevaba a ese período de veinticuatro horas.

Pues no. El Real Decreto que venimos comentando nos habla de un día cuyo final no es la hora veinticuatro, sino la diligencia de cierre del Diario. E incluso nos da material suficiente para llegar a la conclusión de que ese día no es de más horas que las que hay entre las diligencias de apertura y cierre del Diario, únicas hábiles, como veremos, para practicar las operaciones que venimos estudiando en torno a la presentación por telecopia. Por eso, avanzábamos al comienzo, que estamos ante un concepto nuevo de día: el *día registral*.

De todas maneras, el asunto no tiene la menor importancia, habida cuenta de que el legislador aclara en seguida que el asiento de presentación ha de extenderse “inmediatamente antes de la diligencia de cierre”. Esta terminología —que sí es hipotecaria— requiere, no obstante, a mi juicio, en su aplicación a la recepción de telecopias para presentación de documentos, una pequeña reflexión. ¿Qué debe entenderse por “inmediatamente antes de la diligencia de cierre”?

Vamos a partir de un hecho: que el cierre sea a las catorce horas (que, además, regula el art. 360 del Reglamento Hipotecaria, es la hora reglamentaria general de cierre). Si los asientos que hayan de practicarse a virtud de telecopia se han de extender “inmediatamente antes” del cierre, quiere decirse que, entre estos asientos y el cierre, no debe haber ningún otro asiento o asientos consecuencia de presentaciones ordinarias. Por tanto, para practicar los asientos solicitados por telecopia habrá que esperar a que sean efectivamente las catorce horas, momento en que se rechazarán ya las presentaciones ordinarias hasta la apertura del siguiente día. Esto significa, por otra parte, que la hora de presentación en estos asientos será necesariamente las catorce horas. Y eso aun en el caso de que sean varias las telecopias llegadas durante las horas de apertura del Registro, sin perjuicio de que se observe el orden de su recepción. Pero de esta cuestión me ocuparé por separado.

Antes quisiera resaltar un aspecto favorable de la norma ahora comentada. Es de elogiar que la nueva disposición, al establecer reglas precisas sobre la hora y orden de presentación, no da margen alguno a una posible actuación oficiosa por parte del Registrador en la determinación de la prioridad registral. Esto es algo por lo que ya clamamos en trabajos anteriores respecto de la presentación por correo (20), pues el Reglamento Hipotecario mantiene aún, en cuanto a la titulación no judicial o administrativa, la facultad del Registrador de fijar la hora de entrada, coincidente con su determinación de despacho de los títulos llegados por este medio. En cambio, en cuanto a la presentación por telecopia, la hora y el orden de presentación le vienen impuestos legalmente al Registrador. Lo cual es de alabar.

c) *El asiento de presentación en caso de recepción de varias telecopias*

En el caso de que sean varias las telecopias recibidas entre las horas de apertura y cierre y habida cuenta, según hemos expuesto en el apartado anterior, de que todos los asientos de presentación han de llevar como hora, precisamente, la del cierre del Diario, podríamos plantearnos la forma de operar. El supuesto es análogo, aunque no igual, al del artículo 422 del Reglamento Hipotecario, pues la norma que impone presentar “inmediatamente antes de la diligencia de cierre” nos reconduce a un caso de presentación simultánea de varios títulos.

(20) En *El asiento de presentación...*, cit., págs. 572 y ss.

El artículo 422 dispone que si los varios títulos se entregan al mismo tiempo por dos o más personas y ellas no determinan el orden “se pondrá la misma hora a todos los títulos y se presentarán correlativamente”. Esta es la solución que adopta el artículo 418.c: “Si fueren varias las telecopias —dice—, los asientos se practicarán por el orden de su recepción”. La solución es lógica, habida cuenta de que la hora ha de ser igual para todos —“inmediatamente antes de la diligencia de cierre”, o sea, la hora de cierre—, si bien, en los asientos solicitados por telecopias, la correlatividad viene dada por el orden de recepción de las mismas, que no planteará problemas, pues la hora de recepción es dato que suministra el propio telefax.

Por último, debe destacarse que al establecer la disposición la regla de extensión de los asientos de presentación por el orden de recepción de las telecopias, se viene a confirmar la función puramente instrumental del llamado asiento de remisión. Quiero decir que el orden de recepción puede ser distinto al de emisión de la telecopia, ya que aquí juega la técnica como medio de transporte de datos, de modo que la telecopia enviada antes es patente que puede llegar después. La prioridad —la prioridad registral— la determinará, en todo caso, la hora de llegada, no la de salida. Solución, por otra parte, acorde con la norma general del artículo 423 del Reglamento Hipotecario, cuando dispone que “los asientos de presentación se extenderán por el orden con que se presenten los títulos”.

d) *¿Pueden extenderse asientos múltiples a virtud de telecopia?*

El artículo 421 del Reglamento Hipotecario impone, para que puedan practicarse asientos múltiples, que entre los varios títulos haya identidad en las circunstancias 1.^a y 2.^a del artículo 249 de la Ley Hipotecaria, es decir, que los varios títulos se presenten a la misma hora por la misma persona. Al disponer el nuevo artículo 418.c.1 que los asientos se practicarán por el orden de recepción de las telecopias, no parece que pueda haber obstáculos para extender un asiento múltiple si los datos de los varios títulos se reciben en una sola telecopia y el solicitante-otorgante es la misma persona.

No obstante, debe destacarse que es improcedente cualquier clase de solicitud del presentante al efecto. El artículo 421 es un precepto dirigido al Registrador que, según las necesidades de régimen interno, decide o no sobre la práctica de este tipo de asientos múltiples. El texto reglamentario dice: “Podrán ser objeto de un solo asiento de presentación los títulos...”, pero ni impone la fórmula al Registrador ni concede al presentante derecho alguno a reclamarla, como lo prueba que en el párrafo anterior del

propio artículo 421, respecto de los documentos complementarios, concede expresamente al presentante derecho a pedir que se reseñen en el asiento.

4. APORTACIÓN DEL DOCUMENTO ORIGINAL Y NOTA AL MARGEN DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN

“Art. 418.c.2. Dentro del plazo (de diez días hábiles)... el interesado deberá presentar el documento original..., haciéndose constar dicha presentación por nota marginal, a partir de cuya fecha correrán los plazos de calificación y despacho.”

Al estudiar las operaciones en el Registro de origen veíamos cómo una vez extendido el asiento de remisión y remitida la telecopia al Registro competente, previa la extensión de nota al pie del mismo, el documento original se devolvía al interesado para su entrega o aportación en el Registro competente. Y en epígrafe aparte recogíamos la obligación del Registrador de origen de advertir al interesado que esa aportación debía hacerla en el plazo de diez días hábiles, so pena de caducidad del asiento.

Corresponde ahora detenernos en las operaciones a cargo del Registrador de destino competente, una vez que la aportación ha tenido lugar o en el caso de que no se produzca.

a) *Constancia registral de la aportación*

Del mismo modo que el artículo 418.b.2. habla de la devolución del documento original al interesado “para su presentación en el Registro competente”, el artículo 418.c.2 —ya en relación con el transcurso del plazo y las operaciones en el Registro de destino— insiste en que “el interesado deberá presentar el documento original”. Y en ambos casos (lo decíamos ya al comentar el primero de los textos citados), se utiliza una terminología imprecisa, pues no estamos ante una *presentación* en sentido técnico-registral, sino sólo ante una *entrega o aportación* material efectiva del documento en el Registro competente donde ya está presentado por medio de la telecopia (21).

(21) No hay limitación alguna respecto del medio de transporte que pueda utilizarse. Pero quizá convenga poner de relieve que la utilización del correo no implicará una presentación sujeta al artículo 418 del Reglamento Hipotecario, siendo conveniente, para evitar toda duda, expresar en el envío que se trata de aportación efectiva del título ya presentado por telecopia.

Por otra parte, el intento de presentar por correo será siempre posible si la presentación por telecopia no llega a buen fin.

Es esta entrega o aportación del documento original, con la nota o notas extendidas en su día por el Registrador de origen, la que el Registrador competente ha de hacer constar por nota al margen del asiento de presentación. El precepto que ahora comentamos es congruente con el artículo 97 del Reglamento Hipotecario y creemos que sería aplicable, en todo caso, el párrafo tercero de dicho artículo, en cuanto establece que “la devolución o aportación de los títulos o de los documentos subsanatorios y la prórroga de los asientos de presentación se harán constar por nota al margen de éstos”, aunque el nuevo artículo 418.c.2 no dispusiera nada al respecto. La situación —como he apuntado ya en varias ocasiones— es análoga a la del documento presentado y retirado sin calificación, a que se refiere el artículo 427 del propio Reglamento Hipotecario, frente a la retirada del documento ya calificado, recogida en el artículo 429.

Sin embargo, no parece que pueda tener aplicación el artículo 428 del Reglamento Hipotecario que permite la aportación de otra copia o ejemplar del documento presentado y retirado por cualquier causa, y siempre que no exista duda de la identidad entre ambas copias o ejemplares. La razón hay que buscarla en que es precisamente el original entregado al Registrador de origen el que contiene la nota del mismo expresiva de las operaciones practicadas, de la devolución y advertencia de aportación al Registro competente y de las modalidades que, en su caso, contenga la solicitud de remisión, a que antes me he referido. Lógicamente, el Registrador de destino competente debe tener a la vista todos estos datos.

b) *¿Qué asiento es el que caduca a los diez días?*

Dice el artículo 418.b.2 que si el documento no se aporta al Registro competente “en plazo de diez días hábiles, caducará el asiento”. Y como quiera que el Real Decreto ha hablado antes de dos clases de asientos, el *asiento de remisión* y el *asiento de presentación*, podría dudarse cuál de ellos es el que caduca.

El asunto, a nuestro juicio, no debe ofrecer ninguna duda. El asiento que caduca es el único que realmente puede merecer la calificación de tal, es decir, el asiento de presentación extendido por telecopia. El llamado asiento de remisión no es —como se ha reiterado— un asiento registral propiamente dicho, que produzca efectos jurídicos. Es sólo un medio —mal elegido, a mi juicio— de dejar constancia en el Registro de origen que se ha presentado y cursado una solicitud de remisión de datos para presentación en otro Registro, el competente. Como tal falso asiento —cuyo lugar idóneo hubiera sido, según apunté, el “Libro de entrada” administrativo—, causa estado en el momento mismo en que se practica

y no produce ningún efecto ni está sujeto a plazo alguno de caducidad —tiempo para el ejercicio de un derecho— porque de él no deriva derecho alguno.

El único asiento que produce efectos jurídico-registrales es el de presentación, si bien la efectividad del mismo —¡que no su rango!— está condicionada o supeditada a la efectiva aportación del título original, cuyos datos se remitieron por telecopia. Y quizá convenga aclarar que esta suspensión de efectos es de orden puramente operativo, como imposibilidad de despacho del título presentado o de práctica de la operación solicitada, pues, respecto de otros títulos contradictorios que puedan presentarse, el asiento tiene ya plena exigencia, como cualquier otro asiento de presentación. Sin perjuicio de que, una vez aportado el original, el Registrador competente aprecie si está o no incurso en caducidad.

Por último, tal vez no esté de más recordar que, una vez hecha constar la aportación por nota al margen del Diario, será el momento de cumplir el mandato del artículo 416, último párrafo, del Reglamento, es decir, hacer constar en el documento el día y la hora de la presentación y el número y tomo del Diario correspondiente, mediante la oportuna nota, prescripción que ha sido imposible cumplimentar antes, pues el documento presentado no estaba en la oficina.

c) *Cómputo del plazo de diez días para la aportación*

Para hacer efectiva la advertencia del Registrador de origen (art. 418.b.2), el artículo 418.c.2 insiste en que el interesado debe presentar el documento original con sus notas dentro del plazo de diez días.

El primer problema que se plantea es cómo han de computarse esos diez días. Y hay dos posibles alternativas: la fecha de devolución del documento original por el Registrador de origen y la fecha del asiento de presentación. Estas dos fechas es evidente que pueden coincidir, en el caso de que todas las operaciones, en ese *día registral* a que antes me refería, queden finiquitadas. Pero no nos olvidemos que aquí todo depende de la técnica, de una parte, que puede fallar; y, de otra parte, de las exigencias del Registro de origen y del de destino o competente, que son imprevisibles.

A favor de la fecha de devolución del documento por el Registrador a quien se solicite la actuación o de origen podría argumentarse que evita la posible desigualdad ante la ley de los diversos otorgantes o solicitantes, por cuanto el plazo para el transporte y aportación de los títulos será exactamente el mismo para todos: se contarían los diez días, conforme al

artículo 5.º del Código Civil, a partir del siguiente a la entrega, como plazo señalado por días a contar desde uno determinado.

Sin embargo, son muchas las razones —y creo que más importantes— que juegan en favor de la otra alternativa, es decir, el cómputo de los diez días a partir de la fecha del asiento de presentación extendido a virtud de la telecopia:

- En primer lugar, lo que el Registrador de origen hace al interesado que retira el título es una *advertencia* de presentación o aportación del título en plazo, pero no una *notificación* formal que inicie el transcurso de ese plazo. Y es natural que así sea, dentro del carácter meramente instrumental, de auxilio al compañero competente, que preside la actuación del Registrador de origen.
- En segundo lugar, no hay asiento del Registro de la Propiedad que sea caducable y cuya caducidad no se produzca sino en relación con su propia fecha o con la de otro asiento del mismo Registro, ya sea el de presentación del título, ya sea el principal u otro accesorio del mismo (22). Y también es natural que así sea porque lo contrario sería atribuir efectos jurídico-materiales, en relación con la vida del asiento de presentación, a actos en los que no interviene el Registrador competente ni hay constancia de los mismos en sus libros.
- En tercer lugar —consecuencia de lo anterior— la seguridad jurídica que dimana de la publicidad registral, se resentiría gravemente si el tercero que consulta el Registro no pudiera tener plena certeza de que determinado asiento está o no vigente, pues el hecho determinante de la misma es una operación extraña al propio Registro.
- En cuarto lugar, si la fecha que inicia la caducidad del plazo de diez días fuera la de la advertencia, y el interesado, por cualquier causa, no aporta el título original al Registro competente ni dentro de los diez días ni después, estaríamos ante un asiento de presentación técnicamente caducado, pero cuya caducidad especial sería de imposible apreciación, al carecer el Registrador competente del importante dato que es la fecha iniciadora de la misma. Esto tendría además el peligro añadido de que podría utilizarse la presentación

(22) Por vía de ejemplo, pueden citarse: En la Ley Hipotecaria, los artículos 77 (general), 86 (general con sus prórrogas) y 96 (anotaciones de suspensión). En sus disposiciones transitorias: caducidad de menciones (primera); de anotaciones preventivas (segunda) y de hipotecas (tercera); el punto de partida de la caducidad es dato que siempre ha de constar previamente en el Registro. Y en el Reglamento Hipotecario, artículos 199 (anotaciones ordenadas por la autoridad judicial), 206, 13ª (general), 209 (anotaciones del derecho hereditario), etc.

por telecopia con el torcido propósito de paralizar el despacho de títulos contradictorios de cuya presentación pueda sospechar el que utilice el sistema, pues no podemos olvidar que el asiento de presentación extendido por telecopia si bien no es operativo, porque falta el título a despachar, tiene rango registral conforme al artículo 17 de la Ley Hipotecaria y, al no poder apreciar el Registrador la caducidad especial de los diez días, su duración sería la normal de los sesenta días hábiles.

- Por último, hay que destacar que todo lo anterior pugnaría, además, con la filosofía de la reforma que no es otra, según el preámbulo del Real Decreto, que “agilizar la llevanza de los Registros de la Propiedad y adaptarla a los ritmos y necesidades de la sociedad actual”. Sería inadmisibles que tras la presentación por telecopia —que responde a esas exigencias de rapidez y agilidad de la vida actual— el interesado retuviera el título y pudiera manipular el asiento de presentación, sin intención inscribitoria, durante un plazo —los sesenta días— que desborda totalmente sus aparentes exigencias de rapidez, con el consiguiente perjuicio de terceros interesados. Hay que dar por supuesta la reglamentaria actuación del Registrador de origen y, por tanto, la diligente entrega del título —veremos el alcance del concepto de *día registral*, al respecto—; pero, una vez entregado al interesado, es éste el que debe claramente saber que tiene un asiento de presentación sujeto a un plazo breve de caducidad y es él el que debe acreditar ahora diligencia y rapidez, sin perturbar a terceros interesados, que es tanto como perturbar el sistema mismo de seguridad registral.

d) *Cómputo de los plazos de calificación y despacho*

La nota al margen del asiento de presentación haciendo constar la aportación del documento original presentado por telecopia tiene la importancia derivada del hecho de que, a partir de su fecha, “correrán los plazos de calificación y despacho”. Estos plazos son los establecidos, con carácter general, por el artículo 97 del Reglamento, con cuyo párrafo segundo el nuevo artículo 418.c.2 coincide plenamente, confirmando, por otra parte, la analogía entre el supuesto que estudiamos y la situación del documento presentado por vía ordinaria, retirado y devuelto nuevamente a la oficina. Por lo demás, la declaración del nuevo artículo 418.c.2 es más que lógica, pues la disposición o Real Decreto lo que ha arbitrado es un nuevo procedimiento de presentación de documentos, pero nada más; de modo que la calificación y, en su caso, el despacho de documentos no es

posible sino a partir del momento en que se encuentran en la oficina, que es lo que constata la nota de aportación.

VI. EL PLAZO EN LA PRESENTACION POR TELECOPIA

“Art. 418.d. En el supuesto de que los Registros de origen y destino tuviesen distinto horario de apertura y cierre del Diario sólo se podrán practicar las operaciones a que se refieren los artículos anteriores durante las horas que sean comunes. Igual criterio se aplicará respecto a días hábiles.”

En esta primera aproximación que venimos haciendo a las cuestiones planteadas por el nuevo sistema de presentación de documentos por telecopia, me ha parecido oportuno dedicar un breve apartado final al estudio de los problemas de plazo, de indudable interés, y a los que, a mi modesto juicio, el Real Decreto no da una clara y pacífica solución.

Quizá lo primero que deba hacerse es un resumido inventario de las referencias contenidas en la disposición al respecto. Son las siguientes:

- Plazo de diez días para aportar al Registro de destino competente el documento original presentado por telecopia (art. 418.b.2).
- Plazo en que el Registrador competente ha de extender el asiento de presentación: “al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre” (art. 418.c.1).
- Cómputo de los plazos de calificación y despacho del documento presentado por telecopia: a partir de la fecha de la nota marginal haciéndose constar la aportación por el interesado del documento original (art. 418.c.2).
- Y, por último, el supuesto que recoge el artículo 418.d, que ha quedado transcrito al comienzo de este apartado, es decir, que sólo se pueden practicar las operaciones, tanto del Registro de origen como del Registro de destino competente cuando tuviesen distinto horario de apertura y cierre durante las horas y días hábiles que sean comunes.

De los tres primeros supuestos de plazo ya nos hemos ocupado al estudiar pormenorizadamente las operaciones en los Registros de origen y destino con las que dichas referencias temporales tienen relación. De todas maneras, no perderemos de vista ese extraño concepto de “final del día”, del que habla el nuevo texto reglamentario, que identificábamos con un particular concepto de *día registral*, alejado de la tradicional noción de *día*, recogida en los Códigos.

Se trata ahora de intentar un análisis —o, tal vez, sea mejor decir exégesis— del marco temporal en el que el Real Decreto encuadra ese conjunto de operaciones. La pregunta podría ser la siguiente: ¿existe un plazo preclusivo para la práctica de las operaciones que hemos descrito o, por el contrario, la utilización del nuevo sistema es independiente de la idea de plazo?

Para intentar dar una respuesta partiremos del texto del artículo 418.d —transcrito al comienzo de este apartado—, pero tendremos que apelar, además, a la filosofía que inspira el nuevo método de presentación.

No hay una norma o precepto en el Real Decreto que precise en qué momento pueden iniciarse y cuándo deben quedar finiquitadas las operaciones que han de llevar a la práctica del asiento de presentación. El artículo 418.c.1 —que ya hemos comentado— nos dice solamente cuándo debe practicarse el asiento, a efectos de su colocación en el Diario, de su rango; pero no hay ningún precepto que limite la práctica de todas las operaciones que llevan al asiento a una o varias jornadas, o días, o períodos de apertura y cierre del libro Diario.

Encontramos, en cambio, una norma especial, que me atrevería a calificar de desgraciada, porque además de no resolver tampoco el problema del límite temporal en que todas las operaciones han de quedar enmarcadas dicta una regla cuya interpretación *a contrario* conduce literalmente al absurdo. Esta norma está dictada exclusivamente para un supuesto de hecho: que los Registros de origen y de destino tuviesen distinto horario de apertura y cierre del Diario, a cuyo supuesto añade el de que no coincidan los días hábiles de ambas oficinas. En ambos casos la solución es la misma: las operaciones sólo podrán practicarse durante las horas de apertura y en días hábiles que sean comunes. Pero tampoco se nos dice que haya de ser en un solo día hábil o en un solo período de apertura y cierre. Y la interpretación que puede llevar al absurdo, por el principio *inclusio unius exclusio alterius*, es que la regla o solución sólo es aplicable al supuesto de hecho contemplado, pero no cuando ambas oficinas tengan el mismo horario, lo cual permitiría, en cuanto a días hábiles o inhábiles, operar en un Registro mientras el otro está cerrado. Quizá el precepto pudo recoger los dos supuestos, diciendo sencillamente que *las operaciones sólo pueden practicarse en días hábiles para ambas oficinas y durante las horas comunes de apertura del Diario*, sin necesidad de restringir el efecto al solo caso de que, previamente, se trate de Registros con distinto horario de apertura y cierre.

En todo caso, la referencia a días hábiles es importante, como exigencia tanto para el Registro de origen como del de destino, pues implica que no pueden aceptarse solicitudes de remisión de datos ni efectuarse ninguna de las demás operaciones si no se da esa circunstancia. De modo que si se

tratara de un día hábil en el Registro de origen, pero inhábil en el de destino, el Registrador de este último rechazará la telecopia que se encuentre en el fax el primer día hábil, aunque ya en ese momento se trate de horas comunes de apertura del Diario. El artículo 418.d dice bien claramente que tienen que darse esas circunstancias para que se puedan practicar las operaciones que se trate de “horario de apertura y cierre del Diario” y de “días hábiles” que, además, “sean comunes”. Por lo demás, el cumplimiento de este doble y acumulativo requisito supone una previa información, oficialmente contrastada, de dichos datos (información de la que hoy carecemos).

En cuanto al límite temporal para la práctica de todas las operaciones de presentación por telecopia, asunto no resuelto por la disposición, el tema podría quedar centrado en las siguientes preguntas: ¿en cuántos días hábiles comunes han de quedar acabadas las operaciones?, ¿en uno o en más de uno?, ¿o no hay ningún límite?

Para encontrar una respuesta con cierto fundamento, creo que debe atenderse a algunos de los términos utilizados por el Real Decreto, pero sobre todo debe intentarse descubrir el sentido o filosofía de la reforma, el espíritu de la ley.

En el artículo 418.b, que contiene las operaciones a practicar en el Registro de origen, la actividad que se impone al Registrador es tan dinámica (aun sin fijarle ningún plazo) que podemos decir que no se le da respiro. Después de ordenársele que califique el carácter de presentable del documento y que extienda el asiento de remisión, se dice (núm. 1) “... y seguidamente”, es decir, sin solución de continuidad, *remitirá* la telecopia. Y de nuevo (en el núm. 2), insiste: “Seguidamente...” *extenderá* nota en el documento..., y lo *devolverá* al interesado..., y *consignará* por medio de nota en el Diario...; es decir, siempre con verbos que implican un mandato imperativo, que no admite demoras de ningún tipo.

En el artículo 418.c siguiente, que contiene, por su parte, sustancialmente las operaciones a realizar en el Registro competente de destino, además de los términos propios de verbos imperativos (“*extenderá...*”, “*practicarán...*”, etc.), se recoge la expresión “... al final del día”, ya comentada, y que literalmente, como también se ha dicho, lo que marca es el momento en que debe extenderse el asiento solicitado por telecopia: “al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre”. No obstante, podríamos tratar de investigar o interpretar la intención del legislador a partir de dicha expresión, porque a efectos de la extensión del asiento de presentación es realmente innecesaria —bastaría que se hubiera limitado a decir: “inmediatamente antes de la diligencia de cierre”, sin ninguna referencia a ese “final del día”— y concluir que todas las operaciones preparatorias hasta la extensión del asiento (la de aportación del título original tiene su

propio y expreso plazo de diez días, ya estudiado) han de practicarse en el breve espacio de tiempo que va desde la presentación de la solicitud de remisión de datos hasta el momento del cierre del Diario en el Registro competente y todo ello, en el mismo *día*, que ha de ser *hábil* en ambos Registros, y dentro de las *horas comunes* de apertura del Diario.

Dejemos las cosas así, de momento. Pero, aparte de una interpretación apoyada en los términos literales, podemos preguntarnos: ¿cuál es el sentido o filosofía de la reforma?

Del preámbulo del Real Decreto, en la parte que dedica a la materia que nos ocupa, resulta que la implantación de un procedimiento de presentación de documentos en Registro distinto del competente es una medida que “responde a la modernización funcional y tecnológica de las oficinas registrales”. Hasta ahora la presentación a distancia ofrecía una sola posibilidad: la remisión del documento original por correo, conforme a las prescripciones del artículo 418 del Reglamento Hipotecario. A partir de ahora los otorgantes disponen de un nuevo procedimiento, técnicamente más actual, que no es una alternativa a la presentación por correo, sino un procedimiento radicalmente nuevo y distinto. Basta comparar el artículo 418 del Reglamento con los nuevos artículos 418.a, b, c y d. Si la utilización del nuevo método de presentación se condiciona a la existencia de razones de urgencia o necesidad en el solicitante —el *interés* apreciable por el Registrador en la solicitud—, lógicamente el sistema debe procurar atender esas razones, habida cuenta que la nueva tecnología facilita su satisfacción casi inmediata. Pero no aparece por ninguna parte, ni parece que haya sido intención del legislador restringir la aplicación del nuevo procedimiento hasta el punto de que todas las operaciones hayan de ultimarse en el mismo día *hábil* en ambos Registros y en las horas comunes de apertura del Diario, entre otras razones, porque la propia tecnología o el legal orden de trabajo pueden ser obstáculos a esta pretensión. Solamente el desgraciado término “final del día”, como veíamos, podría apoyar esta interpretación.

Creo, en definitiva, que las operaciones iniciadas en un determinado día podrán continuarse en el siguiente, siempre que también reúna esos requisitos de ser *hábil* para ambas oficinas y tratarse de horas comunes de apertura del Diario sin necesidad de reiniciarlas cuando razones técnicas —como puede ser el fallo del fax— o razones de prioridad formal (no se olvide que el Diario impone al Registrador un orden de trabajo) hacen imposible su realización. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de observancia por ambos Registradores del artículo 417 del Reglamento, en cuanto a las previsiones que contiene para los casos de imposibilidad material extensión del asiento de presentación (que habría que extender al asiento de remisión), acumulación excesiva de títulos, etc., lo cual elimina el posible

perjuicio de los solicitantes. Y de que, si se produce el necesario desarrollo del Real Decreto, sería muy conveniente el establecimiento de un límite prudencial en el que las operaciones han de quedar ultimadas.

VII. LOS RECURSOS EN LA PRESENTACION POR TELECOPIA

Como hemos visto al estudiar tanto la solicitud de remisión de datos, como las operaciones del Registro de origen y del Registro de destino competente, hasta quedar ultimada la presentación por medio de telecopia, se producen una serie de acuerdos o resoluciones de los Registradores respectivos. Para el caso de que esos acuerdos o resoluciones sean contrarios a la petición de los otorgantes, parece lógico plantearse la cuestión de si es o no posible entablar reclamaciones contra los mismos.

En síntesis, podemos decir que el Registrador de origen realiza las siguientes operaciones —dejando a un lado las de naturaleza estrictamente registral o de mecánica interna del Registro—: aprecia la concurrencia de razones de urgencia o necesidad en el solicitante (lo que, en terminología hipotecaria, llamábamos interés en la solicitud, apreciable por el Registrador), califica el carácter de presentable del documento original e investiga y justifica documentalmente la competencia del Registro de destino. El Registrador de destino competente, por su parte, y si salvamos las operaciones estrictamente tabulares o de comunicación (como es la confirmación de la recepción de la telecopia) no realiza, en realidad, ninguna operación nueva, distinta de las que habitualmente conforman el procedimiento registral, pues la calificación de su propia competencia, la apreciación del carácter de presentable del documento y la extensión o práctica del asiento de presentación, son operaciones necesarias en todo proceso de inscripción.

La legislación hipotecaria solamente regula un recurso en relación con la presentación de documentos: el de queja, que corresponde al interesado siempre que el Registrador se negare a practicar el asiento de presentación por imposibilidad material o por otro motivo, que se interpone ante el Juez de Primera Instancia y, en su defecto, ante la autoridad judicial de la localidad. Esta reclamación, caso de prosperar, ordenándose la práctica del asiento, puede dar lugar a la corrección disciplinaria del Registrador y a responsabilidad civil (véanse arts. 416, penúltimo párrafo, 563 y ss. del Reglamento Hipotecario, y 296.1.º de la Ley). Tratándose del Registrador de destino competente, no hay ninguna razón para excluir la posibilidad de interposición de este recurso de queja si el Registrador se negare a extender el asiento solicitado por telecopia, pues la normativa que hemos estudiado, a diferencia de la que regula la presentación de títulos remitidos

por correo, no concede al Registrador opción alguna para presentar o no presentar. Al contrario, el artículo 418.c.1 le ordena expresamente extender el asiento de presentación, una vez cumplidas las exigencias que vimos en su momento. Por tanto, sí, como Registrador competente para el despacho del título, se niega a ello, la posibilidad de recurrir su decisión encaja perfectamente en el recurso de queja del artículo 416 del Reglamento y podría, en su caso, ser corregido disciplinariamente y serle exigida la responsabilidad civil por los perjuicios que hubieran derivado de su actuación.

El Real Decreto que hemos comentado no establece ningún nuevo tipo de reclamación ni hace alusión alguna a materia de recursos. Aceptada la posibilidad de interposición del recurso de queja, en caso de negativa del Registrador de destino competente a extender el asiento de presentación solicitado por medio de telecopia, el problema queda reducido a los actos del Registrador de origen. De éstos, la calificación del carácter de presentable del documento y la apreciación de la competencia del Registrador de destino son provisionales y, como veíamos, hay que circunscribirlos al limitado campo de la resolución de la solicitud de remisión de datos, pero no son decisivos para la extensión o no del asiento de presentación, competencia exclusiva del Registrador que lo sea para la práctica del asiento u operación solicitados, objeto del título original. Es decir, no son actos firmes, ni siquiera como decisiones de mera tramitación. Sería absurdo un recurso antes de la decisión del Registrador competente. E inútil. Y, en cuanto al asiento de remisión, la extensión o no del mismo es indiferente para el otorgante-solicitante, porque a lo que él aspira no es a un asiento de remisión, sin efecto jurídico alguno, sino a un asiento de presentación, con todas sus consecuencias registrales sustantivas.

El único acto exclusivo del Registrador de origen y no revisable por el de destino es la apreciación de la urgencia o necesidad en el solicitante para dar curso a la solicitud de remisión de datos por telecopia, urgencia o necesidad que nosotros indentificábamos con el concepto hipotecario de interés, apreciable por el Registrador. En este sentido, contra la negativa de los Registradores a expedir certificaciones que puede fundarse, entre otras causas, en la carencia de *interés conocido* en el solicitante (arts. 221 y 222 Ley Hipotecaria), la Ley Hipotecaria establece también un recurso de queja ante el Presidente de la Audiencia, si reside en el lugar, o ante el Juez de Primera Instancia, con posibilidad de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. ¿Podrá el solicitante-otorgante interponer este recurso ante la negativa del Registrador de origen a dar curso a la telecopia, alegando carencia de urgencia o necesidad en el peticionario?

En mi opinión, la respuesta debe ser negativa y creo que bastaría

ahondar en algunas de las consideraciones ya expuestas a lo largo de este modesto estudio: el carácter o naturaleza esencialmente burocrático, administrativo, de mero auxilio registral al compañero competente que inspira toda la actuación del Registrador de origen y que, de aceptar la legitimación del Registrador de origen como parte en el recurso, implicaría una fragmentación de la competencia en el procedimiento registral, de una parte; pero es que, de otra, la confirmación de la urgencia o necesidad en el solicitante contra la decisión del Registrador de origen, puede resultar inútil, ante la decisión del Registrador competente sobre práctica del asiento de presentación, que es de su exclusiva competencia. Y, por último, la inadmisión del recurso de queja —que sólo podría aplicarse por analogía, ya que la Ley Hipotecaria (art. 228) lo limita a la manifestación de los libros o a la expedición de certificaciones— no dejaría en indefensión al solicitante, que siempre podría acudir a la presentación ordinaria o por correo, ninguna de las cuales requiere la concurrencia de razones de urgencia o necesidad, sino solamente un título susceptible de ser presentado al Diario.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: I. VISION GENERAL DE LA LEY DEL SUELO (Ley 8/1990, de 25 de julio): A) PRECEDENTES LEGISLATIVOS. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS B) CARACTERES DE LA NUEVA LEY C) VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA LEY. D) RELACIONES DE LA LEY CON LA PROPIEDAD Y EL REGISTRO.—II. LA PROPIEDAD URBANA: A) CONCEPCIÓN LEGAL DE LA MISMA. B) INCIDENCIAS JURÍDICAS DE ESTA CONCEPCIÓN. C) PROBLEMÁTICA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.—III. RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: A) LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y SUS RELACIONES CON DIVERSAS INSTITUCIONES LEGALES DE LA LEY DEL SUELO. B) CREACIÓN DE REGISTROS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIÓN CON EL DE LA PROPIEDAD C) LEGISLACIÓN VIGENTE Y LA DEROGADA

I. VISION GENERAL DE LA LEY DEL SUELO

La publicación de la nueva Ley del Suelo 8/1990, de 25 de julio, con unas finalidades que luego precisaremos, provoca en el jurista un intento de acercamiento general a sus preceptos y un pequeño estudio de dos puntos concretos, como son la propiedad y el Registro de la misma con el gran trasfondo de si con esta regulación se logra alcanzar ese gran principio constitucional (art. 9.3 Constitución Española) de la *seguridad jurídica*, pues toda legislación que nutra el contenido del “ordenamiento jurídico” ha de sujetarse al principio citado.

A) PRECEDENTES LEGISLATIVOS. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Prescindiendo de antecedentes remotos en el urbanismo español (Leyes de Ensanche y Extensión de 26 de julio de 1982; de Saneamiento y Mejora Interior de 18 de marzo de 1895; de Solares de 15 de mayo de 1945 y diversos artículos de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, además de otras disposiciones) donde viene a concretarse la primera gran

normativa sobre la materia es en la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956. Fue una ley difícil, técnica que tardó en aplicarse, entenderse y prestarle la atención que debiera por las distintas esferas jurídicas de la nación. Singularmente las relaciones que la Ley del Suelo tenía previstas con el Registro de la Propiedad se circunscribían a un artículo genérico y a dos o tres exigencias registrales, con un auténtico olvido de los grandes servicios que la institución registral podían prestar al urbanismo. Remedando a NÚÑEZ LAGOS (1) en su famosa frase que relacionaba el Registro con la institución de la posesión, podríamos decir que existía entre urbanismo y Registro la política “del gruñido y del zarpazo”. La situación no mejoró con la nueva Ley 19/1975, de 2 de mayo (fecha histórica capaz de animar al legislador), ni con el texto refundido de 9 de abril de 1976 (Real Decreto 1346, de igual fecha) no ya sólo en sus diversos enfoques, sino en el de la institución registral. Lo mismo sucedió con los diversos Reglamentos que se publicaron para su aplicación y desarrollo (Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, sobre Planeamiento; Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, sobre Gestión Urbanística, y Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, sobre Disciplina Urbanística, aparte de otras disposiciones).

El juicio “valorativo” de esta legislación —aparte de coincidir con el mío— lo expresa la vigente Ley 8/1990, de 25 de julio, donde en su preámbulo dice que *se ha revelado insuficiente*. Aunque concreta esta insuficiencia a la gran libertad de que gozan los propietarios del suelo urbano y a la no utilización de los *medios represivos* de la Administración, en el fondo viene a reconocer más adelante la necesidad de sus inevitables relaciones con la institución registral.

Lo que sucede, y esto puede ser un principio conflictivo, que cuando esta última Ley se publica está ya vigente la Constitución Española, donde, de una parte, se respeta el *derecho de propiedad* y, de otra, se reconocen a las Comunidades Autónomas unas competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148 Constitución), lo cual lleva a que la ley no tenga una aplicación general. De otra parte, no debe olvidarse, al enjuiciar esta Ley, el artículo 9.3 de la misma Constitución, donde existen unos principios de publicidad de disposiciones legales, de retroactividad, de legalidad y de seguridad jurídica, que veremos si se respetan en la presente edición de esta Ley.

(1) NÚÑEZ LAGOS, R.: “Realidad y Registro” (RGLJ 1945).

B) CARACTERES DE LA NUEVA LEY

La gran finalidad de la Ley es el intento —no es eficazmente conseguido— de impedir la especulación del suelo, consiguiendo una utilización del mismo de acuerdo con el interés general. Sobre esta base entran en juego dos condicionamientos jurídicos o condiciones básicas: la igualdad de todos los españoles en los procesos de urbanización y edificación y la función social de la propiedad en su vertiente económica. Desde el punto de vista de un Estado democrático y de Derecho no pueden ponerse objeciones a esta finalidad.

Se han realizado varios cursos de conferencias, mesas redondas, coloquios y alguna publicación importante, aparte de ciertos artículos periodísticos (2) y el ambiente que se respira en torno a todo ello no es tan

(2) En el diario *ABC* (28 de septiembre de 1990) escribe un ponderado artículo ALONSO-LASHERAS, A., donde apunta la inconstitucionalidad de ciertos preceptos. El diario *El País* (12 de abril de 1990) recoge anticipadamente una serie de opiniones de signo político que inclinan balanzas a favor de la misma o desequilibran las mismas en contra de ellas, según las afiliaciones. Elogian el texto ROCA CLADERA, J. y GARCÍA ARRECIANO, J., bajo los títulos "Historia de un fracaso" y "Maniobras especulativas", mientras que lo atacan GARCÍA ARIÑO ("Inseguridad jurídica o una ley para el otro mundo") y MARTÍNEZ CAMPILLO, R. ("Un proyecto que nace muerto"), así como otras de JERÓNIMO ANDRÉU ("Un esfuerzo desvirtuado") y LEAL MALDONADO, J. ("Fin de la pasividad")

Obra completa de comentarios ajustados a su texto sólo conozco en este momento la de GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, Civitas, Madrid, 1990. En el mes de noviembre se organizó un seminario por "ASERLOCAL" sobre la reforma, valoraciones, intervención pública y Registro de la Propiedad a cargo de MENÉNDEZ REXACH, BASSOLS COMA, M.; MERELO ABELA, M., GARCÍA BELLIDO, J.; ARMENGOT DE PEDRO, A.; HIPÓLITO LANCHÁ, F.; MUÑOZ DE DIOS, G., y LASO MARTÍNEZ, J. L. Anticipándose a este seminario se celebró en Madrid otro organizado por el Instituto de Estudios Superiores Fundación Universitaria "San Pablo-CEU" en el mes de octubre sobre el tema genérico "Nueva Ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo", en el que intervinieron los siguientes profesores GARRIDO FALLA, F.; BASSOLS COMA, M.; GÓMEZ FERRER, R.; BERGASA PARDOMO, O.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., PAREJO ALONSO, L., PÉREZ JIMÉNEZ, P.; SUAY RINCÓN, J.; PARADA VÁZQUEZ, R.; CORRELA MONEDERO, M., CHICO Y ORTIZ, J. M.²; GARCÍA BELLIDO, J.; JIMÉNEZ BLANCO, A.; MENÉNDEZ REXACH, A., y QUIROSA DE ABARCA, J. M.². El Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Málaga organizó un Curso sobre la reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo, en el que se impartieron cuatro conferencias a cargo de CHICO Y ORTIZ, J. M.²; BASSOLS COMA, M., MORILLO, J. A., y OTERO CEREZO, J. A. y un conjunto de Mesas Redondas en las que intervinieron diversos especialistas de los temas, aparte de Registradores y Notarios, siendo moderador el Notario de Málaga UTRERA RABASSA, C.

Cabe citar también el Seminario organizado por la Universidad Politécnica de Madrid y la Escuela Superior de Arquitectura sobre la reforma del régimen urbanístico y su incidencia en el crédito hipotecario, interviniendo NARBONA RUIZ, C.; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S.; SERRET MORENO-GIL, A.; MARTÍ-FERRER, M.; GALLEGU ANABITARTE,

favorable como el legislador en sus intenciones pretende. Entiendo que es pronto para enjuiciar y que lo prudente es esperar a ver lo que sucede en este rodaje legislativo, no vaya a ser que todo avance lleve consigo el retroceso (3). Limitémonos ahora a señalar sus caracteres:

a) ¿QUE CLASE DE LEY ES? La pregunta es importante, ya que con esta Ley se barren y eliminan muchas cosas, se ignoran los derechos adquiridos y hay un ataque serio a la institución de la propiedad. La propiedad es dentro de la Constitución uno de los derechos fundamentales de la misma (art. 33.2, dentro del capítulo de los derechos y libertades). Por ello tendría que ser una ley "orgánica". Pero es curioso cómo en su concepción resulta que se trata de una *ley de bases* para la formación de textos articulados o de una *ley ordinaria* cuando se trate de refundir diversos textos legales en uno, conforme al artículo 82.2. Si las delegaciones no pueden realizarse sobre materias a las que regulan o se deben referir las leyes orgánicas, esta ley comienza a ser conflictiva y, si se me apura, circunfleja: montada a dos vertientes (4).

b) ES LEY DIFÍCIL Y TÉCNICA. Es ley difícil de entendimiento y de aplicación. No es de fácil entendimiento, como puede ser el texto del Código Civil, que está al alcance de cualquier ciudadano, sino que es una ley dirigida a los ya "iniciados" en la materia y en su terminología, alejándose, con ello, de lo que podríamos llamar principio de "igualdad" de los españoles.

A., siendo moderador CÁRDENAS Y CHAVARRI, J. También en la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid se celebró otro curso a cargo de los citados profesores que intervinieron en el Curso del CEU. En Bilbao, organizado por la Delegación de Registradores, se celebró una Mesa de Comunicaciones en la que disertó LASO MARTÍNEZ, J. L. sobre el tema del Registro de la Propiedad y la nueva Ley del Suelo, del cual ya habló en Madrid anteriormente, por haber formado parte de la Comisión redactora del texto legal. La revista *Lunes 4,30* hace una recopilación de todo lo dicho firmada por CARBONEL SERRANO V., y GÓMEZ FABRA J. L. y el *Avance Informativo del C. N. de Registradores*, en su número 10, inserta otra recopilación que forman RAMOS BLANES, A., y ACEDO-RICO, F.

(3) No me canso de citar el discurso de mi paisano Miguel DELIBES en su recepción de la Real Academia de la Lengua, donde, aparte de sacar a colación su condición de cazador y comparar todo avance con la escopeta que mata, pero da el culatazo, cuenta casos impresionantes como el de la isla a la que le echan tantos insecticidas para matar la plaga de mosquitos que se llena de ratones y para restablecer el equilibrio ecológico tienen que lanzar en paracaídas a miles de gatos. El invento de la pildora que produce cáncer. La campaña del aborto, sustituida ahora por la de los anticonceptivos...

(4) No creo que sea preciso utilizar en estos momentos esa clasificación de disposiciones legales de que habla GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 1979, pág. 134, t. I, que distingue entre leyes orgánicas, leyes ordinarias de pleno, Comisión y referendas, Decretos-leyes, Decretos legislativos, Reglamentos, etc.

Por ser una ley técnica —técnicamente impecable, según dice ALONSO LASHERAS (5)—, se ofrece con ciertas dificultades para su aplicación y cumplimiento por parte de los Ayuntamientos, insuficientemente preparados para recibir este legado y hacerlo cumplir. En esto poco se aparta de las anteriores.

c) **LEY DE AVANZADA PROGRAMACION.** Bajo unas ideas de igualdad, función social y contenido económico del derecho de propiedad se altera —como veremos— el concepto de propiedad, se establece el principio de que “la Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos” y se concentra en manos de la Administración un auténtico “arsenal” de medidas de ataque al propietario que se asemejan a una declaración de guerra contra el mismo. Conviene preguntarse ¿con ello se persigue una municipalización o nacionalización del suelo urbano? Se trata de medidas drásticas que conducen —en caso de aplicación estricta— a esa conclusión.

d) **NO ES LEY TERRITORIAL.** Así como la legislación hipotecaria es ley territorial, ya que su flexibilidad admite las posibles excepciones del Derecho foral, esta legislación que lo fue en su día, carece en la actualidad de este carácter. No es, por tanto, territorial, ya que de una parte no se aplica a determinados municipios (los que no lleguen a 25.000 habitantes y otros casos peculiares que en ella se establecen); de otra, cada Comunidad Autónoma tiene ciertas facultades de regulación en la materia y, por último, la disposición final hace una distinción entre preceptos de *aplicación plena*, de *legislación básica* y aplicación *supletoria*. Resulta sumamente complicado aplicar esta terminología y llegar a la sutil distinción entre lo que es básico y lo que es de aplicación plena. La originalidad del legislador llega a límites insospechados.

e) **LEY DE APLICACION INMEDIATA CON FALTA DE SEGURIDAD JURIDICA.** La intención del legislador es que la Ley se aplique al día siguiente de su publicación —con determinadas normas transitorias para ciertas situaciones, aunque con un gran fallo que no sólo provoca inseguridad jurídica, sino incertidumbre frente al modo de legislar y derogar— lo cual provoca en el ciudadano una cierta inseguridad, pues al texto que se le ofrece habrá que incorporar todo lo *no derogado* por incompatible y esperar a que el texto refundido que se le promete cumpla

(5) ALONSO-LASHERAS, A.: “Ley del Suelo”, diario *ABC*, 28 de septiembre de 1990. La Ley del Suelo no frenará la especulación inmobiliaria. Es dudoso que estas disposiciones faciliten suelo y viviendas a precios asequibles. La fórmula de valoración del suelo es una de las cuestiones más polémicas del texto legal. La delimitación constitucional de competencias con autonomías impide una ley de carácter verdaderamente general. Se centra únicamente en sancionar el incumplimiento de los deberes urbanísticos..

esa exigencia, lo mismo que el Reglamento y el ofrecimiento de que hipotecariamente se solucionen los problemas que la Ley reserva para el posible Reglamento. Que al ciudadano se le imponga la ley “en desarrollo” que puede tener ciertos matices diferenciales por no ser considerados como incompatibles con sus principios, es un grave atentado al principio de *seguridad jurídica* del artículo 9 de la Constitución.

Para completar la materia sería preciso ir examinando caso por caso de las disposiciones transitorias para ver con detenimiento si en ellas se viola o no el principio de irretroactividad de sus disposiciones sancionadoras o restrictivas de sus derechos individuales. Pero, como es una ley en “desarrollo”, que tiene de aplicación un año, vamos con la disposición transitoria octava que venía a solucionar unos graves problemas de interpretación en relación con las obras nuevas y que jugaba con unos plazos que permitían dar solución a muchos casos. No vamos a descender a la clasificación de errores materiales, formales o de concepto, pero si fijarnos que cuando la Ley se publica en el *BOE* lleva en último lugar un condicionamiento expreso: “Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley” y la firman S. M. el Rey y el Presidente de Gobierno. Días después se publica en el *BOE* una *corrección de errores* donde se suprime dicha disposición transitoria, sin que esa rectificación la avalen con su firma el Rey o el Presidente de Gobierno (6).

C) VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA LEY

El pulso de la interpretación legal es aquí donde debe entrar en juego para ver si la Ley acierta o no a resolver el tema que plantea. Es decir, es el momento de sacar la balanza y sopesar ventajas e inconvenientes, aunque creo que lo prudente sería esperar a ver el desarrollo y la aceptación o no de sus disposiciones legales en los ámbitos en los que debe tener su

(6) Si verdaderamente se respeta o debe respetarse el principio constitucional de la “jerarquía normativa”, en cuya virtud solamente una ley puede ser derogada por otra de igual rango, que nos lleva a la aplicación íntegra del principio de legalidad (todos admitidos en el art. 9.3 de la Constitución) es inaceptable esta “derogación” por corrección de errores. Creo que ya el Tribunal Supremo de Justicia se ha manifestado en otra ocasión sobre un punto análogo procedente del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (también es coincidencia) en Sentencia de 30 de mayo de 1990, que recojo de un comentario de *ABC* (2 de octubre de 1990), firmado por TRÍAS SAGNÍER, J.

Por supuesto que la justificación de la rectificación se debe al no haberse admitido por el Congreso la enmienda aprobada por el Senado y su remisión indebida al *BOE* nada sirve jurídicamente. No puedo dar a la luz un comentario sutil —como todos los suyos— de un ilustre compañero Notario y Registrador que se hace eco y cruces de este sistema derogatorio de disposiciones

juego: empresarios, entidades de crédito, constructores, propietarios, promotores, etc.

a) VENTAJAS. Sean o no buenas, acertadas o torpes las medidas que se toman, lo cierto es que tienen un fin bueno: la especulación del suelo debe cortarse, pues otras leyes anteriores, como la Ley de Tasas, no lo pudo lograr y la abortada subida catastral tampoco. A esa inicial intención cabría añadir las ideas progresistas y democráticas del planeamiento urbano, los grandes deseos de publicidad de situaciones y limitaciones, así como la creación de Registros administrativos y la conexión de éstos y de los actos administrativos con el Registro de la Propiedad. Con todo ello parece que se levanta el velo de una pasividad para el logro de unas realidades.

b) INCONVENIENTES. Aquí ya hay que jugar con especulaciones, suposiciones, previsiones y hasta con conceptos abstractos. La difícil paleta que se ofrece a los Ayuntamientos con expresas competencias en la materia, la conversión del urbanismo en una función administrativa, el poder "prepotente" que se adivina frente al incumplimiento de los deberes urbanísticos, los discutidos criterios de valoración frente al crédito bancario, suponen restricciones al espíritu intencionalmente bueno del legislador, pero agresivo para el que ha de soportarlo.

D) RELACIONES DE LA LEY CON LA PROPIEDAD Y EL REGISTRO

La Ley ha provocado un avance en sus pronunciamientos y maneja el concepto de la propiedad, dándole un sentido que, como veremos, choca con el tradicional y hasta creo que con el admitido por la Constitución. Ha tenido, por otra parte, que reconocer que esa actividad administrativa urbanística estaba distanciando su problemática de la institución registral, que, aparte de su raigambre histórica, tiene la confianza del pueblo. Ha variado la idea y comienza a contarse con el Registro como elemento que permite soluciones que contribuyen a resolver problemas de titularidad, de cargas, de publicidad, de regularización de la propiedad, etc.

II. PROPIEDAD URBANA

A) CONCEPTO LEGAL DE LA MISMA

En la exposición de motivos —convertida hoy en preámbulo— se dice que la Ley "determina el contenido económico del derecho (de propiedad),

valorando a efectos expropiatorios las diferentes facultades que lo integran según su grado de adquisición...". Por su parte, el artículo 1 de la Ley dispone que "La función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio".

La cosa creo que no puede estar más clara: la Ley del Suelo —con algunos intentos anteriores— ha configurado la propiedad urbanística *como vacía de contenido*. En esta apreciación coincide GONZÁLEZ PÉREZ (7). Es como tener un título universitario sin contenido: usted es propietario, como es licenciado en Derecho, en Medicina, en Farmacia o en Económicas, pongo por caso.

La propiedad no tiene el contenido tradicional del uso, disfrute y disposición que el artículo 348 del Código Civil le ofrece, no, es una propiedad de un terreno al que gradualmente se le van nutriendo de contenido y que en el último tramo acceden al patrimonio del interesado si cumple los requisitos y exigencias legales. A todo ello se acompaña una valoración diferente. Los derechos a que puede aspirar el propietario en su ascenso los señala el artículo 11 de la Ley: *derecho a urbanizar* (dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planeamiento), *al aprovechamiento urbanístico* (atribución efectiva de los usos e intensidades susceptibles de adquisición privada o su equivalente económico), *a edificar* (o materializar el aprovechamiento urbanístico) y *a incorporar al patrimonio la edificación* (ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística).

El símil que se me ocurre es el de la *escalera*. El propietario debe ir ascendiendo, peldaño a peldaño, por esa escalera que la Ley le ofrece y cuando llegue al final incorpora todo a su *patrimonio* (debió decir *propiedad*, ya que el concepto de patrimonio es distinto jurídicamente) no por accesión, sino por ordenación urbanística. Si no sube y baja, ya sabe a lo que se expone: la expropiación, la ocupación, el nuevo planteamiento, etc. No sé lo que pensará el ciudadano de a pie, pero sí lo que protestará el "motorizado" si la Administración le dice: usted es propietario de un coche con cuatro marchas y la que va hacia atrás: para meter la primera necesita autorización; para la segunda, que existe un plan de ordenación; la tercera, que usted esté decidido a poner en marcha el coche y la última supone que el coche es suyo. Sólo le queda la marcha atrás, pero si la utiliza, se lo expropio.

La tesis del dominio *vacío de contenido* ha sido uno de los temas

(7) GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo*, Civitas, 1990, pág. 68.

manejados por los urbanistas, administrativistas y políticos (8), pero con todos los grandes respetos para las opiniones ajenas mi postura es totalmente diferente —cosa que ya he manifestado en otros momentos (9)— y contraria a configurar la propiedad como vacía de contenido. Nada de eso dice la Constitución y aunque lo dijera, ya veríamos luego las consecuencias. No se puede admitir esa figura, ni legitimar al planificador como encargado de llenar ese vacío, al propietario como un titular de una pancarta y al funcionario como un vigilante y administrador celoso de lo que hace el titular. Y se me hace más cuesta arriba esta concepción cuando en países tradicionalmente comunistas se está especulando y reivindicando la idea de la propiedad.

JOSÉ PIEPER (10) decía: “Si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, es porque dicho acto supone otro precedente, por virtud del cual algo se constituye en propiedad de alguien. Esta proposición anuncia con soberana sencillez una realidad fenomenal. La Justicia es algo segundo. La Justicia presupone el Derecho. Si algo se le debe a un hombre como suyo, el hecho de que tal se le deba no es obra de la Justicia. El acto por el cual inicialmente algo es propio de alguien, no puede ser un acto de Justicia...”. Si la Justicia no crea el Derecho, sino que lo declara o lo reconoce. ¿Cómo es posible que un plan tenga esa fuerza creadora?

Si el planeamiento —al clasificar los terrenos— distingue entre los urbanos los de reserva, los rústicos, etc., parece que ya establece una gran diferencia y sujeta a los que la Ley aplica a un sistema especial: les despoja de su contenido de propiedad y les vacía el contenido: ¿Habría expropiación de facultades dominicales antes existentes o el terreno pasa sin más a convertirse en una escalera para ascender los peldaños normativos? Ello nos llevaría a distinguir dos clases de propiedades: una la rústica (llena de facultades) y otra la urbana (vacía de contenido). ¿Y la Constitución, al referirse a la propiedad y su función social, a cuál de ellas se dirige?

La Constitución avanzó en el concepto de propiedad y de la antigua teoría de las “limitaciones” se pasó, como era lógico, a la de las “delimitaciones de la misma, nacidas del sentido social y de la naturaleza propia de la institución. Pero nunca puede deducirse de su expresión que a la propiedad la configure como “vacía de contenido”. Vamos a esbozar esa

(8) Cito, entre otros, a MARTÍN MATEO, R.: “La penetración pública en la propiedad urbana”, *RCDI*, noviembre-diciembre 1972; MARTÍN BLANCO, J.: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Edit. Montecorvo, 1964; NÚÑEZ RUIZ, M.: *Derecho urbanístico español*, Edit. Montecorvo, 1967.

(9) CHICO Y ORTIZ, J. M^a, sirva, por todos mis trabajos, el denominado “El urbanismo y el Registro de la Propiedad”, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1978, pág. 252.

(10) PIEPER, J.: *Justicia y fortaleza*, Editorial Rialp, 1968.

teoría, tal y como se ha entendido, por la doctrina para ver cómo frente a la misma se alza la interpretación que esta Ley pretende dar al concepto de “delimitaciones” y al “sentido social” de las mismas, lo cual es importante para juzgar si la Ley se ajusta o no a los términos constitucionales en que se concibe el derecho de propiedad.

La denominación y el contenido de la teoría de las delimitaciones fue puesta en circulación por la doctrina alemana representada por WESTERMANN y traída a la parcela ibérica por GARCÍA DE ENTERRÍA en su conocido trabajo, publicado en el *Anuario de Derecho Civil* en el año 1958 (11). No hay en la propiedad urbanística limitaciones, sino “delimitaciones” de la propiedad en su contenido normal. Parafraseando a ORTEGA Y GASSET, podría decirse que estas “delimitaciones de la propiedad”, más que en el *contorno* de la misma, están en el *dintorno*. A mi entender, de ese trabajo y de otros posteriores de administrativistas y urbanistas no se deduce más que esta teoría “conforma o modaliza” el contenido del derecho de propiedad según el sentido social y la misma naturaleza de esta concepción (12).

Aceptar la tesis de la nueva Ley que, invocando esta teoría, configura a la propiedad como “vacía de contenido” es reducir la titularidad normal

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo”, *ADC*, 1958.

(12) Hay que añadir algún argumento más y quiero extraerlo de una obra que supone un estudio serio sobre el concepto de propiedad en la Constitución Española. Su autor es LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, 1988. En principio, no hay más remedio que poner en contacto el artículo 33.1 de la Constitución con el artículo 53.1 de la misma, donde se exige una ley para regular el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la misma, pero que *en todo caso deberá respetar su contenido esencial* y, según el texto de la Ley y la misma exposición de motivos (hoy preámbulo) y sus antecedentes legislativos, nos ofrecen una propiedad *vacía de contenido*, sin *contenido esencial*. Si partimos de la base de que existen dos clases de propiedad (aunque yo creo que hay más) rústica y urbana, es evidente que una y otra tiene “un contenido esencial”; pues bien, el artículo 11 de la Ley del Suelo habla de un *contenido urbanístico* que se integra por la *adquisición sucesiva*. Es decir, se parte de que el propietario no tiene ninguna facultad urbanística (ver, en este sentido, el artículo 1), las cuales son “susceptibles de adquisición” que la “función social” condicionará en su ejercicio.

El autor citado en su estudio cita dos Sentencias del Tribunal Constitucional que afrontan el tema del *contenido esencial*. Una es de 37/1987, de 26 de marzo, y otra 111/1983, de 2 de diciembre, en las que se recoge la doctrina alemana al decir que en el artículo 33 “se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde el punto de vista ‘institucional’ y desde la vertiente ‘individual’, esto es, como un derecho subjetivo”. Y donde reside la “función social” es en el “ejercicio del derecho”, no en su contenido. La función social “comprime” el poder que de manera normal tiene el dueño sobre la cosa. La intervención delimitadora del legislador sobre el haz de facultades que configuran el derecho no puede *deformar* su núcleo básico de manera tal que no resulte reconocible o anule o dificulte, so pretexto de tutelar intereses sociales, más allá de lo razonable, su ejercicio en pro de la utilidad individual.

a una titularidad fiduciaria de difícil reflejo registral por ser gradualmente, peldaño a peldaño, nutrida de facultades. La teoría de las “delimitaciones” provocaba el choque de dos publicidades: la del plan y la registral, aunque GARCÍA DE ENTERRÍA (13) dándose cuenta de la enormidad jurídica que ello significaba, abogaba en favor de la necesaria publicidad. Vamos con las incidencias que todo ello supone.

B) INCIDENCIAS JURÍDICAS DE ESTA CONCEPCIÓN

En el fondo las incidencias no sólo son jurídicas, sino económicas. Las jurídicas se refieren a si esta normativa va en contra de la concepción que la Constitución tiene de la propiedad y de si esta Ley, al desviar el mismo concepto, debe tener carácter orgánico para lograr ese fin.

Entre los económicos, la más importante es la que afecta a las instituciones de crédito por el juego de valores que van ascendiendo por esa escala antes apuntada, y desde el valor inicial puede llegarse al valor urbanístico. Difícilmente la institución de crédito puede conceder los hipotecarios sobre valores que sobrepasen el inicial por la gran amenaza que supone el que el propietario —por las circunstancias que sean— no llegue a alcanzar el valor urbanístico. Ello va a significar en el campo financiero una paralización de obras con graves repercusiones en el constructor, el urbanista, el urbanizador, el contratista, etc.

Entiendo que habrá que acudir a otros medios de financiación, ya que el riesgo del acreedor hipotecario no tiene ni la posibilidad del ejercicio de la acción de devastación del artículo 117 de la LH, donde la solución del *administrador judicial* no permite subrogarse en el procedimiento urbanístico para alcanzar el último peldaño.

C) PROBLEMÁTICA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Dando por supuesto el trascendente principio de seguridad jurídica a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución española se hace preciso una pequeña reflexión en torno a si el mismo queda respetado por el texto legal. Creo que de todo lo que llevamos dicho pueden deducirse ciertas excepciones al citado principio, como son:

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Obra citada* (“La Ley del Suelo...” y “Actuaciones públicas y actuaciones privadas en el derecho urbanístico” (Conf. en el C. N. Registradores de la Propiedad, 1973).

a) La derogación de la disposición transitoria octava por medio de una rectificación de errores, sin firma que la legitime infringe el principio de "jerarquía normativa" que afecta al de seguridad jurídica.

b) La aplicación inmediata de una legislación, con un posible desarrollo posterior, en la que han de estar jugando simultáneamente preceptos nuevos y otros anteriores de dudosa contradicción con los primeros, afecta igualmente al principio de *seguridad jurídica*, en cuanto les falta claridad, certeza y seguro conocimiento de una norma.

c) La configuración de la propiedad *vacía de contenido* que va nutriéndose por fases o escalones que marca el artículo 11 de la Ley, genere, en quien se propone la adquisición del terreno, unas ciertas inseguridades, si la situación no se publica debidamente. Algo parece apuntar, en este tema, el artículo 29 que luego examinaremos, con su doble criterio de informar y remitir datos al Registro de la Propiedad.

d) Esa configuración apuntada repercute en el juego de los derechos de tanteo y retracto, en las ocupaciones, en las expropiaciones, demoliciones, etc.

III. RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En el preámbulo de la Ley no se hace referencia a la relación que la normativa debe tener con la institución registral, pero del espíritu y de la letra de la misma se deducen un conjunto de disposiciones que abordan temas concretos que es preciso exponer. En todos ellos resplandece la necesidad de una publicidad y una coordinación entre el acto administrativo y lo que el Registro publica. Es la primera vez que en forma tan extensa se tiene en cuenta por la legislación urbanística esta institución publicitaria.

A) LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y SUS RELACIONES CON DIVERSAS INSTITUCIONES LEGALES DE LA LEY DEL SUELO

Quizá las críticas más incisivas que se han hecho a la legislación urbanística procedan del hecho de no haber tenido en cuanto el principio de publicidad, el de certeza, el de seguridad y el del respeto a los derechos adquiridos, pues la Administración actuaba en plena desconexión y desconocimiento de las demás instituciones contenidas en ese "resto" de Ordenamiento jurídico español a que se refiere el artículo 9.1 de la Constitución. Y así resultaba difícil que en la calificación registral —no hay que

olvidar que la legislación urbanística maneja terrenos, polígonos, áreas, etc., y el Registro de la Propiedad se lleva por “fincas”— se pudiera exigir —pongo por ejemplo— la licencia urbanística si se desconocía si el inmueble estaba o no afecto, sujeto e incluido en un plan o disposición administrativa de ordenación. En este sentido se pronunció la Dirección General en una conocida Resolución (14). Trata de remediarse esto ahora con una serie de medidas y disposiciones que pasamos a exponer:

a) *Información y publicidad.* El artículo 29 de la nueva Ley arbitra un sistema “supletorio” para el logro del derecho de información y de publicidad de “facultades urbanísticas”, ya que el mismo sólo funciona “en ausencia de legislación urbanística específica” (lo cual no ayuda en nada a la seguridad) y se concreta:

- Los Ayuntamientos deben suministrar a los interesados que lo soliciten una *información* sobre el régimen urbanístico aplicable a una *fincas*, unidad de ejecución o sector, aprovechamiento tipo aplicable al área de reparto en que se encuentre y el grado de facultades urbanísticas aplicables al tiempo de facilitarse dicha información.
- Los Ayuntamientos —no el interesado— remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda copia de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de los deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 15, a fin de que se tome *nota marginal* en las inscripciones de las fincas respectivas.

Entiendo que la disposición tiene una gran trascendencia en orden a la coordinación registral y frente al tercero que confíe en los pronunciamientos registrales, pero quizá no esté lo suficientemente perfilada, pues lo que el Ayuntamiento informa no es lo mismo que lo que remite al Registro. La nota marginal —como apunta GONZÁLEZ PÉREZ— no se contempla en la disposición adicional décima, si bien parece evidente que tendrá vigencia indefinida, conforme al apartado 3 de la citada disposición.

b) *Las edificaciones y las obras nuevas.* Dentro de los derechos o facultades urbanísticas a que se refiere el artículo 11 de la Ley está el de la edificación y su proyección frente al Registro de la Propiedad que recoge el artículo 25 de la misma en su párrafo 2, después de que en el primero siente el principio de que la edificación concluida al amparo de una licencia “no caducada” por la ordenación urbanística, queda incorporada al patrimonio (?) de su titular. En su párrafo segundo el legislador distingue:

(14) Resolución de 17 de junio de 1966, que recordaba la necesidad de exigir licencia, siempre que se conociese previamente las determinaciones del plan general.

- *Obra nueva terminada.* Para su inscripción en el Registro de la Propiedad es preciso acreditar el otorgamiento de “licencia” de edificación y presentar una “certificación” de un “técnico competente” que afirma la terminación de la obra y que es “conforme” al proyecto aprobado.
- *Obra nueva en construcción.* Se permite su inscripción presentando la licencia correspondiente y una certificación de técnico competente que afirme que la obra nueva se *ajusta* al proyecto. Pero el propietario —en todo caso— deberá hacer constar la terminación de la obra en el plazo de TRES MESES a partir de que esté concluida, mediante un *acta notarial*. Licencia y certificaciones cabe que se testimonien en el cuerpo del documento público.

Quizá sea uno de los artículos más sometidos a estudio por parte de los que han tomado contacto con su problemática y es —sin duda— el artículo que en los coloquios que siguen a las charlas o conferencias ofrece más campo de preguntas. Intentando recoger, aunque sea brevemente, algunos de los temas afrontados, distinguimos los siguientes:

1. *Problema transitorio.* La supresión de la disposición transitoria octava a través de una corrección de errores (15) ofrece este panorama de cuestiones:

- *Escrituras públicas de obras acabadas* antes de entrar en vigor la Ley. Son inscribibles, sin más requisitos.
- *Obras nuevas acabadas, pero no documentadas antes de entrar en vigor la Ley.* Se hace preciso distinguir dos casos:
 - Las realizadas “sin licencia”, habiendo transcurrido más de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley. A ellas parece referirse la disposición transitoria sexta que considera que —estén conformes con la ordenación urbanística o cuando ya no procedan las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística— se entienden incorporadas al patrimonio de su titular y serán inscribibles, bastando acreditar su antigüedad.
 - Las que han sido realizadas y tienen más de CUATRO AÑOS contados a partir de su terminación. Las opiniones son diferentes: en la reunión colegial de Registradores se opinó que era necesario aplicar el artículo 25.2 de la Ley por no haber transcurrido el plazo para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. GONZÁLEZ PÉREZ considera que cuando el

(15) Me remito a lo que ya se dice en la nota 6 y, en consecuencia, la disposición octava debe ser considerada como vigente.

plazo de cuatro años se cuenta a partir de la terminación de la obra (y no de entrada en vigor de la Ley) se aplica el artículo 185 de la antigua (reformado por Real Decreto-ley de 16 de octubre de 1981) y el 31 del Reglamento de Disciplina urbanística, pudiendo inscribirse, previa justificación de la terminación de la obra.

En CANARIAS (Ley 7/1990, de 14 de mayo) se admite la inscripción sin acreditar la licencia, cuando se hubiere declarado *prescrita* por la Administración o por los Tribunales la infracción en que la obra hubiera incurrido (art. 15).

Debe añadirse que el artículo 185 de la antigua Ley del Suelo y el Real Decreto-ley de 1981 que lo reforma establecen el plazo de CUATRO AÑOS en una doble proyección: es un PLAZO DE CADUCIDAD para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística (cosa que es viable que entra dentro de la calificación registral) y ese mismo plazo de PRESCRIPCIÓN de las infracciones urbanísticas, cosa que es ajena a la misma calificación, sin que el Registrador pueda declararla sin justificación judicial o administrativa.

- *División horizontal en obra nueva no concluida.* La Ley Hipotecaria, en el número 4 del artículo 8, admite la inscripción del régimen de propiedad horizontal por pisos cuya “construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada”, aparte que en su párrafo segundo dispone que “en la inscripción del solar... se harán constar los pisos meramente proyectados”.

El tema se plantea ahora, no en base de los términos del artículo 25.2 de la Ley del Suelo, sino de su artículo 11 que entiende que la obra nueva hasta que no esté terminada no entra en el patrimonio del propietario. Si la Ley del Suelo admite —aun incidiendo en una contradicción— la inscripción de la OBRA NUEVA sin concluir ¿cómo no va a poder inscribirse la propiedad horizontal de la obra comenzada o de los pisos meramente proyectados?

La única duda es si para esa inscripción sería preciso la licencia y la certificación correspondiente y estimamos que no es preciso, ya que la Ley circumscribe —y en esto la interpretación ha de ser restrictiva— a la obra nueva o a la obra en construcción. Otro problema será el que plantee la inscripción de la propiedad horizontal si excede o no de los cauces y límites de la licencia (16).

(16) Este problema está en íntima relación con las facultades calificadoras, difícilmente competentes cuando la certificación considere conforme la licencia y la obra

El tema de estas inscripciones de propiedad horizontal de pisos en construcción y venta de los mismos sobre “plano” está en el riesgo que se corre si el constructor no termina la obra, caduca la licencia o se anula la misma (arts. 23 y 24 de la Ley), lo cual supone desembocar en una posible expropiación forzosa o venta del mismo carácter por un valor del 50 por 100 de su aprovechamiento. No inscribir supone paralizar el movimiento urbanístico que lleva consigo la contratación y la consecución de dinero para la amortización de los créditos y la iniciativa de nuevas obras. Los intereses en lucha decidirán cuál es el preferente.

2. *Las licencias.* La licencia administrativa —autorización o permiso para la realización de ciertos actos— genera dentro del texto de la nueva Ley algunos problemas de los que destacamos los siguientes:

- Para inscribir la obra nueva terminada o en construcción es requisito imprescindible la “licencia”, bien presentando el original o el testimonio notarial correspondiente. La función calificadora, en este punto, se ajustará a los términos que señala el artículo 100 del RH. Al tratarse de un documento complementario la inscripción reflejará la fecha, la vigencia y el funcionario que la autoriza. Algunos otros han mantenido que en la inscripción habría de hacerse constar el uso, la superficie, el número de unidades, etc. Todo va a depender de lo que exija en su redacción el Reglamento Hipotecario en su posible redacción en el plazo de seis meses (disposición adicional décima, segundo, 6).
- No es lo mismo la licencia que la CEDULA URBANISTICA. A ella se refería el artículo 63 de la anterior Ley del Suelo como documento acreditativo de las circunstancias urbanísticas que concurren en las fincas del término municipal de cada Ayuntamiento. Entiendo que no hace falta mayores profundidades, aunque sí quepa decir que las CEDULAS DE CALIFICACION en las viviendas de protección oficial hacen las veces de la licencia administrativa.
- Al lado de las licencias expresas, parte de la doctrina admite las “tácitas” al amparo del artículo 9 del Reglamento de Servicios de

realizada. Existe la picaresca en la que en la declaración de obra nueva no encajen los pisos o apartamentos que luego aparecen en la declaración o constitución de propiedad horizontal, pero entiendo que puede superarse el tema mediante un cálculo de los metros edificadas y asignados a cada piso o local. Por supuesto que la venta de pisos en construcción —mientras no se arbitre otro sistema— corre el gran riesgo de la caducidad o anulación de la licencia con expropiación o venta forzosa y valor del 50 por 100 de su aprovechamiento (arts. 23 y 24 de la Ley).

Corporaciones Locales (como excepción a lo que dispone la LPA de 17 de julio de 1958 y 2 de diciembre de 1963, art. 95), siempre que se acredite la solicitud de licencia y la denuncia de la mora. Pero yo opino todo lo contrario, pues no hay que olvidar que ese Reglamento de Servicios está derogado, ya que la nueva Ley —como luego veremos— parte del principio de no admisión del silencio positivo más que en un caso especial (art. 15.3 y disposición adicional cuarta) (17).

Se habla también de “licencia condicionada” y para ello se trae a colación la disposición adicional décima, 1.^a, 4.^a, que considera como asiento practicable la nota marginal, para las “condiciones especiales de concesión de licencias”, que a mi entender es otro tema (18).

- Quizá sí sea más importante distinguir entre licencias ilegales y caducadas, pues para que la inscripción se realice se hace necesario que la licencia no esté “CADUCADA” (por haber transcurrido el tiempo para el que se otorgó), aunque sea “ILEGAL”. La “ilegalidad” escapa a la calificación registral por la presunción de validez y ejecutoriedad que tienen los actos administrativos (cosa que, a mi juicio, no debería suceder, pues con ello no hace más que crearse una inseguridad jurídica). Por eso el artículo 27 de la Ley afronta el caso y conecta el problema con el Registro de la Propiedad, distinguiendo:

(17) La teoría del silencio administrativo —cosa que he calificado como “grosería administrativa”— que tiene signo denegatorio, va teniendo excepciones “positivas” en las que la no contestación (¿Cómo es posible que en un diálogo, aunque sea escrito, aquel a quien se pregunta se niega a contestar? La mentalidad ibérica ha utilizado un argumento: a quien pregunta se queda de cuadra...) se estima como concesión del derecho que se reclama. La teoría negativa estaba establecida en el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y 2 de diciembre de 1963, pero admitía ciertas excepciones que estudia con detenimiento G. PÉREZ en la obra citada tantas veces. Tanto este autor como las conclusiones registrales sobre el texto de la Ley dan por vigente el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y su artículo 9 (17 de junio de 1955). Es bien cierto que el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, aprueba un nuevo Reglamento para las Corporaciones o Haciendas Locales, pero solamente deroga el de 27 de mayo de 1955. Lo mismo sucede con el texto refundido del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril. Conviene tener en cuenta que la disposición adicional cuarta es categórica y sólo admite el caso peculiar del artículo 15.3 de la propia Ley. Otro problema que genera inseguridades jurídicas.

(18) Creo que la cita legislativa de la disposición adicional no admite la categoría de “licencia condicional”, aunque GONZÁLEZ PÉREZ considera que sólo serían inscribibles aquellas condiciones que tengan trascendencia real. No obstante, si tenemos en cuenta que el incumplimiento de las condiciones puede determinar la extinción de la licencia, según el artículo 16 del Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955 y Sentencia de 2 de febrero de 1990, prácticamente tienen trascendencia real todas las condiciones de la licencia, que legitimará la obra nueva (art. 25).

- *Si se declara ilegal la licencia* (administrativa o judicialmente) no se incorpora la edificación al patrimonio y la resolución que lo declare debe “comunicarse” al Registro de la Propiedad para su debida constancia (conforme al número 8 de la disposición adicional décima, primera, será por medio de una inscripción).
- *Si el propietario no hubiere adquirido una de las facultades de aprovechamiento urbanístico* (atribución de los usos e intensidades susceptibles de adquisición privada) cuando solicitó la licencia que luego se anula, se procederá a la expropiación del terreno o su venta forzosa.
- Pero si adquirió dicho derecho, debe solicitar “NUEVA LICENCIA” en el plazo que establece la legislación urbanística, que no podrá exceder de un año (salvo que la legislación especial señale otro) que se computará desde el requerimiento que a tal efecto se formule al interesado.

Al legislador le sigue planteando problemas la edificación y, por eso, en el artículo 28, sin perjuicio de plantearse un caso que la realidad puede brindar, da entrada y respeto a la institución registral. Juega con dos conceptos: licencia *conforme* con la *ordenación* urbanística, pero que *exceda* al *aprovechamiento* urbanístico. Entramos en el mundo del tecnicismo: la ordenación se realiza a través del plan del mismo nombre y que da derecho a urbanizar, pero que el aprovechamiento (usos e intensidades susceptibles de adquisición privada) puede restringir o ampliar en usos e intensidades. Pues bien:

- Si la edificación, conforme a licencia y ordenación, excede de la del aprovechamiento y no hubiere transcurrido el plazo (es plazo de *caducidad* y no de *prescripción*) para el restablecimiento de la legalidad, el titular o sus causahabientes deberán abonar a la Administración el valor del exceso.
- La repercusión hipotecaria de ello está en la línea tradicional del principio de fe pública registral y, por lo tanto, el tercero protegido por el artículo 34 LH no estará obligado al pago, pero la Administración tiene acción contra el propietario inicial o las personas que le hayan *sucedido*. Acepto la terminología empleada, pues todo ello se complicaría si se habla de causahabientes (19).

(19) La verdad es que no merece la pena traer aquí, de nuevo, la temática que suscita la terminología empleada y a la que he dedicado algunos trabajos, diferenciando el concepto de adquirente, causahabiente y sucesor o heredero, pues el adquirente y

- El planteamiento a través de conferencias, coloquios y trabajos sobre el tema de si es viable que una persona solicite una licencia y que sea otra persona distinta la que declare la obra nueva es un problema que está solucionado por los artículos 12 y 13.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, que me imagino dejará vigente el texto refundido de la presente Ley.
- Quedan —y quizá con ello no se agote la materia— dos temas en torno a la licencia: su aplicación o no a *suelo no urbanizable* y la aplicación del artículo 25.2 a “todos” o a ciertos municipios. En esto me tengo que guiar un poco de ciertas conclusiones expresamente acordadas. Contra la opinión de J. Luis LASO que defendió la inaplicabilidad del artículo 25.2 al suelo no urbanizable (cosa que a todas luces parece defendible), el acuerdo consideró aplicable dicho artículo a esta clase de suelo, aun y a pesar de que la Ley regula en dos capítulos diferentes (el II del título I y el III del mismo título) estos temas.

Invocando la disposición adicional primera, punto tres, en la que se distingue la aplicación “general” de la Ley y los municipios en que no se aplica, pero si deben regir las disposiciones específicas sobre adquisición gradual de facultades, se entendió que sería aplicable el artículo 25.2 con su licencia y certificación.

3. *Intervención de técnico competente.* Las posibles cuestiones que suscita la redacción del artículo 25.2 de la Ley en torno a esta figura que va a certificar, podrían marginarse en el sentido de que el apartado 6 de la disposición adicional décima se remite al posible Reglamento Hipotecario. No obstante, podríamos apuntar estos problemas:

- Tanto la Ley Hipotecaria como el Reglamento Hipotecario en las declaraciones de obra nueva (art. 208 LH y 308 RH) habla de Arquitecto director de la obra o Arquitecto municipal, pero la antigua Ley del Suelo y la actual hablan de *técnico competente*, lo cual al ser idéntico supone la aplicación del artículo 178 LS anterior que, comentada por G. PÉREZ (20), daba la exclusiva a los Arquitectos y en las instalaciones industriales a los Ingenieros industriales y a los de Caminos. Igualmente plantea el problema de la exigencia del visado del Colegio Profesional cuando así se establezca “expresamente” en los Estatutos de cada Colegio (Ley Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974). A estos efectos estudia también la

causahabiente puede serlo por cualquier título, el sucesor o heredero, solamente lo es por un título gratuito.

(20) GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Civitas, 1988.

diferencia entre “proyecto básico” y “proyecto de ejecución” y según su opinión será preciso el de ejecución, ya que el “básico” no legitimará la iniciación de la obra.

Es difícil pronunciarse en esta materia en la que juega la “competencia”, cosa distinta de la “legitimación”, pero la problemática debe solucionarlo el texto complementario que se dicte y en tanto ir solucionando —caso a caso— los diferentes supuestos que se planteen: intervención de Aparejadores, no existencia en el municipio de Arquitecto municipal, etc.

- Si por técnico competente hemos de entender a todo aquel que interviene en la dirección de la obra, sin necesidad de que pertenezca a una profesión especializada, el problema del Visado del Colegio se margina y queda pendiente el de si va a exigirse o no la legitimación de firmas: Maestros de Obra, técnico competente que no haya intervenido en la obra, etc.

4. *Otros problemas.* Podríamos apuntar los siguientes:

- Según el artículo 25.2 se le impone al propietario en el plazo de tres meses a partir de la terminación de la obra, la justificación de este hecho por medio de un acta notarial que debe incorporar la finalización de la obra.

La redacción del artículo no es muy correcta, ya que en primer término habla de “propietario” de la obra nueva, cuando conforme con el artículo 11.4 sólo si se acredita que está terminada entra en su patrimonio. Surgen así los problemas de si el propietario no hace constar este extremo en el plazo de TRES MESES pierde o no ese derecho a justificar la obra nueva terminada y de si presentado en el Registro una declaración de obra nueva no se acompaña del acta notarial. Sería un defecto subsanable y podría pensarse que lo que está inscrito es la *obra comenzada* a efectos de tercero. A los efectos de calificación al Registrador le basta que el acta y la certificación entre en el plazo de los tres meses, aunque la realidad sea otra diferente.

- La terminología que el artículo emplea considerando que en unos casos la certificación debe ser CONFORME y en otras que se AJUSTE entendemos que carece de trascendencia, pues viene a decir lo mismo.

c) *Limitaciones legales en orden a la disposición y a la privación del derecho.* Aparte del instrumento de la expropiación forzosa, las demoliciones, la venta forzosa, la ocupación y otras medidas que penalizan

ciertos incumplimientos, vamos solamente a referirnos a las relaciones que estas figuras tienen con la legislación hipotecaria, al tema de los tanteos y retractos legales, al derecho de retorno y al de reversión.

- A los efectos de garantizar el cumplimiento de la programación del planeamiento se concede a los Ayuntamientos (arts. 90 a 95) derechos de tanteo y retracto en las enajenaciones onerosas. Igualmente los artículos 96 y 97 otorgan estos derechos para garantizar el cumplimiento de las limitaciones sobre precios máximos de venta de las viviendas de protección oficial. Son sus requisitos:
 1. Que los Ayuntamientos señalen o *delimiten áreas* donde ha de aplicarse el sistema de tanteos y retractos con notificaciones pertinentes. La ley —en su tecnicismo— habla de *áreas de rehabilitación integrada* de difícil entendimiento para el profano, pero que abarca a las fincas edificadas.
 2. Que la transmisión sea *onerosa*. Supongo que volverá a plantearse el tema de los negocios de “aportación o comunicación de bienes”, muy en boga en la actualidad.
 3. Cumplir con las exigencias de las notificaciones y ajustarse a los plazos que se establecen. No está muy claro el cómputo de esos plazos y, sobre todo, el concepto de “caducidad” de la notificación de que habla el artículo 94. Lo que sí parece claro es que la fecha de inscripción no puede ser tenida en cuenta, ya que la misma se imposibilita si no se justifica la notificación exigida (art. 95).

Desde el punto de vista hipotecario tiene singular importancia toda esta regulación por tres exigencias: *a)* los Ayuntamientos deberán remitir a los Registros de la Propiedad copia certificada de las calles o sectores comprendidos en las áreas y de los propietarios afectados, lo cual destruye la tesis de ROCA SASTRE de que los derechos de tanteo y de retracto no necesitaban ser inscritos por gozar de una publicidad superior a la registral; *b)* el número 3 del artículo 93 deroga en este punto (?) el Código Civil, pues considera que estos derechos de tanteo y retracto son preferentes al de comuneros; *c)* en todo caso la justificación de la notificación no pasa de ser un defecto subsanable que admite la anotación preventiva.

- A los efectos de obtención de terrenos dotacionales se establecen los sistemas de expropiación forzosa y ocupación, según los diferentes supuestos que se contemplan en los artículos 57 y siguientes. A nuestros efectos, sólo cabe destacar la conexión que esta forma de obtención de “terrenos dotacionales” debe tener con el Registro

de la Propiedad y ello viene regulado en el artículo 59, que se desarrolla de esta forma:

- Se publicará por la Administración respectiva la relación de los terrenos y propiedades afectados, aprovechamientos urbanísticos y unidad o unidades de ejecución, notificando a los interesados la ocupación prevista.
- El órgano actuante expide certificación a cada uno de los propietarios ocupados con los datos a que se refiere dicho artículo.
- Copia de dicha certificación debe enviarse al Registro, acompañada del correspondiente “plano” para inscribir la superficie total a favor de la Administración en los términos que reglamentariamente se establezcan.
- En forma simultánea —y esto no está nada claro en la Ley, pero lo estará en el Reglamento— se debe abrir folio registral (es decir como si se tratase de finca nueva) independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada y a ella se traslada el historial de la finca con anterioridad a la ocupación.

GONZÁLEZ PÉREZ (21), para conciliar la disposición adicional décima, primero, 5, el artículo citado y el 54 del Reglamento de Gestión Urbanística, dice que cabrían dos asientos: la nota marginal de la transferencia al margen de la última inscripción de dominio de la finca ocupada y la apertura de un folio independiente al aprovechamiento urbanístico de la finca ocupada.

A mi entender, puede haber tres clases de asientos a practicar: la inscripción total de la superficie a ocupar por la Administración (que puede comprender una o muchas fincas), la nota marginal de la ocupación en cada finca (que implicaría a su vez la segregación de la misma para formar finca nueva) y la del aprovechamiento que contiene todo el historial de la finca que se cierra.

- Las relaciones del sistema de expropiación forzosa no parecen tener grandes variantes en lo que se refiere con su conexión registral del expediente, pero sí es importante destacar, a los efectos de la figura de la *reversión*, los distintos casos a tener en cuenta que suponen una excepción a la misma, ya que la alteración del destino no genera reversión: a) si se altera su destino concreto y se sustituye por otro dotacional público; b) si durante ocho años fue implantado el uso dotacional, y c) en las expropiaciones por incumplimiento de

(21) GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de reforma...*, págs 514 y ss.

deberes urbanísticos, salvo que hayan transcurrido cinco años sin edificación o diez si que lo hubiera sido la urbanización (art. 75).

- Merece la pena destacar cómo en los procedimientos de desalojo de viviendas que supongan residencia habitual se hace renacer el DERECHO DE RETORNO, que solamente puede ser aplicable a los arrendamientos existentes el 30 de abril de 1985, fecha en que se suprime la prórroga forzosa. La disposición adicional quinta, en su apartado 3.º, da vigor a este derecho de retorno, planteando la duda si se está refiriendo a todos los arrendamientos o sólo a los anteriores o a los que subsistan después de la posible reforma del decreto de BOYER.

d) *Actos inscribibles, diferentes clases de asientos y documentación hábil.* En la disposición décima se señalan los diferentes actos que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad y se precisa igualmente la clase de asiento que debe practicarse y la documentación hábil a este respecto, por lo que nosotros nos vamos a permitir agrupar la materia y señalar las clases de asientos para los respectivos actos:

1. Son objeto de *inscripción* los actos y acuerdos siguientes: a) los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución; b) las cesiones obligatorias de terrenos o como consecuencia del aprovechamiento urbanístico; c) las sentencias firmes; d) cualquier acto que en desarrollo del planeamiento urbanístico o de sus instrumentos de ejecución modifique el dominio o cualquier derecho real o su descripción.
2. Son objeto de *anotación* preventiva (asiento caducable a los cuatro años, pudiendo prorrogarse, aunque no se dicen plazos): a) la incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de procedimiento de apremio b) la interposición del recurso contencioso-administrativo sobre anulación de instrumentos de planeamiento, ejecución o licencia. (En este último caso parece que la anotación debe decretarla la autoridad judicial a la que se le pida, mientras que la prórroga parece que puede pedirla el órgano urbanístico actuante, criterio que debe salvar la reforma del Reglamento.)
3. Son objeto de *nota marginal* (con efectos circunscritos de dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiera el título que las originó) con vigencia indefinida: a) las condiciones especiales de la licencia; b) los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

También cabe NOTA MARGINAL en la iniciación del expediente de reparcelación o la de afección de terrenos a las obligacio-

nes del sistema de compensación. Tienen una duración de CUATRO AÑOS, pudiendo prorrogarse por otros TRES.

Complementariamente se dictan normas para la inscripción de los títulos de reparcelación o compensación mediante el procedimiento de cancelación de asientos o agrupación previa y posterior división, así como otras normas de mecánica registral según que el titular registral sea o no el mismo de la finca resultante.

El título para la práctica de todas las operaciones registrales (modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones, inmatriculación de fincas o excesos de cabida, reanudación de tracto, cancelación de derechos incompatibles) será el mismo que permite la inscripción de la reparcelación o compensación: *certificación administrativa expedida por el Secretario del órgano urbanístico actuante*, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias de las personas, derechos y fincas. Todo ello, salvo que la legislación establezca otra cosa (como sucede en el caso del derecho de superficie —art. 172.2 LS que exige escritura pública o el número 1 de la disposición adicional décima, primero, que exige “resolución judicial”).

B) CREACIÓN DE REGISTROS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIÓN CON EL DE LA PROPIEDAD

La verdad es que resulta sumamente difícil descubrir en una frase del preámbulo de la Ley si la misma se está refiriendo a la creación o potenciación de ciertos Registros. La frase dice: “el de dar cobertura a una serie de instrumentos jurídicos cuya utilización por las Administraciones urbanísticas puede facilitar su gestión y, en particular, potenciar su intervención en la regulación del mercado del suelo”. Creo que aparte de las medidas penitenciales aplicables al propietario insumiso, pueden encerrarse en esas medidas los derechos de tanteo y retracto, la expropiación forzosa, la ocupación, la venta forzosa, etc., así como la institución del Registro de la Propiedad y la creación y potenciación de dos Registros de carácter administrativo.

Hasta incluso autores que negaron la distinción entre Registros jurídicos y administrativos, como G. PÉREZ (22) admiten hoy día que tanto el Registro de *Transferencia de aprovechamientos* (que ahora se crea) como el de *Solares y terrenos sin urbanizar* (que ahora trate de revitalizarse) son

(22) GONZÁLEZ PÉREZ, J.: Obra citada, *Comentarios a la Ley de reforma...*, pág. 308.

Registros “administrativos” o, lo que es lo mismo, no producen más que una publicidad “*noticia*”, pero no una publicidad *efecto* que es la seguridad jurídica que ofrece el Registro de la Propiedad a quien adquiere confiado en los datos que el mismo refleja (23).

a) *Registro de Transferencias y aprovechamientos*. No se trata de un Registro “CENTRAL”, sino “municipal”, ya que conforme al artículo 55 los Ayuntamientos crearán este Registro en el que se inscribirán —al menos— los siguientes actos:

- Acuerdos de cesión o distribución de aprovechamientos, mediante documento público.
- Acuerdos de compra, venta o cesión de aprovechamientos urbanísticos.
- Transferencias coactivas de aprovechamientos.

La conexión que guarda este Registro con el de la Propiedad es la de convertirse en requisito previo para poder practicar la inscripción en este último. Lo cual lleva a una conclusión importante: si el Registro de Transferencias produjese el efecto jurídico deseado, no hubiera sido preciso la inscripción en el de la Propiedad (art. 56). No obstante, no debe olvidarse que la inscripción en el Registro de Transferencias puede producir un efecto jurídico de adscripción automática del terreno destinado a dotación del dominio público municipal y su afección al uso previsto en el planeamiento [art. 57.2, a)].

b) *Registro de solares y terrenos sin urbanizar*. De la escasa regulación de este Registro se deduce tiene otra proyección que el hasta ahora existente. Por lo pronto debe llevarse en todos los municipios en los que se aplique “íntegramente” la Ley.

Su finalidad es hacer constar en el mismo de los solares y terrenos sin urbanizar por haberse incumplido los deberes urbanísticos y la Administración no opte por la expropiación forzosa. La inscripción de esos terrenos provoca la venta forzosa mediante el procedimiento de concurso, lo cual distancia a este Registro del existente —según dice G. PÉREZ—, ya que en el anterior se podían excluir los terrenos del régimen de enajenación forzosa y ahora no (arts. 160 LS y 63 a 65 y disposición adicional segunda, 1 y 2 de la nueva Ley).

No guarda correlación con el Registro de la Propiedad, según el texto de la Ley, pero es de esperar que se regule un medio de conexión para evitar situaciones incompatibles.

(23) CHICO ORTIZ, J. M.^a: *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales* (Marcial PONS, 1987), en la que se recogen las ideas de muchos otros artículos.

C) LEGISLACIÓN VIGENTE Y LA DEROGADA

En las disposiciones finales y en la derogatoria se intenta solucionar un tema de vigencia y aplicación de normas que, llevando buena intención y hasta tener basamento jurídico, provocan una situación de expectativa, de incertidumbre y de falta de seguridad jurídica. No lo digo por esa clasificación que se hace de legislación básica, plena y supletoria, sino en base de la derogación tácita de preceptos incompatibles que lo pueden ser en la letra y hasta en el espíritu, o solamente en el espíritu y no la letra... Ello obliga a tener que estar manejando hasta tanto surja el texto refundido un conjunto normativo —uno en cada uno— para descubrir la incompatibilidad y corriendo el riesgo de que el legislador se arrepienta y trate de remediar un mal inminente que se produzca por la aplicación de la ley, dejando como estaba cierta situación. Si a ello se añade que, aparte de esas dos legislaciones, ha de tenerse en cuenta la especial de cada Comunidad Autónoma, las dificultades suben de punto para la debida aplicación de preceptos.

Del logro de la finalidad que esta Ley persigue el tiempo puede ser el gran testigo y poco vale que ahora se hagan buenos o malos augurios. Lo que sí puede decirse es que los medios discurridos para el logro de la finalidad no guardan el equilibrio suficiente, ya que en la “Santa Bárbara” se ha almacenado mucha pólvora con el gran riesgo de que explote.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

DICTAMENES Y NOTAS

El Registro de la Propiedad en Egipto en la época romana

Conferencia dada en la Academia de Jurisprudencia y
Legislación de Barcelona por el Presidente don Guillermo
A. Tell y Lafont el día 15 de mayo de 1914

SUMARIO: I. La obra de Otto Eger sobre la materia.—II. Origen del Registro de la Propiedad egipcio: La *Bibhozeke demosion logon* y la *Enktesen bibliozeke*.—III. Material de *papirus*.—IV. Distintas clases de suelo egipcio, hipotecas convencionales y legales.—V. Intervención de los *bibliofilakes* en procedimientos judiciales; documentos que la prueban.—VI. Técnica del Registro: *prosangelia*.—VII. Declaraciones de los interesados: *apografe*.—VIII. Anotación provisional.—IX. Comunicaciones de los *Agoranomen*.—X. Notas de los *bibliofilakes*: denegaciones de inscripción.—XI. Qué eran los *diastromata* y *papirus* que se conservan.—XII. *Apografe general*: edicto de *Metrius Rufus*.—XIII. Registros fiscales.—XIV. Significación de la *enkteseon bibliozeke* en el Derecho privado.—XV. Conclusión.

El estudio de la antigüedad nos reserva cada día nuevas sorpresas que nos llevan a la convicción de que el estado de cultura de los primeros siglos del Cristianismo no era muy inferior al del final del siglo XVIII, cuando el vapor y la electricidad no habían dado el gran empuje a la civilización de los pueblos. Instituciones consideradas como una conquista de los tiempos modernos nos aparecen como existentes con atávicas raíces en pueblos, que teníamos por ignorantes de ellas, y si bien no las vemos, a veces, generalizadas como hubiera convenido, se debe a que la falta de comunicaciones hacía que no fuesen conocidas de otros pueblos, que las hubieran copiado, sin un exacto conocimiento de ellas les hubiera convenido de su conveniencia.

I. Una de esas instituciones es, sin duda, el *Registro de la Propiedad*, que encontramos establecido en Egipto en los tres primeros siglos de la Era Cristiana, y del que poseemos ya datos bastantes para poder afirmar que no se trata de una ilusión de arqueólogo, sino de una institución real, con grandes semejanzas con las análogas de los pueblos más avanzados.

He aquí la materia de una notabilísima obra de OTTO EGER (*Zum Ägyptischen Grund-buchwesen in römischer Zeit*, Leipzig u Berlin, 1909), de la que la presente conferencia no es más que un extracto, y no diré una *recensión*, porque mis conocimientos en materia tan especial y tan difícil no me permiten hacer una crítica de la obra. Eger no es más que el continuador de una literatura hoy ya rica sobre la materia y los trabajos de otros sabios, sobre todo los del célebre Mitteis le han facilitado el camino; pero Eger une a los conocimientos y fina investigación del más paciente arqueólogo el espíritu y la comprensión del Derecho de un jurisconsulto moderno. Por esto su obra se lee con un interés creciente a cada página, y sólo es de lamentar que no se haya acordado de que una buena parte de sus lectores no están en situación de entender, sin la traducción, los numerosos textos griegos, que por la especialidad de la cosa exigen en aquellos conocimientos completísimos de la lengua de Homero, que la mayoría están bien lejos de poseer.

II. ¿Se trata de una antigua institución faraónica o bien fue una importación de los griegos en la época ptolomeica? ¿Fue, al contrario, una regulación puramente romana? Los numerosos documentos son todos de la época de la dominación de Roma y se refieren a los tres primeros siglos de nuestra era, y respecto de las demás épocas carecemos por completo de pruebas; pero la institución era bien extraña al Derecho que irradiaba de Lacio, para que podamos ni de lejos creer que los edictos de los procónsules fuesen los padres de una institución, sin precedentes en el Derecho de la nación dominadora. Se puede afirmar que los romanos se limitaron a regular, tal vez a restablecer lo que el pueblo egipcio desde siglos practicaba; pero si se trataba de un Derecho basado en la antiquísima institución del *catastro* o si más modernamente los griegos de la época ptolomeica importaron una institución, que tenía más de un precedente en el Derecho helénico, aficionado a cierta publicidad en la transmisión y gravamen de la propiedad inmueble, es aún una pregunta que los conocimientos actuales dejan sin contestación; al paso que puede muy bien suponerse que la configuración especial del suelo de Egipto, que era causa de que la tierra cultivable tuviese mucho valor y las periódicas inundaciones del Nilo, que hacían desaparecer con mucha frecuencia los límites de las heredades, podían haber contribuido a hacer nacer, en tiempos remotos, una institución que hallamos establecida como antigua en los tres primeros siglos de la Era Cristiana.

Sea de todo ello lo que fuere y lo que los descubrimientos posteriores demostrar puedan, es lo cierto que encontramos en aquellas fechas, con carácter público, dos suertes de archivos, que conviene distinguir cuidadosamente y que se encuentran mencionados en una larga lista de papiros,

que pasan de un centenar, procedentes la mayor parte de *Fayum*, de *Oxyrhynchus* y de *Hermupolis*. Son la *bibliozeke demosion logon* y la *enkteseon bibliozeke*.

La primera *bibliozeke demosion logon* (archivo de negocios públicos), tenía como función principal la conservación de las declaraciones que desde el tiempo de Augusto se hacían en períodos de catorce años. Este censo (*katoikian apografe*) se hacía casa por casa, con expresión de sus habitantes, y parece servía de base a la percepción del impuesto por cabezas. Las declaraciones eran por duplicado y se guardaba un ejemplar en la *bibliozeke demosion logon* para servir de comprobación y de publicidad al mismo tiempo. Los numerosos papiros, en que se encuentra citada tal dependencia administrativa hacen siempre referencia a datos relativos a la riqueza pública y no dejan duda de que sus funciones eran únicamente las de una oficina de la Hacienda pública, sin ninguna importancia para nuestro presente estudio.

No pasa lo mismo con la segunda o *enkteseon bibliozeke* (archivo de adquisiciones), dependencia de carácter semicivil semiadministrativo, cuyo mecanismo algo complicado nos dejan entrever los maravillosos descubrimientos de la moderna arqueología moderna egipcia. Seguiremos a Eger en sus luminosas páginas, dando de ellas, en la presente conferencia, un ligero extracto y remitiendo a nuestros oyentes, para comprobaciones y más datos, a la obra del brillante escritor alemán.

La *enkteseon bibliozeke* era regida por funcionarios oficiales, que tomaban el nombre de *enkteseon bibliofilakes*, hallándose en esta forma más frecuentemente mencionados en los papiros, y algunas veces sencillamente *bibliofilakes*, sin la denominación citada, de un modo parecido al en que a menudo hablamos en nuestros documentos de *registradores* y de *registros*, refiriéndonos a los Registros de la propiedad.

III. Los documentos en que los hallamos citados pueden dividirse en los siguientes grupos:

a) *Prosangelia*: notificaciones de una enajenación o gravamen de fincas en proyecto, antes de realizarse el contrato, algunas de ellas con el permiso de los *bibliofilakes* dirigido a los funcionarios autenticadores del acto. Son una docena, y excepción de dos de *Oxyrhynchus* (una dirigida a la *demosia bibliozeke* y otra cuya dirección se ha perdido), todas van dirigidas a los *enkteseon bibliofilakes*. Diez se refieren a enajenaciones y dos a pignoraciones de fincas.

b) *Apografe*: declaraciones sobre ventas, pignoraciones, herencias y cancelaciones o solicitudes de *paraqzesis* (¿anotación preventiva?). El autor cita varios papiros que hacen relación a fincas y van también dirigidos a los *enkteseon bibliofilakes*.

c) Menciones de tales funcionarios en documentos relativos a ventas o pignoraciones de fincas. Son también una docena de papiros en que se menciona el *enkteseon bibliofilaz*. En algunos, declara el vendedor que ha vendido según la *bibliozeke*; en otros, se obliga el vendedor a hacerlo constar en dicha oficina; en otro, el vendedor pide plazo para limpiar las cargas que constan en la *enkteseon bibliozeke*; y, finalmente, en el célebre edicto del prefecto METTIUS RUFUS, se hace necesario el permiso de los *bibliofilakes* en las enajenaciones y pignoraciones de fincas.

d) Escritos oficiales y preguntas de funcionarios dirigidos a los *bibliofilakes*. Son varios papiros, entre ellos un escrito del gran funcionario judicial el *archidikastes* dirigido a los *bibliofilakes*; la notificación de un embargo provisional por un crédito privado y de otro embargo que hace el *estratega* sobre los bienes de una persona comprendida en una *liturgia*. En otra, encontramos los *bibliofilakes* en la ejecución de una finca hipotecada, en que el *estratega* pregunta si hay dificultad en que se ponga al acreedor en posesión de la finca y, por último, la célebre *petición de Dionisia*, en que también son preguntados por los *estrategas* respecto a la situación de derecho de unas fincas.

e) Menciones de deposición de documentos en la *enkteseon bibliozeke*.

En los anteriormente mencionados en la letra b) se declara comúnmente que quedan depositadas en aquella oficina copias de los documentos sobre compras y pignoraciones de fincas. Además, existen dos ejemplares de documentos hechos por Bancos dirigidos a los *enkteseon bibliofilakes*; uno de ellos, trata de hipotecas de fincas, y otro, cuyos objetos de contrato no son visibles en la escritura.

Como vemos, señores, los materiales no faltan para construir sobre ellos no ya conjeturas, sino verdaderas afirmaciones sobre la intervención de los *bibliofilakes* en la contratación sobre inmuebles y la transmisión de los mismos, y que su esfera de acción no se extendía a las cosas muebles; porque el único *apografe*, dirigido a dichos funcionarios, que, por referirse a una esclava, podría contradecir tal afirmación, no parece que su versión definitiva, aun en tela de juicio, sea la que provisionalmente dio el profesor Wessely, y los otros dos, que a esclavos se refieren, no consta que fuesen dirigidos a los *bibliofilakes*.

IV. Expuestos tales antecedentes, veamos como funcionaban aquellos antiguos registros de la propiedad y, para seguir al autor, examinemos las diversas clases de suelo egipcio en los tres primeros siglos de la dominación romana.

1) *Ge basilike*.—Tierra fiscal de los romanos. En tiempo de los ptolomeos dominio del Estado.

- 2) *Ge demosia*.—Tierra pública, en oposición a tierra privada.
- 3) *Ge usiake*.—Dominio de la corona.
- 4) *Ge iera*.—Bienes de los templos sujetos a la administración del Estado.
- 5) *Ge prosodon*.—Tierra del Estado dada en arriendo heredable.
- 6) *Ge idioktetos* o *ge idiotike*.—Tierra privada; y
- 7) *Katoikikos kleros*.—Tierra que, primitivamente en tiempo de los ptolomeos, había sido cedida a los soldados.

De las diversas clases de suelo expresadas no encontramos nunca, en los documentos, que ninguna de las cinco primeras sea objeto de registro, en el cual sólo hallamos, a lo menos en aquéllos, en que el objeto es visible, tierras de la dos últimas categorías, es decir, las sujetas a dominio privado y la tierra *katöke*, cuya posesión debería convertirse con el tiempo en verdadera propiedad, salvo el pago de algún canon o prestación al Estado. Respecto de las demás, debería considerarse que su dominio estaba por encima de la contratación y de su registro y los derechos de sus cultivadores, arriendos más o menos heredables, tal vez poco importantes para ser registrados, o eran objeto de registros especiales de los empleados de la Hacienda pública. En cuanto a la tierra *katöke* se registraba dos veces; una en la *enkteseon bibliozeke* y otra en el registro especial de los *katöke*, que formaba una rama aparte del catastro.

Expuestas las clases de tierra que dan idea del derecho de propiedad que sobre ellas podía haber, el autor pasa una revista rápida de los derechos reales, singularmente la hipoteca, y de la intervención de los *biblio-filakes* en los procedimientos para hacerla efectiva.

Hipoteca.—La encontramos designada con los nombres de *üpozeke*, *üpallage*, *üpalagma* y *mesitia*. El efecto de ella es afectar los bienes al pago de una deuda, y la última, o *mesitia* se aplica sólo a la *katoikikos kleros*, o sea aquella tierra procedente, como hemos dicho, de los repartos hechos a los soldados, en la que el dominio, a que sin duda no había renunciado el Estado, no permitía una verdadera venta judicial, sino tan sólo un secuestro en beneficio del acreedor con el nombre de *mesitia*. En muchos papiros hay la cláusula de la prohibición, que se impone al deudor de volver a hipotecar la finca; pero el estado de los descubrimientos no nos permite hoy afirmar si aquella prohibición era impuesta por la ley o meramente contractual, así como los efectos que para los terceros contratantes pudiese tener una contravención de la misma; si bien es de creer que estaría protegida por la intervención, que en el periodo de preparación de los contratos tenían los *biblio-filakes*, como después veremos.

Existía, además, muy comúnmente en los documentos, la cláusula de una hipoteca general de los bienes del deudor; mas no conocemos los efectos de ella en los consiguientes procedimientos judiciales, aunque de

los términos en que se redactaba parece que estaba lejos de producir el efecto de una hipoteca especial de cada finca.

Hipoteca legal existía a favor de la mujer y de los hijos, y a ella se refieren los edictos de *Sulpicius Similies* y *Mettius Rufus*, citados en la petición de *Dionisia*, y el último edicto hace inclinar a la afirmación de que existía por el mero hecho de la celebración del contrato matrimonial. Por otra parte, en los ejemplares de capitulaciones matrimoniales que poseemos no se habla de aquella hipoteca, al paso que, por regla general, encontramos pactada en ellas la comunidad de bienes. A tal comunidad y a tal hipoteca se debe, sin duda, la necesidad del consentimiento de la mujer en las enajenaciones hechas por el marido; y las varias peticiones de mujeres y de hijos relativas a que se haga constar aquella hipoteca, parecen probar que no producían efectos contra terceros, si no aparecía consignada en el Registro público.

V. La intervención de la *enkteseon bibliozeke* aparece clara en los siguientes procedimientos que muestran los papiros.

Una acreedora dice que su deudor, a causa de un préstamo consignado en dos documentos públicos, se había obligado a no enajenar ciertas fincas hasta haberle devuelto el capital. Como teme que su derecho sea burlado pide una *parazesis* (anotación) a fin de que se haga constar su derecho, y el deudor no pueda enajenar sus fincas, con la reserva de que “si de las actas de la *enkteseon bibliozeke* se desprende que ninguna otra persona, fuera del deudor, es propietaria de tales fincas hipotecadas; que no existe hipoteca a favor de otra persona, ni quien tenga derecho de ninguna clase que limite la libre facultad de disponer del deudor, entonces no ha de haber dificultad en conceder la *parazesis* reclamada”.

Otra acreedora hipotecaria declara querer seguir el procedimiento contra su deudor (*embadeia*) y pide (probablemente al *Archidikastes*) que escriba al *estratega* para que la ponga en posesión de las fincas pignoradas. El *Archidikastes* manda que ante todo la actora debe probar su derecho y que nada se ha dispuesto que obste a lo alegado, y en caso afirmativo que se la ponga en posesión. La acreedora presenta la orden al *estratega* y éste pregunta a los *bibliofilakes* si durante el tiempo transcurrido se ha dispuesto algo sobre las fincas que impida el procedimiento. No consta el informe de aquellos funcionarios; pero debería ser favorable, porque el *estratega* acuerda la posesión pedida.

Un acreedor alega que, según las leyes (un rescripto de *Severus* y *Caracalla*), está prohibido al deudor la enajenación en fraude de sus acreedores. El actor ha prestado dinero a una persona que le ha firmado un documento privado; pero teme que antes no haya ido a Alejandría y haya seguido el procedimiento, el deudor enajene sus bienes, y pide la expedición de una orden a los *bibliofilakes* para que conste su derecho sobre los

bienes del deudor. El documento contiene la orden a los *biblioilakes enkteleon*, de conformidad con la demanda, y éstos despachan el documento con la fórmula de que “se quedan copia de la epístola de *Theodorus*”, que debía ser el nombre del *estratega* que así lo mandó. Aquí, como vemos, se trata de una verdadera anotación preventiva propiamente dicha, o sea de las que los alemanes llaman *vormerkung*.

Otro documento: El reclamante, cuyo nombre no es leíble, compró un inmueble a un tal *Apollonios*; pagó el precio y recibió del vendedor un *kirografos* (escrito de su propia mano) a nombre de *Arpokras*, sin duda hijo de dicho reclamante. Pero éste ha sabido que un tal *Petosiris* ha presentado a la *enkteleon bibliozeke* otro *kirografos* del mismo *Apollonios* en que le vende la misma finca y que *Petosiris* quiere enajenarla de nuevo y, por tanto, pide que se le prohíba la venta hasta la decisión judicial del asunto. En este papiro se solicita precisamente lo contrario del caso anterior, o sea lo que los mismos alemanes denominan, con mucha justicia, *widerspruch*.

Para cerrar estos ejemplos citaremos otro papiro que se refiere a derechos del Fisco, y no a relaciones puramente entre particulares. Es de *Hermupolis* y lleva el número 101 en la lista del autor. El *estratega* de la demarcación d'*Hermupolis* envía un escrito a los *enkteleon biblioilakes* de la misma circunscripción con el ejemplar de la lista de personas embargadas, que le ha remitido el *comarke* de un pueblo. Los *biblioilakes* deben cuidar de la seguridad de las pretensiones eventuales del Fisco sobre las personas comprendidas en el procedimiento de la Hacienda, o más preciso, deben anotar en los libros a utilidad del Estado, el embargo trabado sobre los bienes de dichas personas contra futuras transmisiones de la propiedad o gravámenes. Se trata de unas fincas que pertenecían a un tal *Deios*, cuyos bienes fueron declarados comprendidos en el procedimiento del Fisco. La poseedora actual, una tal *Nikarion* presenta reclamación fundada en que los inmuebles ya no pertenecían a *Deios* cuando éste fue objeto del embargo del Fisco; puesto que entonces ya estaban vendidos. Parece que *Nikarion* está en lo justo. El *kommogrammateu* competente informa en su favor, y en la información que se practica, jura dicha señora que sus antecesores habían comprado las fincas a *Deios*, antes que éste incurriese en deuda y hubiese sido objeto del embargo, y presenta como prueba las copias de los documentos de adquisición de sus antecesores. Como se ve, la doctrina del tal documento guarda una completa analogía con los principios del moderno registro.

VI. Técnica del Registro.—*Prosangelia*.

Mettius Rufus decía en su edicto, según la célebre petición de *Dionisia*, contenida en un papiro procedente de *Oxyrhynchus*: “Los funcionarios

que autentican los documentos no deben ejecutar ninguno sin que preceda la correspondiente disposición de los *enkteseon bibliofilakes*, siempre que se trate de autenticar negocios cuyo objeto radique dentro de la circunscripción de la *enkteseon bibliozeke* y en cuanto las disposiciones tengan por objeto inmuebles”.

Por lo tanto, cuando había de tener lugar una enajenación o gravamen de finca, el enajenante o gravante debían obtener la expedición de la correspondiente *epistalma* por parte de dichos funcionarios. La demanda la hacían los interesados, según los documentos, en forma de *prosangelia*, de las que se han conservado varias: siete procedentes de *Fayun*, dos de *Oxyrhynchus*, una de *Hermupolis* y otra de *Herakleopolis*.

Comienzan generalmente con la afirmación de que el disponente formuló a su tiempo su *apografe* y fue inscrito a su nombre, con las variantes correspondientes, según si dicho apografe ha tenido lugar en el mismo día o algún tiempo antes; sigue la disposición (contrato) en proyecto y en algunas de ellas el transferente asegura que la finca está libre de cargas, y que su propiedad le pertenece, corroborando tales afirmaciones con juramento. La instancia termina con la petición de que se ordene al notario (*grafeion*, *agoranomen*, etc.), que autorice el contrato proyectado. Respecto a los funcionarios, que tenían potestad de autenticar, consta claramente que existían en Egipto; pero la índole de este trabajo no nos permite entrar en su estudio.

En alguna de las *prosangelia* figura a continuación el aviso al *grafeion*, de que podía autorizar el contrato; en otra, la declaración de que el hipotecante aparece como dueño en las actas de los *bibliofilakes*, y en otra, que la finca no consta gravada.

La declaración (*epistalma*) de los *bibliofilakes* se entregaba al notario, quien entonces autorizaba el documento proyectado. En algunos de los documentos de compras y pignoraciones, puestos en lista, se menciona la intervención de aquellos funcionarios, consignándose en algunos expresamente la *epistalma* por ellos expedida en la frase “el documento ha sido otorgado por el deudor, después que los *bibliofilakes* han dado el correspondiente permiso”. Estos son dos de los años 151 y 152 de nuestra era, los autoriza, como notario, un tal *Eudaimon*; proceden de *Hermupolis* y se refieren los dos a préstamos hipotecarios.

Curiosísima es la opinión de Mittel de que la presentación de una *prosangelia* al registro, podría ser una garantía para el futuro adquirente en el contrato proyectado, por cuanto la expedición de la *epistalma* impediría la expedición de otra referente a la misma finca, constituyendo la *prosangelia* una especie de anotación preventiva hasta que el registro tuviese conocimiento de que el contrato proyectado se había otorgado, o de que las partes habían desistido de hacerlo; pero todo ello no pasa de ser

una conjetura, más o menos verosímil, que el estado actual de los conocimientos no nos permite dar como cierta.

La extensión de esta conferencia nos veda seguir al autor en sus disquisiciones acerca de la forma de la contratación egipcia y de si los contratos se redactaban sólo en forma de relación por parte del funcionario autenticante, o si existía una cierta duplicidad, como ahora, es decir, un protocolo y una homología (relación o copia del mismo); así como si los contratos meramente privados, de puño y letra del otorgante, tenían efectos legales. De los documentos que se tienen a la vista se deduce que sólo los públicos iban al Registro y podían ser objeto de operaciones por parte de los *enkteseon bibliofilakes*.

VII. *Consignación al Registro de las mutaciones de derecho efectuadas. Apografe.*

A los documentos cuyo objeto era hacer constar en el Registro las mutaciones de derecho efectuadas, pertenecen en primer lugar las *apografe*, designándose con dicho nombre las declaraciones, en que compradores, herederos y adquirentes de derechos reales notificaban su adquisición de derecho. Estos *apografe* deben distinguirse cuidadosamente de los *apografe* generales, de que hablaremos después, y para los cuales era necesaria una orden especial del Prefecto. Podemos clasificar, los que poseemos, en la siguiente forma:

Compras.—Tenemos tres, procedentes de *Fayum*; cuatro de *Hermupolis*, y uno de *Antinopolis*. Algunos van unidos al contrato que los motiva, y otros van separados de él. Contienen, por lo común, el objeto de la solicitud, la cosa adquirida, las circunstancias de la misma y la fecha de la adquisición. El *apografe* tiene lugar en dos; en el mismo día de la compra y en otro aparecen transcurridos seis meses y medio desde la compra a la fecha del *apografe*. Algunos, procedentes de *Fayum*, llevan al final la palabra *protos*, respecto de cuyo significado se ha discutido mucho, siendo lo más verosímil que indicaba que el comprador veía por primera vez la finca. También en los de *Fayum* asegura el vendedor expresamente que la cosa está libre de cargas y en los demás hace sólo un juramento de carácter general de que lo expresado es verdad.

Herencias.—Existen dos de *Fayum* y otros tantos de *Hermupolis*. El último se refiere a la transmisión de un crédito hipotecario; los restantes a propiedad de fincas. De estos documentos tendremos ocasión de ocuparnos más adelante.

Derechos reales y cancelaciones.—Son tres: dos de *Hermupolis* y uno de *Oxyrhynchus*. En uno de ellos un acreedor hipotecario por préstamo declara su derecho y parece que se hizo con más prontitud que los que hemos citado respecto a ventas. En él el hipotecante da el consentimiento para la declaración, y asegura lo expresado con juramento. En otro, el

derecho del declarante se funda en el contrato matrimonial de sus padres. El padre ha muerto dejando la viuda y tres hijos, y la madre ha dado a dos de sus hijos los bienes paternos con ocasión de sus respectivos matrimonios. El declarante (otro hijo) solicita que se le asegure su derecho sobre el tercio restante y que se consigne su derecho *katoke* (¿hipoteca?). La inscripción tuvo lugar, según la nota de un *bibliofilaz* que firma con el nombre de *Demetrios*.

VIII. *Anotación provisional.—Parazesis.*

Existen algunos documentos de la clase expresada, en que el interesado solicita una *parazesis*. Proceden todos de *Fayum*, y se refieren a compras, herencias y un derecho de prenda. La dirección a los *enkteseon bibliofilakes* se conserva sólo en dos de ellos; pero el contexto de los demás prueba que iban dirigidos a los mismos. En todos ellos se expresa que el transferente es *apogegrammenos*, como si dijéramos indocumentado, o sea que no había denunciado su derecho al Registro por medio del correspondiente *apografe*. Asimismo falta en todos ellos la legitimación por parte de los *bibliofilakes*, que no habían expedido la *epistalma*, sin duda porque el interesado no había formulado la oportuna *prosangelia*, con la seguridad de que aquélla le hubiera sido denegada. Se trataba de un transferente, que no tenía inscrito su derecho, y por lo tanto se pedía sólo una operación provisional (*parazesis*) probablemente en espera de que la formulación de nuevos documentos permitiese convertirla en definitiva.

XIX. *Comunicaciones de los agoranomen.*

Si bien la mayor parte de inscripciones deben su origen a la declaración (*apografe*) de los interesados, hay algunas que aparecen motivadas por las comunicaciones de los funcionarios notariales (*agoranomen*). Un fragmento de un *diastroma*, de origen desconocido, del Museo de Berlín, nos muestra una hipoteca general que un marido constituía sobre todos sus bienes, para garantizar la dote de su mujer, hecha en virtud de un escrito del *agoranomos*; y en otro fragmento de *diastroma* procedente de *Oxyrhynchus*, en una inscripción o nota marginal se habla de una compra hecha también por declaración del *agoranomen metropoleos*. No consta si los contratos denunciados habían sido autenticados por los funcionarios denunciantes; pero así es de creerlo. ¿Era tal denuncia una obligación general de los funcionarios notariales, o mejor dicho, era ésta una manera ordinaria de declarar al Registro las mutaciones de derecho?

El autor examina el material de *Hermupolis* y en él no encuentra la cooperación de los *agoranomen* en las declaraciones. Todas las compras y pignoraciones son declaradas por los interesados por medio de *apografe*, con expresión de que fueron otorgadas por *diagrafes* del Banco, cuyas copias se depositaron en el Registro y en algunos casos aparece que el Banco había, además, remitido directamente a la *bibliozeke* un ejemplar

del *diagrafe*, como si su documentación sirviese de comprobante a las declaraciones de los interesados. Tampoco parece encontrarse la intervención de los *agoranomen* en los documentos de *Fayum*. Una computación de fechas inclina a creer que durante un siglo y medio las declaraciones se harían simultáneamente por los interesados y por los notarios y que más adelante se harían por los interesados solos; mas la cuestión es dudosa, y como tal la dejamos a nuestros oyentes.

X. *Notas de los bibliofilakes.*

Es, sin duda, ésta la parte más interesante del estudio, porque es la que muestra de una manera más concreta de qué manera despachaban aquellos antiquísimos funcionarios los documentos que les eran presentados.

Los de más importancia son los documentos de *Hermupolis*, porque nos demuestran que fueron objeto de comprobación por parte de los *bibliofilakes*; pues, al retener uno de los ejemplares del *apografe* presentado, anotan los impedimentos que se oponen al registro de la mutación de derecho, para conocimiento de los interesados y como prueba de la presentación. En cuanto a las piezas de *Fayum*, la nota es corta y se limita a hacer referencia a la retención del duplicado. En las de *Oxyrhynchus*, es bien visible la diferencia de la mano que pone la nota, un *grammateus* suplente o delegado del *bibliofilaz*, y la de la firma de éste, que acompañado de la fecha atestigua la legitimidad de la nota.

La notabilísima colección de diez documentos de *Hermupolis*, que todos se refieren a la misma finca y a la misma familia, resulta muy curiosa por la mucha luz que arroja sobre la materia. Siguiendo al autor, daremos cuenta de algunos.

Dos hermanos, *Herminus* y *Theognostus*, anuncian al *bibliofilaz* que ellos, juntamente con su hermano *Isidorus*, han heredado de su tío paterno *Herminus* una casa con corrales y su contenido, al objeto de que se registre a nombre de cada uno de los dos declarantes la tercera parte que les ha tocado en sucesión. La nota del *bibliofilaz* dice: "que constando el nombre del tío y que éste no es deudor; pero siendo incierto si les corresponde la sucesión, bajo esta reserva se queda con el duplicado del *apografe*". Con tal nota se ve que el *bibliofilaz* ha examinado si la finca estaba registrada a nombre del causante, y si éste era deudor (seguramente al Fisco) y lo ha hallado conforme; pero no la sucesión intestada del tío, tal vez por no justificarse la muerte del hermano, padre de los declarantes, que, evidentemente, en caso de vivir, les hubiera excluido de la sucesión.

A pesar de tan desfavorable decisión del *bibliofilaz*, *Herminus* poco tiempo después enajena el tercio de la heredad expresada a su hermano y codeclarante *Theognostus*, sin duda sin expedición de *epistalma* por parte del Registro, que, como se ve, les había sido denegada, y por ello el *bibliofilaz* no hace de la misma referencia en su nota. El comprador

presenta su *apografe* o declaración al Registro, y el *bibliofilaz* consigna al pie la siguiente nota: “bajo las condiciones, que ya se te han participado en la reserva hecha anteriormente en la firma oficial, de que tú declares con tu hermano, el derecho hereditario, tengo un duplicado”. Aquí el funcionario ha examinado si la transmisión de *Herminus* a *Theognostus* podía tener lugar, y ha comprobado que el obstáculo aún subsistía y lo advierte a los contrayentes.

De qué manera fue separado el obstáculo no consta; pero estamos en presencia de dos otros *apografes*, que prueban que el defecto debía haber sido *subsanado*. Dos días después del anterior declara *Theognostus* que ha comprado la tercera parte correspondiente a *Isidorus*, y el *bibliofilaz* pone sólo la nota ordinaria: *esjon ison*, recibo el duplicado, deduciéndose de su silencio que el vendedor había sido ya inscrito como propietario; esto es, que *Isidorus* había justificado ya su calidad de heredero. Es de notar que *Isidorus* no había declarado la herencia junto con sus hermanos y por lo tanto que era posible que hubiese hecho sus justificaciones aparte.

Finalmente, cuatro años después de la compra de *Herminus* a *Isidorus*, *Theognostus* vende la tercera parte del inmueble a su hermana, señora de *Dioscorus*, y declara ésta en su *apografe* que toda la finca pertenece a *Theognostus*. La nota del *bibliofilaz* no es tal vez bastante clara; pero parece leerse que a nombre del vendedor no existía ninguna *parazesis* que impidiera la venta y, por lo tanto, que las dificultades puestas en un principio a las adquisiciones de *Theognostus* habían sido resueltas.

Otro papiro presenta más dificultades en su lectura. *Aurelia Tesneus* ha comprado a *Aurelia Artemidora* una casa con corrales y contenido, y tal adquisición es declarada el mismo día por el correspondiente *apografe* y debajo del mismo pone el *bibliofilaz* una nota, en la que no sólo acusa recibo del duplicado, sino que hace mención de la venta a un tal *Hesperos*?, del cual nada se dice ni en el *apografe* ni en el documento de compra. Se ha dudado mucho sobre la lectura exacta de la nota; pero parece la más probable la siguiente: “aunque según la venta a *Hesperos* casa y corrales no están inscritos a nombre de la vendedora, tengo un duplicado”, de lo cual se deduce que *Artemidora* había vendido dos veces la misma finca.

Finalmente, es importante otra nota puesta en otro papiro, también de *Hermupolis*. Los tres menores de edad hijos de *Aurelius Tithaetion* declaran a la *bibliozeke* que un crédito a favor de su padre, asegurado con hipoteca, ha pasado a ellos a título de herencia, y el objeto de la declaración es hacer constar el cambio de la persona del acreedor. La nota del *bibliofilaz* ha sido leída así: “como que los tres menores declarantes no han sido aún inscritos y las disposiciones del testamento de su padre son válidas, con reserva de la *protapraxia* a favor del Fisco y demás para quienes es necesaria, tengo un duplicado”.

Lo que podía ser esa *protopraxia* no lo aclara mucho otro documento. Procede de *Antinopolis* y se trata del *apografe* en que se declara la compra de una casa, y los *bibliofilakes* consignan en su nota que reciben el duplicado con la reserva general de la *protopraxia* para el Estado, para la ciudad de Antinoe y para los demás que es necesario. Se ve que tal palabra designaba una especie de hipoteca legal para la percepción en general de los impuestos, que existía siempre a favor del Estado, y que por privilegio especial tenían algunas ciudades, entre otras la de *Antinoe*. De todos modos, el no existir dicha reserva en todas las notas hace pensar en casos especiales, que aun no conocemos bastante.

XI. *La inscripción en los diastromata.*

En la consignación de las mutaciones de derecho en el Registro, ya fuese por declaración de los interesados, o de los *agoranomen*, o de otras autoridades, debemos distinguir dos momentos: la recepción de los documentos dirigidos a la *bibliozeke* y la inscripción en los *diastromata*.

Como antes hemos dicho, la *enkteseon bibliozeke* servía en primer lugar como archivo, y en tal concepto se conservaban en ella ejemplares de las declaraciones de los contratos efectuados, de estos mismos contratos presentados por las partes o por los funcionarios autenticantes y de las comunicaciones de las autoridades transmitiendo alguna disposición referente al Registro.

Sobre la organización de tal archivo no poseemos ningún dato especial; mas, por la estructura de los *diastromata*, una suerte de índices que a tales archivos se referían, es de creer que se llevarían clasificados por poblaciones y nombres de propietarios por orden alfabético, agrupándose bajo el nombre de cada interesado todos los documentos referentes a fincas o derechos a su nombre en aquel territorio.

Respecto de los *diastromata*, nuestras noticias son ya más concretas. Eran como unas hojas de resumen o extracto, y a la vez índices, en los que se inscribían las mutaciones de derecho, de manera que a primera vista pudiese formarse idea del estado de derecho creado por los documentos inscritos. De la realidad del orden que presidía en los *diastromata* nos da testimonio el edicto de *Mettius Rufus*, que habla de la confusión introducida en los negocios particulares y públicos por la defectuosa manera de llevar los *diastromata*. Sabemos, además, por otros documentos, que tales hojas servían a los *bibliofilakes* de base para sus informes, lo cual no se habría conseguido sin un orden extremado en su confección. El edicto del prefecto decía expresamente que los *diastromata* debían renovarse, de modo que de cinco en cinco años fuesen trasladados a hojas nuevas las fincas inscritas a cada nombre, por poblaciones y clasificadas. De él se deduce claramente el principio del folio personal: el nombre aparece como portador de las inscripciones aisladas y a él se le inscriben las fincas y las

cargas; que los folios personales venían clasificados por pueblos (*katakomen*), y que para cada pueblo existía un *diastroma* formado por los folios personales. Por otra parte, en las palabras *kat'eidos* contenidas en el edicto, hay que ver una subdivisión de la hoja personal: las fincas deben estar especializadas, y divididas entre sí las inscripciones referentes a las diversas fincas.

Las descripciones del edicto del prefecto aparecen ajustadas a la manera de llevar dichas hojas, de las que, por suerte, se han conservado y leído una copia o extracto y tres fragmentos.

La copia es del Museo de Berlín (núm. 959), y en su comienzo se dice que está sacada del *diastroma* de *Soknopaion Nesos*, pueblo ya conocido. Como división del mismo aparece la letra ϵ , o sea el volumen o fajo en el cual iban reunidas inscripciones de las personas cuyo nombre comenzaba con la letra ϵ , aquí *Erieus*. El volumen debía constar de varias páginas, de las que se cita la 17. La inscripción se refiere a una compra: *Erieus* ha comprado a *Irisarion* una parte (verosíblemente la mitad de tres campos *katökes*), y tal adquisición es inscrita a nombre del adquirente. A causa de un agujero en el papiro no se puede determinar fijamente si la inscripción se hizo por *apografe* de la compradora, pero es de creer que sí. Al final se dice que la vendedora ha declarado las fincas el mismo día, lo cual hace presumir que la *prosangelia*, expedición de la *epistalma* y contrato de venta fueron hechos en el mismo día.

Los tres restantes, como hemos dicho, son fragmentos de los originales. Uno procedente de *Oxyrhynchus* contiene en la cabecera una nota que indica que, según el edicto de *Mettius Rufus*, la situación final de otra hoja fue trasladada a otra nueva. Se refiere a un tal *Sarapion*, una finca y una hipoteca, y, según el edicto, las inscripciones no están juntas, sino que dejan entre sí los de cada finca un espacio en blanco para ulteriores inscripciones, que se refieren a la futura suerte del inmueble.

Los bienes de *Sarapion*, inscritos en el fragmento de *diastroma*, son los siguientes:

- 1) Participación en una casa y corrales heredados del padre, a consecuencia de una división ($9\frac{3}{8}$ de una medida egipcia). Se dice expresamente que se ha pagado el *telos*, impuesto devengado por la transmisión de los bienes.

- 2) Hipoteca sobre una casa perteneciente a un tal *Dios* a la seguridad de un préstamo, según tres declaraciones, que *Dios* y su mujer *Dionisia* han otorgado a *Sarapion*.

- 3) Participación en una tumba común con otras personas, cuyos nombres no se expresan.

Como se ve, a nombre de *Sarapion* no sólo consta inscrita la propiedad, sino el derecho real sobre la finca de otra persona, la cual hace presumir que, bajo el nombre del deudor, debía estar inscrita también aparte su finca con expresión de la hipoteca.

Las inscripciones primeras (hechas las oportunas computaciones de fechas) fueron trasladadas en los años 89 y 90 de nuestra era (Domicianus); la inscripción añadida data del 28 de agosto del 93, y las siguientes de igual fecha del 94 y 11 de enero de 97. De ellas, que son de otra letra, se desprende que *Sarapion* instó la ejecución de las fincas hipotecadas, haciéndose también constar el pago del *telos*.

A dichas fincas gravadas se refieren las inscripciones que, sin duda por falta de espacio, van al margen y que desgraciadamente están destruidas en los pasajes decisivos; empero parece presumirse que la propiedad de las fincas hipotecadas fue transmitida al acreedor, porque en la siguiente se lee que *Sarapion* hace una venta, cuyo objeto no se puede poner en claro, aunque la situación de la nota que está justamente al margen de la inscripción de la hipoteca ya antes mencionada, hace creer que se trataba de las fincas hipotecadas por *Dios*, lo cual queda inseguro a causa del mal estado del documento. Otras notas al margen quedan aún más oscuras. Hablan del pago del *telos* y de una *parazesis*; pero por el motivo expresado no puede determinarse su contenido.

Otro papiro, de la colección de los *Papiri Fiorentini*, debe considerarse como un *diastroma*, tanto por su contenido como por su exterior. Como en el de *Oxyrhynchus* hallamos espacios en blanco entre las diversas inscripciones, que se refieren a diferentes bienes de varias personas, para dejar lugar para ulteriores inscripciones. Como en el de Berlín, los nombres todos pertenecen a la misma letra (la II, pi) *Ptolemaios*, a cual nombre se refieren las primeras inscripciones. Aquí no se expresa, como en el de *Oxyrhynchus*, que las primeras inscripciones fuesen trasladadas de otro *diastroma*, pero es de creer que lo son. Las primeras inscripciones, de los años 154 y 155, aparecen escritas por la misma mano que las de 160 y firmadas por el mismo *bibliofilaz* y en el año 162 cambia ya la mano del escribiente; de lo que deduce el autor que, no siendo verosímil que durante cinco o seis años las mismas personas llevasen los *diastromata*, las primeras inscripciones deberían ser trasladadas de otras hojas. Las inscripciones se hicieron todas en virtud de *apografe* dirigidas por el adquirente o acreedor.

Se dividen en seis partes, que comprenden, respectivamente, las líneas 1-9, 10 y 11, 12-18, 20-22, 23-26 y 27 y 28.

La primera parte, fuera de la línea 1.^a destruida, se refiere a la ejecución de unas fincas por una deuda. Sigue la inscripción de un *katoke* (hipoteca) y a continuación es declarada la deuda que aseguraba el *katoke*. Viene la declaración del título de adquisición del deudor con referencia a la finca

primitivamente gravada, y del nombre *Ptolemaion* que figura como vendedor, se deduce que es la misma persona a cuyo favor se constituyó la hipoteca. De las demás líneas es incierto si tienen relación con las inscripciones anteriores. Contienen una disposición dirigida a los *enkteseon bibliofilakes* y la adjudicación de la finca al acreedor (*enejurasia*).

La segunda parte forma una inscripción que es incierto decir a qué se refiere; pero se conjetura que trata de la compra de una finca.

La tercera parte contiene la inscripción de una heredad en tierras *katōkes*, que el declarante ha adquirido por título hereditario, y una inscripción adicional o nota que parece tener por objeto la venta de las mismas fincas.

En la parte cuarta hay la inscripción de la compra de una propiedad también en tierras *katōkes*, motivada por la declaración del comprador. De unas expresiones contenidas en ella deducen los autores que los *bibliofilakes* comprobaron la exactitud de la declaración a la vista de un ejemplar del contrato notarial y del Registro.

En la quinta hay alguna dificultad de fechas. La inscripción lleva la de 28 de abril de 155, el contrato de agosto-septiembre de 154 y el *apografe* del vendedor de marzo-abril de 155, de lo que se desprende que el contrato de compra fue autorizado por el *grafeion*, sin que el vendedor estuviese inscrito como propietario en la *bibliozeke*, y por tanto sin *epistalma*, y que el *apografe* del vendedor se hizo después, a fin de hacer posible la inscripción de la venta, por él otorgada, cuando su derecho aún no estaba inscrito.

Finalmente, la última parte dice que un tal *Ptolemaios* en el mismo día declara su adquisición y contrata sobre la finca, verosíblemente, una enajenación.

Queda la última muestra de *diastroma*, procedente también del museo de Berlín. Aunque en los catálogos se le designa como un extracto parece más un fragmento del original, como lo prueba la cifra de la página puesta sobre la primera columna del escrito y la firma de puño y letra de los *bibliofilakes*, *Eracleides* y *Julios* que se lee claramente en las líneas 10-12. El orden alfabético del edicto es también observado, como lo prueban los nombres propios (Σ) *Sansneus* y *Semzeus* con que comienzan las inscripciones. La primera se hizo como *parazesis* comunicada por el *agoranomen* sin *apografe* de la acreedora. El objeto de la inscripción lo forma una hipoteca general que *Sansneus* constituye a favor de su mujer *Erous* sobre todos sus bienes presentes y futuros por su dote (*ferme*) conforme a un *singrafe* otorgado antes de la comunicación del *agoranomen*. La carga está registrada bajo el nombre del deudor en el registro alfabético y prueba que de tales derechos se harían dos inscripciones, porque ya hemos hallado una a nombre del acreedor.

La segunda inscripción parece un traslado de una anterior y trata de la cancelación de una hipoteca sobre una finca.

XII. *Apografe general.*

El anterior sistema de declaraciones de los contratos efectuados y de las transmisiones realizadas por medio de manifestaciones de los interesados o de comunicaciones de los *agoranomen* y el consiguiente archivo de los documentos e inscripción de los mismos en los *diastromata* se ve que algunas veces dejaba de cumplirse, porque los contratos se autorizaban sin obtener la previa expedición de la *epistalma* de los *bibliofilakes* y porque los interesados dejaban de hacer las correspondientes declaraciones de las mutaciones de derecho efectuadas a la *enkteseon bibliozeke*. De ahí se originó una falta de cuidado en llevar los *diastromata* que dio origen a confusión y error en los negocios públicos y privados, según las expresiones del edicto de *Mettius Rufus*. Dicho edicto nos muestra de qué manera devolvió a los *diastromata* el orden perdido. El prefecto ordena: "Que todos los poseedores deban declarar dentro del término máximo de seis meses a la *enkteseon bibliozeke* los bienes poseídos; que se declaren las hipotecas y cargas con presentación de los respectivos títulos. Además, manda a las esposas e hijos que asimismo declaren las hipotecas (*katöke*) que les correspondan sobre los bienes de sus respectivos maridos y padres". Este es el *apografe general* de que nos hablan los papiros.

De ello se deduce que el *apografe general* no era lo corriente y acostumbrado, sino una medida de carácter extraordinario ordenada por el prefecto en vista del mal estado del registro; de manera que *Mettius Rufus* expresa, al final de su edicto, la esperanza de que un tal *apografe general* no será jamás necesario.

Que el gobernador africano se engañó en sus esperanzas, nos lo prueba el abundante material de *apografes generales* que poseemos, es decir, de declaraciones de los interesados, en virtud de especial ordenamiento del prefecto: siete de *Fayum*, una docena de *Oxyrhynchus* y uno de *Herakleopolis*, de cuyas fechas se deduce, por encontrarse varias del mismo año, que el edicto de 131 y algunos otros ordenaron *apografes generales* en algunas comarcas, y, tal vez, en todo el territorio egipcio, y hasta los intervalos de diez en diez años, que parecen observarse entre ellas, hacen sospechar en cierta relación con la publicación periódica del Edicto Provincial. Fue ordenado un *apografe general* por *Sulpicius Similis* a fines del siglo II, tal vez limitada a los *katöke* de los hijos y las mujeres, y parece que en el siglo III otro por un magistrado llamado *Marcellus*.

Todos dichos ejemplares mencionan que la declaración se hace en virtud de orden especial y en algunos se cita el nombre del Prefecto que lo ordena, presentando ciertas particularidades, según su procedencia. En las de *Fayum* se dice que todo el inmueble (casa, corrales y tierras) pertenece

al declarante y en qué pueblo está situado. En uno se declara que la finca está libre de cargas y en otro se consigna una hipoteca que grava el inmueble. En la mayoría, el declarante consigna el nombre de su antecesor o su título de adquisición y en varios se menciona la obligación de formular, antes del contrato, la correspondiente *prosangelia*, todo en conformidad con el edicto de *Rufus*. La circunstancia de que en algunos se mencionen las cargas o se afirme la libertad de las fincas y, en otras, no se diga nada de ello, la explica el autor por la diferencia de formulario, por usarse en *Karanis* uno distinto del de *Soknopaion Nesos, Herakleia y Theadelphia*.

En los de *Oxyrhynchus*, en tres se menciona el año de la muerte del causante hereditario, y en alguno se cita el *apografe* de dicho causante, siendo de notar que en ninguno de ellos se hace referencia a cargas. Las demás particularidades de los *apografes generales* de dicha procedencia no merecen especial mención.

El único ejemplar de *Hermupolis* es notable por expresarse en él que la declaración se hace bajo la responsabilidad del declarante. Los inmuebles consisten en una parte de casa sita en el pueblo de vecindad del declarante, además de tierra *katöke* en el término de otros dos pueblos. Hereda de su padre, la fecha de cuya defunción no consta. La tierra *katöke* ha pertenecido a la tía paterna del declarante, cuyo testamento fue abierto tres años antes; pero no se hace constar si la herencia de la tía pasó directamente a aquél o por intermediación de su padre. No se habla de cargas, y la declaración es jurada y consta registrada sin examen, a riesgo del declarante y bajo la salvadora cláusula de que con el registro no pueden sufrir perjuicio alguno los derechos del Estado ni de las personas privadas.

XIII. *Otros registros.*

De los documentos que se tienen a la vista aparece claramente que se hicieron otras declaraciones a otros archivos de carácter marcadamente fiscal. Aun en estudio y con sus dudas como las que se refieren a la *enkteseon bibliozeke*, los materiales sobre la organización fiscal del Egipto son abundantes, y el autor los trata en un capítulo, que renunciamos a extraer en su totalidad por estar ya fuera del presente estudio. Existen *apografes* o declaraciones que se remontan a la época *Ptolemaica*, siendo de notar que en dos de ellas vienen descritos un horno y una casa habitación, con sus lindes por los cuatro puntos cardinales; pero ninguno de ellos hace referencia a la *enkteseon bibliozeke*.

Tanto aquéllas como las de época romana llevan la dirección del *komogrammateus*, del *basilikos grammateus* o del *estratega*. Es muy curioso el importantísimo papel que en la percepción de los tributos jugaba la extensión de la crecida del Nilo, porque las tierras no inundadas pagaban

un impuesto mucho más pequeño, y esto motivaba una revisión anual del catastro. Los propietarios declaraban sus inmuebles, sus esclavos y su ganado, especialmente los camellos. Los dueños de las tierras que han quedado fuera de la inundación, reclaman su rebaja, otro dice que su tierra paga a nombre de un antecesor y pide que se ponga la contribución a su nombre. Todo ello es muy curioso; pero su estudio detallado acabaría por traer la confusión a estas desarregladas notas. Volvamos, pues, a nuestros amigos los *enkteseon bibliofilakes* y hagamos punto con estas preguntas que al final de su obra formula Eger.

XIV. *¿Cuál era el objeto del Registro en la enkteseon bibliozeke?*
¿Qué significación tenía dentro del derecho privado?

Es claro que para contestar categóricamente estas preguntas nos faltan disposiciones terminantes del Edicto Provincial o decisiones judiciales que hubiesen resuelto casos dudosos de derecho privado, basándose en la resultancia del Registro; pero en espera de que nuevos descubrimientos nos traigan los textos deseados, algo puede deducirse de lo que poseemos hasta ahora.

El edicto de *Mettius Rufus* dice que los privados y públicos negocios, *idiotika y demosia pragmata* habían sido llevados a un estado de confusión por la desordenada manera de llevar los *diastromata*. ¿Cuáles eran esos asuntos públicos a los que perjudicaba la mala gestión de los *enkteseon bibliofilakes*? Hay que pensar, ante todo, en los impuestos, y por ello ha sido durante algún tiempo la opinión de los autores la de que el principal objeto de tales centros era servir de base a la percepción de los tributos.

Mas, examinados fríamente los antecedentes, salta a la vista que los *enkteseon bibliofilakes* eran funcionarios, que actuaban independientemente de los del Fisco, a cuya gestión estaba encomendada la distribución y precepción de los tributos, como los *estrategas*, los *basilikos grammateus* y especialmente los *kommogrammateus*, que antes hemos mencionado y no poseemos datos de que los registros de unos sirviesen de base a los otros, fundándose, como hemos visto, la *enkteseon bibliozeke* en las declaraciones de los interesados o en las comunicaciones de los *agoranomen*, sin que aparezca que estuviera en relación de dependencia, ni que fuesen tan sólo auxiliares de los empleados de la Hacienda pública.

Sólo hay dos casos en los papiros, en que a primera vista parece existía esa relación entre la *enkteseon bibliozeke* y la percepción de los tributos. Uno de ellos es de la colección de Berlín, y se trata de un tal *Apollodidumos* que fue nombrado miembro de una sociedad *Dionisiaca*, y lo ha participado al consejo de la ciudad de *Oxyrhynchus*. Se expresan los privilegios concedidos por el emperador a la sociedad y la comunicación oficial de ésta sobre el nombramiento. A consecuencia de tal participación la *curia* lo pone en conocimiento de los *enkteseon bibliofilakes*, para que

aseguren bajo el nombre del socio, por medio de *parezesis*, la inmunidad (*atelaya*), que le corresponde. Es realmente algo extraño tal certificación a la *enkteseon bibliozeke* y cabe suponer que la inmunidad se refería a los impuestos sobre fincas privadas y tal vez a los de sucesión y transmisión de derechos, que afectaban, entonces como ahora, la propiedad; mas para aclarar bien este punto debemos esperar nuevos descubrimientos.

Otro papiro, que ya hemos examinado, asegura sobre unas fincas el embargo trabado por el Estado; pero aun atestigua en favor de que el objeto de la *enkteseon bibliozeke* era la garantía de los derechos privados, porque se trata del derecho del Fisco, como de un particular cualquiera, que se anota en el Registro para evitar dificultades en lo sucesivo y asegurar el ejercicio de tal derecho, de la misma manera que en los registros inmobiliarios modernos se anotan los embargos y ejecuciones, ya sean del Estado, ya de los particulares.

Por otra parte, hemos visto que en las inscripciones y notas de los *bibliofilakes* se salvan los derechos del Estado por la percepción del impuesto; el *telos*, que no era cosa que un tributo sobre la transmisión de bienes a semejanza de la *centesima rerum venalium*, que ya conocemos por el derecho clásico. Esto, que también existe en el derecho moderno, tampoco quitaría su carácter de derecho privado a nuestra dependencia, porque a lo más significaría que el Estado se negaba con razón a dar la garantía de su registro de la propiedad a los ciudadanos que no habían cumplido sus deberes con la Hacienda; pues no es de creer que el Estado romano llegase a un grado de desprendimiento e inocencia, a que no han llegado los gobiernos de las libres naciones modernas.

Prescindiendo de esas reales o aparentes objeciones, no puede negarse que la impresión general que se saca de toda la documentación expuesta, es la de que la *enkteseon bibliozeke* servía para salvaguardia de los intereses de los particulares, y que el *principio de la inscripción* del derecho moderno, con más o menos extensión, existía en aquellos tiempos del derecho egipcio.

Empecemos por el edicto de *Mettius Rufus*, tantas veces repetido, que al ordenar las medidas de que nos hemos ocupado, de que las fincas y las cargas sean declaradas al Registro, dice textualmente: "a fin de que los contrayentes no sean engañados por desconocimiento". ¿Quiénes podrían ser esos contrayentes, que podían ser engañados por la mala gestión de los *diastromata*, sino los contrayentes futuros, los que podían y debían enterarse del Registro, los *terceros*, como dicen los derechos inmobiliarios modernos? ¿Qué objeto sino advertir a los terceros de la existencia de los *katôke* de los esposos y de los hijos sobre los bienes inscritos en el Registro, tendría el edicto de *Sulpicius Similis*, mandando que los contratos matri-

moniales se suscribiesen en las *bibliozeke*, en que constaban los bienes de los padres y maridos?

Examinados en conjunto los datos que he tratado de exponeros, repito, la convicción que se saca de ellos es que nuestra dependencia no era meramente un catastro para la imposición de las contribuciones, sino que su objeto era garantizar los derechos de los particulares sobre los inmuebles. La necesidad de solicitar el permiso de la *bibliozeke* con la correspondiente *prosangelia*, antes de hacer un contrato y la expedición de la *epistalma* por parte de dicha oficina, no eran otra cosa que la seguridad al *tercero*, que pasaba a ser interesado, de que el transferente podía efectuar legalmente, según el Registro, la proyectada mutación de derecho. Los contrayentes vienen obligados a hacer la declaración del derecho adquirido, y el *biblio-filaz*, antes de hacer la inscripción comprueba la resultancia del Registro y acuerda hacerla o bien la niega, manifestando los motivos al interesado, para que *subsane los defectos*, como decimos ahora. Un cuidado tan extremado en la apreciación del derecho del particular y en la consignación de las cargas, no atestiguan un objeto puramente fiscal, cuando a la Hacienda debían serle del todo indiferentes todas esas particularidades, como lo son hoy día. Le bastaba saber que existía un inmueble y lo que podía tributar, y nada más; y eso precisamente era lo que hacían los *kommogrammateus*, representantes del Fisco.

Además, la confianza de que la *enkteseon bibliozeke* asegura sus derechos la manifiestan también los interesados. Un acreedor teme que su deudor se hará insolvente y pide una anotación sobre sus bienes en la *enkteseon bibliozeke*. Otro teme que *Petosiris* enajenará una finca mal adquirida y reclama que se le impida la enajenación temida. Otro invoca la prioridad de su adquisición para demostrar que la finca está libre del procedimiento trabado por la Hacienda. Dentro de un procedimiento ejecutivo informan los *bibliofilakes* sobre la libertad de la finca o la existencia de la hipoteca base de aquélla; todo ello sería una serie de inutilidades sin explicación, si la resultancia de la *enkteseon bibliozeke* no hubiese tenido un valor real para la determinación de los derechos de los particulares.

¡Lástima que nos falten datos sobre el nacimiento de tal institución y de las disposiciones legales que lo determinaron o regularon su transformación en épocas más recientes!

XV. Hemos de hacer punto final y dejar sin contestación la al principio formulada. ¿Era una institución faraónica o ptolemeica? ¿Fue una importación romana? Es de creer que futuros descubrimientos darán la respuesta, si bien ellos se hacen más difícil a medida que se retrocede en la historia del pueblo egipcio. El hallazgo de algún edicto provincial nos dará tal vez la respuesta.

Y es que en el derecho de Roma falta mucho que descubrir, mucho que estudiar. Conocemos el derecho clásico, el derecho envarado del Digesto y del Código; pero el derecho romano de la realidad, adaptándose a los pueblos vencidos, regulando y respetando sus derechos ancestrales, por medio de los edictos de los prefectos y procónsules, hoy en estudio, no lo conocemos más que lo suficiente para sospechar su grandeza. Si un día llegamos a poseerlo, no lo dudéis, señores, nos explicará muchas cosas; y, tal vez, muchas instituciones atribuidas pomposamente a un pretendido *germanismo*, o una influencia de los pueblos invasores de la Edad Media, no eran más que instituciones vivas en los pueblos vencidos, más o menos adormecidas, aunque desconocidas en los textos clásicos; pero tan reales como ese registro complicadísimo de la propiedad egipcia, cuya existencia no sospecharíamos con la lectura del *Corpus Juris*.

(*) Nuestro querido compañero y colaborador don José María PIÑOL nos remite este interesante trabajo, con la nota siguiente:

Hace poco tiempo pudimos obtener un ejemplar de la monografía de Otto Eger que se detalla en la conferencia del Presidente de la Academia de Jurisprudencia de Barcelona, que se reproduce. No se trataba de la publicación inicial, de 1909, sino de una reimpresión de la misma realizada por Darmstandt en 1966 por "Scientia Verlag Aalen".

Nuestro propósito era la realización de una de las acostumbradas recensiones de estudios de interés registral que en el presente caso no era nada fácil, ya que la monografía, de calidad extraordinaria, de la escuela de los grandes juristas germanos, estaba redactada en gran parte en griego. Pero el tema obligaba al esfuerzo.

Al localizar antecedentes nos encontramos que tanto en los *Estudios* de don Jerónimo GONZÁLEZ como en el extenso y completo sobre el Registro egipcio publicado en el número del Centenario, 1961, por RAMOS FOLQUÉS, había extensas referencias a la conferencia que se reproduce, y ésta es tan excelente, completa, amena y de tan grata redacción, que reproducirla era la mejor recensión, sobre todo teniendo en cuenta que el folleto en que aparece es muy difícil de localizar, ya que no estuvo a la venta. Nuestro ejemplar procede de la Biblioteca del Colegio Notarial de Barcelona.

Tal vez sea éste el mejor servicio a prestar a los interesados en temas histórico-registrales. No queremos dejar de hacer constar que en otra obra en nuestro poder, el volumen III de *Prosographia Ptolemeica*, redactado por Paremans, Vant Dach, Ijsewijn y De Meulenaere, publicado en 1956 con el título "Le Glergé, le Notariat, les Tribunaux" y reimpreso en Lovaina en 1977 bajo los números 7848 a 7897 aparecen nombres de "Fonctionnaires de l'Enregistrement", con filiación, población de ejercicio y otros datos. Con los números 7898 a 7909, los de sus "Subordonnés" con los propios datos. Cuando tales nombres están en escritura demótica se procura helenizarlos, lo que no siempre se consigue.

La obra de Eger, o sea la reimpresión referida, quedará depositada en la Biblioteca del Colegio de Registradores de España por si puede ser de utilidad a otros estudiosos de la materia.—J. M. PIÑOL.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.—En el *BOE* del día 15 de octubre pasado se publica Declaración por la que el Gobierno español declara, de conformidad con las disposiciones del artículo 46 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que España reconoce por un período de cinco años, a partir del 15 de octubre de 1990, la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las mismas condiciones establecidas en la Declaración formulada el 9 de octubre de 1985.

2. *Convención de las Naciones Unidas sobre estupefacientes*.—En el *BOE* del 10 de noviembre pasado se publica el Instrumento de ratificación de España a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988.

El alcance de la Convención se expresa en su artículo 2.º:

“1. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

2. Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

3. Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno.”

3. *Tribunal Internacional de Justicia*.—En el *BOE* del 16 de noviembre se publica una Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia, que se depositó en la sede de las Naciones Unidas el 29 de octubre. Junto con la Declaración, en el *Boletín Oficial* de inserta el texto íntegro de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Dice así la Declaración de referencia:

“1. Tengo el honor de declarar, en nombre del Gobierno español, que el Reino de España reconoce como obligatoria *ipso facto*, y sin necesidad de convenio específico, la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de dicho Tribunal, respecto a cualquier otro Estado que haya aceptado la misma obligación, bajo condición de reciprocidad, en las controversias de orden jurídico no comprendidas en los supuestos y excepciones siguientes:

a) Controversias respecto de las cuales el Reino de España y la otra u otras Partes hayan convenido o convengan recurrir a un medio pacífico distinto de arreglo de la controversia.

b) Controversias en las que la otra Parte o Partes hayan aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal únicamente en lo que concierne a la controversia de que se trate o para los fines exclusivos de la misma.

c) Controversias en las que la otra Parte o Partes hayan aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal con menos de doce meses de antelación a la fecha de presentación de la solicitud escrita incoando el procedimiento correspondiente ante el Tribunal.

d) Controversias surgidas antes de la fecha de remisión de la presente Declaración al Secretario General de las Naciones Unidas para su depósito, o relativas a hechos o situaciones acaecidas con anterioridad a dicha fecha, aunque dichos hechos o situaciones puedan seguir manifestándose o surtiendo efectos con posterioridad a la misma.

2. El Reino de España podrá completar, modificar o retirar, en cualquier momento, en todo o en parte, las reservas arriba mencionadas, así como cualesquiera otras que pudiese formular en el futuro, mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. Estas modificaciones tendrán efectos a partir de la fecha de su recepción por el Secretario General de las Naciones Unidas.

3. La presente Declaración, que se remite para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia permanecerá en vigor mientras no sea retirada por el Gobierno español o reemplazada por otra Declaración de dicho Gobierno.

La retirada de la Declaración tendrá efectos una vez transcurrido un período de seis meses, contados a partir de la recepción por el Secretario General de las Naciones Unidas de la notificación correspondiente del Gobierno español. Sin embargo, respecto a Estados que hubieran establecido un período inferior a seis meses entre la notificación y la producción de efectos de la retirada de su Declaración, la retirada de la Declaración española surtirá efectos una vez transcurrido dicho plazo más breve”.

4. *Tratado de extradición entre España y Venezuela.*—Se hizo en Caracas el 4 de enero de 1989 y se publica en el *BOE* del 8 de diciembre pasado. Destacamos los dos primeros artículos:

“Artículo 1. Las Partes Contratantes se obligan, según las reglas y condiciones establecidas en los artículos siguientes, a la entrega recíproca de las personas a quienes las autoridades judiciales de una de las Partes persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad impuesta judicialmente que consista en privación de libertad.

Art. 2. 1. Darán lugar a extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena o medida de seguridad privativas de libertad, cuya duración máxima no sea inferior a dos años prescindiendo de las circunstancias modificativas y de la denominación del delito.

2. Si la extradición se solicitare para la ejecución de una sentencia, se requerirá además que la parte de la pena o medida de seguridad que aún falta cumplir no sea inferior a seis meses.

3. Cuando la solicitud se refiera a varios hechos y no concurriesen en algunos de ellos los requisitos de los párrafos 1 y 2, la Parte requerida podrá conceder también la extradición por estos últimos.

4. La extradición procede respecto a los autores, cómplices y encubridores, cualquiera que sea el grado de ejecución del delito.

5. *Convenio con Estados Unidos sobre evasión fiscal.*—En el *BOE* del 22 de diciembre se inserta Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los Impuestos sobre la Renta, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990.

Según el artículo 1:

1. Este Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes, salvo que en el propio Convenio se disponga otra cosa.

2. El Convenio no limita en forma alguna las exclusiones, exenciones, deducciones, créditos o cualquier otra desgravación existente o que se establezca en el futuro:

- a) Por las leyes de cualquiera de los Estados Contratantes; o
- b) Por cualquier otro acuerdo entre los Estados Contratantes.

3. No obstante las disposiciones del Convenio, excepto las contenidas en el apartado 4, un Estado Contratante puede someter a imposición a sus residentes [tal como se definen en el artículo 4 (residencia)], y por razón de ciudadanía puede someter a imposición a sus ciudadanos como si el Convenio no hubiese entrado en vigor.

4. Las disposiciones del apartado 3 no afectarán:

a) A los beneficios concedidos por un Estado Contratante con arreglo al apartado 2 del artículo 9 (empresas asociadas), con arreglo al apartado 4 del artículo 20 (pensiones, anualidades, pensiones alimenticias y ayudas por hijos), y con arreglo a los artículos 24 (deducción por doble imposición), 25 (no discriminación) y 26 (procedimiento amistoso); y

b) A los beneficios concedidos por un Estado contratante con arreglo a los artículos 21 (funciones públicas), 22 (estudiantes y personal en prácticas) y 28 (agentes diplomáticos y funcionarios consulares), y personas que no sean nacionales ni tengan estatuto de inmigrante en ese Estado.

Y según el artículo 2:

1. Los impuestos existentes a los que se aplica este Convenio son:

a) En España:

- i) El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; y
- ii) El Impuesto sobre Sociedades.

b) En los Estados Unidos: los impuestos federales sobre la renta que establece el Código de Rentas Internas (excluidas las contribuciones a la Seguridad Social), y los impuestos especiales sobre las primas de seguros pagadas a aseguradores extranjeros y sobre fundaciones privadas. Sin embargo, el Convenio se aplicará a los impuestos especiales sobre las primas de seguros pagadas a aseguradores extranjeros solamente en la medida en que los riesgos cubiertos por tales primas no hayan sido reasegurados con personas que no tengan derecho a la exención de dichos impuestos con arreglo a este o a cualquier otro Convenio aplicable a los mismos.

2. El Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo y que se añadan a los actuales o les sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados contratantes se notificarán mutuamente los cambios importantes que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones fiscales y las publicaciones oficiales relativas a la aplicación del Convenio.

B) LEGISLACION ESPAÑOLA

1. *Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad.*—Se publica en el BOE del día siguiente y, aun respetando las líneas generales de la regulación de 1982, trata de corregir algunas deficiencias, lagunas y contradicciones observadas en la práctica. En consecuencia, da nueva redacción a los artículos 15 y 17 al 26 del Código.

2. *Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas.*—Da nueva regulación y clarifica esta materia, antes regulada por disposiciones dispersas. Se consuma la poda casi total de beneficios fiscales a las Sociedades Agrarias de Transformación, dedicándoles una tacaña disposición adicional primera que es poco justa con estas figuras asociativas.

3. *Ley 21/1990, de 19 de diciembre, sobre seguros.*—Se dicta para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357 CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y además para actualizar la legislación de seguros privados.

4. *Real Decreto-ley 5/1990, de 20 de diciembre.*—Dicta medidas fiscales urgentes, relacionadas con los Impuestos de la Renta de las Personas Físicas y del Patrimonio, prorrogando para el año 1991 las normas de la Ley de 28 de julio de 1989, con la introducción de algunas modificaciones.

5. *Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre Seguridad Social.*—Se establecen prestaciones no contributivas, modificando la Ley y anunciando la publicación del correspondiente texto refundido.

C) NORMATIVA AUTONOMICA

Aragón.—Ley de 9 de noviembre de 1990, del Consejo Económico y Social, que se publica en su Boletín del 14 de noviembre.

Baleares.—En su Boletín autonómico del día 21 de noviembre se publican dos Leyes:

Una, de 17 de octubre, regulando el Patrimonio de la Comunidad Autónoma.

Y otra, de 23 de octubre, sobre disciplina urbanística.

Castilla y León.—En el Boletín autonómico del día 14 de diciembre se publican dos Leyes de fecha 28 de noviembre:

- Ley del Consejo Económico y Social.
- Ley de Concentración Parcelaria de Castilla y León.

Madrid.—La Ley de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, se inserta en el Boletín regional de 21 de noviembre pasado.

Navarra.—Por Decreto Foral de 18 de octubre pasado, que se ha publicado en el Boletín autonómico del 29 de octubre, se desarrolla parcialmente la Ley Foral de 2 de julio de 1990, de la Administración Local de Navarra en materia de impugnación de los actos y acuerdos de las Entidades locales.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Comisión General de Codificación.*—Nos resulta especialmente grato el nombramiento de don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente del Consejo de Redacción de esta REVISTA, para el cargo de Presidente de la Sección Primera de Derecho Privado de la Comisión General de Codificación, según publica el Real Decreto de 2 de noviembre que se inserta en el *BOE* del día 6 siguiente.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—Se celebró el día 19 de noviembre la sesión inaugural del curso 1990-1991, haciéndose un resumen del curso anterior por el Secretario de la Corporación don Juan Vallet de Goytisolo, también Consejero de nuestra REVISTA, como es sabido. A continuación el Presidente de la Real Academia, don Antonio Hernández Gil, dio lectura al discurso inaugural acerca del tema “El lenguaje del Código Civil (Segunda parte)”.

3. *Ciclo sobre el derecho de hipoteca.*—En el Colegio de Abogados de Valencia se ha celebrado en los últimos días de octubre y durante el mes de noviembre un ciclo de conferencias, con las siguientes intervenciones:

“La garantía hipotecaria de los intereses. Intereses a tipo variable. Los llamados intereses de demora”. Jesús Muro Villalón, Registrador de la Propiedad.

“La hipoteca y la retroacción de la quiebra”. Carmen Iglesias Mayoralgo, Registradora de la Propiedad.

“Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo”. César García-Arango y Díaz-Saavedra, Registrador de la Propiedad.

“Obligaciones y cláusulas accesorias en la hipoteca: problemas y posible garantía”. Pedro Avila Navarro, Registrador de la Propiedad.

“Hipoteca en garantía de títulos”. Juan Rey Portolés, Registrador de la Propiedad.

“Hipoteca unilateral e hipotecante no deudor”. Rafael Azpitarte Camy, Notario.

4. *Máster en Derecho Registral*.—El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en colaboración con el Colegio de Abogados de Madrid, organiza un curso dirigido a Abogados y Licenciados en Derecho que durará del 15 de enero al 15 de junio de 1991.

Se celebra en los locales del Colegio de Registradores, calle Príncipe de Vergara, 72, dirigido por don Manuel Amorós Guardiola, Catedrático de Derecho Civil y Registrador de la Propiedad, siendo su horario de 19 a 20,30 horas, los martes y jueves.

Son objetivos de este curso:

- 1) Enseñanza de la organización y el funcionamiento del Registro de la Propiedad tanto en sus principios básicos como en sus relaciones con las principales instituciones jurídicas, todo ello con enfoque técnico-práctico y con información doctrinal y jurisprudencial.
- 2) Exposición de las principales cuestiones que se plantean en el Registro Mercantil después de la reforma de su Reglamento.

5. *Mesa Redonda sobre hipotecas de obligaciones al portador*.—En el salón de actos del Colegio de Registradores se celebró el 10 de diciembre esta Mesa para estudiar los problemas de las hipotecas en garantía de obligaciones al portador, con gran asistencia de profesionales jurídicos interesados en el tema.

La sesión estuvo presidida por el Director general de los Registros y del Notariado don Antonio Pau Pedrón y el Decano del Colegio de Registradores don José Poveda Díaz.

Bajo la moderación de don Luis Selva Sánchez, Registrador de la Propiedad de Estepa, y tomando como centro el estudio de la Resolución de la Dirección General de 5 de noviembre de 1990, expusieron sus respectivos puntos de vista los siguientes ponentes:

Don Juan Sarmiento Ramos, Registrador de la Propiedad y Notario.

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Don Aníbal Sánchez Andrés, Catedrático de Derecho Mercantil. Consejero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Don Luis Fernández del Pozo, Registrador Mercantil de Barcelona.

Don Luis Sancho Mendizábal, Abogado. Subdirector general del Banco Hipotecario de España.

Don Pedro de la Herrán Matorras, Notario de Madrid.

Don Juan Manuel Rey Portolés, Registrador de la Propiedad de Valencia.

Sus intervenciones fueron seguidas de un animadísimo coloquio en el que los asistentes plantearon sus dudas y expusieron sus opiniones.

6. *Ciclo en la Universidad de Extremadura.*—Durante los meses de noviembre y diciembre pasados, prolongándose también en el mes de enero del presente año, se ha celebrado en la Universidad de Extremadura un ciclo de ponencias sobre distintas facetas de la protección al consumidor.

Destacamos entre las conferencias las referentes a los aspectos jurídicos y que son las que siguen:

Ponencia: "Protección del consumidor en materia de contratación en general", por don José Angel Torres Lana, Catedrático de Derecho Civil. Mesa Redonda: Moderador don Juan Enrique Pérez Martín, Registrador Mercantil.

Ponencia: "Protección del consumidor en materia de vivienda", por don Luis María Cabello de los Cobos Mancha, Registrador de la Propiedad.

Ponencia: "La protección jurídica del consumidor", por don Eduardo Galán Corona, Catedrático de Derecho Mercantil.

7. *Academia Matritense del Notariado.*—Durante el mes de noviembre se han desarrollado en el Salón del Colegio Notarial de Madrid dos conferencias:

Día 22: "Cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones", por don Miguel Tarragona Coromina, Notario.

Día 29: "Reforma de la Ley del Suelo", por don Luciano Parejo Alfonso, Catedrático de Derecho Administrativo.

8. *Cursos y conferencias sobre la Ley del Suelo.*—Por ser tema importante y de actualidad, han sido varios los ciclos que se han ocupado de esta cuestión. Reseñamos algunos:

a) En la Universidad Politécnica de Madrid, Escuela Superior de Arquitectura, se ha celebrado un seminario sobre la incidencia que puede tener esta Ley en el crédito hipotecario, bajo la moderación del Catedrático don Javier de Cárdenas Chávarri. Su programa ha sido:

- Don Manuel Martí-Ferrer, Gerente de la Asociación Nacional de Promotores Constructores de Edificios: “La Ley del Suelo desde el punto de vista empresarial”.
- Don Santos González Sánchez, Director de Departamento de Crédito Hipotecario del Banco Bilbao Vizcaya: “Financiación hipotecaria y Ley del Suelo”.
- Don Alfredo Gallego Anabitarte, Catedrático de Derecho Administrativo, Director del Centro de Estudios Urbanísticos “Pablo de Olavide” de la Universidad Autónoma de Madrid: “La Ley del Suelo. Propiedad y crédito hipotecario”.
- Doña Cristina Narbona Ruiz, Directora general del Banco Hipotecario: “Situación actual y perspectivas del Mercado Inmobiliario en España”.
- Don Alfredo Serret Moreno-Gil, Presidente de Tasaciones Hipotecarias: “Valoración del suelo en la nueva Ley”.

b) En el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Málaga, un curso sobre la reforma urbanística y valoración del suelo. Se inició con una conferencia de don José María Chico Ortiz, Registrador de la Propiedad de San Sebastián, sobre “Visión general de la Ley. La propiedad urbana”.

Destacamos el estudio de los aspectos notariales y registrales y la coordinación del Registro y el Urbanismo que se llevó a cabo en dos mesas redondas:

- “El acceso al Registro de la Propiedad de los pronunciamientos urbanísticos (art. 29.2 en relación con el 15, disposición transitoria 10.ª, números 1 y 8). *La declaración de obra nueva construida y en construcción* (art. 25). La disposición adicional 6.ª y la desaparecida 8.ª”.

Ponentes: Angel Lacal Fluja, Presidente territorial del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Registrador de la Propiedad de Málaga; Pedro Sánchez Marín, Delegado provincial del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Registrador de la Propiedad de Málaga; José Andújar Andújar, Notario de Granada y miembro de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Granada.

Modera: Antonio Olmedo Martínez, Notario de Málaga.

- “Áreas de reparto, cálculo del aprovechamiento tipo, aprovechamiento susceptible de apropiación, actuaciones asistemáticas en suelo urbano. Obtención de terrenos dotacionales, aspectos civiles y registrales de las transferencias de aprovechamientos. Programación y catalogación del suelo urbano”.

Ponentes: Vicente Seguí Pérez, Delegado provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía; Julián de Antonio de Pedro, Aparejador; Venancio Gutiérrez Colominas, Vicesecretario del Ayuntamiento de Málaga y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga; Cayetano Utrera Ravassa, Registrador de la Propiedad (exte), y Notario de Málaga; Alvaro García Cabrera, Abogado.

Moderador: Federico Romero Hernández, Secretario general del Ayuntamiento de Málaga.

c) *Conferencias en Almería*.—Han corrido a cargo del Registrador de Berja don Luis García García, desarrollándolas en la Diputación Provincial y la Asociación de Empresarios, sobre el contenido y trascendencia de la normativa vigente. Su texto será recogido en esta REVISTA en su próximo número.

d) *Seminario de Áserlocal*.—Se celebró en los días 29 y 30 de noviembre en Madrid, con el siguiente programa:

- “La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo: principios y objetivos”. Ponente: Don Angel Menéndez Rexach, Director general del Instituto del Territorio y Urbanismo, MOPU.
- “Competencias estatales, autonómicas y locales en materia urbanística”. Ponente: Don Martín Bassols Coma, Letrado de las Cortes. Catedrático de Derecho Administrativo.
- “El sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas y su reflejo en materia de valoraciones”. Ponente: Don José Manuel Merelo Abela, Abogado. Asesor del Instituto del Territorio y Urbanismo. Profesor de Derecho Urbanístico del INAP.
- “Reparto de cargas y beneficios en la gestión urbanística”. Ponente: Don Javier García Bellido, Arquitecto. Subdirector general del INAP.
- “Las valoraciones urbanísticas y su coordinación con los valores catastrales”. Ponente: Don Antonio Armengot de Pedro, Arquitecto. Jefe de Unidad de Inspección de la Gerencia Territorial de Madrid.
- “Instrumentos de intervención pública en el mercado del suelo. Autorizaciones y licencias”. Ponente: don Fernando Hipólito Lancha, Abogado. Gerente de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid.

“Régimen y ámbito espacial de aplicación y régimen transitorio”. Ponente:
Don Gerardo Muñoz de Dios, Notario de Madrid.

“Aspectos registrales”. Ponente: Don José Luis Laso Martínez, Abogado.
Registrador de la Propiedad.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 12 de marzo de 1990.*—HABILITACION DE ABOGADO.—Su acreditación fuera de plazo es una falta subsanable y debe admitirse su recurso.—Recurso de amparo 421/1988.—Sala 2.^a—Ponente: D. José Luis de los Mozos.

Antecedentes.—1. El 9 de marzo de 1988 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito de doña Aurora Esquivias Yustos, Procuradora de los Tribunales, quien en nombre y representación de don Francisco Lorente Pedrero, interpone recurso de amparo contra el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1988, que no admitió a trámite el recurso de casación número 1.889/87 planteado contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 17 de septiembre de 1987, dictada en grado de apelación en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía. Se invoca el artículo 24 de la Constitución.

2. La demanda se fundamenta en los siguientes antecedentes:

a) El actor fue demandado en juicio declarativo de mayor cuantía por la Empresa "Fresh Fish Food Establishment", recayendo Sentencia estimatoria del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona el 3 de septiembre de 1986. Recurrida en apelación, fue confirmada por Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 17 de septiembre de 1987.

b) El solicitante de amparo formuló el 2 de diciembre de 1987 recurso de casación, el cual fue tenido por interpuesto en tiempo y forma por providencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1987. El recurrente presentó la habilitación del Letrado firmante el 16 de diciembre de 1987. Sin tener constancia de este hecho, el Ministerio Fiscal, con fecha 22 de diciembre, apreció la falta de acreditación de la habilitación del Letrado, solicitando se requiriese al Letrado para que subsane dicho defecto. De este escrito del Fiscal no se le dio traslado al recurrente. Tan pronto como el Fiscal fue notificado del escrito del actor que acompañaba a la habilitación, lo despachó con la fórmula de "visto" prevista en el artículo 1.709.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

c) Por Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1988, el recurso de casación interpuesto no fue admitido en base a la regla 3 del artículo 1.710 en relación con el artículo 10, ambos de la LEC, así como lo prevenido en la Ley de 8 de julio de 1980 y artículo 22 del Estatuto de la Abogacía, ya que la habilitación del Abogado de la parte recurrente fue conferida fuera del plazo para formular el recurso de casación.

3. El recurrente entiende que el defecto apreciado es de naturaleza subsanable y que, en consecuencia, haber decretado la inadmisión sin concederle la oportunidad de repararlo resulta desproporcionado respecto a la infracción cometida, lo cual implica una violación del derecho a una tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, citando abundante jurisprudencia de este Tribunal.

Señala asimismo que la habilitación se solicitó al Colegio de Abogados de Madrid con bastante antelación al vencimiento del plazo para interponer el recurso de casación. Considera, sin embargo, que lo esencial es que la subsanabilidad es la norma habitual en las leyes procesales de los diversos órdenes jurisdiccionales y que así lo prevé la LEC, en relación con el recurso de casación en el artículo 1.710, regla 1. Tratándose, por tanto, de un defecto subsanable, según la LEC, la obligada interpretación flexible y no rigorista de los requisitos formales, más acorde con el artículo 24.1 CE otorga al asunto dimensión constitucional.

Solicita que se declare la nulidad del Auto impugnado y que se suspenda su ejecución para evitar que el amparo pierda su finalidad.

Fallo: El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Anular el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1988 en el recurso de casación número 1.889/87.

2.º Reconocer al demandante de amparo el derecho a la tutela judicial efectiva, y

3.º Restablecer al demandante en la integridad de dicho derecho y, a tal efecto, retrotraer las actuaciones judiciales al momento procesal de la admisión del recurso de casación, para que resuelva la Sala sobre éste, teniendo en cuenta la subsanación del defecto inicialmente apreciado.

La sentencia se basa en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1988, en el que se declara no haber lugar a la admisión del recurso de casación número 1.889/1987, con fundamento en venir firmado el escrito de su formalización por Abogado cuya habilitación para ejercer en Madrid fue conferida finalizado ya el plazo de dicha formalización.

Alega el demandante de amparo que dicha inadmisión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto que es resultado de una interpretación restrictiva, formalista y desproporcionada del requisito de habilitación del Abogado que resulta incompatible con el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos que garantiza el citado derecho fundamental.

2. Reiterada y constante doctrina constitucional ha dejado establecida que la inadmisión de un recurso por el órgano judicial no supone, en principio, vulneración del derecho a la tutela judicial si el recurrente incumple los presupuestos y requisitos procesales legalmente establecidos. Se ha matizado también, sin embargo, que la inadmisión de los recursos es una garantía de integridad objetiva del proceso y no una sanción a la parte que incurre en defectos procesales y que, por ello, no debe rechazarse un recurso defectuosamente interpuesto o formalizado sin dar previamente ocasión a la subsanación de los defectos advertidos, siempre que no tengan su origen en una actitud negligente o malicio-

sa del interesado y no dañe la regularidad del procedimiento ni los intereses de la parte contraria. Equivale ello a decir que el derecho a la tutela judicial impide la clausura de un procedimiento por defectos que pueden subsanarse, sin perjuicio de otros derechos o intereses igualmente legítimos. Está, en consecuencia, obligado el órgano judicial a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada de los presupuestos procesales que le conduzca a negar el acceso a la jurisdicción, debiendo, en su lugar, utilizar aquella que resulte ser la más favorable al ejercicio del derecho a la tutela judicial, concediendo a la parte la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones procesales que sean susceptibles de subsanación, en los términos anteriormente expresados, tal y como, por otro lado, dispone el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTC 132/1987, 140/1987 y 95/1988, entre otras).

La doctrina general expuesta ha sido objeto de aplicación específica al requisito de la habilitación de Abogado prevista en la Ley de 8 de julio de 1980 por la STC 139/1987. Se señala en ellas, en síntesis, que dicha Ley tiene la finalidad de regular de modo más elástico y permisivo, con criterios de generalidad, la actuación de los Abogados colegiados permitiendo su intervención en los recursos, nacidos de la causa judicial originaria, que hayan de proseguir por imperativo legal en sedes jurisdiccionales distintas a la de la demarcación de su Colegio. Así, la habilitación prevista en esa Ley se configura no como requisito estrictamente procesal, sino como un incidente circunstancial en el orden procesal que merece, en el caso contemplado por la Sentencia, la calificación de falta subsanable, llegándose a la decisión de otorgar el amparo por considerar que el Auto recurrido vulneró el derecho a la tutela judicial al no haberse tenido por subsanada la falta de habilitación, a pesar de constar ésta en las actuaciones en el momento de dictarse el Auto de inadmisión del recurso.

3. El supuesto aquí contemplado se manifiesta en términos prácticamente idénticos al resuelto por la citada Sentencia, pues también aparece acreditado que el Auto recurrido, de 11 de febrero de 1988, fue dictado cuando ya constaba en los autos la habilitación colegial, que fue aportada por la recurrente a la Sala Primera del Tribunal Supremo por escrito de 14 de diciembre de 1987. Debe, por tanto, estimarse, al igual que se hizo en la Sentencia referida, que la interpretación amplia y flexible que merece la exigencia del requisito de la habilitación previsto en la Ley de 8 de julio de 1980, imponía al órgano judicial el tener por subsanado el defecto cometido en el momento de la formalización del recurso de casación y que, al no haberlo acordado así, vulneró el derecho a la tutela judicial y más concretamente el derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos, que se integra en dicho derecho fundamental.

En contra de ello, carece de relevancia el que la habilitación se haya otorgado y, consiguientemente, acreditado, después de haber transcurrido el plazo de formalización del recurso. En efecto, como se dijo en la STC 177/1989, incluso el incumplimiento total del requisito no dispensa al órgano judicial del deber de conceder un plazo razonable para su subsanación, lo que en muchos casos hará inevitable que tanto la solicitud como la subsanación se realicen fuera del plazo de formalización del recurso. Por ello, la única extemporaneidad a considerar sería aquella en que pudiera incurrir el recurrente al solicitar la habilitación finalizado ya el plazo de subsanación, no la que se produce respecto al plazo de formalización del recurso, consecuencia normal del propio trámite de subsanación. Como tampoco sería relevante la fecha de emisión de la preceptiva habilitación por parte del Colegio de Abogados, pues ello sería hacer depender de una institución ajena a las partes el efectivo cumplimiento de requisitos capaces de

determinar, en su caso, la inadmisión de recursos, ya que la tardía tramitación de una solicitud de habilitación podría superar incluso, en hipótesis, el plazo de subsanación otorgado al efecto.

En suma, si un incumplimiento pleno del requisito de que se trata no debe conducir a la inadmisión de un recurso sin dar ocasión a su subsanación, no resulta aceptable que la parte que, como sucede en el presente caso, subsana por propia iniciativa, sea objeto de trato más favorable que aquella que sólo procede a la subsanación a requerimiento del órgano judicial. Tanto más cuanto que, si bien la habilitación fue conferida transcurrido ya el plazo de formalización del recurso, el actor la había solicitado al Colegio de Abogados, subsanando así la falta cometida, con anterioridad al transcurso del citado plazo. Todo ello conduce a la necesaria estimación del amparo.

2. *Sentencia de 29 de marzo de 1990.*—URBANISMO.—En procedimiento contencioso-administrativo no es preciso el emplazamiento personal del interesado coadyuvante, cuando éste conocía dicho proceso y no actuó debidamente.—Sala I.^a—Ponente: Sr. López Guerra.

Hechos.—“X, SA” adquirió mediante documento privado una superficie de terreno, situada en los términos municipales de Salobreña y Almuñécar. Dicho terreno formaba parte de una finca mayor respecto de la que, en el contrato de compraventa, se acordó redactar un único Plan Parcial para su urbanización. En cumplimiento de dicho acuerdo, el vendedor presentó un Plan Parcial para su urbanización, comprensivo de toda la finca matriz. En dicho Plan correspondía el Polígono I a los terrenos adquiridos por “X, SA”. De dicho Plan sólo se ejecutó el correspondiente al primer polígono (el adquirido por la citada sociedad), sin que el vendedor efectuase desarrollo urbanístico alguno del resto de los polígonos.

El Ayuntamiento de Salobreña, el 8 de enero de 1982, acordó declarar su derecho a percibir del vendedor el 10 por 100 del aprovechamiento medio del total del Plan Parcial aprobado, decidiendo además sustituir la cesión de terrenos por la indemnización en metálico, no obstante conocer que la titularidad del Polígono I era de “X, SA”. El vendedor recurrió este acuerdo y el Ayuntamiento dictó otro el 23 de febrero de 1982 en el que, si bien mantuvo la obligación del vendedor de pagar el 10 por 100 del aprovechamiento medio, estableció el fraccionamiento del pago en función del plan de etapas previsto en el proyecto. En la tramitación de dicho expediente administrativo no se concedió audiencia ni se citó a “X, SA”.

Contra el acuerdo de 23 de febrero de 1982, el vendedor interpuso recurso contencioso-administrativo ante la antigua Audiencia Territorial de Granada, dejándose en el recurso al margen a “X, SA”. El recurso, sin ninguna notificación personal a la citada sociedad, fue resuelto por Sentencia de 18 de marzo de 1985, por la que se estimó la demanda y anuló totalmente el acuerdo impugnado, entre otras razones, por entender que el pago del 10 por 100 del aprovechamiento medio correspondiente al Polígono I incumbía a “X, SA”.

El Ayuntamiento, aceptando el criterio de la Sala de la Audiencia Territorial, adoptó acuerdo el 7 de junio de 1985 en el que se decide comunicar a “X, SA”, adquirente de los terrenos ubicados en el Polígono I del Plan Parcial, la obligación de presentar el correspondiente proyecto de compensación donde quedasen situados los terrenos correspondientes al 10 por 100 del aprovechamiento medio y de cesión obligatoria al Ayuntamiento. El Ayuntamiento, tras haber adoptado el referido acuerdo, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada

por la Audiencia Territorial de Granada en el recurso contencioso-administrativo en su día deducido por el vendedor, en cuyo suplico solicitó *ad cautelam* que por la Sala se declarase el derecho del Ayuntamiento a percibir del vendedor en metálico el importe de la cesión correspondiente al Polígono I. En la tramitación del recurso ante el Tribunal Supremo no se dio intervención alguna a "X, SA", sin embargo, el apelado se opuso a la pretensión impugnatoria deducida de contrario por no ser ya de su propiedad los terrenos del Polígono I al haberlos vendido a "X, SA". El recurso de apelación se resuelve por Sentencia de 20 de julio de 1987, que, sin atender a la alegación del apelado, declara la validez de los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento de Salobreña.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por la compañía compradora de los terrenos, que alegaba infracción del artículo 24 de la Constitución, en virtud de los siguientes

Fundamentos de derecho.—Primero. La petición que formula la sociedad recurrente en su demanda se concreta en la declaración de nulidad de la Sentencia, de fecha 20 de julio de 1987, dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el recurso de apelación número 1.079/1985, dimanante del recurso contencioso-administrativo de la correspondiente Sala de la Audiencia de Granada número 198/1982, al haber sido dictada en un procedimiento constituido defectuosamente, en tesis actora, por no haberle sido dada oportunidad de intervenir en dicho recurso. La cuestión planteada en tales términos se reduce, por tanto, a determinar si la falta de emplazamiento personal de la demandante de amparo en el proceso contencioso-administrativo previo ha supuesto la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se denuncia.

Segundo.—Es reiterada doctrina de este Tribunal, elaborada desde su Sentencia 9/1981, de 31 de marzo, y aplicada con la matización necesaria en cada supuesto contemplado, que el citado precepto constitucional contiene un mandato implícito al legislador y el propio órgano judicial, encaminado a promover la defensa en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción, lo que obliga a los Tribunales a emplazar personalmente a quienes puedan comparecer como codemandados o coadyuvantes, siempre que ello sea factible porque resulten conocidos e identificables con los datos que consten en las actuaciones judiciales o en el expediente administrativo previo. Asimismo, ha señalado que en tales casos el simple emplazamiento edictal, previsto en el artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) resulta insuficiente para garantizar la defensa de quienes poseen legitimación pasiva para comparecer en procesos que inciden directamente en sus derechos o intereses legítimos, de tal manera que la imisión del emplazamiento directo y personal constituye en tales casos vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como también ha precisado la indicada jurisprudencia constitucional, dicha obligación que afecta a los Tribunales, no exime de la debida diligencia de los afectados en la defensa de sus derechos e intereses, así como tampoco contradice el carácter material de la noción constitucional de indefensión; de tal forma que no puede alegarse ésta cuando se ha tenido conocimiento del proceso aun sin haber sido emplazado personalmente (STC 182/1987 y 208/1987, entre otras muchas).

Tercero.—Partiendo de la doctrina expuesta, en el presente caso no puede ser acogida la pretensión de amparo deducida.

En efecto, en primer lugar, no puede reconocerse propiamente en la sociedad recurrente en amparo legitimación pasiva para que pudiera ser considerada por los órganos judiciales como eventual codemandada en el proceso contencioso-

administrativo previo. Por el contrario, éste se inicia a instancia de don Antonio M. R., impugnando el acuerdo del Ayuntamiento de Salobreña, de fecha 23 de marzo de 1982, por el que se mantenía la obligación de dicho demandante de ceder a la Corporación demandada el 10 por 100 del aprovechamiento medio del Plan Parcial de Ordenación Urbana "La Torre", fijándose como cantidad a pagar inicialmente la de 25.689.800 pesetas, no invocando la sociedad "X, SA" otro derecho o interés que el derivado de haber adquirido del mencionado actor el correspondiente terreno y ejecutado el oportuno polígono; de manera que su intervención en el proceso judicial sólo es concebible en apoyo de la propia impugnación y no, en modo alguno, como codemandado, junto con la Administración o como coadyuvante interesado en el mantenimiento del actor administrativo recurrido.

La argumentación de la recurrente en este aspecto supone, por tanto, propugnar un singular llamamiento judicial a un eventual demandante o *laudatorio actoris* ajeno por completo a la previsión del citado artículo 64 de la LJCA, al propio recurso contencioso-administrativo y la doctrina jurisprudencial de este Tribunal que se invoca.

En segundo lugar, como señala el Ministerio Fiscal en su alegaciones, el conocimiento de la impugnación de la resolución administrativa, frente a lo que se sostiene en la demanda de amparo, no se produce después de dictarse la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1987, sino que examinadas las actuaciones se constata, al folio 16 y siguientes del expediente administrativo, que el 2 de julio de 1985 el Ayuntamiento de Salobreña notificó a "X, SA" el acuerdo del Pleno del 7 de junio anterior, por el que, en su calidad de adquirente de los terrenos ubicados en el Polígono número 1 del mencionado Plan Parcial "La Torre", se la requería para que procediera a la presentación de un proyecto de compensación donde quedaran situados los terrenos correspondientes al 10 por 100 del aprovechamiento medio cuestionado y de cesión obligatoria al Ayuntamiento, citándose expresamente el fallo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de 18 de marzo de 1985, recaído en el recurso número 298/1982 de la Sala de la Audiencia Territorial de Granada.

Habiendo tenido conocimiento la recurrente en amparo de la existencia del recurso contencioso-administrativo en cuestión (e incluso del acto administrativo que directamente le afectaba), antes de que hubiera recaído sentencia firme, ha de concurrirse con el Ministerio Fiscal en que no supone una exigencia desmesurada de diligencia en defensa de sus propios intereses el que la demandante, en lugar de desentenderse del procedimiento, hubiera tratado de personarse en el mismo, o bien hubiera impugnado autónomamente la decisión de la Administración. La falta de reacción oportuna en su momento, por tanto, dos años antes de producirse la Sentencia que ahora se impugna, sólo puede atribuirse a pasividad consciente y falta de diligencia. Y, en tales circunstancias, en modo alguno, puede alegarse lesión del invocado derecho a la tutela judicial efectiva o a la interdicción de la indefensión (art. 24.1 CE) por la supuesta falta de emplazamiento personal, pues, como se ha señalado, entre otras, en la STC 56/1985, de 25 de abril, incluso, aunque hubiera procedido el llamamiento de la recurrente al proceso contencioso-administrativo, la protección limitada de su derecho de automatismo comportaría el sacrificio del mismo derecho fundamental de la parte demandada en dicho procedimiento, protegida por la paz y seguridad que implica la institución de la cosa juzgada.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
y LUIS ALFREDO SUÁREZ ARIAS

ES INSCRIBIBLE LA CONVERSION DE UN BIEN PRIVATIVO EN GANANCIAL, REALIZADA EN BASE DE UNA EDIFICACION Y ADJUDICACION POSTERIOR, AL AMPARO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACION DEL ARTICULO 1.323 DEL C.C. Y A PESAR DE LO QUE DISPONEN LOS ARTICULOS 1.355 Y 1.359 DEL CODIGO CIVIL (RESOLUCIÓN DE 10 DE MARZO DE 1989. BOE DE 13 DE ABRIL).

Hechos.—I. El día 10 de abril de 1987, ante el Notario de Valladolid, don Jesús Cano Hevia, los cónyuges don Félix Melchor Esteban Velasco y doña Concepción Villullas Maté, junto con otros parientes, otorgaron escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio construido en un solar, del que don Félix Melchor es dueño, con carácter privativo, de un tercera parte indivisa. En la estipulación tercera de la citada escritura se estableció: "Los cónyuges don Félix Melchor Esteban Velasco y doña Concepción Villullas Maté pactan, al amparo del artículo 1.355 del Código Civil y del 1.323 del mismo cuerpo legal, que la construcción cuya obra nueva se ha declarado y el conjunto de la finca resultante, incluso por tanto, el solar, en la proporción imputable a la sociedad conyugal formada por ambos, tendrán carácter ganancial de su matrimonio, y, además, a tenor del artículo 93 del Reglamento Hipotecario, solicitan su inscripción con tal carácter."

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Valoria la Buena, fue calificada con la siguiente nota: "Denegando la inscripción de las fincas inventariadas en el apartado II y la número 2 del apartado III a favor de doña Concepción Villullas Maté con carácter ganancial por aparecer el solar inscrito a favor de su esposo don Félix Melchor Esteban Velasco con carácter privativo, de conformidad con el artículo 1.359 del Código Civil, queda inscrito el precedente documento en los tomos, libros, folios e inscripciones que indican los cajetines puestos al margen de las descripciones de las fincas (por el art. 205 de la Ley Hipotecaria las número ...) (sigue una fecha y una antefirma tachadas, y a continuación): Por tanto la finca del apartado II y III dicha se ha inscrito en cuanto a lo que corresponde a don Félix Melchor Esteban, a favor de éste con carácter privativo. Valoria la Buena, 8 de mayo de 1987. El Registrador (firma ilegible), Ricardo Olalla García (está el sello del Registrador de la Propiedad)".

III. El Notario autorizante del documento y doña Concepción Villullas Maté interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: Que la actuación del Registrador no es ajustada a derecho y resulta lesiva para los derechos de los particulares interesados, aparte de poner en entredicho el prestigio y crédito profesional del Notario autorizante. Que contemplada la calificación registral en su aspecto formal y procedimental, hay que señalar que la nota es confusa y contradictoria en su texto, porque resulta que empieza denegando la inscripción solicitada y a continuación practica una inscripción que no ha sido solicitada; es incongruente porque la denegación de la inscripción sólo procede, según el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, por falta insubsanable del título, pero inexplicablemente, no atribuye la nota ninguna falta o defecto al título presentado; por la misma razón, adolece de la falta de claridad y precisión exigible en una nota de esta naturaleza (art. 113 del Reglamento Hipotecario); es incompleta y defectuosa, porque al no señalar falta alguna al título omite también indicar, como es preceptivo según el indicado artículo 65 de la Ley Hipotecaria, si la falta en que se supone se apoya la calificación es subsanable o insubsanable; infringe el principio de rogación, fundamental en el ordenamiento de nuestro sistema inmobiliario, porque se practica una inscripción que no ha sido solicitada y ello después de denegar en la misma nota la inscripción solicitada, es decir, en flagrante contradicción con la voluntad declarada de las partes interesadas, y, por último, simultáneamente, infringe también el principio de legalidad, en cuanto que no respeta los límites impuestos por la Ley a la función calificadora y sus consecuencias registrales, que han de limitarse a lo establecido en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (sic), o sea, extender, suspender o denegar la inscripción solicitada, y no a practicar de oficio otra inscripción distinta de la solicitada. Que en lo que atañe a la proyección de los dos principios hipotecarios al caso que nos ocupa, se aclara que no se trata de ninguno de los contadísimos casos de excepción a la actuación rogada del Registrador, y que la inscripción solicitada y su carácter figuran en el propio texto de la escritura que ha causado la nota de calificación. Que las anteriores infracciones que entrañan la citada nota calificadora, por sí solas, serían más que suficientes para instar su revocación. Que se considera más grave la cuestión sustantiva que la nota del Registrador provoca; y es forzoso suplir previamente a cualquier análisis las deficiencias y confusiones de dicha nota, indagando la tesis jurídica de que debe contener, aunque no aparezca clara y expresamente formulada: a) Ha de partirse, para ello, del único punto de apoyo normativo invocado, que es el artículo 1.359 del Código Civil. Con ese único elemento de juicio hay que construir el silogismo jurídico en cuyas premisas se derive la consecuencia unívoca del deber de denegación de la inscripción, en tesis del Registrador. El silogismo no puede ser más que el siguiente: La premisa mayor es el artículo citado, la premisa menor es que tal norma tiene carácter imperativo; luego, la consecuencia es que todo acto o negocio contrario a la misma es, por definición legal, artículo 6 del Código Civil, nulo de pleno derecho y, por tanto, el título en que se formalice adolece de un defecto insubsanable que impide, con carácter definitivo, su inscripción en el Registro de la Propiedad, y b) es necesario efectuar el análisis preciso para determinar si el artículo 1.359 del Código Civil tiene carácter imperativo o es de naturaleza meramente dispositiva. La conjunción de cada uno de los criterios analíticos de obligado uso en la interpretación conduce a un resultado unívoco: La norma de que se trata es de carácter meramente dispositivo; así pues: 1.º Con una interpretación estrictamente gramatical, el vocablo "tendrá" que utiliza el artículo 1.359, no tiene necesariamente, en su proyección sistemática normativa,

fuerza imperativa, sino que puede estimarse como futuro, lo que es congruente con la finalidad de la norma, que es criterio básico para su interpretación; 2.º Con un criterio interpretativo histórico, hay que tener presente que la finalidad inmediata del artículo 1.359, es sustituir la regla del artículo 1.401, 2 anterior, que consagraba el principio de la accesión invertida, por la regla contraria en consonancia con el criterio general del propio Código Civil (art. 358 y concordantes); y cabe indicar que la regla que consagraba el principio de la accesión invertida en la sociedad de gananciales, no resultaba imperativa *per se*, sino por la actuación de otras normas colaterales; 3.º Con un criterio lógico y sistemático, elementos interpretativos que se entrelazan e implican también el teleológico, ha de tenerse presente que el actual artículo 1.359 es congruente con las normas de los artículos 358 y siguientes, que son, según la doctrina, de carácter meramente dispositivo; así pues, si dispositivas son las normas base, dispositiva habrá de ser la específica que aplica aquéllas a especiales supuestos de hecho. Es más, si no fuera por razones de claridad legislativa, al consagrar un principio opuesto al que consagraba el derecho derogado, el artículo 1.359 actual sería innecesario y superfluo; 4.º Y en el entorno sistemático de la norma, que nos obliga a examinar también una interpretación teleológica, se hace inevitable invocar: El artículo 1.355 del Código Civil, precepto que la doctrina estima innecesario, pues la inclusión de un bien de los cónyuges entre los consorciales es algo que se puede hacer siempre por acuerdo de los esposos, una vez que se permite la contratación entre ellos, sin necesidad de precepto que los especifique; los artículos 1.323, 1.324, 1.325 y 1.326 de dicho cuerpo legal; y, por último, el artículo 93 del Reglamento Hipotecario. Que, en definitiva, podrá discutirse acerca de cual es el cauce jurídico más conveniente para que los cónyuges lleguen, en la hipótesis planteada, al resultado por ellos deseado de atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos por accesión en virtud de obra nueva sobre suelo privativo, pero sobre lo que no puede caber ninguna duda es sobre la licitud del pacto que conduzca a tal resultado; por tanto, no es posible negar en nuestro ordenamiento jurídico vigente la licitud de tal resultado deseado por los cónyuges y la validez objetiva de los negocios jurídicos que a él conduzcan. Que la antijurídica nota calificadora y la más antijurídica inscripción practicada podrían lesionar y potencialmente lesionar los derechos de la esposa.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en virtud de lo establecido en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, se entiende que no existen en la nota de calificación infracciones formales, ya que en ella se da perfecta cuenta de las razones que se han tenido para rechazar una estipulación, sin que los preceptos legales y reglamentarios que invocan los recurrentes, impongan al Registrador la utilización de la expresión defecto insubsanable, como resulta de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la Ley Hipotecaria. Que en cuanto a las infracciones procedimentales tampoco existen, resultando improcedente su alegación, ya que el documento calificado se presentó por don Félix Melchor Esteban Velasco y, previa consulta con él, se procedió a inscribirlo, rechazando la estipulación que se refleja en la nota, y extendiéndose la nota correspondiente porque, según el presentante, el Notario autorizante deseaba recurrir; y al actuar así se aplica rigurosamente el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, en su redacción actual, que constituye una aplicación al plano registral del antiguo y prudente principio jurídico, *utile per inutile non vitiatur*, de especial aplicación a un supuesto como el que nos ocupa; por lo demás, sorprende que un modo de actuar que se apoya en un precepto claro e inequívoco, haya suscitado unas alegaciones como las que se contienen en el escrito de interposi-

ción del recurso. Que en cuanto a la cuestión sustantiva, hay que tener en cuenta el supuesto de hecho de este recurso y que la estipulación III de la escritura la ampara los recurrentes en los artículos 1.355 y 1.323 del Código Civil y 93 del Reglamento Hipotecario; pero hay que tener en cuenta que el artículo 1.323 no permite que los cónyuges sustraigan a la calificación del Registrador los elementos fundamentales del contrato que celebran ni les permite transmitirse bienes de un modo diferente a los demás particulares, conforme establece el artículo 609 del Código Civil; el artículo 1.355 excluye claramente el caso que se trata, en que el solar se adquirió por un cónyuge por donación y, evidentemente, la edificación es un modo de adquirir que nuestro Código recoge como un supuesto de accesión y que en modo alguno se puede considerar como "adquisición a título oneroso", por más que económicamente suponga un coste; por último, el artículo 93, 1.º del Reglamento Hipotecario, exige adquisición a título oneroso por ambos cónyuges y que se cumpla una de las tres posibilidades que considera. Por consiguiente, no cabe más solución que considerar aplicable el artículo 1.359 del Código Civil, e inscribir como privativa la obra nueva declarada. Que la solución legal no supone perjuicio para el cónyuge no titular del solar, ya que el propio artículo 1.359 reconoce a favor de la sociedad de gananciales un derecho de reembolso. Que, por otra parte, la regulación del régimen legal de gananciales no tiene en cuenta exclusivamente los intereses de marido y mujer, sino otros igualmente legítimos, como los de los acreedores y los de los herederos forzosos, que pueden ser distintos los de cada cónyuge, en caso de segundas nupcias, y cuyos derechos estarían en peligro, en caso de aceptarse la interpretación que los recurrentes sostienen y que se considera que está en radical contraposición con la letra y el espíritu de las normas examinadas. Que, por último, se observan reiterados errores en la cita de las disposiciones legales que se advierten en los escritos de los recurrentes. Que, por todo lo expuesto, se considera que las alegaciones de los recurrentes resultan manifiestamente infundadas, por lo que se solicita la confirmación de la nota de calificación recurrida.

V. El Presidente de la Audiencia de Valladolid confirmó la nota del Registrador fundándose en que la invocación del artículo 1.355 del Código Civil no es adecuada por que éste sólo se refiere a bienes que se adquieran con carácter "oneroso", a más que se presupone que la atribución de la condición ganancial ha de hacerse en el momento de la adquisición; y tampoco puede inferirse del artículo 1.323 del mismo Código la validez de la estipulación, puesto que lo que sucede es que la alteración del carácter del bien se realiza sin negocio jurídico previo con virtualidad transmitiva (art. 609, 2.º del Código Civil); y en que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.359 del citado texto legal, la adjudicación de la vivienda debió hacerse con carácter privativo al señor Esteban Velasco y que su atribución ganancial en la forma examinada justifica la denegación de la inscripción contenida en la nota.

VI. Los recurrentes apelaron el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadieron: Que en dicho auto se dice, por remisión al informe del Registrador, que la inscripción a favor del señor Esteban se practicó por haber manifestado su conformidad el presentante del documento y en aplicación de lo prevenido en el artículo 434, 4.º del Reglamento Hipotecario; y de ser cierto, se habrían producido nuevas infracciones procedimentales, puesto que la conformidad debe prestarla el titular del derecho que resulte perjudicado por la inscripción; conformidad que no se ha dado, prueba de ello es la solicitud explícita de inscripción formalizada en la escritura y la existencia del recurso formulado por la parte perjudicada. Y, asimismo, resulta refutada la nota del Registrador

porque no expresa las circunstancias que el artículo 434, 4.º del Reglamento Hipotecario invocado ordena indicar. Y, en cambio, sí indica las que ordena omitir. Que la nota calificadora no imputa al título defecto alguno y que en la escritura se parte del reconocimiento, declaración y atribución expresa del carácter privativo de la finca, y después en la misma existe un pacto, negocio jurídico o contrato entre cónyuges, al que habría que considerar nulo de pleno derecho para poder estimar defecto insubsanable; pero absurdamente no se hace la menor consideración acerca de este negocio jurídico. Que los dos modos de adquirir, contenidos explícitamente en la referida escritura, accesión industrial y adjudicación como consecuencia de disolución de comunidad, son de naturaleza onerosa y, por tanto, la invocación del artículo 1.355 del Código Civil es pertinente. Que el último párrafo del artículo 1.323 del Código Civil dice que los cónyuges podrán celebrar toda clase de contratos; tal omnimoda expresión, va dirigida como advertencia al intérprete para recordarle el espíritu de la reforma legal de la Ley 11/1981, a fin de que no se permita restringir el alcance de esta norma y sus concordantes. La apreciación del auto apelado de que “la alteración del carácter del bien se realiza sin negocio jurídico previo con virtualidad transmisiva”, significa una contradicción después de referirse a la “estipulación”. Esta apreciación da lugar al siguiente planteamiento: a) Si lo que en ella se quiere afirmar es que la estipulación de la cláusula tercera de la escritura es nula, se está en la imperiosa necesidad de decir cuál es la causa legal de nulidad, pero no se dice porque no lo es, ya que no infringe ninguna norma prohibitiva o imperativa, sino que, por el contrario, está expresamente permitida y protegida por ellas y de acuerdo con los principios que las inspiran en nuestro vigente ordenamiento, y la doctrina sostiene que el artículo 1.323 permite incluso articular una modificación del régimen económico conyugal que no siga las líneas generales y que no hay más norma limitativa de esta amplia capacidad de contratación entre cónyuges que las normas generales: Vicio de voluntad, que tendrá que ser probado por quien lo alegue, o los motivos que puedan dar lugar a la rescisión; b) si lo que se quiere afirmar es que el negocio jurídico o pacto entre cónyuges de que se trata carece de virtualidad transmisiva del dominio, porque no va seguido de la tradición, tal afirmación ignoraría la existencia, por un lado, de los negocios jurídicos de fijación o atribución patrimonial; y, por otro lado, todos los supuestos de *traditio fictia*, que dieron lugar a la llamada “teoría del título y el modo”, a los distintos casos en que las figuras del *tradens* y el *accipiens* se presentan desdibujadas o confundidas, o eliminando, en otros casos, incluso el cumplimiento simbólico, cual sucede, por ejemplo, con la tradición instrumental del Código Civil español, que se produce, por ministerio de la Ley, con el otorgamiento de escritura pública. Que en el referido auto se hace omisión del artículo 93 del Reglamento Hipotecario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 609, 1.255, 1.274, 1.323, 1.355, 1.359 del Código Civil y 117 y 434 del Reglamento Hipotecario.

1. En el supuesto de hecho que motiva el presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

Los tres copropietarios de un solar indiviso declaran haber construido sobre el mismo, a expensas de las sociedades conyugales respectivas, una edificación

determinada; a continuación, dividen horizontalmente el inmueble y disuelven el condominio adjudicándose en pago de las cuotas respectivas las tres viviendas resultantes.

Uno de los copropietarios había adquirido su participación indivisa en el solar por título de donación, mas, conviniendo con su esposa que la vivienda que le corresponda tenga carácter ganancial, se efectúa la adjudicación respectiva en esos términos; el Registrador deniega la inscripción con tal carácter en función del artículo 1.359 del Código Civil y practica el asiento a favor del cónyuge copropietario en concepto de bien privativo.

2. Sostienen los recurrentes, con carácter previo a la impugnación de la cuestión de fondo, que si el Registrador no practicó la inscripción de la vivienda en concepto de ganancial tampoco debió inscribirla a favor del cónyuge copropietario con carácter privativo por cuanto este asiento no fue solicitado y no basta la conformidad del presentante para su extensión, toda vez que tal conformidad ha de ser prestada por el titular del derecho que resulte perjudicado por la inscripción, y de la misma escritura así como del registro de interposición del presente recurso, resulta su oposición. Tales afirmaciones, sin embargo, no pueden ser mantenidas; la unidad documental y la consideración exclusiva del resultado final no puede llevar a desconocer la debida separación e independencia jurídica entre la declaración de obra nueva, división horizontal y disolución de la comunidad y el acuerdo conyugal de uno de los adjudicatarios, sobre el carácter de su respectiva adjudicación; aquéllos son formalmente anteriores y su perfección no queda subordinada a la validez de éste, de modo que aun cuando se le negase toda relevancia jurídica, no puede desconocerse la plena eficacia de la disolución del condominio y consiguientes adjudicaciones con el carácter que tuvieran las cuotas originarias, lo que, al amparo del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, posibilita la inscripción discutida, que en ningún caso constituye obstáculo registral que deba ser rectificado, pues aunque se declarase la registración del acuerdo cuestionado, aquel asiento, conforme el principio registral de tracto sucesivo, constituirá el soporte jurídico registral de la misma.

3. Respecto a la cuestión que propiamente constituye el objeto de este recurso, la posibilidad de asignar por mutuo acuerdo de los cónyuges carácter ganancial a la vivienda que por vía de disolución de comunidad se adjudica a uno de ellos en pago de su cuota indivisa privativa, ha de señalarse:

a) Que el artículo 1.359 del Código Civil no puede ser aplicado más allá de su ámbito propio y su interpretación no puede desconectarse de las restantes normas introducidas por la reforma de 13 de mayo de 1981; dicho precepto se limita a rectificar el criterio del antiguo artículo 1.404, 2.º del Código Civil, declarando que la edificación durante el matrimonio, por sí sola, no altera la naturaleza privativa de la finca correspondiente, pero no prejuzga, ni es su cometido hacerlo, sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos en favor del consorcial, y

b) Que aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1.355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo

contenido en la estipulación III de la escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1.323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características—, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609. 1.255 y 1.274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa general del Código Civil. Por tanto, la errónea alegación del artículo 1.359 del Código Civil no permite sin más rechazar la inscripción solicitada. Cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida, más la necesaria concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota de calificación (art. 117 del Reglamento Hipotecario) no permite abordar su análisis en el ahora entablado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso de apelación interpuesto revocando la nota impugnada, todo ello sin perjuicio de la facultad que al Registrador concede el artículo 127 del Reglamento Hipotecario.

COMENTARIO

Este comentario debe ceñirse —por habérmelo así encargado— a la Resolución anteriormente expuesta, aunque bueno sea advertir que existe una posterior de análogas o parecidas conclusiones, aunque el supuesto de hecho roce límites insospechados de actuación notarial (Resolución de 14 de abril de 1989). Ello va a influir en este comentario y será difícil separar lo que es común a ambas y lo que les puede distanciar.

Es muy difícil arrancar a la Resolución que comentamos las razones de “fondo” que han inclinado a la Dirección General a pronunciarse como lo hace, ya que, a mi entender, su doctrina es a todas luces contraria a lo que parecían ser las directrices de la reforma del Código Civil del año 1981. O esto es así o en la cuidada redacción de la reforma del Código Civil vuelve a aflorar otra contradicción como la de los antiguos artículos 759 y 799 CC. Si con la Resolución se trata de salvar la posible contradicción entre el artículo 1.355 del CC y el 1.359 del mismo, el “fondo” de la cuestión es hasta justificado, pero no creo que sea ese el motivo que lleva a la Dirección a solucionar el problema como lo hace.

En todo el trayecto en el que se argumenta la solución hay algo que pesa sobre el ánimo de la Dirección y es el principio de posibilitar “cualesquiera desplazamientos patrimoniales” entre cónyuges “por cualquiera de los medios legítimos”. Y pregunto —con muy poca malicia— ¿cabría estipular en capítulos matrimoniales “en contra” de los que dispone el artículo 1.359 CC? ¿Estaríamos ante un pacto *contra legem* y nulo por el imperio del artículo 6,3 CC?

Aparte de ello no creo que el “espíritu” legislativo que decide borrar del texto del Código Civil el artículo 1.404 calificado de ignominioso, contrario al principio genérico de accesión y a todas luces fuente de posibles abusos maritales, pueda ahora admitir la “vuelta”, el “regreso” a una normativa derogada. Todo ello al amparo de un negocio jurídico denominado de “aportación” de difícil encaje en

un sistema económico-matrimonial en el que se admite una dualidad de bienes: los gananciales y los propios. Por ello, entiendo que pueden ser estos los puntos que deben tratarse en este comentario: a) La naturaleza del sistema económico-matrimonial de gananciales y la pretendida aportación conyugal a los mismos. b) Ambito del artículo 1.359 del CC y límites que le impone el artículo 1.355 CC. c) La rogación y la actuación registral. d) Validez y efectividad de la aportación.

A) *Naturaleza del régimen económico ganancial y de la aportación*

Afanosamente la doctrina intentó encuadrar el sistema económico de los gananciales dentro de discutidas figuras, olvidó, sin embargo, que cuando voluntaria o supletoriamente el régimen económico se estructura por ese sistema es preciso tener en cuenta otra clase de bienes (antes propios, parafernales y dotales) reducido hoy a los bienes propios de los cónyuges, que coexisten con los gananciales en materia de cargas, responsabilidades y beneficios. Por ello, a mi entender, lo que la doctrina quiere averiguar es la naturaleza de la "comunidad ganancial", dejando a un lado el aspecto o la concepción "institucional" del régimen, que se compone o puede componer de bienes propios y bienes gananciales. Poco o nada ayuda al Código Civil no sólo en su antigua redacción, sino en la actual, ya que sigue manteniendo la locución "sociedad de gananciales", aunque la última reforma haya suprimido la remisión que el artículo 1.395 hacía a las reglas de la sociedad civil, en defecto de normativa aplicable.

Los estudios doctrinales entre los cuales citamos algunos a pie de página (1) creo que pueden englobarse en el magnífico trabajo que sobre la materia hizo LACRUZ BERDEJO (2) donde nos remitimos, sin perjuicio de esbozar a modo de recordatorio las diferentes o más importantes posturas doctrinales, entre las cuales y por influencia en su día del trabajo de CASTÁN TOBEÑAS (3) se inclinó mayoritariamente por la "comunidad en mano común". Citemos ahora: a) La que considera a la comunidad de bienes como una comunidad ordinaria o por fracciones. b) La que ve en ella una aplicación de la llamada "propiedad en mano común". c) La que entiende que existe un "patrimonio adscrito a un fin". d) La que considera como un patrimonio dotado de personalidad jurídica. e) La que ve en la comunidad de bienes una verdadera y propia sociedad civil, f) La que considera a la misma como una "institución jurídica *sui generis*", de carácter especial.

La Dirección General que acepta la construcción de la comunidad ganancial como una aplicación de la "propiedad en mano común" (Resoluciones de 30 de julio y 19 de octubre de 1927, 12 de diciembre de 1935, 8 de noviembre de 1944 y 20 de octubre de 1958), en la que estamos comentando, como *medio legítimo* el "negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no

(1) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XXII; SÁNCHEZ ROMÁN; VALVERDE; ROCA SASTRE; PÉREZ Y ALGUER; CASTÁN; HERNÁNDEZ ROS; PUIG PEÑA; ALBALADEJO; BELTRÁN DE HEREDIA; ESCRIVÁ DE ROMANÍ; ESPÍN CÁNOVAS; COSSIO, y GULLÓN BALLESTEROS, etc.

(2) LACRUZ BERDEJO, J. L.: "En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales del Código Civil", en *RGLJ*, 1950, págs. 9 y ss.

(3) CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Dogmática de la sociedad de gananciales", en *RGLJ*, Madrid, 1929.

personalizada jurídicamente o de *comunicación de bienes* como categoría autónoma o diferenciada" y parece diferenciar los dos negocios (aportación o comunicación) cuando sólo construyendo la aportación como proceso de comunicación, cabría admitir la figura, según la conocida tesis mantenida por ROCA SASTRE (4).

Por ello, conviene, que descendamos a la naturaleza de la aportación configurándola, según el trabajo de ROCA SASTRE, o bien como un negocio de tipo oneroso o como un proceso de comunicación de bienes:

Negocio de aportación. La tesis de ROCA es evitar a toda costa que a la aportación se la configure como un negocio oneroso, ya que con ello se pueden dar solución a problemas de capacidad como el del menor de edad emancipado, la materia de retractos, la figura del laudemio (art. 1.644 del CC), el juego de la acción Pauliana y la discutida figura del Derecho Hipotecario: el tercero protegido.

No obstante la mayoría de la doctrina sostiene que la aportación social en fase de constitución o posterior, implica una "*transferencia*" del socio a la Sociedad en base de la personalidad jurídica de la misma y su autonomía patrimonial. Me remito al trabajo de ROCA que hace las correspondientes citas doctrinales. Lo curioso del caso es que el Notario autorizante del documento en el recurso de aplicación califica al negocio como "oneroso" e incluye en el artículo 1.355 del CC. Luego veremos cómo aquí hay una lamentable confusión, pues una cosa es lo que pueden hacer los cónyuges "después" del matrimonio con los bienes adquiridos a "*título oneroso*" y otra que el negocio que pretende burlar el artículo 1.359 sea "*oneroso*".

Calificado así el negocio de aportación es evidente que "*sólo cabría*" en todos aquellos casos en los que construyamos la comunidad de gananciales como una comunidad ordinaria, un patrimonio adscrito a un fin o con personalidad jurídica, una sociedad civil o cualquier otro similar. En todos ellos hay una contraprestación, es decir, hay lo que conforma el artículo 1.277 del CC denomina "*causa*".

Comunicación de bienes. ROCA SASTRE precisa su esencia: "La aportación social no constituye un mero acto de transmisión onerosa de bienes del socio a la Sociedad, sino un acto de *comunicación* de bienes que tiene más de acto *modificativo* de derechos, que de acto traslativo, constituyendo un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes, por virtud del cual se hacen comunes, cosas que antes eran de propiedad exclusiva de los aportantes."

Aun y a pesar de las alegaciones que pudieran hacerse en contra de ese proceso de comunicación (transferencia de propiedad, las acciones que se reciben son bienes muebles, existe saneamiento y desplazamiento de riesgo, es distinta la aportación de bienes de la industria o trabajo, la existencia de un solo accionista...), ROCA mantiene que en ese proceso de comunicación también existe una "*causa*" —explicable en la sociedad, pero difícilmente transportable a los gananciales— que consiste en la "*finalidad*" concertada, materializada en la intención de obtener un resultado común, y como este coincide con la de los demás socios y presupone la de ellos, la razón o causa de cada aportación es la consideración de las demás aportaciones, aunque ello no suponga onerosidad sino el mecanismo propio de la doctrina de la causa, como motor o fuerza animadora de todo acto dispositivo. Siempre dije la teoría de la causa es uno de los grandes mitos que los juristas manejan con habilidad.

(4) ROCA SASTRE, J. M.ª: "Naturaleza de la aportación social", en *RGLJ*, 1946.

Suponiendo que aquí existe un mecanismo, un proceso o un acto de comunicación de bienes, al transformar la naturaleza de un bien privativo en ganancial, resulta difícil encontrar una “*causa*” que lo justifique: no hay liberalidad, ni onerosidad. Así parece deducirse de los hechos que sucintamente se nos relatan. ¿Tiene consistencia el proceso de comunicación —a través de una conversión de bienes— para considerarlo dentro de la frase “*toda clase de contratos*” de que habla el artículo 1.323 CC?, que, por cierto, admite única y exclusivamente la transmisión y toda clase de contratos “entre cónyuges”, pero no entre un cónyuge, la comunidad horizontal y el otro cónyuge (5). La “atribución de la condición ganancial” la regula especialmente el artículo 1.355, cosa que estudiaremos inmediateamente. ¿Qué única forma hay de salvar la restricción que impone el artículo 1.355 del CC a la plena libertad del 1.323 CC? Clarísimamente: que el marido hubiese enajenado los bienes a la mujer y ya estábamos en un bien ganancial, en una causa plenamente definida por la “*contraprestación*” y ante un contrato típico y eficaz. Pero, claro es, tributa.

No se niega que además de la aportación inicial que los cónyuges puedan hacer a la comunidad ganancial, exista otra posibilidad de aportar o comunicar bienes, con posterioridad, pero siempre por los medios reconocidos en el Derecho y con los requisitos de validez necesarios para ello y en el caso concreto apoyándose en un precepto genérico, que tiene la limitación del artículo 1.355, se trata de burlar lo que claramente dispone el artículo 1.359 del mismo Código y eso lo califica el artículo 6,4 CC. como “*fraude de ley*”.

B) *Ámbito del artículo 1.359 y límites que le impone el 1.355 CC*

Al comienzo del comentario había insinuado que quizá la Dirección General había tratado de salvar lo que podíamos considerar “contradicción”, siempre que en vez de decir lo que el 1.359 dice se entendiese que dice lo que antes decía el 1.404 del CC, es decir, que sobre los bienes privativos en los que se edifica, el total así formado se convierte en ganancial y no sigue siendo privativo, que es la finalidad que se persigue con ese negocio de aportación o proceso de comunicación. Para ello se configura a la “*accesión*” como un medio “*oneroso*” de adquisición.

Se parte del principio de libertad de contratación del artículo 1.323 CC por el cual los cónyuges se pueden donar, transmitir, aportar a una sociedad, permutar, gravar, disolver la sociedad y adjudicarse los bienes como les parezca, disponer de la mitad de los gananciales por testamento, etc. Pero lo que no pueden hacer es ir contra el artículo 1.355 sólo respecto de los bienes que adquieren durante el matrimonio y a título oneroso pueden atribuirles la condición de gananciales. Para nada habla de los bienes adquiridos a *título gratuito* anterior o posteriormente al matrimonio. Pretender salvar el obstáculo que significa este artículo lleva como consecuencia a tres puntos claves: a) Considerar a la accesión como

(5) La referencia a la “comunidad horizontal” es porque en los hechos aparte de hacerse la declaración de obra nueva entre los tres copropietarios existentes, la correspondiente declaración de propiedad horizontal, se procede a la disolución de la comunidad y ahí, aparte del marido y la mujer que deciden la naturaleza de la adjudicación, intervienen también los otros copropietarios, es decir que tampoco es el supuesto a que parece referirse el artículo 1.323 CC “transmisión entre cónyuges” y no entre éstos y personas extrañas a ellos.

negocio jurídico oneroso. b) Volver a la suprimida redacción del antiguo artículo 1.404 del CC, y c) Olvidar razones que el legislador tuvo para el cambio de este último precepto y el respeto que el patrimonio privativo merece.

a) El Notario recurrente —que considera ofendido su prestigio profesional, así como su crédito, por la actuación del Registrador— esgrime como argumento que las normas base de la acción son “*dispositivas*” y que, como consecuencia, el artículo 1.359 CC también lo es por adaptarse a ellas. El Registrador —con más visión de futuro— entiende que la accesión no es nunca a título oneroso de adquisición que haría entrar en juego el artículo 1.355 CC haciendo “*dispositivo*” el artículo 1.359 CC.

La verdad es que repasando el CASTÁN no encuentra una base que avale la doctrina notarial, pues ya BIANCHI explicó que la adquisición por accesión de la cosa “*accesoria*” no depende de un nuevo título, de una nueva “*causa*” legal que le inviste de aquel derecho, sino que es el título mismo de propiedad de la cosa principal el que somete la accesoria al derecho de la misma persona. Además el que adquiere por accesión una cosa lo hace en virtud y como consecuencia del dominio que se tiene sobre otra y la cosa accesoria pierde su individualidad al unirse con la principal. Margino ahora el tema de qué cosa es la principal, ante aquella temeraria teoría de la construcción en suelo parcialmente ajeno.

Repárese el articulado del Código —que con lo años se va desdibujando— y cerciórese que no hay en toda la regulación de la accesión un precepto dispositivo, todos son imperativos, aunque en ellos se dan determinadas opciones. Pero aunque aquellos fueran “*dispositivos*” el 1.359 es “*impositivo*” no ya sólo por el empleo de la palabra “*tendrán*” (si hubiese dicho “*podrán*” la cosa cambiaba), sino proque, como he apuntado al principio, ninguna capitulación, aun hecha por Notario de prestigio, se atrevería a pactar en contra de lo dispuesto en el artículo 1.359 CC.

b) La solución que se le da al conflicto es un regreso *contra legem* al artículo 1.404 CC en el que, como todos sabemos, se establecía la llamada “*accesión invertida*” pero con reembolso.

La mayor parte de la doctrina consideró a este artículo como contrario a los principios generales del Código, precepto de aplicación estricta, carente de justificación o motivación de toda índole (salvo GARCÍA GOYENA que consideraba basado en razones de orden público para proteger las edificaciones), se presta a fraudes y maquinaciones insidiosas, puede resultar lesivo para los intereses de la mujer y rompe la estabilidad y equilibrio de los distintos grupos patrimoniales existentes en el régimen ganancial. En nota cito los principales autores que se han ocupado del tema (6).

La Dirección General reconoce que el artículo 1.359 del CC actual “*rectifica*” el criterio poco ortodoxo del 1.404 CC anterior, pero el mismo no puede ser interpretado en desconexión con las demás normas y no prejuzga —ni puede prejuzgar— si los cónyuges pueden o no verificar desplazamientos patrimoniales de uno a otro patrimonio. Si el 1.359 CC dice que lo edificado es de la misma naturaleza que el dominio del terreno, seguirá siendo privativo y lo que hay que ver es si las partes tienen facultad para convertirlo en ganancial y ya hemos

(6) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Edificación en suelo ajeno: sus problemas*, Curso de Conferencias de Valencia, 1947; GARCÍA-CANTERO: “Edificación en suelo propio de uno de los cónyuges con dinero ganancial”, en *RDP*, 1950; CAMY SÁNCHEZ CANETE: “El artículo 1.404 del Código Civil y la declaración de obra nueva”, en *RCDI*, núm. 31, pág. 73; S. ROMÁN; MANRESA; ESPÍN; LACRUZ, y PUIG BRUTAU, etc.

visto que no, pues el principio general del artículo 1.323 está restringido por el 1.355 CC. Y es evidente que el artículo 1.323 —salido de la misma mano que el 1.355— debe ser también interpretado en “conexión” con las demás normas que no permiten burlar la del artículo 1.359.

c) ¿Por qué el legislador redactó este artículo 1.359 y su complementario 1.355? Entiendo que pueden ser los siguientes motivos los que inducen al legislador a establecer estos dos artículos:

- El artículo 1.359 CC responde a la necesidad de evitar que el principio de accesión tenga excepciones. Se vuelve, por tanto, como apunta CASTÁN (7) a la regla tradicional del *superficies solo cedit*, desapareciendo la figura de la accesión invertida y acercándose en este punto a la Compilación aragonesa en el artículo 38,7, sobre todo en su primer párrafo. Aparte de ello, entiendo que se ha tratado de evitar una especie de “expropiación forzosa” de bienes privativos sin razones de utilidad pública.

También cabe apuntar que el que lo edificado siga la cualidad de privativo o ganancial, responde a la idea de evitar a toda costa los posibles fraudes, no ya frente a terceros, sino a los herederos, al convertir o transformar bienes sin una razón jurídica que lo justifique. Bastante complicado es el régimen de ganancialidad en el que coexisten en una masa patrimonial don clases de bienes, para que por un fenómeno que no supone “*traslación o transmisión*”, se produzca una “*conversión*” difícilmente encuadrable dentro de los actos dispositivos.

- El artículo 1.355 CC tiene más hondura, más profundidad, pues limita la atribución de ganancialidad a los bienes que adquieren a título oneroso, pero no a los gratuitos, por impedirlo el artículo 1.346,2 CC. Tampoco cabe este juego respecto de los que “*pertenecían al comenzar la sociedad*”, pues son, conforme al citado artículo privativos. Sin embargo con los privativos pueden los cónyuges negociar por cualquier título durante el matrimonio, conforme al artículo 1.323 CC.

Todo ello resulta lógico, pues si los bienes se *transmiten* del esposo a la esposa o viceversa se hacen gananciales, pero el precio o la contraprestación sigue siendo privativo, mientras que si se donan se convierten en privativos del otro cónyuge y al no haber contraprestación no puede decirse que el donante obtenga algo a cambio de la donación. El único recurso legal es la posible calificación de la “*donación como inoficiosa*”.

CASTÁN (8) recogiendo unas ideas de LACRUZ BERDEJO (9) dice de este artículo que la norma puede considerarse consecuencia obvia de la posibilidad de contratación entre cónyuges y, por ello, en alguna medida innecesaria, no requiriéndose forma (?) alguna para tal acuerdo, por lo cual puede llegar a ser utilizada *fraudulentamente* con ánimo de perjudicar a terceros, dado que la doctrina la interpreta en sentido inverso, o sea a la atribución del carácter privativo a bienes que *per se* no lo tenían. Con todos los grandes respetos para esta opinión estimo que el artículo 1.355 del CC está para algo más que para seguir la norma general del artículo 1.323 CC: la ciñe a un caso concreto.

(7) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1983, t. V, pág. 375.

(8) Obra citada en nota anterior.

(9) LACRUZ BERDEJO, obra citada en nota 2.

En lo que podemos llamar —por seguir a la Dirección— negocios de aportación o comunicación no existe contraprestación, o, por lo menos, de los hechos que se relatan en el presente caso, lo cual significa que determinados bienes privativos que tienen ciertos destinos o que están sujetos a cargas, limitaciones, puedan entrar en otro régimen sin que en su lugar se “subrogue” la contraprestación. Piénsese en figuras como la reserva de bienes, la prohibición de disponer, reversión, sustitución fideicomisaria, adscripción a un fin determinado, etc. Todo ello queda perfectamente burlado pues con el negocio de comunicación no hay *acto dispositivo*, según vimos en la tesis sostenida por ROCA SASTRE (10).

Intentando agotar supuestos puede también pensarse en bienes privativos que se convierten en gananciales, pero que están sujetos a una hipoteca o a un embargo, etc. Tanto una como otra seguirán pesando y gravando los bienes, pero me imagino que procesalmente al convertirse en gananciales habrá que “notificar” a la esposa, lo cual supone una cierta novación que entiendo exigiría un cierto consentimiento del acreedor, por lo menos una notificación.

A estas alturas de mi comentario leo un artículo muy ponderado de CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE (11) donde apunta que el verdadero problema de la conversión de bienes privativos en gananciales está en el tema de la “causa” y que, en todo caso, sería preciso establecer un “reembolso”, aunque en la fórmula que propone ni se hace mención de la causa, ni se habla para nada de reembolso (12).

C) La rogación y la actuación registral

En el caso que nos ocupa hay una petición concreta materializada en la escritura, en la estipulación tercera de la misma, donde se solicita —no al señor Registrador— sino genéricamente “su inscripción con tal carácter”, es decir con carácter ganancial, amparándose en el artículo 93 del RH, sin que se señale el párrafo al que se acogen.

El Notario en su escrito de interpretación del recurso acusa la manera de proceder del Registrador por haber inscrito en forma distinta algo que no se solicitó. Luego, en los hechos parece que el presentador del documento acepta la solución registral y entra en el juego del artículo 434 del RH. A mi este artículo 434 RH no me gusta, ya que en estas cuestiones de tanta trascendencia registral el presentante no debe decidir y, sin embargo, el artículo reglamentario permite al “*presentante o interesado*” la manifestación de conformidad. Quizá el Notario no supo leer con tranquilidad el párrafo 4.º de ese artículo, pero lo tremendo de este artículo es que en su párrafo 5 —quizá pensando en los artículos 89 a 96 del RH— dice temerariamente que “Del propio modo, en las notas de despacho se hará constar sucintamente el carácter o modalidad de asiento practicado cuando difiera del *solicitado* o pretendido en el título”.

(10) ROCA SASTRE, R. M.^a en la naturaleza de la “*aportación social*” califica el acto no como dispositivo, sino como “*modificativo*”, mientras que SANZ FERNÁNDEZ, al entender que existía una transmisión de bienes, lo calificaba de “*dispositivo*” y exigía plena capacidad para la declaración de obra nueva.

(11) PASCUAL DE LA PARTE, C.: “Bienes privativos. atribución de ganancialidad a un bien privativo. Una correcta interpretación del artículo 1.355 del Código Civil”, en *Boletín Colegio de Granada*, diciembre 1989, pág. 2287.

(12) En la Revista *Lunes* 4,30, número 55, junio 1990, página (o folio 2 vuelto) se hace eco (JSP) del problema, con remisiones a otras publicaciones no muy concretas, donde se hacía una consulta vinculante sobre el tema.

La Dirección General salva el obstáculo con cierta elegancia jurídica: la independencia entre la división horizontal y disolución de comunidad y el acuerdo conyugal de uno de los adjudicatarios, sobre el carácter de su respectiva adjudicación, lo que no supone admitir la adjudicación con el carácter que tuvieran las cuotas originarias. En una de las notas puestas en este comentario al referirme al artículo 1.323 CC decía que el mismo autorizaba la transmisión de bienes y derechos entre cónyuges por cualquier título y en el supuesto de hecho existente un solar, una edificación y una declaración de propiedad horizontal con la consiguiente adjudicación. El solar estaba en comunidad *pro indiviso* entre tres personas, que a la hora de la verdad consienten en que el piso que se adjudique al marido lo sea con carácter ganancial y no privativo. Es decir, estamos en la "picaresca" del señor que compra en documento privado, vende y le dice a la empresa constructora: la escritura de venta en vez de a mi nombre hágalo a nombre de fulano de tal.

La verdad es que me queda la duda —pues la elegancia del argumento de la Dirección General no me convence— si el Registrador puede ante casos concretos de petición de inscripción en un determinado sentido, obrar en forma distinta y hacer la inscripción como su criterio estime pertinente. Verdaderamente que el artículo 434,5 del RH lo admite, pero debe entenderse en sentido "*restrictivo*": excesos de cabida no justificados, adquisiciones por un cónyuge con precio que asevera privativo sin acreditarlo y muy pocos casos más. Y es que cuando uno lleva años y adquiere ciertos prestigios, las reformas legislativas tarda en asimilarlos.

D) *Validez y efectividad de la aportación*

Después de todo lo dicho y llegando a la recta final la cosa no puede tener otra solución que la congruente con lo expuesto. No se puede hablar de "*validez*" de este negocio, ni siquiera de su "*efectividad*" —es válido, pero ineficaz— pues el mismo abiertamente choca con dos preceptos que están en el Código: 1.355 y 1.359 y pretender que la regla general de "transmisiones" entre cónyuges se imponga a dos preceptos de igual rango que excepcionan lo que en ella se dispone, supone un atentado grave a las reglas de interpretación. Creo que no sólo el negocio es "*nulo*" de pleno derecho, sino que es "*fraudulento*". Se apoya en el artículo 1.323 CC para desconocer el 1.355 y 1.359. En una manifestación de la "picaresca" de la contratación que trata de burlar el pago del impuesto.

El trabajo antes citado de CÉSAR PASCUAL DE LA PARTE (13) entiende que conforme al artículo 48,B,3 de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y el 59,B,3 del Reglamento, declara exentas las "aportaciones de bienes y derechos a la sociedad conyugal...". Es cierto, pero la fecha de la Ley —no así la del Reglamento— es anterior a la Ley de reforma del CC y, por ello, sólo se contempla la aportación "*inicial*" y la adjudicación "*final*", pero no las posteriores a la celebración del matrimonio que, por aquel entonces, no podían realizarse. No creo que para un jurista del prestigio que firma el artículo citado sea preciso explicar lo que es Ley y lo que es Reglamento. El tiempo es inexorable, y el rango legal indiscutible.

(13) Obra citada en la nota 11.

Poco o muy poco más cabe añadir a lo dicho, ya que el problema que plantea la Resolución de 14 de abril de 1989 sí entra en la esfera plena de la conflictividad, pues hay nudas propiedades, usufructos, mandatarios verbales, etc., que exigen un comentario específico.

J. M. « CH Y O.

ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE DIVISION DE UN ELEMENTO EN PROPIEDAD HORIZONTAL POR SU TITULAR, ESTANDO FACULTADO PARA ELLO POR LOS ESTATUTOS, EN LA QUE CONSTITUYE COMO FINCA INDEPENDIENTE UN "PATIO DESTINADO A ZONA VERDE". (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 31 DE MARZO DE 1989).

Hechos.—1. El día 9 de agosto de 1983, en escritura pública de declaración de obra nueva, constitución de propiedad horizontal y adjudicación de partes autorizada por el Notario de Palma de Mallorca, don Salvador Balle Oliver, fue adjudicada a los hermanos don Miguel y don José Morey Serra, la parte determinada número 1 de orden, aparcamiento número del plano, en planta sótano, con acceso por una rampa, del inmueble número 5 de la calle Miguel Villalonga, Escritor, de Palma. Mide el aparcamiento propiamente dicho unos 13 metros cuadrados de superficie útil y unos 160 metros cuadrados de zona verde. Linda el aparcamiento: Frente, con zona de paso; derecha, aparcamiento número 1 del plano; izquierda, subsuelo del patio posterior, destinado a zona verde, y fondo, subsuelo del solar número 17. En dicha escritura se estableció que la propiedad horizontal entre todas y cada una de las partes determinadas que componen el total inmueble se regirá por la Ley 49, de 21 de julio de 1960, con la siguiente especialidad, entre otras: El titular o titulares de todas y cada una de las partes determinadas del total inmueble podrán realizar en ellas, cualesquiera operaciones de división, subdivisión, agregación y segregación, fijando las cuotas de participación en la comunidad, por suma, distribución o redistribución de las que tenían asignadas, con el límite del aprovechamiento normal como partes determinadas independientes, de tal modo que cada una de las nuevas partes así formadas tengan acceso directo desde la calle o tuviere ya acceso abierto a un elemento común antes de tales modificaciones y sin que en ningún caso se altere la estructura externa del edificio ni se disminuya la seguridad del mismo, para lo cual se considerarán investidos de amplios poderes irrevocables de todos los restantes titulares de unidades de la propiedad horizontal, que se entenderán conferidos por el solo hecho de la adquisición de las mismas.

En escritura de 23 de julio de 1986, autorizada por el mismo Notario, don Miguel y don José Morey Serra procedieron a subdividir la referida parte número 1 de orden general del inmueble citado, formando dos nuevas unidades para su inscripción registral: Número uno.—Aparcamiento número 1 del plano, sito en planta sótano, con acceso por una rampa del inmueble número 5 de la calle Miguel Villalonga, Escritor, de Palma. Mide unos 13 metros cuadrados útiles, y linda: De frente, con zona de paso; derecha, aparcamiento número 2 del plano; izquierda, subsuelo del patio posterior, destinado a zona verde, y fondo, subsuelo del solar número 17. Y número uno-A de orden.—Patio destinado a zona verde, situado en la parte posterior del inmueble, en la planta sótano del mismo, con

acceso por una rampa del inmueble número 5 de la calle Miguel Villalonga, Escritor, de Palma. Mide unos 160 metros cuadrados de superficie, aproximadamente, y mirando desde la calle, linda: De frente, con la rampa de acceso, paso común y aparcamiento número 1 de orden; derecha, subsuelo del solar número 17; izquierda, con subsuelo del solar número 20, y fondo, subsuelo de los solares 5, 6 y 7.

II. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de Palma de Mallorca, fue calificada con la siguiente nota: "Presentado el precedente documento con la referencia de la nota anterior, retirado el día 7 de noviembre de 1986 por su presentante y devuelto con fecha de ayer, se deniega su inscripción por adolecer del defecto insubsanable de que «el patio destinado a zona verde», que constituye la finca número 1-A de orden de las formadas por división, no puede constituir finca independiente con cuota, en régimen de propiedad horizontal, conforme al artículo 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal.—Palma de Mallorca, a 9 de enero de 1987.—El Registrador.—Firmado: Firma ilegible."

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó, entre otras razones: Que la negativa del señor Registrador a realizar la inscripción solicitada parece basarse en que, según su criterio, del Código Civil y de la Ley de Propiedad Horizontal resulta que el suelo es un elemento común del inmueble por su propia naturaleza, y que, por tanto, el «patio destinado a zona verde» ha de ser necesariamente común, en cuyo caso todo lo más que podría hacerse sería ceder el uso exclusivo a uno o varios de los copropietarios, pero sin que en ningún caso pueda constituir por sí solo una parte determinante del inmueble. Que este criterio es cerrado, absurdo y equivocado, por las siguientes razones:

1. Naturaleza jurídica: La propiedad horizontal es una institución jurídica compleja, en la que coexisten una titularidad dominical ordinaria sobre los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente, y un dominio *sui generis* sobre los elementos del inmueble necesarios para su adecuado uso y disfrute; y dentro de los elementos comunes cabe establecer la distinción entre «elementos comunes por naturaleza», que son los enumerados *ad exemplum* en la propia ley, y «elementos comunes por destino», que son los que en concepto de anejos se adscriben especialmente al servicio de todos o de algunos de los elementos singulares. Esta distinción es aceptada unánimemente por la doctrina.

2. Notas características de los elementos comunes: Lo son a) su inseparabilidad, pudiendo ser sólo enajenados, gravados o embargados con la parte determinada privativa de la que son anejos; b) su indivisibilidad, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de noviembre de 1971. La enumeración de elementos comunes que hace el artículo 396 del Código Civil es puramente *ad exemplum*, de carácter enunciativo y no cerrado, entendiéndose que los elementos mencionados en la relación que hace dicho precepto, sólo serán comunitarios en tanto en cuanto sean necesarios para el adecuado uso y disfrute de las partes determinadas del edificio, y así lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia.

3. Carácter comunitario del suelo: El suelo se encuentra mencionado entre los elementos comunes que señala el artículo 396 del Código Civil. Sin embargo, el concepto de suelo no resulta definido por el legislador. Según la doctrina, hay que entender por tal la superficie inferior del edificio o la porción de terreno donde se ha levantado la edificación. El Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de

marzo de 1964, limita la copropiedad del suelo al que sirve de base física al edificio, y no cabe entender, de modo alguno, que se extienda esa copropiedad al terreno no edificado, lo que constituiría un límite impuesto, sin razón, a la libertad contractual sancionada en el artículo 1.255 del Código Civil. La doctrina registral considera que el suelo, como elemento comunitario, podrá también extenderse a lo que no es soporte físico de la construcción, como es el caso de una zona verde o un patio, que serán elementos comunitarios por destino, si lo establecen los Estatutos. El I Simposio de la Propiedad Horizontal de 1972, celebrado en Valencia, confirmó la distinción entre terreno que constituye la base física del edificio y el exceso de cabida del solar respecto de aquella base física, que sólo tendría carácter común accidental, ya que podrá desafectarse de su cualidad comunitaria antes de constituir la finca en propiedad horizontal. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de mayo de 1974, Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de octubre de 1977 y Audiencia Territorial de Barcelona de 7 de mayo de 1979, concuerdan en declarar para los patios que, pese a estar incluidos como elementos comunes en la enumeración del artículo 396 del Código Civil, al no ser tales patios elementos sustentadores físicamente del edificio, sólo serán comunitarios si el título no los ha excluido de dicho carácter. El Tribunal Supremo confirma esta línea interpretativa en Sentencia de 15 de mayo de 1985. De todo ello se desprende que el suelo no sustentador de la base física del edificio puede ser objeto de propiedad separada y privativa, bien porque lo establezca el título constitutivo de la propiedad horizontal, que es el caso del presente recurso, bien porque unánimemente se convenga con posterioridad. Así en el supuesto contemplado, el título de constitución de la propiedad horizontal no sólo no determinó el carácter comunitario de un trozo del terreno destinado a zona verde, sino que lo atribuyó privativamente y con carácter dominical a la parte determinada número 1 de orden formando parte de la misma, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad sin dificultades, y consignándose expresamente en los Estatutos que el titular tenía la facultad de dividir, repartiendo la cuota o coeficiente en los elementos comunes, que es lo que se ha hecho en la escritura cuya inscripción se deniega.

4. Ambito de la Ley de Propiedad Horizontal: Una vez visto que el patio o zona verde puede ser objeto de propiedad separada, de carácter privativo, se plantea el problema de ver si esta propiedad puede encajar en un régimen de propiedad horizontal o si, por el contrario, debería estar excluida de ella. El artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal emplea la palabra "espacio" y no hay que dar a la misma un sentido absolutamente volumétrico, sino que el criterio es amplísimo, como se desprende de dicha Ley al hablar de las características del espacio y como demuestra el que las inscripciones de pisos y locales se hagan expresando sólo los metros cuadrados y nunca, o casi, los metros cúbicos. Por otro lado, el concepto de espacio a que alude la citada Ley no es incompatible con el concepto de terreno, según una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "capacidad de terreno, sitio o lugar". Partiendo del principio general del derecho de que concedido lo más, se entiende implícitamente concedido lo menos, y siendo el "patio destinado a zona verde" susceptible de propiedad separada y privativa, esta propiedad ha de incluirse evidentemente en el régimen de propiedad horizontal del edificio, porque ya está inscrito como formando parte de la número 1 de orden, y es el resultado de la división de la misma; y la posición contraria nos llevaría a consecuencias absurdas, siendo necesario crear servidumbres de luces o vistas, desagües, recogida de aguas, etc., y contraria al espíritu y la letra del artículo 1.255 del Código

Civil. Una interpretación lógica y finalista de la Ley de Propiedad Horizontal, nos debe llevar a la conclusión de que en ella lo privativo es lo preponderante y que la parte comunitaria debe interpretarse restrictivamente."

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó, entre otras razones: Que la doctrina y la jurisprudencia parece que lo que se pretende es segregar una parte no edificada, el patio destinado a zona verde, del total solar de una finca en régimen de propiedad horizontal, para lo que no existirían inconvenientes, si se cumpliera la normativa urbanística, y se produjera una verdadera segregación, formándose una nueva finca registral, con el consentimiento unánime de los titulares de partes determinadas en la propiedad horizontal. Que la operación que se realiza en la escritura calificada no es una verdadera segregación, sino la constitución como parte determinada independiente, con atribución de cuota en el valor total del inmueble, de una parte del solar, el "patio destinado a zona verde". Que dicho criterio se considera inadmisibile por las siguientes razones: a) Porque, aunque sobrante de la edificación, siendo el suelo por naturaleza y expresamente los patios, un elemento común de todas las partes determinadas privativas de la propiedad horizontal, según el artículo 396 del Código Civil, su facultad dispositiva ha de corresponder a todos los coparticipes de ésta, y lo más que se puede atribuir al titular de una parte determinada es un derecho de uso y disfrute exclusivo de tal sobrante de edificación, opinión fundada en numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de marzo de 1964, 28 de enero y 11 de octubre de 1967, 2 de junio de 1970, etc., y en la Resolución de 28 de febrero de 1968); b) Porque la práctica de la operación de constitución en parte determinada independiente del "patio destinado a zona verde", conlleva las siguientes situaciones: 1.º Se atribuye a su titular una superficie determinada, pero con una cuota de participación en los elementos comunes de la propiedad horizontal y entre ellos el solar de que esa misma superficie forma parte, con lo que viene en propietario exclusivo de su parte que se dice segregada y, al mismo tiempo, titular de una cuota indivisa de ella, como consecuencia de formar parte del total solar incólume de la propiedad horizontal; 2.º Los demás partícipes de la propiedad horizontal no son dueños de la superficie segregada, por pertenecer en exclusiva al titular que la segrega, pero al mismo tiempo, tienen en ella la titularidad de la cuota correspondiente a su parte determinada, al formar parte el patio del total solar común, que no ha sufrido disminución alguna, y 3.º La situación confusa de titularidades excluyentes, pero compartidas, tendrían también su reflejo con tanta o mayor incompreensión en el supuesto de demolición del edificio. Que mantiene el recurrente la tesis de que la parte de superficie no edificada es susceptible de ser inscrita como parte determinada privativa en régimen de propiedad horizontal, dentro de los términos amplios de "espacio suficientemente delimitado" a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, postura que no se considera acertada, por las siguientes razones: a) Porque el concepto de "espacio" se contrapone al de "superficie", tanto gramatical como física y jurídicamente hablando, ya que aquél presupone un volumen, y b) Porque la Ley de Propiedad Horizontal es una ley de "volúmenes" y sólo éstos, contruidos o en construcción, son susceptibles de inscripción independiente, al amparo del número 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, lo que resulta no sólo de las normas citadas, sino también de la letra b) del fundamento de Derecho quinto de la Resolución de 12 de diciembre de 1986. Que la Resolución de 11 de junio de 1986 no contradice la tesis de la nota de calificación, pues contempla un supuesto distinto, la desvinculación de un

volumen edificado, que nada tiene que ver con la segregación de suelo para formar finca independiente.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revocó la nota del Registrador, fundándose en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, en las Sentencias de 2 de mayo de 1964, 28 de enero de 1967, 7 y 24 de octubre de 1978 y 14 de noviembre y 6 de junio de 1979, en el Título Constitutivo de la Propiedad Horizontal, de fecha 9 de agosto de 1983, en el que el "patio destinado a zona verde" se atribuyó en propiedad exclusiva, consignándose en los Estatutos la facultad de dividir, entendiéndose que dicha propiedad forma parte del régimen de propiedad horizontal del inmueble, por cuanto: a) El contenido del referido derecho singular y exclusivo es el aprovechamiento independiente, pero en conjunción con los elementos comunes del edificio y con la existencia de una serie de factores que, sin serlo, interesan a todos (Sentencia de 29 de mayo de 1984) y la tesis contraria, es decir, la absoluta independencia del terreno y, consecuentemente, su extensión al vuelo y al subsuelo, provocaría una serie de limitaciones a los demás propietarios; b) Se cumplen las condiciones pactadas por quien o quienes ostentaban la íntegra titularidad dominical del edificio, sin infracción de los preceptos de la Ley y con acceso a los libros registrales; c) Sobre la base imprescindible del dominio exclusivo sobre el terreno, se produce la copropiedad sobre los elementos comunes, dada la inherencia, como dice la Sentencia de 18 de octubre de 1984, que se produce entre ambos aspectos de la conjunta situación, y d) La interpretación contraria estaría en contradicción con el principio de la libre circulación de bienes y de las facultades dispositivas del propietario.

VI. El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que la escritura de división horizontal de 9 de agosto de 1983, se deduce que: 1.º La finca se describe y deslinda como aparcamiento, y sólo después de un punto y seguido, la determinar la superficie, se añade: "y 160 metros cuadrados destinados a zona verde", los cuales, por tanto, no son parte determinada y sólo pueden ser consideradas como mención de uso exclusivo; 2.º El aparcamiento por la izquierda, linda con subsuelo de la parte posterior, destinado a zona verde, con lo que excluye ésta, y 3.º Que los 160 metros cuadrados de patio carecen de determinación por linderos de superficie y altura, lo que evidencia que no reúne los requisitos para inscribirse como parte determinada, por omitir las exigencias del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, todo lo cual abona la consideración de que el mismo sólo es un uso o aprovechamiento, por no constituir "volumen" susceptible de inscripción independiente. Que la Sentencia de 28 de enero de 1967 se refiere no al derecho de propiedad, sino a la retención de la posesión exclusiva y excluyente de todos los patios de la casa. Que las Sentencias de 14 de noviembre y 6 de junio de 1979 no se consideran aplicables al supuesto debatido de superficie común, transformando en propiedad exclusiva con cuota. Que en el auto presidencial se omite toda referencia y consideración jurídica al argumento de que "el patio destinado a zona verde", como superficie no edificada del solar de un edificio en régimen de propiedad horizontal, por no ser un volumen construido o en construcción, en ningún caso podrá ser admitido en la condición de derecho singular y exclusivo de propiedad, con cuota de participación en relación al total valor del inmueble, tal como regula el artículo 3 de la Ley de 21 de julio de 1960, y tal como se deduce de la jurisprudencia registral.

Fundamentos de Derecho. Vistos los artículos 396 del Código Civil; 18 y 38 de la Ley Hipotecaria; 3 de la Ley de Propiedad Horizontal; las Sentencias de 6

de junio de 1979, 2 de enero de 1980, 23 de mayo de 1984 y 31 de enero de 1985, y la Resolución de 2 de abril de 1980.

1. La única razón esgrimida por el Registrador para denegar la inscripción de la división es que una de las nuevas Entidades hipotecarias viene constituida precisamente por el "patio destinado a zona verde", el cual, según el Registrador, "no puede constituir finca independiente con cuota, en régimen de propiedad horizontal, conforme a los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal".

2. Integran el edificio, a efectos de la Ley de Propiedad Horizontal, no sólo la construcción principal y el solar que le sirve de soporte, sino también los terrenos y construcciones anejos. Los terrenos anejos (patios interiores y exteriores, jardines, etc.), son, como regla, elementos comunes (cfr. 396-1.º del Código Civil). Mas no se trata de elementos que sean esencialmente comunes, como las cimentaciones o los muros, pues cabe que adquieran carácter privativo por disposición especial del título constitutivo, o acordada en modificación del mismo. Así viene sosteniéndolo una reiterada jurisprudencia en relación a los patios y otros elementos comunes (entre otras, Sentencias de 6 de junio de 1979, 23 de mayo de 1984 y 31 de enero de 1985). Cabe, en consecuencia, que alguna de las propiedades separadas del edificio en régimen de propiedad horizontal, tenga por objeto un local o espacio que total o parcialmente no sea uno de los pisos o locales superpuestos en vertical de la edificación, siempre que además de ser susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública, se trate de locales o espacios integrantes del edificio entendido como unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística en la que la edificación constituya el elemento principal.

3. El presente supuesto se plantea en una hipótesis excepcional. Del Registro de la Propiedad (inscripción primera, relativa al local de la planta del sótano, e inscripción segunda, relativa a una división de la planta de la que resulta la finca que ahora es objeto, a su vez, de la división en que el presente recurso se cuestiona), resulta que un patio de 160 metros cuadrados, a pesar de estar "destinado a zona verde", está entre los elementos que integran el local que es objeto de propiedad separada en régimen de propiedad horizontal. El principio de legitimación registral obliga a presumir a todos los efectos legales, que el titular registral tiene, sobre ese patio, las facultades de propietario, siempre que sean compatibles con las limitaciones derivadas de la integración del terreno en el edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal y, en especial, con el destino a zona verde. Entre las facultades del propietario se encuentra la de explotar el terreno; el obligado destino a "zona verde", restringe en grado sumo los aprovechamientos posibles, pero no totalmente, puesto que del Registro resulta que tal terreno es elemento integrante de un local objeto de propiedad privada separada.

4. Las consideraciones antes expuestas, el respeto debido al principio de legitimación registral y la necesidad de que la calificación haya de atenerse a los documentos presentados y al contenido del propio Registro obligan ahora a no rechazar la división operada, por el motivo que lo hace el Registrador (sin que, por no haber sido objeto de calificación, quepa entrar en si en la división se cumplen o no otras exigencias legales).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Comentario.—Dentro de esta Resolución podemos distinguir:

1. Aspecto adjetivo: El principio de legitimación, como respeto al contenido del Registro.

2. Aspecto sustantivo: El solar sobrante de la edificación no es elemento común esencial, entendido el edificio como “unidad inmobiliaria”.

1. En el primer sentido, la presunción de exactitud de los datos jurídicos resultantes de los asientos limita el alcance de la calificación registral. La Doctrina de la Dirección General aparece en el fundamento de derecho tercero: El Registro publica una titularidad dominical y unas facultades estatutarias (dividir sin necesidad de acuerdo de la Junta de Propietarios), de las que el titular hace uso: debiendo centrarse la calificación en lo que resulte del título y del contenido de los asientos, no cabe denegar la inscripción.

No quiere, sin embargo, el Centro Directivo quedarse en resolver sólo este aspecto, y entra a sentar doctrina en el nudo del obstáculo opuesto por la nota calificatoria recurrida: ¿cabe que una porción de solar constituya parte determinada privativa en propiedad horizontal?

2. En el aspecto sustantivo, la Resolución establece que el solar sobrante de la edificación no es elemento común esencial, pudiendo adquirir carácter privativo por disposición del título constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal, o acordarse en modificación del mismo, y cita en su apoyo reiterada jurisprudencia (fundamento de derecho segundo).

El edificio debe ser entendido como “unidad inmobiliaria”, en la que la edificación constituya el elemento principal y, dentro de aquélla, podrá ser objeto de propiedad separada cualquier ESPACIO susceptible de aprovechamiento independiente, aunque ni total ni parcialmente sea uno de los pisos o locales superpuestos en vertical en la edificación.

Por último, el fundamento de Derecho cuarto añade un paréntesis (“sin que, por no haber sido objeto de calificación, quepa entrar en si en la división se cumplen o no otras exigencias legales”), que nos hace preguntarnos el por qué nos recuerda el Centro Directivo expresamente el principio de congruencia, y a qué otras exigencias legales pueda referirse.

Crítica.—El apoyo en reiterada jurisprudencia que destaca la Resolución estudiada no puede hacernos olvidar que, por primera vez, nuestro Centro Directivo tiene ocasión de abordar un tema cada vez más frecuente e importante en la práctica profesional: la parte de solar no ocupada por la edificación como objeto de propiedad separada en división horizontal, cuyo ejemplo más extendido son los llamados aparcamientos o estacionamientos de superficie.

La doctrina sentada por la Resolución es claramente permisiva: sólo es elemento común esencial la parte de solar ocupada por la edificación, pudiendo ser objeto de propiedad separada partes no integradas en la edificación, siempre que lo estén en la “unidad inmobiliaria” que el edificio supone, económica, arquitectónica y urbanísticamente

Esta tesis se aleja, a mi juicio, de la Ley de Propiedad Horizontal vigente, a impulsos de realidad social, de forma arriesgada, si no peligrosa, como trataré de argumentar:

1. El solar es elemento común esencial. No distingue la ley entre solar edificado y solar sobrante: si el solar se integra en propiedad horizontal, debe de ser todo común; el solar sobrante, si lo hay, puede ser segregado o desvinculado como elemento común, para formar una finca nueva, fuera del edificio en propiedad horizontal, pero no un elemento privativo de ésta.

Dice POVEDA: *Los Elementos Procomunales en la Propiedad Horizontal*, que “no cabe olvidar que, si bien la enumeración de elementos comunes que hace el artículo 396 —del Código Civil— es por vía de ejemplo (se dice “tales como”), sin embargo, todos los elementos comunes que se enumeran son elementos comunes por naturaleza”, y añade: “cabe sostener perfectamente que a lo que se refiere el artículo 396 es exclusivamente a los elementos comunes esenciales, sobre los que forzosamente recae un derecho de copropiedad”. Y es que, de la letra y del espíritu de la ley, resulta que sólo pueden ser privativos “los pisos o locales” o “partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente” (art. 396 CC y 3 LPH). Los demás son elementos comunes. Extender el concepto de elemento privativo a “espacios suficientemente delimitados”, sin conexión alguna con elementos arquitectónicos comprendidos dentro de sus límites, es, cuando menos, una solución extralegal.

No nos parece que el régimen de propiedad horizontal pueda ser extendido a supuestos distintos de los contemplados por el legislador, aunque el resultado pueda ser práctico. La Ley de 21 de julio de 1960 es fundamentalmente interpretativa, y el régimen de propiedad que regula se impone obligatoriamente cuando se dan los siguientes requisitos: 1) varios pisos o locales en un edificio; 2) diferentes propietarios, y 3) elementos comunes necesarios para poder utilizar los pisos o locales. Dados estos requisitos, NECESARIAMENTE hay que establecer un régimen de propiedad horizontal.

En lo que ahora nos interesa, destaquemos que los elementos privativos *no necesitan* de los elementos comunes para su adecuado uso y disfrute de tal manera que, si pudieran ser utilizados sin necesidad de elementos comunes, no habría propiedad horizontal. La propiedad horizontal es un régimen que no se puede establecer voluntariamente cuando no se dan los requisitos legales de su existencia (salvo, en origen, la pluralidad de propietarios).

Es así que, al constituir como elemento privativo una porción de solar no edificada, que pueda ser utilizada independientemente por tener salida propia a una vía pública, podríamos concebir esta parte determinada sin necesidad de elemento común alguno, luego no hay OBLIGATORIEDAD de imponerle el régimen de propiedad horizontal y, si no hay obligatoriedad, no hay POSIBILIDAD, porque este régimen legal sólo se puede imponer (obligatoriamente) cuando existe el tipo especial de propiedad NECESITADA DE ELEMENTOS COMUNES que regula.

Que la Ley de Propiedad Horizontal piensa en el solar como un TODO COMUN se demuestra además en caso de extinción del régimen, por destrucción del edificio u otro supuesto, el que todo el solar corresponde en *pro indiviso* romano a todos los propietarios. Y, anecdóticamente, ¿cómo pagaría la “plusvalía” —Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos—? ¿Por la cuota en copropiedad de elementos comunes —como todo piso o local— o por los metros que le corresponden en “pleno dominio”?

La jurisprudencia citada en su apoyo por la Resolución poco nos ayuda, ya que se refiere a supuestos bien distintos: parte, al uso privativo de patios o jardines por titulares de una parte determinada, piso o local; parte, a la posibilidad, admisible sin duda, de desvinculación y segregación de la porción de solar no edificada.

2. Unidad inmobiliaria y complejo inmobiliario.

Edificio es, para la Resolución, una unidad inmobiliaria económica, arquitectónica y urbanística, en que la edificación constituye el elemento PRINCIPAL.

Esta innovación conceptual no resulta muy clara: la edificación puede no ser

lo principal económicamente —el solar puede valer más—; no lo es jurídicamente —principio de accesión—, y desde luego, no es unidad, ya que puede negociarse por partes, pisos o locales. Arquitectónicamente, tampoco tiene que haber unidad, ni física ni jurídica. Y urbanísticamente, no parece que sea el edificio la unidad urbanística por excelencia.

La única Resolución citada en los vistos de esta que comentamos es la de 2 de abril de 1980, relativa a los complejos inmobiliarios, pero se aparta totalmente de su solución, entendiendo que la propiedad horizontal tumbada no debe aplicarse a “unidades inmobiliarias”.

Pero, si entendemos que una parte de solar puede ser elemento privativo, unidad inmobiliaria-complejo inmobiliario son realidades que pueden confluir y requerir similar tratamiento.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1989, en la línea de la Resolución que comentamos, establece que el solar sobrante no es elemento común esencial y que, al determinarse en el título constitutivo de propiedad horizontal su pertenencia a una parte determinada, su propietario tiene todas las facultades de dueño, entre ellas el derecho de edificar, haciendo suyo lo edificado. Y, podemos añadir nosotros, constituir este edificio en régimen de propiedad horizontal, con lo que tendremos dos propiedades horizontales independientes en un solar único, no establecido en “propiedad horizontal tumbada”, régimen que la Resolución de 2 de abril de 1980 quería como necesario, por exigirlo el principio de especialidad. Mas, ¿cómo saber *a priori* si nos encontramos ante una unidad inmobiliaria o ante un complejo inmobiliario?

3. El destino a “zona verde”: Llama la atención la referencia que hace el fundamento de Derecho tercero sobre el destino de la porción de solar, al decir que el titular registral tiene sobre el patio “las facultades del propietario, siempre que sean compatibles con las limitaciones derivadas de la integración del terreno en el edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, y en especial, con el destino zona verde”. Puede ser éste un primer paso para un cambio de criterio jurisprudencial en cuanto al alcance de la determinación del destino de las partes privativas, pues hasta ahora, el reiterado criterio doctrinal de nuestro Centro Directivo entendía que la simple expresión en el título constitutivo del destino de un piso o local no implicaba, sin más, la prohibición de dedicarlo a cualquier otra actividad que no estuviera expresamente prohibida en el propio título constitutivo o en las leyes.

En algunos supuestos, puede ser especialmente importante atribuir plena eficacia a la determinación del destino, para los jardines o zonas verdes, por ejemplo. Y por otra parte, podrían establecerse cautelas para impedir que la zona verde de un edificio pueda atribuirse en propiedad exclusiva al titular de una parte determinada, o que se pueda negociar con el jardín de un edificio, “parcelándolo” en partes determinadas que se puedan transmitir, incluso, a personas “ajenas” a la comunidad.

4. Los estacionamientos de superficie y supuestos análogos: La postura hasta ahora defendida, implicaría la imposibilidad de admitir en propiedad horizontal los aparcamientos de superficie y otros supuestos similares, generalizados en la realidad. Hay que buscar una solución, pero adelanto que no me parece lícita ni legal la de constituir estos estacionamientos en partes determinadas en propiedad horizontal. Aparte las dificultades teóricas expuestas, pienso en las dificultades prácticas derivadas del régimen de comunidad (¿cómo convencer a los titulares de espacios de superficie para acometer gastos extraordinarios de me-

jora del edificio, cuando sus votos sean necesarios para alcanzar mayoría? Dificultad insalvable en muchos supuestos en los que la ley impone la unanimidad).

Las respuestas tienen que venir dadas a través de la propiedad horizontal tumbada; del más clásico del "uso exclusivo" de estos espacios por titulares de pisos o locales, o a través de una reforma legislativa, todavía en borrador de anteproyecto, que deseo próxima. Muchas gracias.

L. A. S. A.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA

LAS ACCIONES DERIVADAS DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO ESTAN EXCLUIDAS DE LA APLICACION DEL ARTICULO 1.502 DEL CODIGO CIVIL
(SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Pretende el recurrente alegar la no aplicación del artículo 1.502 del Código Civil, porque sostiene que si no pagó el precio convenido fue porque los locales estuvieron ocupados unos meses por un tercero. El supuesto de hecho acreditado en autos nada tiene que ver con el que recoge el artículo 1.502 del Código Civil, circunstancia que al parecer ha pasado desapercibido también para ambos juzgadores de instancia; ya que basta terminar de leer tal artículo 1.502 para cerciorarse de que, aunque ciertamente los inmuebles en cuestión hubieran estado ocupados por un inquilino, ello no sería motivo alguno para no pagar su precio, en tanto que el referido precepto legal permite al comprador suspender el pago del precio única y exclusivamente cuando fuera perturbado “en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviese fundado temor de serlo, por una acción reivindicatoria o hipotecaria”, nunca por otra clase de acciones; por tanto quedan excluidas las derivadas de contratos de arrendamiento o de otra clase que no sea las de carácter real señaladas en la norma. Y la jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración que el artículo 1.502 es de interpretación restrictiva, siendo únicamente por el ejercicio o el temor de ejercicio de acción reivindicatoria o hipotecaria por lo que se puede suspender el pago del precio (Sentencias, entre otras, de 5 de noviembre de 1959 y 14 de marzo de 1986).

ARTICULO 1.504: LA ACEPTACION POR EL REQUIRENTE VENDEDOR DE UN PAGO PARCIAL IMPIDE LA RESOLUCION (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Se entiende que no hay incumplimiento cuando no se alegan ni prueban circunstancias demostrativas de un irrespetuoso proceder del comprador con lo acordado, y por tanto con las pautas de buena fe que

ha de presidir la ejecución contractual, a pesar de lo cual el cumplimiento no se realizó por causas ajenas a su ánimo diligente, y que son reveladoras de ausencia de voluntad directamente de incumplimiento. Ante el primer y único requerimiento notarial de pago del resto del precio efectuado por el vendedor al comprador, éste con posterioridad le entrega la suma de un millón de pesetas, que es aceptada por el destinatario o acreedor con tal carácter, de lo que se deriva que con su decisión aceptoria está como renunciando o eludiendo la sanción que a su favor establece el artículo 1.504, de poder instar la resolución cuando el requerimiento no fuera atendido, ya que aunque el mismo lo fue de forma parcial, si en cambio determinó la receptividad cooperante en orden a la *solutio* del vendedor, por lo que ha de apartarse en esta primera fase del cumplimiento el peso de la literalidad de la sanción resolutoria prevenida en dicho artículo.

Es sabido, según entre otras la Sentencia de 1 de junio de 1987, en cuanto a la naturaleza divergente entre las encontradas tesis mantenidas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica y efectos del acto de requerimiento, para unos constitutivo de una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce, y para otros, notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimación para que éste se produzca, tiene declarado esta Sala que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil como un acto jurídico complejo integrado en su fin principal como una declaración unilateral de la voluntad a la que la ley anude un efecto resolutorio contractual condicionada, es decir, que en la finalidad última, que es el ejercicio de la jurisdicción, se condiciona en su sentido técnico jurídico o se subordina el cumplimiento de un acto, el pago por el deudor comprador, por lo que se integra una verdadera y propia declaración unilateral de voluntad encaminada a la resolución del contrato de compraventa, obstativo del pago posterior del precio por el deudor.

DIFERENCIA ENTRE LA OBJETIVACION DE LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Una cosa es la objetivación de la culpa que se ha venido operando en el marco de la doctrina de esta Sala a través, de la llamada “responsabilidad por riesgo”, bien a través de sus equivalentes de la “presunción de culpa”, o de la “inversión de la carga de la prueba”, que sientan con la cualidad de *iuris tantum* la culpa del actor quien, en consecuencia debe acreditar que el evento dañoso producido no le es imputable; y otra la que hoy recibe, no muy adecuadamente, bien que haya hecho fortuna, la denominación de “responsabilidad objetiva”, en cuanto como se ha dicho alguna vez por esta Sala, se trata realmente de una obligación legal de indemnizar, que proyecta el deber de resarcir sobre todos aquellos que hacen uso o se benefician de la utilización o explotación de algún medio que, aun cuando legalmente permitido por contribuir a la mejora del nivel social, su explotación implica riesgos para terceros, manifestación ésta que conforme señala el artículo 1 del texto refundido de la Ley 122/1962, de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, promulgada por Decreto 632/1968, de 11 de marzo, no admite otras exclusiones a dicha responsabilidad que la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

REQUISITOS DEL DOLO (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Definido en el artículo 1.269 del Código Civil el dolo como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado

A LAS PRENDAS ATÍPICAS NO LES ES DE APLICACION EL ARTICULO 1.922 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El pacto vinculando una imposición a plazo fijo, como garantía de la apertura de un crédito, no constituye un derecho de prenda propiamente dicho, y en su consecuencia no goza de las preferencias que señala el artículo 1.922-2.º del Código Civil; se trata pues de un contrato atípico, pero de ninguna forma nulo o anulable, como pretende el recurrente, ya que está amparado por el artículo 1.255 del Código Civil; pero lo que sí es cierto, es que no le pueden ser de aplicación los artículos que se citan como infringidos en este motivo, pues no nos encontramos ante una prenda propiamente dicha o típica, que es la regulada en dichos preceptos.

SEGURO DE DAÑOS: LA INDEMNIZACION HA DE LIMITARSE AL CONCRETO DAÑO (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Caracteriza el seguro de daños el que la prestación del asegurador, consistente en la indemnización del daño causado al asegurado, se determina por la cuantía precisa del daño de forma tal que, producido el evento cuyo riesgo se asegura, la indemnización ha de limitarse al concreto daño; consecuencia de ello es que el llamado por la doctrina científica principio indemnizatorio que, implícito en el derogado artículo 1.795 del Código Civil en relación con el artículo 2, párrafo 1.º en su inciso último del Código de Comercio, ha sido recogido de forma expresa en el artículo 26, inciso primero de la citada Ley de 1980, al decir que “el Seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado”, estableciéndose a continuación en este precepto legal el criterio a seguir para la determinación del daño, y para ello “se atenderá el valor del interés asegurado en el momento anterior a la realización del siniestro”; en consecuencia, la indemnización a abonar por el asegurador no podrá ser superior al valor del daño causado y así dice la Sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 1986 que “tanto a tenor de lo que disponía el Código Civil como lo que preceptúa al respecto la vigente Ley de 8 de octubre de 1980, en este tipo de seguro de daños no procede el aumento que no corresponda a una pérdida o daño previo, esto es, a una disminución patrimonial”.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS INTERVINIENTES EN LA CONSTRUCCION NATURALEZA DE LA ACCION DECENAL (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Cuando, como en el presente caso ocurre, no es posible determinar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en el proceso constructivo (art. 1.591 del Código Civil), surge entre los mismos una responsabilidad solidaria, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 16 de marzo de 1984, 22 de septiembre de 1986 y 17 de mayo de 1988, entre otras), siendo facultad del perjudicado en estos casos, dirigirse contra todos o alguno de los presuntos responsables, ello sin perjuicio de quedar vigente la relación interna peculiar de la solidaridad, conforme al artículo 1.145 del Código Civil.

El plazo que establece el párrafo primero del artículo 1.591 del Código Civil no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como “decenal”, que dicho precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno forzosamente dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra, de tal manera que si el expresado plazo transcurre sin haber ocurrido el referido evento, la acción ya no podrá nacer, por haber precluido el mencionado plazo de garantía. En cambio, una vez nacida la acción por haberse producido o exteriorizado la ruina dentro de dicho período de tiempo, el plazo de prescripción de la misma es el general de quince años, que para las acciones personales que no tengan señalado un término especial de prescripción, establece el artículo 1.964 del Código Civil, siendo el *dies a quo* de dicho plazo prescriptivo la fecha en que se produjo la ruina o se manifestó el vicio ruinógeno.

ERROR JURIDICO: DIFERENCIAS CON EL ERROR JUDICIAL (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El error en el sentido jurídico supone el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o hecho o de las reglas jurídicas que lo disciplinan (Sentencia de 29 de septiembre de 1987). El error judicial puede producirse en uno y otro ámbito, distinguiéndose entre error *de facto* y *de iure*, y como su construcción es netamente jurisprudencial, la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal Supremo permite configurar el error judicial de la siguiente forma: “no dimana de la simple revocación o anulación de resoluciones judiciales, produciéndose por haber sido aplicados a los hechos indebidamente un precepto legal que no les cuadre o dejado de aplicársele el que le corresponde, o cuando el que lo haya sido se les hubiera ocupado con errónea interpretación de su texto” (Sentencia de 5 de octubre de 1987), “incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley” (Sentencia de 4 de febrero de 1988), “no puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera que hubieren sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales”.

LA EFICACIA RETROACTIVA DE LA RATIFICACION DE UN CONTRATO 'NO PUEDE PERJUDICAR A TERCERO' (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en numerosas Sentencias, la de que, tanto en el caso del artículo 1.259-2 del Código Civil, como en el caso del artículo 1.727-2 del mismo cuerpo legal, la posterior ratificación del contrato tiene eficacia retroactiva entre las partes contratantes, con lo que sus efectos se entenderán válidos y plenamente existentes al momento de la celebración por el representante del negocio en cuestión; ahora bien, tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron del primitivo dueño algún derecho incompatible con la nueva propiedad y así se reconoce por la doctrina científica y se desprende la jurisprudencia de esta Sala, que en la Sentencia de 31 de enero de 1978, última de las citadas en el motivo tercero del recurso, funda el reconocimiento de efectos retroactivos a la ratificación en la prioridad de ésta sobre el embargo practicado al decir “en cuanto que la ratificación tuvo lugar sin que hubiera mediado revocación alguna antes de que se dictase el mandamiento de embargo, con la inevitable eficacia retroactiva al momento de la celebración del contrato”, de donde se sigue que la ratificación posterior al mandamiento de embargo y su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad no producirá efectos con carácter retroactivo frente al acreedor que obtuvo el embargo.

REQUISITOS DEL TERCERO HIPOTECARIO (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—En Sentencia de 19 de julio de 1989 se fijaron así sus requisitos: 1. Que actúe de buena fe: Que en el momento de adquirir desconozca o ignore la existencia de una inexactitud del Registro, por discrepar su contenido de la realidad material, creyendo que los hechos referentes a la adquisición se presenten tales y como en el Registro aparecen; no habrá buena fe si los bienes a adquirir aparecen en el Registro como libres y no perturbados, y el adquirente sabe y le consta que están gravados o perturbados. 2. Que adquiera a título oneroso: O sea en virtud de una contraprestación en su parte patrimonial, determinada y exigible. 3. Que el transferente tenga inscrito su derecho: Que se subdivide en a) que su adquisición sea derivativa de su anterior titular, y b) que el precedente titular tenga inscrito su derecho y aparezca con facultad de transmitirlo. 4. Que el adquirente inscriba su derecho: Una vez efectuada su adquisición, será preciso que ésta se inscriba asimismo en el Registro, a favor del nuevo titular. 5. Que si se declara ineficaz el derecho del transmitente, sus causas no consten en el Registro: Es un requisito de posterior dación, es decir, una vez verificados los anteriores. En realidad va inmerso en el principio de buena fe, pues éste exige que el adquirente desconozca la existencia de cualquier inexactitud registral, o discrepancia con la realidad extrarregistral, que serán las únicas fuentes de donde provendrían en su caso esa nulidad o resolución del derecho del otorgante. 6. Identidad en el contenido objetivo de la inscripción: Nos referimos sencillamente al natural presupuesto de que los términos de la inscripción del adquirente concuerden con los transferentes, en el sentido de que según sean éstos, se puede inscribir el derecho del segundo en su capacidad, cantidad y calidad; de cuyos requisitos sobresalen la BUENA FE del adquirente.

LA DACION EN PAGO ES UN NEGOCIO PRO SOLUTO, Y LA CESION DE BIENES, PRO SOLVENDO (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Se produce una “dación en pago” cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida (*aliud pro alio*), con acuerdo para tener por extinguida la obligación (dación solutoria), calificándose por la jurisprudencia como contrato oneroso de enajenación, que tienen por finalidad la sustitución del pago por esa transmisión (S. de 20 febrero de 1967), o bien de negocio jurídico complejo que participa de las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto (S. de 15 de mayo de 1983), ya de “figura con caracteres propios, por su finalidad extintiva de las obligaciones, como negocio de pago” (S. de 5 de octubre de 1987), pero en ningún caso el acreedor puede reclamar la prestación primitiva. Por el contrario, en la cesión de bienes (art. 1.175 del Código Civil) que el deudor realiza a los acreedores en pago de sus deudas, sólo se libera de responsabilidad por el importe de los bienes cedidos, salvo pacto en contrario, si el importe de dichos bienes no cubre el total de lo debido. La dación en pago es pues un negocio *pro soluto*, mientras que la cesión de bienes es un negocio *pro solvendo* sin efectos libratorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden los bienes y con su importe se pague a los acreedores de modo total o parcial, produciendo la extinción también total o parcialmente.

No existe en el Código Civil precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo la obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo. Esta asunción liberatoria del primitivo deudor hay que distinguirla de la asunción cumulativa, acumulativa o de refuerzo, en la que un tercero se une al deudor originario con vínculo solidario, señalando la Sentencia de 28 de septiembre de 1960 que esta figura se diferencia esencialmente de la fianza en el que se adhiera a la deuda la asume como propia, queriendo por tanto responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste, mientras que el fiador asume en cambio la responsabilidad por deuda ajena; no existiendo en nuestro Derecho obstáculo alguno a que un nuevo deudor se adhiera a la deuda, y en los casos de asunción acumulativa, dada la naturaleza de la operación, la solidaridad será siempre conforme al propósito de las partes.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NO HACE FALTA LA APROBACION DE LA JUNTA DE COPROPIETARIOS PARA LA DIVISION DE UN PISO, SI AMBAS PARTES RESULTANTES SIGUEN PERTENECIENDO AL MISMO DUEÑO (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Reconociendo el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal al dueño de cada piso o local el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, en el que incluye los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas las clases que estén comprendidas dentro de un límite y sirvan exclusivamente al propietario, y aclarando el 7 que el propietario podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuan-

do no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, facultando asimismo el 8 la división material de los pisos o locales para formar otros más reducidos o independientes, parece lógico concluir que la actividad realizada por la entidad demandada, al fraccionar en dos el local de su propiedad, sin que con ello alterase la seguridad o estructura del edificio, en modo alguno faculta a los demás propietarios para solicitar y obtener judicialmente la demolición de las obras realizadas, máxime cuando en modo alguno consta acreditado que con ello se produjera perjuicio alguno al resto de los copropietarios.

Por otra parte, y si bien es cierto que el párrafo 2 del artículo 8 requiere la aprobación de la Junta de Propietarios para la división material de los pisos o locales, también lo es que, claramente se deduce del tenor literal del precepto, ello sólo será necesario cuando, por atribuirse los pisos o locales resultantes de la división a propietarios diferentes, se produzca una alteración de las cuotas de participación, supuesto en el que es procedente la fijación de cuotas nuevas de participación para los pisos reformados, pero no cuando ambos locales quedaron en manos del mismo y anterior propietario, lo que hace innecesaria la fijación de nuevas cuotas y no permite atribuir al incumplimiento de este siempre conveniente sometimiento a la Junta un carácter antijurídico tal que comporta la declaración judicial de demolición de las obras.

COMPRAVENTA: LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO SOLO PUEDE APOYARSE EN ACCIONES REIVINDICATORIAS O HIPOTECARIAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala tiene declarado que el derecho de suspender el pago del precio o la resolución en los contratos de compraventa, que conceden los artículos 1.502 y 1.503 del Código Civil, exige para su aplicación, no sólo la circunstancia de que quien pretenda ampararse en ellos, acredite en debida forma los hechos demostrativos de la pérdida resolutoria de la cosa y del precio, debidamente valorados por el juzgador, sino además que estos hechos provengan, en cuanto a la suspensión del pago, del ejercicio de acciones reivindicatorias o hipotecarias, únicas que pueden conducir a semejante resultado, dado que tales preceptos, por su carácter restrictivo, no pueden ampliarse a otros casos distintos de los comprendidos en el texto legal.

EL DERECHO AL PRESTIGIO PROFESIONAL HA DE ACOGERSE A LA TUTELA DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1989).

Hechos.—El jugador del Atlético de Madrid Fraguas hizo al diario “Marca” unas declaraciones en las que criticaba al Médico de ese Club. El Doctor demandó al futbolista que es condenado en la instancia, pero absuelto por el Supremo.

Doctrina de la Sentencia.—Como ya declaró la Sentencia de 2 de marzo de 1989, los derechos fundamentales coexisten con otro grupo de derechos de la persona, aquellos son llamados personalísimos encuentran una protección jurídica especial, como ocurre con el honor, la intimidad personal y familiar y la

propia imagen, al paso que los últimos encuentran su tutela jurídica cuando son vulnerados, habiéndose catalogado entre estos últimos el prestigio profesional, como patrimonio espiritual de la persona, protegiéndose los primeros en el ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, al paso que los segundos han de acogerse a la tutela genérica del artículo 1.902 del Código Civil.

J. Q. S.

D) FAMILIA

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

RECONOCIMIENTO E INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons y con el voto particular contrario del Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelada contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Benidorm número 1, conforme a los siguientes fundamentos:

Segundo.—1. El motivo formulado, amparado en la infracción del artículo 135 del Código Civil y 39, 3, de la Constitución, parte, en realidad, de una petición de principio, cual es la de que la negativa a someterse a las pruebas biológicas, presupone un reconocimiento de la paternidad que se postula.

El motivo merece una profunda reflexión habida cuenta de la extraordinaria innovación que ha supuesto en nuestro sistema procesal y en el Derecho familiar frente a posturas obsoletas y negativas a ultranza más aún si se tiene en cuenta su estrecha relación y vinculación con los supuestos contemplados en el artículo 127 del Código Civil y en el 39,2 de la Constitución Española, habida cuenta, principalmente, del interés preponderante que se concede a la filiación y, con ella, a los legítimos y superiores de toda sociedad de estadio cultural avanzado en que se potencian los intereses familiares y sociales frente a los estrictamente individuales representados por la protección que se dispensa a la intimidad y a la integridad consagrados en los artículos 15 y 18 de la propia Constitución.

En efecto, en este orden de ideas, no hay que olvidar que si la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso es, a su vez, el objeto del proceso y, en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre el que han de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas, cuya negativa, por parte del sujeto a someterse a ellas, conculcaría la declaración programática del artículo 39, 3, *in fine*, de la Constitución cuando proclama que la ley posibilitará la investigación de la paternidad, como lo ha hecho el Código Civil en los artículos pertinentes conforme a la reforma llevada a cabo en la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Y, en otro orden de ideas se harían ilusorias las posibilidades de obtener la tutela efectiva en derechos tan legítimos como los que se postulan y concluirían, en definitiva, a una denegación de un medio de prueba a quien no tiene a su alcance más que la práctica de las pruebas biológicas para demostrar la paternidad que se demanda, pues no hay que olvidar que, en caso de que se diera un alcance inusitado a la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas se premiaría a quien se comportase en el proceso de tal guisa y se condenaría al inocente al privarle de todo medio de prueba, más aún si se tiene en cuenta la fiabilidad absoluta, hoy por hoy, en cuanto a la exactitud de la prueba biológica negativa y al elevadísimo porcentaje de fiabilidad en cuanto a aquellas otras que determinan la posibilidad de la paternidad en el caso concreto.

Finalmente, la tesis que se propicia, encuentra su fundamento en la evolución jurisprudencial que sobre la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas en las Sentencias de 27 de junio, 17 de julio, 5, 12 y 14 de noviembre de 1987 y 11 y 18 de marzo del corriente año, terminado su proceso en la más reciente de 21 de mayo último.

2. Analizando el material probatorio recogido en la Sentencia de instancia y que ahora se impugna, prontamente se advierte que el comportamiento del demandado es netamente obstruccionista, negativo, de absoluto rechazo, desplazando a la parte contraria una prueba que él no posibilita y aludiendo la prueba negativa de su paternidad, pese a su exactitud desde el punto de vista médico-histológico y haber mantenido en el proceso tal postura defensiva, más aún si se tiene en cuenta que admitidas las pruebas biológicas en el periodo probatorio, en ningún momento se sometió a ellas, y acordado por el Juez su práctica por providencia para mejor proveer, fue objeto del oportuno requerimiento judicial, sin que en ningún momento accediera a ello.

Tal actitud no comporta una *ficta confessio*, como llegó a afirmarse en la Sentencia de primera instancia, sino un indicio revelador de un afán obstruccionista y que denota hasta un fraude de ley a que hace referencia el artículo 4 del Código Civil y de un ejercicio antisocial del derecho que consagra el número 2 del artículo 7 del mismo cuerpo legal, más aún cuando los conocimientos culturales están en el orden del día y forman ya parte del acervo cultural.

Finalmente, habida cuenta de la amplitud de probanzas y medios que la ley brinda generosamente en esta materia (art. 127 del Código Civil), no cabe aplicar criterios obsoletos a la información testifical previa para descalificarla por no ajustarse en su práctica a la legal testifical, máxime si se tiene en cuenta su raigambre en el sistema judicial español y en el que el destinatario es el juez *inaudita parte*, procede concluir que acreditadas las relaciones sexuales en el tiempo hábil para la concepción y las reiteradas negativas del demandado a someterse a las pruebas biológicas solicitadas por la contraparte y a no haber suministrado la absoluta e irrefutable de no ser el padre como sostenía en su escrito de contestación y a través de todo el proceso, procede concluir con la estimación del motivo casacional invocado y casar la Sentencia impugnada, confirmando el fallo de la de primera instancia.

Fundamentos jurídicos.—1. El primer motivo del recurso lo ampara la parte recurrente en el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a todo lo largo de su desarrollo, el pretendido error apreciativo, y la consiguiente equivocación del Juzgador, se tratan de justificar mediante un especial e interesado proceso valorativo, realizado por la parte que recurre sin base documental alguna, e incluso con la ausencia de cualquier clase de prueba que obra en las actuaciones, ya que la parquedad de la propuesta y practicada (únicamente

la de confesión) impide cualquier clase de valoración que no sea la estrictamente presuntiva; esta concreta circunstancia, y la abundante doctrina de esta Sala relativa a la exigencia de ciertos elementos necesarios para la admisión del motivo alegado, vedan la estimación del mismo.

2. En el motivo segundo se aduce la infracción del artículo 39.3.º de la Constitución Española, y el 135 del Código Civil, usando la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y centrado todo el problema expositivo en el valor probatorio que debe darse a la negativa del demandado a dejarse efectuar las pruebas biológicas sobre paternidad. La Sala de instancia, acorde con la doctrina jurisprudencial, y en especial con la establecida en la Sentencia de 14 de octubre de 1985 que allí se cita, sólo reconoce a tal negativa, un valor indiciario, todo lo valioso que se quiera, pero necesitado de estar unido a otras pruebas para poder producir el convencimiento de la paternidad que se reclama (según se añade en la Sentencia de 27 de junio de 1987); doctrina ésta que por su abundancia puede entenderse consolidada, y en la que en cualquier caso, se excluye la *ficta confessio* (Sentencias de 7 de febrero y 8 de julio de 1986, 27 de junio y 12 y 14 de noviembre de 1987). El sistema jurídico que rige actualmente en nuestro país después de la Ley 11/1981, concede, para la investigación de la paternidad, dos clases de pruebas: las directas, entre las cuales y como más conocida está el análisis de los grupos sanguíneos, fiable absolutamente para descartar la paternidad, y con bastante aproximación para acreditarla, y los indirectos o presuntivos referidos; al consentimiento expreso o tácito, a la posesión de estado, a la convivencia con la madre en la época de la concepción, y a otros hechos de los que se infiera la filiación de un modo análogo; la negativa a dejarse practicar la prueba biológica entra en el grupo de las presuntivas, pero tal negativa, como tiene declarado esta Sala, al constituir el hecho-base debe conducir congruentemente, mediante las reglas del criterio humano al hecho-consecuencia, siendo este proceso función exclusiva del Tribunal *a quo*, sin que pueda exigirse tal actividad, ni tampoco impugnarse en casación, la circunstancia de no haberse empleado en la instancia la especial facultad que concede el artículo 1.253 del Código Civil, pues al admitirse tal práctica se convertiría este recurso revisorio en una nueva instancia (Sentencias de 11 de abril de 1947, 5 de octubre de 1966 y 21 de octubre de 1982).

3. En el caso que contemplamos no existe en los autos ninguna clase de prueba que venga a justificar, aunque sea de un modo indiciario, las relaciones íntimas existentes entre el demandado y la recurrente, pues la *información testimonial*, practicada antes de la admisión de la demanda, agotó su finalidad con dicha admisión, al igual que ocurre con las disposiciones de los artículos 1.652 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de ninguna forma puede ser considerada como un medio probatorio, pues no está revestida de las garantías procesales mínimas respecto a: juramento, imparcialidad, tachas, intervención directa de las partes, etc., que exigen los artículos 637 y siguientes de la Ley Procesal. Al no figurar en autos más que la prueba de confesión, en la que nada se reconoce sino todo lo contrario, la parte recurrente pretende en su recurso que este Tribunal efectúe el proceso presuntivo que no se realizó en la instancia, y que esta presunción tenga además como única base fáctica la negativa del demandado a dejarse practicar las pruebas biológicas de paternidad, lo que supone prácticamente tanto como atribuir a esta actitud obstruccionista los efectos de la *ficta confessio*, que el artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza para otros distintos supuestos, y que esta Sala tiene negado para los casos de investigación de la paternidad. Por todos los razonamientos que han

sido expuestos anteriormente, la única conclusión viable es el decaimiento también de este segundo motivo.

Comentario.—Se muestran en esta Sentencia las dos tesis que tienen dividida a nuestra jurisprudencia: la que considera que el oponerse a la prueba biológica o del modo que sea no prestarse a ella, aunque no impliquen —al menos teóricamente y para salvar lo absurdo de esa conceptualización que, desde luego, repugna al sentir jurídico— una *ficta confessio*, si entraña un indicio de extraordinario valor, revelador de un afán obstruccionista y hasta de un fraude a la ley y un ejercicio antisocial del derecho, siendo admisible técnicamente su revisión en casación contra el criterio sustentado en la instancia; y, por otra parte, la que estima que entrañando esa negativa una presunción simple, con mero valor indiciario, pero necesitado de estar unida a otras pruebas para producir el convencimiento de la paternidad que se reclama, y que, por ser función exclusiva del Tribunal *a quo* no puede impugnarse en casación técnicamente, pues de admitirse tal práctica se convertiría la casación en una nueva instancia.

RECONOCIMIENTO DE FILIACION. POSESION DE ESTADO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1988).

Ejercitada por el padre acción contra la madre de la criatura pidiendo se declare su paternidad no matrimonial, desestimada su petición por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón, Sentencia confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso y, en consecuencia, declara que el actor es el padre no matrimonial de la niña, cuya madre es la demandada, con los consiguientes apellidos y deja para la ejecución de Sentencia la determinación de otros extremos pedidos en la demanda, ejecución ha de tenerse como base el carácter tuitivo y responsable de la paternidad, con los deberes inherentes a la misma, frente a posibles aspiraciones particulares de sus progenitores (esto, sin duda, para salir al paso de algún interés patrimonial egoísta por parte del padre, ya que, al parecer, la situación económica de la madre era más favorable). Todo ello conforme a los siguientes fundamentos.

En el primer motivo del recurso se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos consistentes en el testimonio de particulares de los Autos de separación matrimonial 436/80 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón.

La Sentencia de la Audiencia afirma al respecto que “lo que no está acreditado suficientemente, y esto es lo decisivo, es que la niña a partir de su nacimiento estuviese en posesión de estado respecto a su progenitor, pues la pregunta séptima del interrogatorio del demandante, que es la más importante en torno a tal hecho, es contradicha por la testifical de la madre de la niña, incluso por las personas que con mayores razones de conocimiento podrían atestiguar una convicción estable y familiar y, además, es tan genérica que no revelan un comportamiento del actor que garantice sin duda su actitud de padre de la niña, máxime si el tiempo de junio a diciembre, sólo seis meses, ha sido tan breve como ausente de hechos de entidad bastante como para estimarlos reveladores de lo que se trata de probar, teniendo en cuenta además que no cabe tener en

cuenta hechos posteriores a diciembre de 1980 respecto de lo que no existe ninguno acreditado en orden al *nomen*, *tractus*, y *fama*, y por ello no cabe acceder a la acción ejercitada...”.

Ante tal pronunciamiento de la Audiencia este primer motivo ha de ser desestimado al no haberse acreditado —tal como la Sala *a quo* puntualiza— que la niña se encontraba al momento de la interposición de la demanda o en época anterior o próxima en “constante posesión de estado” respecto a su supuesto progenitor (art. 131, 1.º del Código Civil). Posesión de estado de filiación, que tal como esta Sala ha declarado con reiteración, no es más que una situación residual en que puede hallarse un hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o del círculo familiar permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la Sentencia firme que así lo proclame (Sentencias, por ejemplo, de 19 de noviembre de 1985 y 10 de marzo de 1988). La posesión de estado consiste, por tanto, en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero conocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo, siendo catalogada tradicionalmente tal circunstancia como cuestión de hecho a los efectos casacionales.

2. En el segundo motivo se denuncia, en cambio, con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692, la infracción de los artículos 127, 131 y 135 del Código Civil y 39 de la Constitución Española y de la jurisprudencia dictada sobre dichos preceptos.

Dicho motivo ha de ser estimado, superando al respecto ciertas rigideces formales de carácter procesal nacidas de la alegación referida a la posesión de estado, pues ello conduciría, ante la peculiar singularidad del caso debatido, a un resultado ilógico y absurdo que repugnaría al Derecho y a un elemental razonar lógico. En efecto, partiendo de que estamos en presencia de un tema de filiación y, en consecuencia, propio del Derecho de familia, con las conocidas peculiaridades que le sitúan como un *tertium genus* entre el Derecho privado y el público, no cabe minimizar tales características que constituyen precisamente el soporte definitorio de esta singular parcela del Derecho. En el caso de autos hay que destacar, además, que la paternidad del actor o recurrente respecto de la niña ha venido a ser admitida expresamente por la madre y reconocida y reiterada *in voce* por su Abogado en el acto de la vista ante esta Sala, insistiendo dicha parte, en cambio, en la falta de prueba por parte del actor y hoy recurrente en orden a la posesión de estado alegada y mantenida por éste. Tal erróneo planteamiento del actor en el presente recurso ha de ceder, sin embargo, ante las declaraciones y afirmaciones inequívocas de la contraparte, de valor y trascendencia sustancial y definitiva, que superan y desbordan la categoría misma de posesión de estado (*nomen*, *tractus* y *fama*). Categoría que no ha de olvidarse que propiamente sólo es —y esto es decisivo a los efectos de la presente casación— exigencia mínima de las previsiones contenidas en el Código en materia de acciones de filiación (arts. 127 a 141, ambos inclusive) y que ha sido definida y conceptuada por esta Sala, en fiel concordancia con lo anterior, como situación residual en que puede encontrarse un hijo frente a otras probanzas o declaraciones de mayor rango o eficacia jurídicas.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1988).

El Tribunal Supremo admite la prueba biológica conforme a los siguientes fundamentos en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Matías Malpica y González Elipe.

1. La demanda formulada por la madre en representación de los intereses de su hija al objeto del reconocimiento judicial de la paternidad del demandado respecto de la neófita Marta S. B., inscrita en el Registro Civil de Granada como nacida el 4 de enero de 1984, con la indicación a efectos de identificación de ser el padre "Luis" y la madre la demandante cuyos apellidos ostenta y cuya inscripción se verificó por declaración de la misma madre, tenía por objeto dicha demanda la rectificación del asiento de inscripción de nacimiento, haciéndose constar como apellidos, resultado de la investigación de paternidad, los de V. R. en lugar de los que ahora constan, habiéndose solicitado por vía reconventional por el demandado, si bien con carácter subsidiario para el caso de que se acreditara la paternidad propugnada por la parte actora, que no se limite tal declaración a la rectificación registral impetrada sino a la declaración de cuantos derechos y obligaciones establece el Código Civil en cuanto a los hijos matrimoniales y no matrimoniales respecto a alimentos, visitas, patria potestad, etc., habiéndose accedido en ambas instancias, la Sentencia de apelación confirma la de primer grado—, a las peticiones de la demanda y reconvención, consecuentes éstas al reconocimiento de paternidad que ha sido el principal e inicial propósito de la promoción de esta litis.

2. El motivo primero del recurso, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de las normas procesales con la consiguiente indefensión para el recurrente, contenidas en los artículos 611, 613, 628, 630 y 340-3.º-5.º y último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, cuyas Sentencias cita. El motivo tiene como finalidad la declaración de que se tenga por no practicada la prueba pericial biológica como consecuencia de: a) Que habiendo sido admitida la prueba pericial conducente al análisis de las muestras de sangre de la niña y del presunto padre demandado y ahora recurrente, el informe emitido por el Perito Médico designado al efecto se refiere no sólo al resultado de tales análisis, sino al efectuado al propio tiempo a la madre, demandante y aquí recurrida; y b) Porque ha sido denegada la práctica de nuevas aclaraciones solicitadas por su escrito de 23 de diciembre de 1986, a las expuestas por el Perito judicial, a requerimiento del Juez de Primera Instancia con asistencia de ambas partes el día 22 de diciembre de 1986, por haberlo así acordado en providencia para mejor proveer.

3. El motivo primero que se estudia es improsperable: a) Porque no interfiriendo en forma alguna el análisis de la sangre materna en el efectuado respecto de la niña y de su presunto padre sobre todo en forma peyorativa para el resultado obtenido de estos últimos es de toda evidencia que no dañando, antes bien clarificando, el resultado de la pericia acordada en autos, ni puede producir nulidad ni tampoco indefensión de los derechos del demandado. El resultado comparativo de las muestras hemáticas de la hija y de su presunto padre están ahí en la realidad de los hechos y ellos no se verían modificados ni ahora ni luego en una reproducción de los mismos, ya que el análisis de la madre es biológica y procesalmente irrelevante, y habiéndose practicado el análisis acordado en el

período de prueba con todas las garantías procesales, así como la emisión del juicio pericial en la forma establecida en las normas procesales que se invocan como infringidas, estamos en el supuesto previsto a *contrario sensu* en el artículo 238-3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que ha de proclamarse su validez; y b) Porque habiendo asistido el recurrente al acto judicial en que tuvo lugar la aclaración promovida de oficio por el juzgador de instancia, en providencia para mejor proveer precisamente para obtener la aclaración relativa a la posible incidencia en el informe final del análisis de la sangre de la madre, tuvo ocasión el recurrente en ese momento procesal, para a su vez solicitar las nuevas aclaraciones que luego, posterior e inoportunamente, instó en escrito de 23 de diciembre de 1986, siendo así que lo único que le era factible —como bien señaló en el auto de 23 de enero de 1987 el Juez de Primera Instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se les instruyó a las partes en el acta de aclaración del informe pericial— era no pedir nuevas aclaraciones, sino puntualizar lo que a su juicio estimaran conveniente acerca del alcance e importancia de la aclaración practicada, o lo que es lo mismo, la simple expresión de un juicio de valor procesal de la misma de acuerdo con su criterio. Y no es ocioso añadir a lo expuesto que la doctrina unánime de esta Sala mantiene el criterio de irrecurribilidad de las providencias para mejor proveer y de las que de ellas se deriven, como “actos que son de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional para formar su propia convicción, sin suplantar la negligencia de las partes en su deber de probar los hechos alegados cuando estime que, a su juicio, alguno de ellos quedó confuso o poco determinado, lo que supone no una obligación sino una facultad del Juez, como lo revela la expresión legal “podrán”, contenida en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (Sentencias de 2 de abril de 1982, 2 de junio y 8 de octubre de 1987).

4. El motivo segundo denuncia el error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en los autos, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para lo que señala como tal documento acreditativo del error la Sentencia de 8 de julio de 1983, por la que se declara el divorcio, lo cual supone —dice el recurrente—, que como es esta la fecha que da estado oficial y vinculante *erga omnes*, todos los demás documentos de carácter privado aportados al procedimiento (documento de 13 febrero 1980 por el que los cónyuges —actora y su marido, don Juan Jesús H. M.— acuerdan la separación de forma amistosa; convenio regulador de 24 mayo 1983; demanda de divorcio de 6 junio 1983) no pueden contrarrestar la virtualidad de la Sentencia de divorcio, la que determina que hasta entonces entre en juego el artículo 116 del Código Civil con la presunción de hija matrimonial respecto de la inscrita Marta S. B. El motivo fracasa porque se olvida que las Sentencias de instancia afirman de modo rotundo (Considerando segundo *in fine* de la Sentencia de 2.º grado) “que la madre vivía separada de hecho de su marido desde el 13 de febrero de 1980, como consta en la Sentencia de divorcio solicitada de común acuerdo y dictada el 8 de julio de 1983, que tiene fuerza de cosa juzgada, y por consiguiente la fecundación de la hija es posterior a la separación de hecho, lo que significa que esta presunción *iuris* no tiene lugar, no habiéndose probado, por otra parte, en estos autos una posible reanudación de la vida conyugal, ni siquiera esporádicamente. Por todo lo cual, y con base en las pruebas practicadas, que han sido valoradas en su conjunto, la Sala llega a la certeza de que don Luis V. R. es el padre de doña Marta S. B. a todos los efectos legales”, y como quiera que tal proclamación no se ha impugnado en cuanto supone un *mentis* a la presunción *iuris tantum* que en dicha norma sustantiva se contiene, es eviden-

te que la Sentencia de divorcio señalada en apoyo de la tesis del recurso no puede contrarrestar la declaración fáctica del juzgador de instancia, ya que dicha Sentencia obviamente no refleja ni puede reflejar la realidad biológica de la filiación de la neófita, por lo que carece de la eficacia connotadora del error que se denuncia en esa particular y trascendente cuestión, aparte de que en el mejor de los supuestos, la valoración conjunta de todas las pruebas practicadas no puede casacionalmente verse mermada en su virtualidad por la propotencia que singularmente quiere conferirse por el recurrente a tan sólo uno de los instrumentos probatorios obrante en las actuaciones, lo que está proscrito por la doctrina de esta Sala (Sentencias de 5 de marzo y 2 de abril; 8 y 27 de mayo, 9 de julio y 6 de octubre de 1986, y 3 de marzo de 1987), y ello sin perjuicio de que el recurrente ha de aceptar íntegramente el contenido del documento que ofrece en contraste del error denunciado, no siéndole lícito resaltar los particulares que apoyen su tesis con rechazo de los demás.

RECONOCIMIENTO E INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA
(SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1989).

Confirma la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albárete que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Puertollano, declaratoria de paternidad y concediendo alimentos a favor del hijo extramatrimonial, cuya paternidad resulta de la prueba científica y biológica practicada por el Departamento de Medicina Legal de la Universidad Complutense, en que la conclusión alcanza una "paternidad extraordinariamente probable" por haberse obtenido un coeficiente de 99,62, sólo 13 centésimas menos que el coeficiente de una paternidad demostrada, lo que es incuestionable signo de certeza de que el recurrente es quien generó el hijo (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Confirma la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, que, a su vez, había confirmado la del Juzgado número 5 de dicha ciudad, argumentando favorablemente a la presunción de la paternidad resultante de las relaciones acreditadas durante el noviazgo y el rechazo del recurrente a someterse a la pruebas biológicas, conforme ya se estableció en la Sentencia de 14 de julio de 1988 y en la de 21 de mayo de 1990, comentada esta última en el número 592 de esta misma REVISTA y en el 42-II del *Anuario de Derecho Civil* (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1989).

Confirma la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirmó la del Juzgado número 10 de Primera Instancia de

dicha ciudad, desestimando el recurso formulado por el actor y apelante, quien habiendo solicitado la prueba biológica para negar la pretendida paternidad no se cuidó de que la misma fuera practicada en primera instancia, falta que no puede alegar en casación pretendiendo que le produjo indefensión (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons). La doctrina de esta Sentencia se reitera en supuesto análogo por la de 25 de abril de 1989, o más bien viceversa, siendo Ponente el mismo Magistrado.

INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1989).

Confirma la de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Colmenar Viejo, declarando que no viene obligado a someterse a las pruebas biológicas el supuesto padre si falta el primer fundamental presupuesto consistente en la realidad de la existencia de las relaciones sexuales, al afirmar la Sentencia impugnada que sólo existe una presunción de relación sexual y de muy débil fundamentación que está muy lejos de la certeza racional, sería y fundada, de unas relaciones aptas para deducir la fecundación de la mujer en tiempo hábil (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

POSESION DE ESTADO DE FILIACION (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1989).

Declara que la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la Sentencia firme que así lo proclame (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

FILIACION NO MATRIMONIAL. PRUEBAS BIOLOGICAS. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1989).

Declara, invocando la de 14 de julio de 1988, que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no comporta una *ficta confessio*, sino un indicio de inestimable valor revelador de un afán obstruccionista y que denota un fraude a la Ley y un ejercicio antisocial del Derecho (arts. 4 y 7.2 del CC). En consecuencia, confirma la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Badajoz, imponiendo la paternidad (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

FILIACION NO MATRIMONIAL. PRUEBA DE LA MATERNIDAD (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Practicada la inscripción de nacimiento de la recién nacida poniendo como nombre de la madre el de Encarnación, a fin de evitar la posible reclamación de

la verdadera madre, Ana, frente al padre, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre, cuya paternidad se afirmó por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Martos, ya que del resultado de las demás probanzas ponen de relieve que si bien fue inscrita como hija de María de la Encarnación, con posterioridad a su nacimiento y previo el correspondiente expediente fue autorizada a usar el nombre de Ana.

DIVORCIO. PENSION. ALIMENTOS. CONVENIO REGULADOR. Artículos 91, 97, 143, 150 y 152 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1988).

El divorcio no puede generar un derecho a alimentos, sino la fijación de una pensión que por su naturaleza, características y manera de establecerla no puede confundirse con aquél.

Los fundamentos de esta Sentencia son los siguientes:

Procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la recurrente doña Carmen L. R., al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta en entender que la Sentencia recurrida al limitar al artículo 97 del Código Civil el fundamento único de la pensión entre cónyuges, llegando a la consideración de que la prestación de alimentos no es viable entre divorciados, infringe la normativa contenida en los artículos 91, 143, 150 y 152 de dicho Cuerpo legal sustantivo, porque, como certeramente ha sido apreciado en la mencionada resolución impugnada, tanto a medio de sus fundamentos de derecho como en los que expresamente acepta de la Sentencia dictada en fase procesal de primera instancia, el divorcio al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto, según claramente manifiesta el artículo 85 del Código Civil, no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de obligación alimenticia determinada por aplicación de los invocados artículos 143, 150 y 152 del mismo Código, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 del aludido Código Civil, que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de establecerla no puede, de hecho y jurídicamente, confundirse con la prestación de alimentos; y a lo que, en contra de lo alegado por la recurrente, en nada obsta el contexto del artículo 91 del expresado ordenamiento jurídico sustantivo, en cuanto hace referencia a cargas del matrimonio a determinar por el Juez en defecto de acuerdo entre los cónyuges, ni tampoco la consignación que se hace en el artículo 90, que fija entre los términos del convenio regulador a que aquel artículo 91 se contrae, al referirse al defecto de acuerdo entre los cónyuges, la contribución de las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso, toda vez que aparte esa expresión ya está pregonando que una cosa son las cargas matrimoniales y otra los alimentos, y que por tanto este término no es comprendido por el legislador en aquél, es lo cierto que tal referencia a alimentos hay que entenderla con limitación a quienes producida la extinción del vínculo matrimonial siguen teniendo derecho a ellos, como concretamente sucede con relación a los hijos, dado que aquella radical ruptura del vínculo matrimonial en manera alguna hace perder la relación de filiación que, a tenor de lo normado en

los artículos 143, 144 y 145 del Código Civil, da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y crea obligación a éstos de prestarlos; apreciaciones que implícitamente vienen reconocidas en el propio artículo 91 que se invoca como base del motivo que se examina, cuando se manifiesta específicamente en su epígrafe E) que en el convenio regulador habrá de hacerse referencia a "la pensión que, conforme al artículo 97, corresponderá satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges", con lo que evidentemente se da a entender que tal pensión no tiene la consideración de alimentos tal como vienen conceptuados en los artículos 143, 150 y 152 que la demandante estima infringidos, sino mera compensación económica apreciable, a fijar en la correspondiente resolución judicial de divorcio con bases para su actualización y garantías para su efectividad, determinada por el desequilibrio económico de un cónyuge en relación con el otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, como indica el referido artículo 97 del Código Civil.

Segundo.—Los razonamientos expuestos en el precedente fundamento de derecho conducen a la también solución desestimatoria del motivo segundo, formulado con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a causa de alegada infracción, por indebida aplicación, del artículo 97 del Código Civil, puesto que el derecho de los cónyuges en el aspecto económico, al particular, ha de ser fijado no mediante la consideración de alimentos, a señalar en procedimiento de tal clase o de otra índole declarativa, pues que disuelto el matrimonio por causa de divorcio decretado cesa la relación parental que el número 1 del artículo 143 del Código Civil establece como base precisa para la prestación de alimentos entre los cónyuges, y únicamente posibilita la fijación de pensión en la correspondiente Sentencia de divorcio o bien el instarla ante el órgano judicial que acordó el divorcio como complemento ejecutorio de aquella resolución que disolvió el vínculo matrimonial, con base en lo prevenido en el precitado artículo 97.

Tercero.—Tampoco es de acoger el motivo tercero, que la mencionada recurrente formula al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como los anteriores, por aducida infracción del artículo 2.º del Código Civil, en su apartado 3, de la Disposición Transitoria del propio Código y de la Disposición Transitoria segunda de la Ley 30/1987, de 7 de julio, por lo que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, porque emanando los aspectos económicos entre los cónyuges, en supuesto de declaración de divorcio, de lo prevenido en dicha Ley, que instauró por primera vez tal causa de disolución del vínculo matrimonial en el ordenamiento jurídico español, los efectos económicos derivados de divorcio decretado con base en esa nueva normativa han de acomodarse a ella y no a la anteriormente existente al no estar reconocida hasta entonces la modalidad de disolución del matrimonio por causa de divorcio, con lo que en manera alguna se ha producido la infracción de las normas denunciadas en el motivo que se examina, pues, de una parte, no está en presencia de una situación jurídica generante de alcance retroactivo de lo establecido en una Ley, prohibido por el número 3 del artículo 2 del Código Civil, sino simplemente de aplicación de las consecuencias derivadas de la aplicación de un derecho —el de divorcio— creado *ex novo*; de otra parte, debido a que es de inaplicación en el presente caso la Disposición Transitoria primera del Código Civil, porque el derecho de divorcio en cuestión al aparecer declarado por primera vez y, por tanto, según expresa tal Disposición Transitoria, tener efecto desde luego, en cuanto no perjudica otro derecho adquirido de igual origen; y, finalmente, en razón a que tampoco es aplicable la Disposición Transitoria segunda

de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en cuanto declara que "los hechos que hubieran tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que le reconocen los capítulos VI, VII y VIII del Título IV del Libro I del Código Civil", sin hacer mención al capítulo IX del referido título, pues que precisamente la no referencia a ese capítulo IX está poniendo de manifiesto que en cuanto a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio a que se remite, y por tanto en los aspectos de proyección económica entre los cónyuges, una vez disuelto el vínculo matrimonial por causa de divorcio, se ha de estar a lo en el mencionado capítulo IX establecido, y que por tanto a que se proyecten conforme a pensión a fijar en la Sentencia de divorcio, según queda razonado en los precedentes fundamentos de derecho, desde el momento que no es derecho que tuvo lugar ni situación creada con anterioridad a la entrada en vigor de la expresada Ley 30/1981, de 7 de julio, si que precisamente que tiene lugar y es creada por ella.

FILIACION NO MATRIMONIAL. PRUEBA BIOLOGICA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelada contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que, con el voto particular confirmatorio de la del Juzgado formulado por el Magistrado don Joaquín Navarro Estevan, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, conforme a los siguientes fundamentos, que se reiteran en la de 20 de abril de 1989, del mismo Magistrado Ponente.

Primero.—1. El sentido iusprivatista del derecho de familia ha evolucionado en los últimos años hasta el punto de romper los estrechos moldes en que se encontraba enmarcado para pasar a integrarse en el *ius cogens* y en el ámbito del derecho público.

Con esta nueva naturaleza ha marcado las instituciones que la componen y transido los procesos de principios que han sustituido a los arcaicos y tradicionales. Así, en los procesos de filiación y de investigación de la paternidad se ha ido pasando del principio de verdad formal al de verdad material en aras del derecho de la personalidad consagrado en las leyes constitucionales.

2. Sin embargo, el principio de verdad material aplicado al proceso civil, en trance casacional, requiere ciertas matizaciones para no convertir la casación en una tercera instancia. Es decir, el principio absoluto de verdad material, representado por la obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales para averiguar la verdad ha de extraerse de la apreciación que se hubiere hecho de las pruebas practicadas por los Tribunales inferiores para deducir aquella verdad material que como instrumento básico fue utilizado en el proceso.

3. Estas premisas resultan aplicables al caso de autos si se tienen en cuenta las distintas apreciaciones llevadas a cabo por los órganos de la instancia, y quizá sea ocasión propicia para poner de relieve y destacar el valor que pueda representar el voto particular formulado en el Tribunal colegiado en la elaboración de la Sentencia disidente y en la redacción de la mayoritaria, y aquella otra de Primera Instancia donde el principio de inmediación en la práctica de las pruebas y la actitud de las partes e intervinientes en el proceso adquieren el máximo protagonismo.

Así, en el caso de autos, son de destacar, de una parte, la Sentencia de primera instancia y el voto particular en los que, con fundamentaciones paralelas, se llegan a conclusiones idénticas, cuales son, de una parte, la posibilidad de la fecundación de la mujer, y de otra, la negativa obstruccionista por parte del padre para someterse a las pruebas biológicas y que es analizada con mesura y acierto por el voto particular.

Segundo.—Si se tiene en cuenta lo dicho anteriormente en cuanto al principio de verdad material, la obtención del material probatorio a efectos casacionales en el caso de autos debe estar supeditada a la valoración que suministran las resoluciones de instancia sin aditamentos que las desnaturalicen. En consecuencia, en modo alguno podría prosperar el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en que se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba testifical mediante la depuración de una contestación marginal dentro del contexto del interrogatorio, no tanto por tratarse de una prueba que no está basada en documento, como exige el ordinal citado, sino porque supondría una ruptura dentro del esquema general que representa la obtención de la verdad material.

Tercero.—1. La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del principio de investigación de la paternidad (art. 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil), ha supuesto un giro copernicano al destacar como primario el derecho del hijo a que se le declare su filiación biológica. Por contra, se ha tratado de oponer a este derecho primigenio un bloque de derechos individualistas representados por los derechos a la intimidad y a la integridad (arts. 15 y 18 de la Constitución) para oponerse a las pruebas biológicas.

2. Todas estas consideraciones fueron objeto de una profunda reflexión en la Sentencia de 14 de julio de 1988, en la que se llegó a la conclusión de que no había que olvidar que si la persona de la que se postulaba el reconocimiento de la paternidad era sujeto del proceso, a su vez, era objeto del mismo proceso, hasta tal punto de que el cuerpo humano pasaba a ser el fin de la prueba pericial sobre el que habían de operar las pruebas biológicas y antropológicas y cuya negativa por parte del sujeto que había de someterse a ellas conculcaría la declaración programática del artículo 39.2 de la Constitución y cuantos preceptos lo desarrollan en el Código Civil por mor de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Y como ya decía la calendada Sentencia se harían ilusorias las posibilidades de obtener la tutela efectiva en derechos tan legítimos como los de filiación y que conducirían, en definitiva, a una denegación de un medio de prueba de una fiabilidad absoluta para demostrar la no filiación, a la par del elevadísimo porcentaje de credibilidad en cuanto a aquellas que determinan la posibilidad de la relación biológica que representa el binomio paternidad-filiación.

Finalmente, mantener a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas supondría un fraude de Ley y un ejercicio antisocial del derecho (arts. 4 y 7.2 del Código Civil).

3. Así, retornando al hilo del proceso, resulta aleccionadora la actitud del demandado, dada su condición de profesional del Derecho, donde el obstruccionismo cobra caracteres inusitados: recurre contra la providencia de admisión a trámite de la demanda por falta de un principio de prueba (art. 127.2 del Código Civil) y que fue razonablemente desestimado; en su contestación a la demanda sigue su misma actitud obstruccionista; pero, paradójicamente, y con su deseo de "colaborar en una recta aplicación de la justicia", por lo que procesalmente valiere, solicitó el recibimiento a prueba y al admitirse la prueba biológica se

opone alegando la inconstitucionalidad, y cuando se le requiere para ello recurre afirmando que la misma lleva consigo el riesgo de un resultado "que la ciencia y la práctica no consideran en absoluto seguro, sino sujeto a errores e imprecisiones".

SOCIEDAD DE GANANCIALES. BIENES GANANCIALES. Artículos 1.347, número 3; 1.354; 1.357, párrafo 2.º, del Código Civil (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE 1989).

Es ganancial la vivienda comprada en estado de soltero y pagada con un crédito hipotecario amortizado durante el matrimonio.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones y fundamentos:

1. El primer motivo del presente recurso, amparado procesalmente en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, toda vez que la escritura pública de compraventa del piso sito en Sevilla, calle Rodrigo Bastida, acredita que fue comprado por el esposo recurrente en estado de soltero por una cantidad, entre principal e intereses, de 777.743 pesetas, estando acreditado igualmente por la inscripción registral, que sobre dicho inmueble constituyó una hipoteca en estado de soltero, deduciendo de ello que el piso se pagó al contado y consiguientemente es de su exclusiva propiedad, incurriendo la Sala de la Audiencia en el error de estimar que se trata de una compraventa a plazos.

Frente a la tesis de la Sentencia recurrida, que a su vez confirmó la del Juzgado, que entiende que estamos en presencia del supuesto contemplado en el párrafo 2.º del artículo 1.357 del Código Civil ("vivienda familiar") que implica y significa la excepción específica a la regla general del párrafo 1.º del propio precepto, con la consiguiente remisión y entrada en juego de lo dispuesto en el artículo 1.354 ("los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial o en parte privativo corresponderán *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas"), el recurrente insiste por su parte en que no hay compraventa a plazos sino al contado y, junto a ella, constitución en estado de soltero de una hipoteca sobre dicho piso con amortizaciones del crédito hipotecario pagadas durante el matrimonio con su esposa, la demandada y hoy recurrida.

Datos fácticos relevantes y muy significativos del presente litigio son que el 28 de julio de 1975 el demandante y recurrente don Juan de Dios R. R. compró el piso de referencia en estado de soltero, constituyendo en idéntica fecha (28 de julio de 1975) un crédito hipotecario sobre el mismo piso, adquirido con vistas al próximo enlace con la demandada y recurrida doña María Dolores V. L., con quien contrajo matrimonio en los meses siguientes, concretamente el 20 de diciembre del mismo año de 1975, siendo dato indiscutido del pleito, admitido y reconocido por el marido recurrente, que las amortizaciones de la hipoteca que gravaba el piso destinado a vivienda familiar fueron pagadas y hechas efectivas durante el matrimonio de ambos litigantes.

Nos encontramos, pues, ante un recurso que formalmente amparado en la, más aparente que real, dualidad de contratos distintos, pretende excluir la apli-

cación al caso de la norma excepcional recogida en el párrafo 2.º del repetido artículo 1.357 y remisión al también citado 1.354, ambos del Código Civil, evitando al efecto la calificación de compraventa a plazos y minimizando, en todo caso, el hecho ciertamente relevante de que las amortizaciones del crédito hipotecario con el que se gravó aquel piso (vivienda familiar) fueron abonadas y liquidadas constante matrimonio y a cargo del mismo, extremo este último al que hay que atribuirle las lógicas y equitativas (art. 3.2 del Código Civil) consecuencias jurídicas, acordes con el número 3 del artículo 1.347 del propio Código ("Son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos"), en aras todo ello de una justicia material rectamente entendida y superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadores incluso del fraude de ley que podría suponer entender como decisivo y determinante el hecho formal de que quien compra una vivienda familiar en estado de soltería y en vísperas de contraer matrimonio, constituyendo al propio tiempo una hipoteca sobre aquél a pagar a lo largo de dicho matrimonio, pueda sostener, burlando el espíritu del párrafo 2.º del artículo 1.357, que ese concreto bien ("vivienda y ajuar familiares") es y sigue siendo privativo, pese a que las amortizaciones del crédito hipotecario constituido paralelamente se hagan efectivas en definitiva durante el matrimonio, resultando patentes en todo caso la equiparación a estos efectos entre dichas amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos.

Todo lo anteriormente razonado implica y supone la desestimación de este primer motivo del recurso, debiendo salvar únicamente respecto a la Sentencia de la Audiencia en este punto, el error material en que aquélla incurre al hacer la liquidación total al adjudicar al actor erróneamente (mero error material) un 50,22 por 100, cuando en realidad es un 60,20 por 100 (transcripción en definitiva de un 5 por un 6), correspondiendo a la esposa el restante 39,80 por 100.

POSESION DE ESTADO. CONCEPTO (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Es doctrina de esta Sala la que viene entendiendo que a la vista de la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que la posesión de estado de filiación representa una situación residual en la que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la Sentencia firme que así lo proclame (Sentencias de 19 de noviembre de 1985 y 10 de marzo de 1988); es decir, consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural o biológico, cuando este concepto se forme por actos directos del mismo padre o de su familia demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo (Sentencia de 26 de julio de 1903), siendo catalogado como una cuestión de hecho a

los efectos casacionales (Sentencias de 22 de marzo de 1919, 28 de noviembre de 1941 y 10 de marzo de 1948).

MEJORA. LEGADO DE FIDEICOMISO DE RESIDUO SI QUID SUPERERIT. ACTOS A TITULO GRATUITO. *Artículos 675, 781 y 783 del Código Civil* (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1989).

La expresión "sin haber dispuesto por actos *inter vivos* de todos o parte de los bienes" no excluye los actos de disposición gratuita.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala Tercera de la Audiencia Territorial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 17 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Son antecedentes fácticos principales del presente recurso de casación los siguientes: 1.º Don Julián de O. B., casado con doña Carmen B. M., falleció en Madrid el 19 de noviembre de 1931, de cuyo matrimonio dejó seis hijos, llamados: José, Luis, Julián, Alfonso, María Luisa y Carmen, habiendo consignado su última voluntad en el testamento abierto que tenía otorgado en 16 de enero de 1929, ante el Notario de Madrid don Toribio Jimeno Bayón (folio 7). 2.º La cláusula cuarta de su disposición testamentaria es del tenor literal que sigue: "Lega en concepto de mejora a sus seis hijos: don José Manuel, doña María Luisa, don Luis, don Julián, don Alfonso y doña María del Carmen O. B., el tercio de bienes que el testador puede aplicar a mejorar a sus descendientes y establece que si alguno o algunos de sus hijos falleciere sin descendencia legítima y sin haber dispuesto por actos *inter vivos* de todos o parte de los bienes que integran esta mejora, sucedan en los que subsistan los otros hijos del testador que sobrevivan, y en defecto y representación de los fallecidos su respectiva descendencia legítima. Asimismo establece que se tenga por ineficaz la mejora con respecto a aquel o aquellos de sus hijos que contrajeran matrimonio sin el consejo favorable del testador, y si el matrimonio se contrajese después de la muerte de éste, sin el consejo favorable de la esposa del testador, madre del legatario" (folio 28). 3.º En 19 de febrero de 1932 y ante el Notario de Logroño don Enrique Mora y Arenas se otorgó la escritura número 314 de aprobación y protocolización de las operaciones testamentarias de don Julián de O. B., la que a cada uno de sus hijos ya mencionados y en pago de sus respectivas cuotas hereditarias se les adjudicó en plena propiedad los bienes siguientes: 59. Una sexta parte *pro indiviso* en la propiedad de las marcas comerciales números 6.192 y 32.102, inventariadas y descritas bajo el número del margen, y 60. Una sexta parte *pro indiviso* de la hacienda conocida por el nombre de "Igay", inventariada y descrita bajo el número del margen, haciéndose constar que cada uno de los hijos tienen recibidas como anticipo de legítima por la donación de parte de la Dehesa de las Cuevas Altas, hecha por el causante en 6 de mayo de 1931, la cantidad de 125.000 (folios 4, 5, 7 y 56 a 66). 4.º En 31 de mayo de 1932 y ante el Notario de Logroño antes expresado comparecieron los otorgantes de la escritura número 314 para otorgar la de número 818 como aclaración al cuaderno particional protocolizado en relación con las adjudicaciones para pago del legado de mejoras que instituyó

el testador, y al efecto se dispone que se adjudica en concepto de mejora a cada uno de los seis hijos y herederos una sexta parte *pro indiviso* de cada uno de los bienes siguientes: Marcas comerciales números 6.192 y 32.102, hacienda denominada de "Igay" y Dehesa de Las Cuevas Altas, bienes que fueron inventariados y descritos bajo los números 59, 60 y 61 (folios 69 a 72). 5.º En 19 de marzo de 1937 falleció don José Manuel O. B. y su herencia se distribuyó por igual y por estirpes entre los hermanos que le sobrevivieron y los sobrinos, hijos de su hermano don Alfonso, que había premuerto en 15 de junio de 1936. 6.º Doña María Luisa O. B. falleció bajo testamento otorgado en 19 de febrero de 1970, instituyendo heredera universal a su sobrina e hija adoptiva doña Carmen H. O. 7.º Don Julián O. B. falleció con testamento otorgado en 22 de noviembre de 1973 e instituyó herederos universales nudo propietarios, en una mitad, a su sobrina doña Alfonso O. G. y en la restante mitad a los hijos de doña Cristina O. G. 8.º Doña Carmen O. B. falleció en 10 de mayo de 1948, sucediéndola su hija doña Carmen H. O. (Hechos cuarto y quinto de la demanda y aceptados en la contestación). 9.º En 8 de septiembre de 1966, don Luis O. B. contrajo matrimonio con doña Margarita C. R. (hecho noveno de la contestación a la demanda). 10.º En 10 de enero de 1975, y ante el Notario de Madrid don Juan Manuel de la Puente Menéndez, otorgó testamento abierto don Luis O. B. por el que instituyó heredera universal de todos sus bienes, en pleno dominio, a su esposa, la ya precitada, y para el caso de que ésta le premuera o de que ambos fallecieran simultáneamente, nombra heredera a su sobrina doña Alfonso O. G., en el usufructo de la cuarta parte de sus bienes y herederos, asimismo, a los hijos de su sobrina doña Cristina O. G., en el pleno dominio de las tres cuartas partes restantes, así como en la nuda propiedad de aquella cuarta parte (folio 390). 11.º En 17 de diciembre de 1981 y ante el Notario de Madrid don José Vicente Izquierdo Santonja y en escritura número 468, don Luis O. B. y doña Margarita C. R. procedieron a la disolución de la sociedad legal de gananciales y otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (folio 396). 12.º En la fecha acabada de citar, y ante el mismo Notario, don Luis O. B. otorgó con el número 469, escritura de donación a favor de su esposa doña Margarita, haciéndose constar, entre otros particulares y en síntesis, que don Luis es propietario del 16,667 por 100 indiviso de dos marcas comerciales números 6.192 y 32.102, y hacienda conocida con el nombre de "Igay", cuyos bienes le pertenecen por legado de su difunto padre don Julián O. B., que es también dueño en pleno dominio de 990 acciones de la sociedad "Cuevas de Artaza, S. A.", y que siempre fue su desecho donar a su esposa los bienes relacionados en el expositivo III de la escritura (marcas comerciales y hacienda "Igay"), lo que resultaba legalmente imposible por la prohibición del artículo 1.334 del Código Civil, hoy derogado, y superada tal traba y al amparo del vigente artículo 1.323 ha decidido llevar a cabo la donación, en agradecimiento por todas las atenciones y cuidados que de ella ha recibido desde que contrajeron matrimonio, poniendo especial relieve con cuánta abnegación ha sustituido a la familia consanguínea del compareciente, de la que no ha recibido sino disgustos y sinsabores. En virtud de lo expuesto, estipulaba la donación a su esposa del pleno dominio de los bienes descritos en el expositivo III, es decir, el 16,667 por 100 indiviso del patrimonio "Bodegas del Marqués de Murrieta", que fue objeto de vinculación testamentaria, donando, asimismo, las acciones de "Cuevas de Artaza, S. A.", efectuándose la donación a título de pura liberalidad sin compensación, condición, ni gravamen de naturaleza alguna y en el estado en que se encuentran los bienes en el día de la fecha; que la esposa aceptaba la donación y que el donante manifestaba que la donación efectuada se limitaba a

los bienes relacionados en el expositivo III, reservándose el pleno dominio de las participaciones indivisas de los bienes reseñados en el IV (folio 407).

2. Con base en los antecedentes de que se ha hecho exposición doña Carmen H. O. promovió juicio ordinario de mayor cuantía contra doña Margarita C. R. con la súplica de que se dictase Sentencia que contuviese los siguientes pronunciamientos: 1. Se declare nula o ineficaz la donación realizada en la escritura de 17 de diciembre de 1981 a favor de la expresada demandada. 2. Se declare, en consecuencia, la nulidad de las inscripciones practicadas en los Registros de la Propiedad de Logroño y de la Propiedad Industrial y Mercantil de Córdoba, que deriva de la referida donación. 3. Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir, en su mitad, los bienes que fueron objeto de donación, otorgando al efecto cuantos documentos fuesen necesarios para la plena eficacia de la restitución acordada. 4. Se condene a la demandada a restituir, por mitad, los frutos, rentas o intereses que haya percibido como consecuencia de la donación impugnada, cuyo cálculo y precisión se efectuará en ejecución de Sentencia; y 5. Se condene a la demandada al pago de las costas, si se opusiere a la demanda. El conocimiento de la litis correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, en la que se personó doña Margarita C. R. para oponerse a las pretensiones de la parte actora y solicitar la desestimación de la demanda, absolviéndosela de la misma. Una vez tramitado el procedimiento, el Juzgado dictó Sentencia en 4 de octubre de 1985 desestimatoria de la demanda y absolviendo a la señora C. R. de todos sus pedimientos, sin hacer expresa imposición de costas, y dicha resolución fue confirmada en su integridad por la pronunciada en 17 de junio de 1987 por la Sala Tercera de lo Civil de la excelentísima Audiencia Territorial de Madrid, que impuso a la parte apelante, señora H. O., las costas del recurso, siendo esta segunda Sentencia la recurrida en casación por la mentada señora, a través de dos motivos formulados a tenor del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Los dos motivos del recurso se amparan en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando el primero la infracción de los artículos 781 y 783, en relación con el artículo 675, del Código Civil, y que son interpretados, entre otras, por las Sentencias de 10 de marzo de 1978, 11 de febrero de 1972, 23 de noviembre de 1971, 23 de febrero de 1961, 22 de noviembre de 1956 y 4 de marzo de 1952. En argumentación del recurrente, "la Sentencia recurrida toma como punto de partida, en el fundamento cuarto, una interpretación de la voluntad del testador que ni se corresponde con el resultado que derivaría de la recta aplicación de los criterios hermenéuticos del artículo 675, ni se ajusta a las pautas interpretativas recogidas por las Sentencias dictadas. Pero a juicio de la Sala se trata de un fideicomiso de residuo *si quid supererit*, que según ella atribuye al fiduciario un amplísimo poder de disposición, quedando las expectativas de los fideicomisarios limitadas por la condición de que pudiere quedar algo, sin exclusión, no habiéndolo hecho constar el fideicomitente, de los actos de disposición gratuita, al estimarlos incluidos en la genérica e ilimitada autorización para disponer *inter vivos*". Los litigantes están de acuerdo de que la cláusula cuarta del testamento de don Julián O. B. suponía un fideicomiso de residuo, figura que aun sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores, por tal figura cabe entender aquella en que, en virtud del artículo 783, párrafo segundo, *in fine*, el testador fideicomitente dispensa, total o parcialmente, al heredero fiduciario del deber de conservar la herencia para que en su

momento la reciba íntegra el heredero fideicomisario, y dentro de la variedad de modalidades que presenta la institución, las dos principales son: 1.ª La que exime totalmente del deber de conservar la herencia entera, de manera que el fideicomisario sólo tiene derecho a lo que queda o resta de ella, porque el fiduciario, pudiendo hacerlo, no dispuso de la totalidad de los bienes, fideicomiso de *si quid supererit*, y 2.ª. La que exime del deber de conservar sólo parte de la herencia, de manera que el fideicomisario tiene derecho a todo lo que quede de la parte disponible de la herencia, que puede no quedar nada, al ser parte en la que no habría deber de conservar, y tiene derecho, además, a la parte íntegra de la herencia que debía conservarse, fideicomiso de *eo quod supererit*. Proyectando lo dicho a la cláusula testamentaria litigiosa y haciendo uso de las reglas interpretativas del artículo 675 del texto civil: sentido literal de sus palabras y voluntad clara del testador, es evidente que el causante don Julián deseó vincular, en principio, a la familia, en las personas de sus hijos y descendientes legítimos de éstos, los bienes que constituían el tercio que pudiese aplicar a mejora, siendo también evidente que la vinculación no revestía las características de absoluta e incondicional, en tanto que facultaba a sus hijos la disponibilidad por "actos *inter vivos*", con lo cual se les concedía la posibilidad de desvincular, por completo, los bienes de la familia, a través de cualquier acto de disposición *inter vivos* en beneficio de un tercero extraño a aquélla. El fideicomiso de residuo establecido adoptó la modalidad de en *si quid supererit*, y de aquí que la Sala de instancia la calificase acertadamente, ello sin contar la constante y reiterada jurisprudencia respecto a corresponder a los Juzgados y Tribunales la facultad interpretativa de las cláusulas testamentarias, a menos que su resultado sea manifiestamente erróneo o equivocado o contrarie claramente la voluntad del testador, que no es el caso, cuya calificación no es óbice a que en el concreto de autos don Julián acudiera a la fórmula limitativa *si sine liberis decesserit*.

4. Por lo que respecta al alcance de las facultades dispositivas conferidas a los fiduciarios, el testador las expresó bajo los términos de "si alguno o algunos de sus hijos falleciere sin descendencia legítima y sin haber dispuesto por actos *inter vivos* de todos o parte de los bienes", por lo que es igualmente evidente que la significación gramatical de los términos así empleados no puede ser más genérica e ilimitada, como reconoce la Sala de instancia, y al no recurrir aquél a ninguna reserva o limitación que cupiera entender había sido su intención excluir de tales facultades las relativas a "los actos de disposición gratuita", tampoco cabe estimar desacertada la tesis de la Sala, que, en todos los aspectos, interpretó con fidelidad la voluntad del testador, máxime cuando éste no apostilló la frase "sin haber dispuesto por actos *inter vivos*" con "por título oneroso"; y si bien es cierto que desde el punto de vista doctrinal la donación queda incluida en la autorización dispositiva *mortis causa*, ello no autoriza a deducir que queda excluida, en todo caso, de la de *inter vivos* cuando no se apostilla del modo indicado, pues no es de olvidar que la jurisprudencia recomienda atender a cada caso concreto. Cuanto antecede lleva a la conclusión de la inexistencia de infracción en la Sentencia objeto de impugnación en relación a los preceptos del Código citados por el recurrente, e igual cabe decir acerca de las Sentencias reseñadas, puestó que la de 10 de marzo de 1978 se refiere a un supuesto del testamento de hermandad del Derecho navarro, la cláusula inserta en el mismo no es coincidente con la de autos y de la doctrina que desarrolla no se desprende claramente su identificación con la opinión del recurrente, sin que las incidencias de aquel caso sean análogas a las de éste; la de 11 de febrero de 1972 contiene una cláusula que dista de ser similar, pues las facultades del fiduciario son las de

gravar y enajenar; las de 23 de noviembre de 1971 y 23 de febrero de 1961 no han sido encontradas pero las modalidades que se narran en el fundamento 6 de la demanda, "Posición de jurisprudencia", no admiten parangón con la actual; la de 21 de noviembre de 1956 tampoco se asemeja, e igual sucede con la de 4 de marzo de 1952, al expresarse el deseo de que las fincas no pasasen a persona extrañas a la familia, pudiendo decir lo mismo sobre las demás Sentencias que se reseñan al desarrollar el motivo: 25 de octubre de 1954, 1 de diciembre de 1951, 2 de diciembre de 1966, 7 de enero de 1959 y 20 de octubre de 1962, toda vez que o sus respectivas doctrinas no se acomodan al caso de autos o la facultad a que hacen referencia es la de disposición *mortis causa*. La inexistencia de las merítadas infracciones conlleva el perecimiento del motivo, en el que, por otra parte, se hace supuesto de la cuestión, así como en el segundo, que se examinará a continuación.

5. El segundo motivo alega infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.323 del Código Civil, de la disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981 y la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las Sentencias de 30 de abril de 1981, 6 de abril de 1977 y 13 de abril de 1984, y, por inaplicación, de los artículos 9 de la Constitución, 3.2 y disposiciones transitorias primera y duodécima del Código Civil, estando equivocada la mención del artículo 3.2, al ser la correcta la del 2.3. Según el recurrente: "La Sentencia recurrida, en el quinto fundamento, razona en el sentido de que la disposición transitoria octava de la Ley de 13 de mayo de 1981 no puede ser obstáculo para la validez de las donaciones entre cónyuges realizadas después de su vigencia, aunque tangencialmente incidan en disposiciones sucesorias. A juicio de la Sala no hay más sucesión abierta que la de don Luis O. y, además, no puede aplicarse la legislación anterior, que estaría derogada por inconstitucional, dado que la radical transformación que ha sufrido el artículo 1.334 del Código Civil arranca del acatamiento al artículo 14 de la Constitución". Para el recurrente: "No se trata de reponer en su vigor el derogado precepto 1.334, y lo que se denuncia es una suerte de fraude de ley, en cuya virtud, al amparo de una norma pluscuandispositiva como es ahora el artículo 1.323, se trata de burlar no el viejo precepto, modificado por la Ley de 13 de mayo de 1981, sino la ley de la sucesión, que es el testamento del causante señor Conde de A., el cual no permitía, en el momento del fallecimiento del testador, considerar que la facultad de disposición del fiduciario, por amplia que fuera, alcanzase a la donación entre cónyuges". Sin embargo, para que este criterio del recurrente fuese acertado, sería necesario que hubiese quedado plenamente acreditado que el testador fideicomitente, conocedor de la prohibición legal de donación entre cónyuges, era contrario a cualquier cambio futuro en la regulación al respecto, por estimar que un acto dispositivo de esa naturaleza venía a entrañar un medio que facilitase la salida de los bienes del ámbito familiar, pero ello no cabe estimarlo acreditado, ni siquiera por vía presuntiva, desde el momento en que el testador concedió la posibilidad, como antes se dijo, de desvincular los bienes de la familia, incluso en favor de terceros ajenos a la misma. Por ello, ya se estimase como única sucesión abierta la de don Luis de O., ya se estimase que los efectos de la correspondiente a su padre don Julián se prolongaron hasta el fallecimiento de aquél, momento en el que habría de saberse si existían o no bienes del legado, la transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, carecía de virtualidad, en el presente caso, en punto a la eficacia o ineficacia de la donación otorgada por don Luis en favor de su esposa, y lo mismo cabe predicar de los artículos 9 de la Constitución y 2.3 del Código Civil y de sus disposiciones transitorias primera y duodécima, ya que carecen de

aplicación al caso, resultando también inaplicables las Sentencias reseñadas en el motivo, bastando para comprenderlo así la lectura de sus doctrinas transcritas. Es de decir, por último, que no es posible equiparar el uso o ejercicio del derecho establecido en el actual artículo 1.323 del Código con los presupuestos que comportan los actos realizados en fraude de ley. Así pues, y por cuanto ha quedado expuesto, procede rechazar el motivo analizado, al no producirse en la Sentencia recurrida las infracciones de que se hizo mérito.

F. C. L.

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

ALBACEAZGO. DURACION. COLACION. REDUCCION POR INOFICIOSIDAD. Artículos 636, 654, 819, 825, 7, 904, 905, 1.035 a 1.037 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia de Don Benito, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Las cuatro motivaciones que integran este recurso, procesalmente asentadas en el mismo ordinal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen como razón casacional de ser: La primera, estimar que la Sentencia impugnada ha violado el artículo 1.036 en relación con los 618, 623 y 629 del Código Civil, tomando como punto de partida para asentar esta denuncia lo que según dicho motivo constituye la cuestión central del proceso, "que se declare la nulidad de la cláusula primera del testamento de doña M. C. C. en cuanto revoca la disposición efectuada por la causante al donar determinadas fincas a su hija doña L. V. C., la actora, por la que esta donación expresamente se hace con el carácter de no colacionable, con las demás consecuencias que la nulidad de esta cláusula testamentaria ha de comportar...". A su vez, el motivo segundo estima existe violación de los artículos 620 y 621 en relación con el 468 del Código Civil, y en el tercero se imputa al Tribunal sentenciador la violación del artículo 1.035 en relación con los 806 y 807 del citado Cuerpo Legal, viniendo la argumentación de ambos dirigida a reforzar la contenida en la motivación primera, por cuanto al igual que en ella lo que en dichas dos motivaciones se pretende deriva de la misma razón de ser. Por último, en el motivo cuarto se atribuye al juzgador *a quo*, la violación de los artículos 905 y 906 en relación con el 7.2 del citado Texto Legal, infracción que se proyecta sobre la circunstancia de no haberse aceptado ni en el Juzgado de Primera Instancia ni en la Audiencia la pretensión de la actora y hoy recurrente de declarar nula la cláusula séptima del testamento de dicha señora C. C., "en cuanto a la prórroga por diez años más el plazo legal de un año para que los albaceas contadores partidores cumplan su encargo".

2. De dichas cuatro motivaciones van a ser objeto de estudio conjunto las tres primeras, por versar sobre presupuestos fácticos y jurídicos que aun técnica y doctrinalmente distintos se encuentran tan enlazados que exigen un examen unificado. Y hecha esta previa indicación, ha de señalarse también que antes de penetrar en dicho análisis es conveniente dejar señalado que en el presente recurso son únicamente objeto de impugnación dos de las múltiples peticiones contenidas en el suplico de la demanda; *a)* En los tres primeros motivos, lo relativo a la petición de nulidad de la cláusula primera del testamento otorgado por doña M. C. C. en relación con las donaciones hechas a sus dos hijas; y *b)* En el cuarto, lo referente al plazo de diez años que en dicha disposición de última voluntad se concede a los albaceas-contadores-partidores para efectuar las operaciones particionales. Y ello establecido, se procede a determinar los que constituyen supuestos de hecho probados y aceptados por ambas partes, que son: 1) La existencia de un testamento otorgado por referida doña M. C. C., madre de la actora y de la demandada el día 15 de enero de 1981, en el cual y entre otras cláusulas se contienen las siguientes: "Primero: Reconoce expresamente haber hecho en vida unas donaciones a sus hijas María de las Mercedes y María Luisa, siendo el valor de los bienes donados muy superior al que figura en las respectivas escrituras, de modo que cubren con exceso las legítimas de dichas hijas, a las que se imputan y el exceso a los tercios de mejora y libre disposición, por lo que no tienen nada que reclamar por perjuicios de legítima". "Séptimo: Nombra albaceas y contadores-partidores, solidarios, con amplias facultades para entregar legados, interpretar y ejecutar este testamento, pedir extracto de cuentas, retirar saldos, cancelar cuentas y realizar cuanto sea necesario sin limitación alguna para dejar ultimada la partición y entregados los bienes, con prórroga del plazo legal por diez años más". 2) La existencia de unas donaciones realizadas por referida causante a sus dos citadas hijas en escritura pública de 13 de junio de 1977, por virtud de las cuales dona a éstas la nuda propiedad de las fincas que se describen, reservándose mientras viva el usufructo de las mismas, haciéndose constar en referida escritura que dichas donaciones "se hacen para que surtan efectos *inter vivos*".

3. De los señalados supuestos de hecho puestos en conexión con la doctrina tanto científica como de esta Sala resulta: *a)* Que para fijar la naturaleza de referidas donaciones y por si no fuere suficiente con la expresa determinación que de ellas se hace en la escritura correspondiente, ha de tenerse en cuenta que las mismas se ven afectadas por una condición resolutoria, en cuanto la plena propiedad no se consolida en las donatarias hasta tanto que la donante fallezca, efecto éste que por sí solo no convierte la *donatio* aquí contemplada en *mortis causa*, como tiene señalado esta Sala entre otras en Sentencias de 30 de noviembre y 10 de diciembre de 1987; *b)* Que ello sentado, la nulidad de la cláusula primera del testamento que la recurrente pretende no puede tener lugar, dado que el hecho de que se trate de donaciones *inter vivos* y las sea de aplicación lo dispuesto en los contratos "en todo lo que no se halle determinado en este capítulo" (art. 621 del Código Civil), no supone que la circunstancia de que en la escritura pública de donación se haya establecido por la donante la cláusula que se ha dejado transcrita en el número 1 del fundamento 2.º de esta Sentencia, carezca en absoluto de valor, sino que al realizar estos razonamientos parece olvidarse que las diferencias que el Código Civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (art. 1.035 del Código Civil), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse

su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.036 en relación con los 636 y 654, y en su caso los 819 y 825 del citado Código Civil.

4. Se entra ahora en la contemplación del motivo cuarto en el cual, y como se indicó en su momento, lo ofrecido a examen de la Sala es la validez del plazo de diez años otorgado por la testadora a los albaceas, por entender que con ello se infringen los artículos 904 y 905 en relación con el 7.2 del Código Civil, motivo que se hace girar sobre la "petición de la parte actora relativa a la declaración de nulidad instada de la cláusula séptima del testamento de la causante en cuanto prorroga por diez años más el plazo legal de un año para que los albaceas contadores partidores cumplan su encargo". El motivo ha de sucumbir, dado que constituye un principio general el de que la voluntad del testador, como claramente señala el artículo 904 y ratifica el 905, es soberana en esta materia, careciendo en consecuencia de aplicación tanto el artículo 3.1 como el 7.2 del Código Civil.

Comentario.—La excesiva duración del albaceazgo puede mantener en la indivisión a los herederos voluntarios y a los legitimarios perjudicando sus respectivos derechos, con el inconveniente además del posible fallecimiento de los albaceas y contadores partidores durante dicho plazo, que en el presente caso era de once años (uno inicial más diez de prórroga). Parece por ello que los sucesores podrán no demandar la nulidad de la cláusula en cuestión, pero si interpretarla en el sentido de constituir un plazo máximo instando del Juez que los contadores partidores cumplan su cometido dentro de un plazo prudencial, atendidas las características y composición de la herencia, pues tal cláusula no puede nunca ser equivalente teóricamente ni en sus consecuencias prácticas a una prohibición de dividir la herencia (art. 1.051) ni permitir que sea el puro capricho de los albaceas y contadores partidores los que decidan el momento de efectuar su cometido, ya que la aceptación del cargo implica la obligación de diligencia, respondiendo los albaceas y contadores partidores además de las consecuencias perjudiciales de su morosidad (arts. 1.718, 1.719 y 1.726 del Código Civil). De la regulación de las legítimas parece desprenderse, sin lugar a dudas, que la misma es exigible de modo inmediato una vez fallecido el causante, sin poder dilatar su pago (cfr. art. 844). Si para el pago en metálico se da al plazo máximo de dos años, no parece que por analogía haya de ser otra la solución cuando el pago se haga en bienes determinados que ya existen en la herencia. Por eso parece bien orientada la referencia a la doctrina del abuso del derecho y la buena fe, pero no referida al testador, como hizo el Abogado de las actoras al instar la nulidad de la cláusula, sino a los albaceas y contadores partidores.

COLACION, REDUCCION DE DISPOSICIONES INOFICIOSAS. Artículos 1.035 a 1.037 y 820 del Código Civil (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1989).

La viuda del testador demanda a los descendientes del primer matrimonio de éste, siendo acogidas sus pretensiones por el Juzgado número 1 del Primera Instancia de Murcia, que en Sentencia de 16 de mayo de 1985 declara: 1.º El carácter colacionable de los bienes donados por el causante el 5 de agosto de 1959. 2.º La computación de un exceso de 3.338.053,59 pesetas en favor de los demandados sobre sus respectivas cuotas legitimarias en su totalidad o en conjunto y en menoscabo de la actora, para completar el haber hereditario que la

corresponde percibir del causante. 3.º La reducción por inoficiosidad de los bienes donados en la fecha consignada en la cantidad y número suficientes para cubrir el importe de 3.338.053,59 pesetas, conforme al justiprecio convenido por los interesados en juicio de testamentaria, cuya reducción habrá de practicarse en ejecución de Sentencia. 4.º La cancelación de asientos e inscripciones existentes a favor de los demandados respecto a las fincas a las que afecte la reducción.

Apelada la Sentencia por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, en Sentencia de 8 de junio de 1987 confirmó la del Juzgado. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, declara haber lugar al mismo, casa y anula la Sentencia de la Audiencia y confirma parcialmente la del Juzgado en el sentido de mantener las declaraciones contenidas en los apartados 1.º y 2.º, revocando el resto, y sustituyéndolo por la condena a los demandados a satisfacer, en proporción a sus respectivas participaciones hereditarias, a la actora la suma de 3.338.053,59 pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda, conforme a los siguientes fundamentos de derecho:

1.º Resulta obligado partir, en el presente caso, de una relación fáctica, no combatida en las instancias, y compuesta de las siguientes premisas: A) Don A. L., durante la viudedad de su primer matrimonio, dona a sus tres únicas hijas: doña P., doña C. y doña A., con fecha 5 de agosto de 1959, la nuda propiedad, por terceras partes indivisas, de un total de trece fincas, reservándose el usufructo vitalicio de las mismas. B) En el año 1960 contrae segundo matrimonio con doña C. G. L. y en 29 de julio de 1968 fallece su hija doña C., procediendo sus descendientes a la partición y adjudicación *in stirpes* de la parte indivisa que su madre tenía en las fincas donadas. C) Con fecha 18 de abril de 1974 don A. L. otorga testamento abierto en el que dispone: la ratificación de la donación efectuada hacia muchos años, de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza a una Cofradía; el legado a favor de su esposa de la nuda propiedad del tercio de libre disposición; la institución de herederos en favor de sus dos hijas supervivientes, y de los descendientes de su otra hija difunta, y haciendo referencia a la donación que efectuó en el año 1959 declara su voluntad de que sea colacionable; y D) El testador fallece con fecha 18 de febrero de 1975.

En el segundo motivo se denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 820 del Código Civil, utilizando también el cauce procesal del número 5 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y argumentando que el orden legal a seguir en la reducción de las disposiciones inoficiosas, actuando en defensa de las legítimas, se hará reduciendo primero las que lo sean por causa de muerte, a prorrata entre ellas, y después las donaciones entre vivos, empezando por las de fecha mas recientes; regla que no puede tener aplicación al presente caso, pues la cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referida al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, como ya se indicó en el anterior motivo, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria. En la demanda se postula una declara-

ción respecto a la obligación que tienen los demandados de colacionar los bienes que recibieron por donación del causante de la herencia, en vida de éste, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición, todo ello según dispone la Ley, y en este caso también la voluntad expresa del testador. En ningún momento se ha argumentado que las donaciones efectuadas *inter vivos* fueron inoficiosas, en el sentido de que lesionaban la legítima de la viuda, y ello responde a una auténtica realidad, comprobando que antes de que se efectuara la colación de los bienes donados, en el caudal relicto había un saldo que representaba prácticamente la mitad del valor total del tercio de libre disposición, con el cual, con toda probabilidad, sí hubiera podido pagar la cuota viudal usufructuaria. Así pues, moviendonos específicamente dentro de la colación, ya hemos visto que el artículo 1.035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación u otro título gratuito, cesando esta obligación (art. 1.036) “si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente, o si el donatario repudiase la herencia, todo ello con independencia, claro está, de que la donación debe reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas; reglas legales que claramente enmarcan esta institución dentro del derecho dispositivo del testador, que puede derogarlos en cada caso particular; supuesto concurrente precisamente en sentido inverso, en el caso que estudiamos, donde la voluntad expresa del causante de que se colacionen las donaciones figura en el testamento. Y al amparo de este derecho dispositivo se explica que el Código disponga en el artículo 1.037 que: “No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas”; regla que procede en sentido inverso a como se hace para el caso de las atribuciones por actos entre vivos, y ello resulta razonable, pues en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia, pero cuando el mismo causante lo dispone en su testamento, ya que no se está en el caso de emplear presunción de clase alguna, sino que nos encontramos ante la realidad de la voluntad del testador, ejercitada para después de su muerte, y definitiva en cuanto a posibles desigualdades entre sus herederos. La exposición que antecede, unida a la terminante voluntad testamentaria de que la viuda señora F. L. recibiera el pleno dominio de la totalidad del tercio de libre disposición (cuota legítimaria y legado) y el mandato expreso de que las donaciones que otorgó por actos entre vivos fueran colacionables, dispensan de todo mayor comentario respecto a las pretensiones de la parte recurrente, en orden a que el legado otorgado al cónyuge viudo sea reducido con preferencia a las donaciones que recibieren los hijos, afirmación que conduce al rechazo de este motivo.

2.º Los motivos tercero y cuarto los dedica la parte recurrente a denunciar, a través de la idónea vía procesal: la infracción del artículo 1.045 del Código Civil, en cuanto entiende que el valor dado a los bienes hereditarios no se corresponde con el que tenían al momento de la donación, pues no se ha deducido el importe del usufructo; y a impugnar los apartados 3.º y 4.º de la Sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada en apelación, por decretarse en ellos la traída a la partición de las mismas cosas donadas y no de su valor, con las correspondientes incidencias en las inscripciones registrales. La primera causa de impugnación obligadamente debe desestimarse, pues en la Sentencia de primer grado se acepta como hecho probado que “el albacea tuvo suficientemente en cuenta la incidencia del derecho de goce que se reservaba el donante, al restar, al valor

total de los bienes, un tanto por ciento atribuible al derecho de usufructo", afirmación que es ratificada en la Sentencia recurrida, y al no combatirse ahora por la vía que señala la Ley de Procedimiento resulta inamovible. Distinto tratamiento merece la segunda impugnación, pues tanto en la redacción que el artículo 1.045 tenía antes de la publicación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, como en la literalidad actual, figura: "que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor", consistiendo la modificación actual solamente en referir el tiempo del avalúo al momento en que se tasan los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación; manteniendo unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, que la colación consiste en una aportación contable o por imputación, mediante la cual se trae a la partición el valor que tenían las cosas, mejorándose, deteriorándose o pereciendo estas cosas para su dueño (art. 1.045, párrafo 2.º), regla completada en los artículos 1.047, 1.048 y 1.049, todos del Código Civil, debiendo entenderse que la toma de menos del donatario, o la atribución complementaria, incluso cuando exista parte en lo donado que exceda de la cuota del colacionante, como sucede en el caso que estudiamos, las compensaciones tienen que efectuarse adicionando contablemente valores al activo repartible y compensando, en su caso, las diferencias en metálico, pero de ninguna forma mediante la aportación de bienes *in natura*, no contemplada en ningún precepto legal. Y puesto que la declaración básica de la confirmada Sentencia de primer grado sancionaba: "el carácter colacionable de los bienes donados... y la computación de un exceso de 3.338.053,59 pesetas en favor de los demandados, sobre sus respectivas cuotas legitimarias en su conjunto, y en menoscabo de la actora, para completar el haber hereditario que le corresponde percibir", resulta obligado ser consecuente con tales declaraciones, atribuyendo, a la cantidad que corresponde percibir a la señora G. L., el carácter de deuda de cantidad, o si se prefiere de deuda de valor; razones que abonan la estimación del cuarto motivo del recurso.

LEGÍTIMA. NATURALEZA JURÍDICA. Artículos 806, 807, 809, 1.068 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil en la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado en parte la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, en base al fundamental razonamiento contenido en las siguientes líneas:

Los hechos probados conducen a la estimación del segundo motivo del recurso que, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la "no aplicación de los artículos 807, 809 y 1.068 del Código Civil, ya que se declara válido un documento sin tener en cuenta la existencia de un derecho de legítima y la no existencia de operaciones particionales". La solución que se dé a la cuestión planteada en el motivo depende de la postura que se adopte acerca de la naturaleza de la legítima definida en el artículo 806 del Código Civil como "porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"; la doctrina científica no se muestra unánime en esta cuestión, pues mientras unos autores, partiendo de la expresión "herede-

ros forzosos" que utilizan los artículos 806 y 807 del citado Código, entienden que se trata de una *pars hereditatis*, una parte alicuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, otros la consideran como *pars bonorum*, dada la definición del artículo 806, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma, formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; finalmente, un grupo de autores que puede calificarse de minoritario la califica de *pars valoris*, simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero. La Sentencia de 31 de marzo de 1970 establece que "en nuestro Ordenamiento jurídico, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuota herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales —arts. 829, 838, 840, y párrafo 2.º del art. 1.056 del Código Civil— que no se dan en el caso de autos", y la de 13 de abril de 1963 dice que "partiendo de la base de que la legítima es de orden público, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran"; de la mayoritaria doctrina científica y de la sentada en las citadas Sentencias de esta Sala se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición (Sentencia de 5 de julio de 1958). Dado el carácter ganancial del piso 4.º izquierda de la casa número 78 del paseo de las Delicias, en Madrid, único bien que, al parecer, integraba esa sociedad, los derechos que sobre el mismo ostentaba la esposa doña Valeriana O. D. integran el caudal hereditario dejado a su fallecimiento, por lo que aceptada la herencia por sus herederos, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se halla realizado la partición de la herencia, el heredero testamentario no podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicto, como establece desde antiguo la jurisprudencia (Sentencias de 4 de abril de 1905, 11 de abril de 1957, 20 de enero de 1958, 25 de noviembre de 1961 y 21 de marzo de 1968), siendo nulos de pleno derecho los actos de disposición realizados por un heredero sin la representación de los demás (Sentencia de 19 de noviembre de 1929); en consecuencia, al no haberse acreditado en autos que doña M. D. S., legitimaria de su hija doña Valeriana, haya renunciado sus derechos como tal a favor del heredero testamentario don C. L. O., carecía éste de poder de disposición sobre la citada vivienda al no haberse practicado la división del caudal, por lo que debe ser declarado nulo de pleno derecho el contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública de 27 de mayo de 1982, y al no haberlo declarado así la Sentencia recurrida, infringió la Sala de instancia los preceptos del Código Civil que se citan en el motivo, debiendo casarse y anularse, en este particular, la Sentencia recurrida, con revocación, asimismo, de la del Juzgado de Primera Instancia.

RESERVA DEL CONYUGE BINUBO EN CATALUÑA. RENUNCIA. Artículos 253, 269 y 270 de la Compilación catalana (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1989).

La renuncia a la reserva sólo puede realizarse después de contraer el reservista segundas nupcias.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, estima el recurso de casación interpuesto contra la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia y siguiendo en lo sustancial la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Orihuela número 1, declara el derecho a la reserva de los actores, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Como presupuestos de hecho acreditados debidamente, bien al mostrar sobre los mismos su aquiescencia las partes a lo largo de esta litis o por no haber sido combatidos en forma en este recurso, se señalan los siguientes: 1.º Don Manuel G. B., que había contraído primeras nupcias con doña Mercedes M. R., de quien hubo tres hijos, los actores don Manuel, don Luis y doña Mercedes G. M., al fallecimiento de dicha esposa contrajo segundo matrimonio con la demandada, doña G. V. G., con la que llevaba unido extramatrimonialmente hacía años, teniendo dos hijos, don Carlos Manuel y doña Rosa María G. V., nacidos respectivamente el 14 de diciembre de 1963 y 10 de julio de 1968, siendo los tres demandados y ahora recurridos. 2.º Referida doña Mercedes M. R. muere el 8 de noviembre de 1972, habiendo otorgado testamento abierto el 5 de abril de 1968 en el que legaba a sus tres hijos, los hoy recurrentes, lo que les correspondiera por legítima y en todos los demás bienes, derechos, etc., tantos presentes como futuros, designaba heredero único y universal a su esposo, el citado don Manuel. Al fallecer doña Mercedes, ambos cónyuges ostentaban la vecindad catalana. 3.º El 25 de mayo de 1973, los tres indicados recurrentes y su padre acuden al Notario para otorgar una escritura en cuya cláusula primera se establece lo siguiente: "I. Los hermanos don Manuel, don Luis y doña Mercedes G. M., de su libre y espontánea voluntad, renuncian de una manera expresa y formal el legado de legítima ordenado a su favor por su madre, doña Mercedes M. R., en su calendado testamento y a todos los derechos que por tal concepto, y por cualesquiera otro que les corresponda en la herencia de dicha su madre, de cuya herencia se apartan de un modo absoluto, queriendo en consecuencia que la misma quede deferida a favor única y exclusivamente de su padre, don Manuel G. B., con promesa de no formular reclamación alguna por ningún concepto relacionado con la referida herencia materna". 4.º El día 18 de junio de 1973, referido don Manuel contrae segunda nupcias con la demandada-recurrida doña Generosa V. G. 5.º Dicho señor muere el 23 de enero de 1983, con testamento abierto otorgado el 25 de noviembre de 1974, en el que lega a los cinco hijos habidos de ambos matrimonios la cuarta parte o legítima que la Compilación catalana asigna a los hijos legítimos, por quintas e iguales partes entre ellos y en el remanente de todos sus bienes, derechos, etc., presentes y futuros, instituye heredera a su citada esposa doña Generosa.

2. El problema cardinal a contemplar en el presente recurso, dado el contenido de los motivos en él instrumentados, no es otro que el que fue objeto de discusión a través de las pretensiones y oposición de las partes en el litigio enfrentadas; o sea, el de la interpretación que ha de darse a la cláusula transcrita

en el apartado 3.º del precedente fundamento, y así, en los ocho primeros motivos, toda la argumentación y consecuentemente las infracciones denunciadas van dirigidas a combatir la Sentencia recurrida por entender que la interpretación que el Tribunal *a quo* hace de referida cláusula, primera de la citada escritura pública de renuncia de 25 de mayo de 1973, no es la adecuada, toda vez que en ella no se contiene una abdicación del derecho a la reserva que a los renunciantes correspondía en la herencia de su difunta madre. Los tres motivos restantes (noveno, décimo y undécimo) acusan, respectivamente, la infracción del artículo 1.271 del Código Civil; la del artículo 2-3.º, de dicho Cuerpo legal en relación con la Disposición Transitoria primera del citado Código Civil y el “derogado art. 253 de la primitiva Compilación de Derecho Civil de Cataluña; y la infracción del citado artículo 253 de la indicada Compilación”. Es de advertir, a su vez, que todas las motivaciones construidas por los recurrentes se asientan procesalmente hablando sobre el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos Civiles.

3. Y hecha esta delimitación previa de los presupuestos fácticos que han de ser tenidos en cuenta para resolver la cuestión aquí planteada, así como del contenido de las ocho primeras motivaciones que van a ser examinadas conjuntamente, habida cuenta que su fundamentación teleológica, es la misma, se procede a penetrar en el centro neurálgico de la cuestión planteada, que como se ha puesto de relieve radica en el alcance de la renuncia que de los bienes de su madre hicieron los recurrentes. Y lo primero a realizar a tales efectos es: tanto fijar la razón de ser y alcance de esta figura abdicativa como señalar sus requisitos. Por lo que al primer punto se refiere, como ha dicho ya esta Sala (Sentencias de 26 de noviembre de 1983 y 16 de octubre de 1987), la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca), dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica. A su vez y por lo que a requisitos se refiere, partiendo de que nos hallamos aquí ante una de las denominadas doctrinalmente renuncia propia en cuanto evidentemente abdicativa —y no traslativa— de un derecho (el que ostentan los actores-recurrentes sobre los bienes reservables en la herencia de su madre), la misma, ha de ser cual tiene declarado esta Sala, clara, precisa e inequívoca (Sentencias de 4 de octubre de 1962, 7 de diciembre de 1963, 10 de diciembre de 1966, 4 de octubre de 1968, 26 de septiembre de 1983, 24 de mayo y 10 de octubre de 1984, 25 de abril de 1985, 16 de octubre y 7 de julio de 1987). Por otra parte y en relación con ello, cabe también señalar para dejar más nitidamente fijado el marco conceptual y caracterológico de esta figura, que la doctrina científica y la de esta Sala vienen admitiendo la posibilidad de renunciaciones tácitas, bien que cuidando de señalar con un muy estricto criterio sus límites, al exigir para su validez y eficacia que las mismas aparezcan de actos concluyentes que demuestren de forma indubitada la voluntad de renunciar (Sentencias de 17 de noviembre de 1931, 30 de marzo de 1953, 30 de enero de 1963, 18 de octubre de 1984, 16 de octubre de 1987). Mas esta viabilidad de las llamadas renunciaciones tácitas, admitida con carácter general, necesita además del requisito jurisprudencial de la claridad e indubitabilidad el que la propia ley exige cuando con ocasión de aludir a dicha manifestación abdicativa de la voluntad la acompaña de los adjetivos “expresa” o “expresamente”, dado que en tales supuestos resulta evidente que no pueden tener encaje esas renunciaciones tácitas por muy concluyentes que puedan parecer, y menos aún cuando como en el caso aquí contemplado acontece y aparece del segundo considerando de la Sentencia impugnada, tal calificación es realizada por el Tribunal *a quo* con base

en meras presunciones ("presuposición", se dice), al establecer que "lo cierto es que se hizo la renuncia, y así lo ha razonado el juzgador *a quo*, bajo el conocimiento y la presuposición de tan 'próximo' casamiento; y puede añadirse, en un argumento adicional a lo expuesto, que una vez fallecida la primera esposa del señor G. B. en 8 de noviembre de 1972, era bien previsible, o más que probable, y hasta de plena justicia; que una unión extramatrimonial antigua y prolongada del mismo con doña Generosa V. se complementara y legalizara con el nuevo matrimonio..."

4. Expuesto cuanto antecede, en el caso que se está examinando la situación se ofrece así: a) Existencia de una cláusula renunciativa expresa y formal referida al "legado de legitima... y a todos los derechos que por tal concepto y por cualesquiera otro que les corresponda en la herencia de dicha su madre...", realizada por los actores-recurrentes. b) Dicha cláusula contiene una renuncia general a los derechos que quienes la realizan pudieran tener respecto de la herencia de su madre, mas sin expresa referencia al derecho de reserva que sobre los bienes a él sujetos pudieran corresponderles a tenor de los artículos 269 y 270 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. Ello establecido, resulta: 1.º Que como el derecho a la reserva de los bienes a ella sujetos, no surge según el citado artículo 269 de la indicada Compilación sino "...a partir del momento en que dicho viudo o viuda contraiga nuevas nupcias...", su renuncia conforme establece el artículo 270 de dicho Cuerpo legal, únicamente podrá realizarse "...después de contraer el reservista segundas nupcias..". 2.º Que dado el contenido de referidos preceptos, esta renuncia solamente puede ser expresa, entendiendo por tal la que se proyecta de modo directo sobre el derecho de reserva; no puede, por tanto, presumirse derivándola de actos o conductas de clase alguna de los renunciantes, por muy concluyentes que puedan parecer, máxime si, cuando como aquí ocurre, tal manifestación abdicativa de voluntad no sólo fue general y no específica, sino que, además, se realizó en momentos anteriores (sea cual fuere su antelación) a la realización del acto que origina la conversión en derecho cierto de lo que hasta ese momento era una mera expectativa, la celebración del segundo matrimonio. Y a tales efectos es de interés poner de relieve que este Alto Tribunal, en la única Sentencia que sobre el artículo 970 del Código Civil ha pronunciado, precepto en cuyo texto si bien se contiene la frase "...renuncia expresamente...", que no aparece en los citados de la Compilación, no figura la muy expresiva "...con exclusión de los que hayan renunciado la reserva *después de contraer el reservista segundas nupcias..*", que se encuentra en el texto del artículo 270-1 de la Compilación; no obstante esto (se insiste), en la indicada Sentencia de 2 de marzo de 1959 se declara que la obligación de reserva que en dicho artículo del Código Civil se establece, "...nace desde el momento de la celebración de dichas segundas bodas..." y que en consecuencia, "... la renuncia del derecho a la reserva *ha de hacerse en forma expresa y después de haber nacido por el nuevo matrimonio del cónyuge superstite, a favor de los hijos comunes...*". Consiguientemente, la renuncia contenida en el documento notarial otorgado el 25 de mayo de 1973 carece de eficacia y validez en lo que se refiere a los bienes de doña Mercedes M. R. que hubieren adquirido la cualidad de reservables conforme a la legislación catalana, por virtud de las segundas nupcias de don Manuel G. B.

TESTAMENTO NAVARRO ANTE PARROCO. INTERPRETACION. Ley 149
(SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1989).

Se discute la interpretación de la cláusula inserta en el testamento ante Párroco navarro, según cuyo tenor la testadora "instituye y nombra herederos de todos sus bienes, acciones y derechos a todos sus mencionados hijos por partes iguales; y si alguno de ellos muere *sin tomar estado y sin sucesión* recaerá su parte en los demás hermanos".

El Juzgado de Primera Instancia de Estella entendió que se trataba de una doble condición que debía cumplirse cumulativamente, es decir, darse los dos supuestos de que cualquiera de los hijos de la testadora hubiese tomado estado y además hubiese tenido descendencia para poder disponer libremente de los bienes. Mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, revocando la Sentencia del Juzgado, estima que se trata de un requisito de cumplimiento alternativo, bastando con que cualquiera de los hijos de la testadora haya tomado estado o se haya casado, aunque carezca de descendencia para que pueda disponer de los bienes heredados. Esta última solución es la compartida por el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albarcar López, aduciendo fundamentalmente la reiterada jurisprudencia según la cual la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia en este caso de la Audiencia, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Promovido por don Angel A. M. ante el Juzgado de Primera Instancia de Estella (Navarra) demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña Maria Esther y doña Rafaela A. M. y don José María A. A. sobre declaración de derechos hereditarios, con fecha 23 de abril de 1987 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 30 de abril de 1986, se desestimaba la demanda, Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que la cuestión discutida se contrae a la interpretación que deba darse a la cláusula 3.^a del testamento otorgado ante Párroco el 23 de agosto de 1933 por doña Juliana M. G., en la que se dispone que instituye y nombra herederos de todos sus bienes, acciones y derechos a todos sus mencionados hijos por partes iguales; y si alguno de ellos muere sin tomar estado y sin sucesión recaerá su parte en los demás hermanos. B) Que en virtud de la libertad de testar reconocida a la testadora, de regionalidad navarra, por la Ley 149, pudo establecer las previsiones contenidas en la aludida cláusula y ordenar la reversión de los bienes al resto de sus hijos, siempre que se dieran esas dos condiciones negativas y acumulativas, es decir, que el heredero fiduciario, en este caso la tía, de quien heredó el demandado, no podrá disponer de las fincas a ella adjudicadas en partición en el año 1953 "sin tomar estado y sin sucesión", o lo que es lo mismo, sin descendientes, y aplicadas las indiscutidas premisas fácticas de fallecimiento de la tía en estado de casada pero sin hijos, la conclusión debe ser distinta a la mantenida por el juzgador de instancia, ya que no se da la condición de inexistencia de la toma de estado y en virtud de ello la tía podrá disponer, como lo hizo, de las fincas heredadas.

2. El motivo único del recurso se ampara en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 675 del Código Civil, por interpretación errónea, en relación con la doctrina jurisprudencial que cita,

y debe ser rechazada, pues, si bien es cierto que el indicado precepto dispone que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus preceptos, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, también lo es que, según tiene reconocido una constante doctrina de esta Sala, la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de Instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto en que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la Ley, y ninguna de dichas calificaciones cuadra a la labor interpretativa efectuada por la Sala que, partiendo de la base de que la tía de los demandados falleció después de tomar estado, es decir, de haber contraído matrimonio, aunque sin sucesión, entendió que, por no concurrir de manera acumulativa las dos condiciones que la cláusula mencionada imponía para impedir al heredero fiduciario disponer de los bienes, y efectuando, en todo caso, una interpretación literal de la inducida cláusula, tal y como pretende la parte recurrente, realizó una correcta labor hermenéutica, que debe ser respetada en vía casacional, por lo que procede el rechazo del motivo.

Sin embargo, parece más correcta la interpretación del Juzgado porque la frase "tomar estado" es más amplia que la de "contraer matrimonio", ya que equivale o comprende también el estado religioso; y, sobre todo, porque la finalidad esencial que los testadores quieren prevenir y evitar con tal tipo de cláusulas es que los bienes vayan a parar a manos extrañas a la familia de origen de los mismos, incluso a la familia política, siendo su voluntad que permanezcan en la de su procedencia. ¿Qué decir de un matrimonio *in articulo mortis*? Esto demuestra, una vez más, lo delicado de la redacción de los testamentos, siendo muy aconsejable la claridad deseable, incluyendo la palabra "además", por ejemplo. No hubiere habido duda alguna si la frase hubiera sido: "...sin tomar estado y además sin descendencia...".

ACEPTACION DE HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO. CADUCIDAD (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, estima el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que anula, la cual había apreciado la caducidad del derecho del actor a aceptar la herencia de su padre a beneficio de inventario y confirma el auto del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid que, en vista de la posición de otro coheredero, había declarado contencioso el expediente, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Presentado el 25 de abril de 1985, por la representación de don F. M. I, ante el Juzgado de Primera Instancia, escrito en súplica de que se tuviese por promovido, en trámite de jurisdicción voluntaria, expediente en aceptación de herencia a beneficio de inventario, respecto de la causada por fallecimiento de su padre, don S. M. D., e instruido el oportuno procedimiento en el que el coheredero don L. M. I. hizo oposición, argumentando con la improcedencia de la postulación dicha por venir el solicitante, dice, en posesión de determinados bienes de la herencia y haber realizado, con anterioridad, actos de aceptación y disposición del caudal relicto, la decisión de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Madrid que, conociendo en apelación del auto del Juez *a quo* que a la

vista de la oposición había declarado contencioso el expediente, decidió, al tiempo que rechazaba la apelación interpuesta por el actor en el inicial expediente de jurisdicción voluntaria, "declarar caducado el derecho del mismo a instar la aceptación a beneficio de inventario", es impugnada en este recurso extraordinario articulando, al efecto, tres motivos de casación en los que, con cita de los artículos 1.º de la Ley de 20 de junio de 1968; 484, 680 y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de los 24-1 de la Constitución Española, 7.º-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.014 y siguientes del Código Civil, se argumenta que la resolución del Tribunal de Apelación se dictó con incompetencia funcional en procedimiento inadecuado, ya que el idóneo para la declaración hecha era el de menor cuantía previsto en aquellos artículos 484 y 680 de la Ley Procesal y con infracción de esta otra invocada normativa constitucional y orgánica, así como de la sustantiva civil igualmente referida, impugnación que, aparte la mención sin desarrollo del artículo 1.º de la Ley de 1968, inestimable a la vista del propio texto legal, del que resulta la competencia que se niega en el recurso, ha de ser acogida, ya que es patente que el Tribunal de Apelación, al resolver la alzada interpuesta cuestionando estrictamente la decisión del Juez de origen de convertir en contencioso un expediente iniciado al amparo de la normativa que rige la jurisdicción voluntaria, fue más allá de los términos en que la apelación quedó planteada —sobreseimiento del procedimiento de jurisdicción voluntaria declarándolo contencioso— como infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al hacer una declaración, la de caducidad que si, ciertamente, cuenta entre sus características la de su apreciabilidad de oficio y la fatalidad con que operan en ella los plazos, también ha de observarse que a los contornos imprecisos que de ordinario acompañan este instituto, se une, en el presente caso, la circunstancia de que la facultad que la Audiencia declaró caducada no estaba en la situación de un llano decaimiento fatal por haber transcurrido el plazo prefijado para el ejercicio de la potestad, que se actúa, tal y como sucedería en el supuesto que el artículo 1.005 del Código Civil contempla, sino que, lo fue en atención a haberse actuado contraviniendo el mandato cronológico que el artículo 1.014 y 1.015 del Código Civil establecen, normativa cuya aplicación, en el sentido en que lo ha sido por el Tribunal *ad quem*, exige la previa apreciación y valoración de unos factores —posesión de bienes de la herencia o gestión de la misma— cuya concurrencia, negada por el solicitante y afirmada por un coheredero, no ha sido planteada ni discutida en procedimiento contradictorio alguno, ya que en el de jurisdicción voluntaria no caben verdaderas pretensiones procesales en el sentido, comúnmente aceptado, de peticiones de modo que la jurisdicción frente a persona determinada distinta del promovedor; de modo que, al menos en cuanto se ha producido una extralimitación del objeto de la apelación, modificando el contenido de la misma en perjuicio del apelante —*modificatio petus*— al declarar extinguida la facultad que actuó sin haber sido contradictoriamente enjuiciados los datos cuya presencia determina la extinción misma, ha de acogerse el recurso, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, manifiesta en numerosas Sentencias, entre ellas las de 24 de octubre de 1978 y 16 de mayo de 1988, y a la sentada en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional en la de 6 de octubre de 1986, confirmando la resolución apelada del Juez de Primera Instancia que, ante la oposición formulada por un interesado en expediente de jurisdicción voluntaria, declaró, a tenor del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al hilo también de la más autorizada doctrina que insiste en la inconciliabilidad de dicha jurisdicción con la actuación en ella de una verdadera pretensión procesal, contencioso el expediente en trámite, con prevención a los

interesados a instar, en el oportuno procedimiento, lo que a su derecho conviniese, lo cual está, por lo demás, acomodado a la normativa del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuyo mandato procede también no hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias y declarar que, en cuanto a las de este recurso, cada uno satisfaga las suyas.

LEGITIMAS. CALCULO Y COMPLEMENTO. PARTICION. Artículos 815, 818, 1.056 y 1.057 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1989).

No cabe ejercitar la acción de complemento de legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y apelada y desestima el interpuesto por el actor y apelante, anulando la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo y confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Grado, que sin examinar el fondo del asunto absolvió libremente a la demandada, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero.—Los presupuestos fácticos que ineludiblemente han de ser tenidos en cuenta para la adecuada resolución del presente recurso son los siguientes: 1.º Don Alvaro F. R., de estado casado con doña Servanda D. F., falleció el día 12 de agosto de 1975, habiendo otorgado su último y válido testamento abierto en 24 de octubre de 1970, bajo la fe del Notario de Grado (Asturias), don Félix Cristobal Jos López, en el que, para lo que aquí interesa, dispone lo siguiente: a) Declara que de su matrimonio con doña Servanda D. F. tiene siete hijos, llamados Julia Rosa, María Teresa, Angeles, Marina, Manuela, Víctor Manuel y Enrique F.D. b) Lega a su esposa el usufructo vitalicio de la totalidad de su herencia y prohíbe a los hijos o descendientes pedir la división de la herencia en vida de la esposa del testador, disponiendo que el que no respete esta orden sea privado de todo cuanto pueda corresponderle con cargo a los tercios de mejora y libre disposición (cláusula tercera). c) Instituye herederos a sus siete expresados hijos y si alguno de éstos le premuere lo sustituye por su descendencia. d) Conforme al artículo 1.056 del Código Civil, hace adjudicación de parte de sus bienes entre sus siete hijos en la forma que se expresa en dicho testamento, disponiendo que si hay excesos en tales adjudicaciones se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición. e) Los restantes bienes, o sea, los no adjudicados directamente por el testador, dispone que se repartan por partes iguales entre sus siete aludidos hijos. f) Prohíbe la intervención judicial en su testamentaria, bajo la sanción ordenada en la cláusula tercera al heredero que la promueva y para que tenga efecto tal prohibición nombra albaceas contadores-partidores, con carácter solidario, a su hermano y sobrino políticos don E. D. F. y don O. D., a los que faculta para entregar legados, liquidar la sociedad conyugal o cualquier otra y prorroga el plazo de ejercicio de sus funciones hasta seis años después del fallecimiento del testador o de su esposa. 2.º Doña Servanda D. F., en estado de viuda de don Alvaro F. R., falleció el día 24 de marzo de 1984, habiendo otorgado su último y válido testamento abierto el día 3 de agosto de 1978 bajo la fe del Notario de Grado (Asturias) don José Picón Martín, en el que, para lo que aquí interesa, dispone lo siguiente: a) Declara que de su matrimonio con don Alvaro F. R. viven cinco hijos llamados María Teresa, Angeles, Marina, Manuela y Enrique F. D. y le

premuriéron otros dos hijos llamados Julia Rosa F. D. (que de su matrimonio con don José María F., dejó, a su vez, dos hijos, nietos por tanto de la testadora y llamados María Teresa y José F. F.) y Víctor Manuel F. D. (que de su matrimonio con doña María Angeles G., dejó, a su vez, un hijo, nieto de la testadora, llamado Manuel Alvaro F. G.). *b)* Instituye herederos a sus cinco expresados hijos y a sus tres aludidos nietos, heredando los hijos por derecho propio y por cabezas, y los nietos por estirpes en representación de sus fallecidos padres. *c)* Conforme al artículo 1.056 del Código Civil, hace adjudicación de sus bienes entre sus cinco hijos y sus tres nietos en la forma que se expresa en dicho testamento, disponiendo que si hay excesos a favor de alguno o algunos de los herederos éstos se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición. *d)* Prohíbe la intervención judicial en su testamentaria, ordenando a sus herederos que respeten su voluntad y dispone que para el caso de que alguno o algunos de ellos no lo hiciera se reduzca su participación a la legítima estricta acreciendo el resto al heredero o herederos conformes. *e)* Nombra albaceas-contadores-partidores, con carácter solidario, prorrogándoles el plazo legal por seis años más a don Manuel F. A. y a su sobrino carnal don Oscar D. 3.º Además de los bienes distribuidos por los referidos testadores en sus respectivos testamentos, forman parte de los caudales hereditarios de los mismos otros bienes, al parecer con carácter de gananciales, cuales son: 127 acciones de Hidroeléctrica del Cantábrico; 20 obligaciones de Hidroeléctrica del Cantábrico, amortizadas después del fallecimiento de don Alvaro F. R., y 330.265 pesetas en dinero efectivo

Segundo.—Sobre la base exclusivamente de los expresados antecedentes fácticos y sin que hubieran tenido la más mínima intervención los contadores-partidores designados con carácter solidario por los testadores y, por tanto, sin que se hubiera practicado por ellos operación particional alguna, previa la necesaria liquidación de la sociedad conyugal, no obstante la expresa voluntad de dichos causantes, los hijos de los mismos, llamados doña Angeles, doña Marina, don Manuel y don Enrique de la F. D., y los nietos doña María Teresa y don José María F. F., y don Manuel Alvaro F. G., promovieron directamente el proceso (juicio de menor cuantía) del que este recurso dimana, contra su hermana y tía, respectivamente, doña María Teresa F. D., en el que, por medio de una confusa demanda, y diciendo ejercitar, según parece desprenderse de ella, acciones en petición de complemento de legítima, previa adición a la partición practicada por los causantes de los bienes no tenidos en cuenta por ellos, y, subsidiariamente, de práctica de una nueva partición y de rescisión por lesión de la practicada por los causantes, postularon textualmente que se dictara Sentencia por la que se declare: “1.º Que los bienes que constituyen el haber de las herencias de los causantes don Alvaro F. R. y doña Servanda D. F. son los relacionados en los hechos segundo —bienes distribuidos por los causantes en sus testamentos— y tercero —bienes que se adicionan (*sic*)— de esta demanda. 2.º Que la parte legítima correspondiente a cada heredero o estirpe de descendientes es un veintinueve y en conjunto para los reclamantes —excluida la mejorada— de seis veintinueves del activo hereditario. 3.º El derecho de los reclamantes: al complemento de su legítima, que cifra provisoria y globalmente para las dos herencias referidas en la cantidad de 4.100.000 pesetas, sin perjuicio de lo que resulte en prueba; a la parte de legítima en los bienes adicionales (*sic*) de las herencias, cuya cuantía se determinará en prueba. Todo lo que les será abonado en dinero por la demandada con los intereses computados en la forma señalada por el artículo 927 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y subsidiariamente que se

proceda a nueva partición, que se llevará a efecto en ejecución de Sentencia, por los contadores-partidores, si sus facultades están vigentes y en otro caso con el concurso de todos los partícipes en las herencias y en las que se harán las adjudicaciones procedentes para cubrir los haberes legitimarios. 4.º Subsidiariamente de lo anterior y ya por ejercicio de la acción de rescisión por lesión, se declaren rescindidas o ineficaces las particiones de los causantes referidos, por lesión de la legítima en la cuantía indicada y que se proceda a nueva partición, en vía de ejecución de Sentencia, en la que se adjudiquen bienes a los reclamantes para cubrir íntegramente su legítima, a no ser que la demandada opte por satisfacer en metálico el importe de la lesión y de la parte legítima en los bienes adicionales (*sic*), que resulten de la prueba, con mas los intereses en la forma indicada". En el expresado proceso recayó Sentencia del Juez de Primera Instancia, por la que, estimando la excepción de inadecuación del procedimiento, aducida por la demandada y sin examinar el fondo del asunto, absolvió libremente a dicha demandada. En grado de apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo dictó Sentencia por la que, revocando totalmente la Sentencia de primer grado y estimando parcialmente la demanda, declaró "que las adjudicaciones de los bienes hecha a los actores en la partición realizada en los testamentos de sus padres y abuelos dejan sin cubrir la legítima estricta de éstos en la suma de 4.100.000 pesetas, cuya cantidad deberá ser completada por la demandada, quien entregará, además, a los demandantes los bienes inmuebles que en dichos testamentos se les adjudican; absolviendo a ésta del resto de las pretensiones sin perjuicio de la partición adicional respecto de los bienes no comprendidos en los testamentos particionales".

Tercero.—Contra la expresada Sentencia de la Audiencia interponen sendos recursos de casación, por un lado los demandantes, cuyo recurso lo articulan a través de un motivo, y, por otro, la demandada, que lo hace por medio de cuatro. Como el de los demandantes se refiere a un extremo muy puntual y concreto (cual es el no hacer también la Sentencia recurrida, como los recurrentes entienden debía haber hecho, pronunciamiento expreso acerca de la condena a la demandada al pago de los intereses a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), razones de estricta técnica casacional imponen que el estudio del mismo, si procede, se haga con posterioridad al interpuesto por la demandada, con el que pretende la casación y anulación total de la Sentencia recurrida, ya que si éste hubiera de ser estimado, ello habría de llevar lógica e inexorablemente aparejado, sin necesidad de su estudio, el decaimiento de aquél.

Cuarto.—De los cuatro motivos a través de los cuales la demandada doña María Teresa F. D. articula su recurso, los que verdaderamente afectan al núcleo esencial de la cuestión litigiosa debatida y que, en esencia, se reduce a determinar si cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos de la acción de complemento de legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario y, por tanto, antes de conocerse a cuánto asciende el importe de la legítima estricta correspondiente a cada heredero, son los motivos segundo y tercero, ambos incardinados en el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, por ello, han de ser estudiados en primer lugar y, además, en forma conjunta, dada la íntima conexión existente entre ellos y por los cuales la recurrente denuncia "infracción del artículo 818 en relación con el 657 del Código Civil" (en el segundo) e "infracción por aplicación indebida del artículo 1.079 del Código Civil en relación con el 1.056, 1.057 y 818

del mismo Cuerpo legal" (en el tercero). Los dos expresados motivos han de ser estimados por las consideraciones siguientes: primera, porque no es ontológica, ni jurídicamente, posible pedir el complemento de legítima, conforme al artículo 815 del Código Civil, que es la única acción que ha sido estimada por la Sentencia recurrida (el pronunciamiento desestimatorio de todas las demás ejercitadas —entre ellas la de rescisión de la partición por lesión— no ha sido recurrido), supuesta la existencia de mejoras, sin antes conocer el montante del *quantum* o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales; segunda, porque, aparte de que aquí se trata de dos herencias distintas, que no permiten el tratamiento unitario, englobado y simplista que han pretendido darle los actores y que ha aceptado la Sentencia recurrida, de lo que más adelante nos ocuparemos, cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1.056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado esta Sala (Sentencias de 9 de marzo de 1961; 25 de enero de 1971; 15 de febrero de 1988), siendo éste el supuesto que nos ocupa, en que los dos testadores (padre y madre de los aquí litigantes), después de adjudicar, en sus respectivos testamentos, algunos de sus bienes (casi todos ellos gananciales), en distinta proporción, a sus hijos, y disponer que si hay excesos a favor de alguno o algunos de los herederos se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición y que el remanente de sus bienes (o sea, los no adjudicados) se distribuya entre todos ellos por partes iguales, nombran dos contadores-partidores, con carácter solidario, y después de manifestar su expresa prohibición de toda intervención judicial en sus respectivas testamentarias, con sanción para el heredero que la incumpla de quedar reducida su participación a la legítima estricta, prorrogan a dichos contadores-partidores el plazo para el ejercicio de sus funciones hasta seis años después de la muerte del último de dichos testadores (que fue la madre, que falleció el 24 de marzo de 1984), todo lo cual entraña que, según expresa voluntad de dichos causantes, manifestada en sus respectivos testamentos, que son la ley fundamental de la sucesión, los nombrados contadores-partidores, si no rechazan el cargo (de lo que no hay constancia alguna en autos), serán los que habrán de practicar, dentro del plazo concedido, las correspondientes operaciones particionales, que equivalen a las practicadas por los propios testadores (Sentencias de esta Sala de 17 de abril de 1943, 25 de abril de 1963, 18 de febrero de 1987) y sólo entonces (o, en otro caso, a través del correspondiente juicio de testamentaria) será cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global en que lo hacen los actores, ha percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta; tercera, porque al existir dos herencias distintas (las del padre y de la madre de los aquí litigantes) no es posible tratar de mezclar y englobar las dos para, teniendo en cuenta solamente las adjudicaciones hechas en los dos testamentos, sin considerar el remanente de lo no adjudicado

concretamente a ninguno y sumando indiscriminadamente lo adjudicado a todos los herederos, menos la demandada, pretender obtener la conclusión de que a todos ellos (los demandantes) se les ha atribuido menos valor de lo que a cada uno corresponde por legítima estricta, cuando una elemental técnica jurídica exige que, después de practicarse la liquidación de la sociedad de gananciales, que tampoco aparece haber sido realizada en el presente supuesto, los contadores-partidores nombrados expresamente para ello por los testadores, si aceptan el cargo —acerca de lo cual no aparece nada en los autos (o, en otro caso, acudiéndose al correspondiente juicio de testamentaria)— practiquen la partición, por separado, de cada una de las referidas herencias, como único medio de poder conocer el importe o valor de lo que, por legítima estricta, ha de corresponder en cada una de ellas a cada heredero, y sólo entonces podrá saberse si los bienes que le han sido adjudicados en cada uno de los referidos testamentos (que, lógicamente, no son iguales para todos ni en las mismas proporciones), incrementados con la parte que les corresponda en el remanente de los bienes no adjudicados, alcanza o no el expresado límite mínimo de la legítima estricta, siendo entonces cuando el heredero o herederos, individualmente considerados, que se estimen perjudicados (no todos ellos indiscriminadamente, como han hecho los demandantes en este proceso, al reclamar, sin distinción alguna, a la demandada, 4.100.000 por el concepto de complemento de legítima) podrán ejercitar la acción de que se crean asistidos. Al no haberlo entendido así la Sentencia recurrida es evidente que ha infringido los artículos 818, 1.056 y 1.057 del Código Civil, lo que ha de comportar, como ya se ha dicho, el éxito de los motivos examinados, haciendo ello innecesario el estudio de los otros dos de la misma recurrente, por los que, con apoyo procesal en el ordinal cuarto, denuncia error en la apreciación de la prueba, así como el del único motivo a través del cual los demandantes han articulado su recurso, pues por referirse el mismo, como ya se ha dicho, a un extremo muy puntual y concreto (el relativo a no haber hecho la Sentencia recurrida, en su fallo, condena expresa a la demandada al pago de los intereses a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) su posible estimación presuponía necesaria e inexcusablemente la desestimación del recurso de la demandada, que aquí no ha ocurrido.

Quinto.—El acogimiento de los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por doña María Teresa F. D. ha de llevar aparejada, con la estimación de dicho recurso y la desestimación del interpuesto por doña Angeles, doña Marina, doña Manuela y don Enrique F. D. y doña María Teresa y don José María F. F. y don Manuel Alvaro F. G., la casación de la Sentencia recurrida y la confirmación del fallo de la de primera instancia; debiendo, por precepto imperativo de los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer las costas de ambas instancias a los que en la primera fueron demandantes y en la segunda apelantes, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de las costas de este recurso, en cuanto a las causadas con el interpuesto por doña María Teresa F. D., y con expresa imposición a doña Angeles, doña Marina, doña Manuela y don Enrique F. D. y doña María Teresa y don José María F. F. y don Manuel Alvaro F. G. de las causadas con el recurso por ellos interpuesto; sin que haya lugar a acordar devolución, ni pérdida de depósito, al no haber sido los mismos constituidos, por no ser las Sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

TESTAMENTO. LEY APLICABLE. LEGISLACION VENEZOLANA, INCAPACIDAD SUCESORIA (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1989).

Los actores, hermanos y parientes más próximos del causante con derecho como tales a sucederle *ab intestato*, formularon demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra determinada archidiócesis española e instituciones religiosas, aduciendo que dicho causante, de nacionalidad venezolana, adquirida el 28 de junio de 1967, falleció en Maracaibo el 18 de mayo de 1983 dejando consignada su última voluntad en testamento abierto otorgado el 23 de julio de 1982 ante el Notario de Madrid don ..., en el que, entre otros extremos, contenía determinadas disposiciones a favor de la diócesis de X e instituciones religiosas de la Iglesia Católica, todas las cuales son incapaces para suceder conforme el artículo 841 del Código Civil venezolano, que así lo establece respecto a las iglesias de cualquier credo y los institutos de manos muertas, por lo que, al no existir convenio de doble nacionalidad con Venezuela, la aplicación de la legislación de este país determina que los demandados sean incapaces para suceder, abriéndose la sucesión intestada a favor de los actores.

Las entidades religiosas demandadas, entre otros extremos, contestan a la demanda argumentando que tal incapacidad fue derogada respecto de la Iglesia Católica Romana en virtud del convenio celebrado entre la República de Venezuela y la Santa Sede Apostólica, en cuyo artículo 4.º, posterior al Código Civil, se reconoce a la Iglesia Católica como persona jurídica de carácter público, gozando de plena personalidad jurídica, por lo que la cláusula testamentaria es válida.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid declaró la nulidad de tal cláusula, confirmando esta Sentencia la de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante y la validez de la discutida cláusula testamentaria, conforme a los siguientes fundamentos de derecho:

El motivo primero, amparado en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documento obrante en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradicho por otros elementos probatorios, con cita del artículo 12, número 6, del Código Civil, relativo a la invocación y prueba del Derecho extranjero.

La complejidad que representa la aplicación del Derecho venezolano a la sucesión testamentaria cuya impugnación da origen a los presentes autos, le evidencian muy singulares aspectos que pueden sintetizarse en los siguientes puntos.

1. Si el artículo 841 del Código Civil venezolano implica una "prohibición" (como entiende el juzgador de instancia) o se trata de una incapacidad (que es el término que dicho precepto emplea). En el primer caso, si la misma afecta a las "iglesias de cualquier credo" de nacionalidad venezolana o si también a las de nacionalidad extranjera y respecto a bienes inmuebles situados en país distinto. En el segundo caso, la capacidad para suceder habría de regirse por la ley nacional del heredero (art. 9.11 del Código Civil español).

2. Si publicada la Constitución de Venezuela, el citado precepto de su Código Civil puede o no quedar afectado por inconstitucionalidad sobrevenida. El ar-

título 61 de esa Ley fundamental interdicta las "discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el *credo* o la condición social".

3. Si el convenio celebrado entre la República de Venezuela y la Santa Sede, publicada en la *Gaceta Oficial* de 24 de septiembre de 1964 afecta o no a lo dispuesto en el repetido artículo 841 del Código venezolano. El artículo 4 del Convenio expresa: "Se reconoce a la Iglesia Católica de la República de Venezuela como *persona jurídica de carácter público. Gozan además de personalidad jurídica para los actos de la vida civil, las diócesis, los capítulos catedralicios, los seminarios, las parroquias, las órdenes, congregaciones religiosas y demás institutos de perfección cristiana canónicamente reconocidos.* Las instituciones y entidades particulares que según el Derecho Canónico tienen personalidad jurídica gozarán de la misma personalidad jurídica ante el Estado, una vez que hayan sido cumplidos los requisitos legales". En opinión de los jurisperitos que emitieron dictamen sobre estas cuestiones, el citado Concordato "deja sin efecto cualquier interpretación que pudiera restringir la capacidad adquisitiva de la Iglesia Católica y sus Instituciones" En dicho dictamen se concluye afirmando: "Como consecuencia de la novedad del Convenio citado y por el *hecho irrefutable de que en Venezuela pueden recibir legados y herencias las instituciones eclesiásticas, no se han presentado casos que pudieran crear algún precedente jurisprudencial*".

Tan problemáticas cuestiones no pueden ser resueltas atendiendo únicamente a la letra de un precepto aislado del Derecho venezolano. Como reiteradamente ha declarado esta Sala, la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque (en este caso la parte actora), siendo necesario acreditar, *no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente* (cfr. Sentencias de 26 de mayo de 1887, 9 de julio de 1895, 19 de noviembre de 1904, 30 de enero de 1930, 1 de febrero de 1934, 4 de diciembre de 1935, 9 de enero de 1936, 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982 y 12 de enero de 1989). Como acertadamente admite la doctrina, cuando a los Tribunales españoles no le es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, lo que conduce a estimar, en efecto, el error cometido por la Sala de instancia al apreciar la prueba, debiendo por ello prosperar el motivo en tal sentido articulado por la parte recurrente.

F. C. L.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

CRISTÓBAL MONTES, A.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, 1989.

Con algún retraso sobre el *horario* previsto traigo a estas páginas la recensión de este estudio monográfico, que viene a ser una especie de “continuación” de la obra del mismo autor *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, que posiblemente recensioné también en su día. Son dos aspectos de la moneda —cara y cruz—, que dan solución al problema obligacional. O te pasas o no llegas, como decía Muñoz Seca en su *Venganza de don Mendo*.

Antes de penetrar en el tema objeto de la monografía me gustaría situar socialmente el tema del incumplimiento. A mi siempre me ha parecido mal “incumplir”, sobre todo si se ha prometido. Puedes dudar antes de prometer, pero después de haber prometido debes cumplir siempre. Todo ello dentro de unos niveles normales de actuación, pues hay casos en los que el incumplimiento es hasta “obligado”. Socialmente el panorama de mediados de siglo ha cambiado en forma terrorífica. La generación que podríamos —con lenguaje poco académico— llamar “borde” situaba el incumplimiento como una especie de *pecado social* que afectaba la honorabilidad de las personas. El embargado, el que tenía que hipotecar, el ejecutado (en sentido jurídico), el que impagaba una letra, al que le protestaban un cheque, etc., estaban “mal vistos” en una sociedad donde el respeto a la palabra dada, al apretón de manos, la promesa de pago eran reglas de caballeros y su incumplimiento suponía un auténtico escándalo. Lo curioso del caso es que ahora sucede todo lo contrario. Se trata de un fenómeno sociológico que tendría que ser estudiado a fondo. La norma actualmente es “incumplir”, incumplir incluso por sistema, por “postura”, por “chulería”. Se ha trastocado el sistema de valores y lo que antes era norma se ha convertido en excepción. ¿Esto será bueno o malo?

La idea que apunto aflora inmediatamente en ese criterio interpretativo de la famosa “condición resolutoria” (antifaz de un posible pacto usurario... de menos cuantía que las fórmulas de interés variable), cuyo muro jurídico hipotecario ha sido derrumbado estrepitosamente. La protección que la condición llevaba consigo —registralmente hablando— y que daba garantías de seguridad al vendedor, hoy se las han quitado y, con ello, jurídicamente se está poniendo al día el intérprete que se solidariza con el comprador que incumple. Particularmente no me gusta esta dirección jurisprudencial, como tampoco me gusta esa especie de protección o trato favorable del que comete delitos y es arropado por la “presunción de inocencia” que no se aplica en el campo fiscal. Claro que no debe olvidarse que estamos, según dice la Constitución, en un Estado de Derecho, social y democrático.

Esta especie de reflexión mía sobre el tema creo que está en la línea que marca el autor en su monografía al afirmar que sobre el pago o cumplimiento de las obligaciones hay aportaciones doctrinales sorprendentes y convincentes, no ocurre lo mismo en el campo del incumplimiento “en donde reina la más completa penuria y dejadez”. Esta afirmación del autor la avala con ejemplos de

obras importantes como la de DIEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*) y la de HERNÁNDEZ GIL (*Derecho de obligaciones*) donde el tema del incumplimiento se encuentra tratado "de manera claramente insuficiente". Afir- mación ésta que corrobora DELGADO ECHEVARRIA (*Elementos de Derecho Civil*) al entender que no existe una monografía "dedicada extensa y específicamente" al incumplimiento. A este fenómeno jurídico —que hoy se subsana con esta mono- grafía— puede haber contribuido ese "arrastre" de valores tradicionales donde el fin de la obligación era el pago, como regla general, y la excepción, el incum- plimiento.

El estudio monográfico se estructura en cuatro grandes partes que diseccio- nan el tema del incumplimiento como *imposibilidad sobrevenida*. No se cumple porque se hace imposible cumplir, ahora bien, esta imposibilidad puede ser imputable o no imputable al deudor y, en uno y otro caso, hay que examinar la responsabilidad del mismo. El tema no puede dar más de sí: imposibilidad, impu- tabilidad o no y responsabilidad, así de escueto. Notas a pie de página y bibliográ- ficas facilitan la labor del estudioso, así como el índice sumarial. A todo ello nos ajustamos:

I. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN

Fundamentalmente el autor entra en esos artículos del Código Civil 1.088 y siguientes que abren el cauce del concepto de la obligación y el contrato y hace dos grandes apeaderos en el 1.101 y en el 1.186, que contemplan el caso general de incumplimiento y el supuesto de la pérdida de la cosa, objeto de la prestación. Precisa la terminología, contempla lo que debe considerarse como imposibilidad sobrevenida (la que supone una causa objetiva, permanente y absoluta, obstativa del acto solutorio que implica un incumplimiento definitivo) y examina sus mo- dalidades y las dos esferas de situaciones; si es parcial o total.

II. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE

En "línea" como si fuera una carrera de caballos dispuestos a la salida se agrupan el caso fortuito, la fuerza mayor, el dolo, la culpa, la negligencia y la morosidad. El autor va repartiendo los conceptos y su examen al estudiar la posible participación del deudor en la imposibilidad sobrevenida que impide el cumplimiento de la obligación. Y en este estudio se detiene en el dolo y su prueba, en la culpa y sus grados, en la moderación y prueba, así como en la responsabilidad del deudor por sus auxiliares.

III. IMPOSIBILIDAD NO IMPUTABLE

Si el autor ha seleccionado en el capítulo anterior el estudio de los temas del dolo y la culpa, le quedaban rezagados el del caso fortuito y la fuerza mayor que suponen una "imposibilidad liberatorio extintiva" del vínculo, según la expresión de JORDANO FRAGA que el autor utiliza en conexión con la doctrina italiana. El estudio se prolonga, lógicamente, afrontando el tema de la causa no imputable, sus requisitos (imprevisibilidad e inevitabilidad, imputabilidad e imposibilidad), sus efectos, prueba y excepciones. Me detengo en estas últimas ya que en ellas

el autor examina de una parte el problema del pacto de asunción de la causa imputable-pacto expreso y de otra aquellos supuestos en los que la ley impone la causa por existir una actuación ilícita previa a la producción del evento impeditivo del cumplimiento como pueden ser los casos de la mora, la doble enajenación de la cosa, deuda derivada de delito o falta y algunos otros supuestos.

IV. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

Entiendo que esta última parte del trabajo cobra una gran importancia, pues en ella se va a concretar lo que el deudor por su incumplimiento debe o no indemnizar. Y el campo es asombrosamente apasionante, pues en el mismo juegan la responsabilidad contractual, las razones y los fundamentos del resarcimiento de daños y sus condiciones, aparte de la precisión de lo que debe incluirse en el concepto de resarcimiento del daño (emergente o cesante), el nexo causal, la posible compensación del lucro con el daño, la incidencia de la culpa del acreedor y el principio de previsibilidad del daño.

Me hubiera gustado reproducir las acertadas opiniones que sostiene el autor sobre estos interesantes temas en los que, a nadie se le oculta, encierran toda la gran picaresca de la práctica contractual y en la que todo va a depender, en un último punto, de la interpretación judicial, aunque en la monografía se señalan ciertos caminos para el logro de la objetividad.

Es preciso terminar saludando a este importante trabajo con el aplauso que merece, por ser primerizo en la materia, por ser orientador de criterios y por brindar un gran elemento de estudio y meditación a quienes estamos involucrados en este conflictivo campo del negocio jurídico contractual y sus secuelas —judiciales o administrativas— y de embargos, demandas, secuestros y demás medidas de caución procesal.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DÍAZ FRAILE, Juan María: *El dominio público marítimo-terrestre. Exégesis y comentario del título primero de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, un tomo de 172 páginas.

El intervencionismo administrativo avanza de modo imparable y se acentúa más cada día. Aquí tenemos una nueva Ley que, junto a la de Aguas y la del Suelo, viene a recortar más y más el ámbito del maltrecho dominio privado. La función social de la propiedad ha dejado de ser un simple enunciado retórico para llenarse de un contenido regulado y efectivo. A este paso nos vamos de cabeza a una colectivización de la que ahora resultan escarmentados y están de vuelta los propios llamados países socialistas que han padecido el experimento.

Pero España es diferente. Aquí tenemos un estudio del dominio marítimo-terrestre, cuyo ámbito público se ha ensanchado de modo considerable por virtud de esta Ley que, ya lo decimos, sigue la tónica general de los tiempos.

Lo que podría resultar un tanto anómalo es que este estudio no la haya hecho un profesional directamente afectado por estas cuestiones, sino nuestro compañero Juan María Díaz Fraile, Registrador de la Propiedad de Astudillo, provincia

de Palencia, donde no hay muchos mares que nosotros sepamos. Pero tampoco los hay en determinada Comunidad Autónoma española cuyo estatuto, mitad por mimetismo, mitad por ansia acumulativa, se atribuye competencia sobre puertos, cuando en dicha región no hay otros puertos que los de montaña.

Pero dejémonos de bromas. El autor nos explicó sus motivos y la principal razón es que tiene inquietudes profesionales, lo que siempre es loable y está muy enterado del tema, que conoce a fondo, como lo demuestra brindándonos esta exposición muy completa.

Su libro, bien editado por el Colegio, ha sido tan solicitado por los profesionales que ya se ha agotado la tirada. Nos consta que ha sido utilizado como básico a la hora de preparar y redactar el Reglamento complementario de la Ley, que ya ha visto las páginas del *BOE*.

La obra comienza con la evolución histórica, arrancando del Derecho Romano, expresamente citado en el preámbulo de la Ley, como precedente que justifica la calificación del mar y su ribera como patrimonio colectivo, ya que eran *res communes* por ser inapropiables; esta consideración se mantiene en nuestro Derecho a través de Las Partidas, pasando a la Ley de Aguas de 1866 y a la de Puertos de 1880 en cuanto a las aguas marinas. Esta última definió la zona marítimo-terrestre como el espacio de las costas que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas y las mayores olas, recogiendo estas mismas ideas en la posterior Ley de Puertos de 1928.

El Código Civil, en su enumeración del artículo 339-1.º, se limita a considerar como bienes de dominio público los puertos, riberas, playas, radas y otros análogos y la Ley de Costas de 1969 no modificó la regulación de los puertos y apenas contiene disposiciones en relación con las aguas marinas; tan sólo amplía la zona de dominio público a las playas, entendiendo por tales las riberas del mar o de las rías formadas por superficie casi plana.

La Ley de Costas que se estudia en este libro es la que lleva fecha de 28 de julio de 1988 y se justifica en su preámbulo, según dice, por la existencia de una doble degradación física y jurídica de la zona marítimo-terrestre. En cuanto a esta última se lamenta el legislador de que con demasiada frecuencia se ha desnaturalizado el litoral por el reconocimiento de propiedades particulares dentro del dominio público, el otorgamiento de ciertas concesiones y la carencia de accesos a la costa, con lo que se ha sustraído injustificadamente el disfrute de bienes públicos a la colectividad.

El autor se ciñe en su estudio a los cuatro capítulos del Libro I de la Ley y con arreglo a su sistemática, vamos a seguirle.

En el capítulo I se contiene la clasificación y definiciones de los bienes de dominio público marítimo-terrestre. Están recogidas en el artículo 3.º de la Ley, que no vamos a repetir. El sistema está basado en el artículo 132-2 de la Constitución, que declara de dominio público estatal la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. DÍAZ FRAILE examina detalladamente los preceptos legales y la doctrina jurisprudencial respecto a los conceptos y extensión de la zona marítimo-terrestre, las playas, los recursos y la plataforma, así como de otros bienes, accesiones y terrenos ganados al mar.

En el capítulo II se regula la indisponibilidad de estos bienes, señalándose en el artículo 7 que son inalienables, imprescriptibles e inembargables, analizando el autor estas situaciones con detalle. La inalienabilidad es la regla general; sin embargo, resulta compatible con ciertos actos dispositivos de Derecho público como mutaciones demaniales, cesiones, permutas, concesiones y autorizaciones,

siempre que tales actos no produzcan una separación entre el bien afectado y el destino público al que sirven. Cree el autor que estos limitados supuestos son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, basándose en los artículos 17-3 y 18-3 del Reglamento Hipotecario que acogen los cambios de adscripción de los bienes del Estado.

La imprescriptibilidad es una regla más rígida en cuanto que las riberas del mar están destinadas al uso público por la Ley y no cabe hablar del supuesto de desafectación, único caso excepcional en el que podría admitirse la prescripción. Otro tanto cabe decir de la inembargabilidad, señalada expresamente en la Constitución y en la Ley, que supone un cierre definitivo de la protección de los bienes de la Administración.

El problema práctico más importante es el de si cabe la existencia de situaciones dominicales privadas en la zona marítimo-terrestre. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE afronta la cuestión y cree que con la actual Ley en la mano no parece haber posibilidad jurídica de enclaves privados en las riberas del mar. El artículo 8 de la Ley no admite más derechos que los de uso o aprovechamiento obtenidos por concesión de la Administración y remata con la frase de que "carecen de valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos en el Registro de la Propiedad". Aunque la Ley de Costas de 1969 permitía reconocer estos enclaves de propiedad particular, varias Sentencias posteriores del Tribunal Supremo, que el autor recoge, seguían un criterio claramente restrictivo. La Constitución señala el hito definitivo al declarar de dominio público *en todo caso* la zona marítimo-terrestre y las playas.

El problema es si la Constitución puede ser retroactiva en cuanto a los derechos perfectamente adquiridos con anterioridad por los propietarios de los enclaves privados. DÍAZ FRAILE lo estudia a fondo, compulsando las distintas doctrinas y lo que a este respecto se establece en las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas, pareciendo que éstas adoptan el sistema de convertir los derechos dominicales inscritos en derechos sólo concesionales. Esto incluso plantearía la cuestión de la constitucionalidad de estos preceptos por vulneración de los siguientes principios: interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de los derechos individuales y la garantía del derecho de propiedad privada que en caso de privación demandan una compensación indemnizatoria (art. 33 de la Constitución). Tales principios son examinados ampliamente a la luz de la actual doctrina más relevante. Las espadas están en alto, concluye DÍAZ FRAILE, y la última palabra habrá de pronunciarla el Tribunal Constitucional.

Dentro del rótulo genérico de la protección del dominio público marítimo-terrestre, en el libro se estudian las facultades de la Administración para investigar la existencia de estos bienes y de su recuperación posesoria, así como la prohibición de interdictos contra las resoluciones dictadas por la Administración en el ámbito de la Ley de Costas. Sin embargo, cabe la vía judicial y no sólo pueden ser recurridos en la vía contencioso administrativa sino que es posible también acudir a la vía civil de acuerdo con el artículo 2.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, cuando se trate de asuntos de índole civil.

En el capítulo III de este título I de la Ley se estudia el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre y nos dice el autor que ésta es una de las materias más innovadas en la Ley de 1988, tanto en lo referente a su naturaleza, como en su eficacia y sus relaciones con situaciones jurídicas amparadas en el

Registro de la Propiedad. Tras exponer de modo amplio el concepto, la naturaleza, fundamento y presupuestos de este especial deslinde administrativo, desarrolla el procedimiento para llevarlo a cabo, determinando su efectividad, para terminar con la cuestión que más nos interesa que es la incidencia de este deslinde con el Registro de la Propiedad.

El artículo 13 y siguientes de la Ley de Costas regulan esta cuestión, empezando por declarar que la resolución del deslinde es título suficiente tanto para rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias como para que la Administración pueda inmatricular los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente, aunque dejando siempre a salvo el posible ejercicio por los titulares inscritos de las acciones pertinentes. DÍAZ FRAYLE hace una gran aportación de posibles soluciones prácticas al desarrollo reglamentario de los rígidos preceptos legales, acudiendo al precedente de la regulación de los montes que puede considerarse modélica en el doble aspecto de proteger los bienes públicos y respetar los derechos privados; para ello analiza las concordancias de la normativa forestal, considerándola viable para su aplicación analógica a la materia de costas.

Resalta que el artículo 14 de la Ley concede tan sólo un plazo de cinco años para que los titulares inscritos afectados por los deslindes puedan ejercitar sus acciones, lo que supone una poda enorme en relación con el plazo general de los treinta años que para las acciones reales concede el artículo 1.963 del Código Civil. Esto también podría rozar la protección constitucional de la propiedad privada proclamada en el artículo 33.

Es sabido que otra de las normas que directamente afecta al Registro de la Propiedad es el artículo 15 de esta Ley de Costas, según el cual cuando se trate de inmatricular fincas situadas en la zona de protección (cien metros desde la costa) y que linden con el dominio público, será precisa la certificación de la Administración del Estado que acredite que no invaden dicho dominio público. El autor analiza este precepto y sus posibles incidencias.

Acaba el libro con el estudio del capítulo IV, referente a la afectación y desafectación de los bienes de este dominio público, cuestiones que el autor contempla bajo el prisma prevalente de su aplicación registral.

No es extraño que el libro se haya agotado rápidamente y desde sitios costeros siguen solicitándolo. Algo tiene el agua cuando la bendicen. Este libro es completo y utilísimo. Por ello hemos de felicitar a su autor que, aun siendo Registrador en la Tierra de Campos, marinero en tierra como quien dice, demuestra que conoce la materia marítima y la domina a la perfección.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO. *Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società*, Giuffrè Milano, 1990.

La Escuela Notarial "Anselmo Anselmi", de Roma, de gran prestigio, organiza periódicamente convenciones sobre temas candentes que inciten al razonamiento al alumnado que, en el futuro, ha de verse obligado a solventar, dentro de la legalidad, conflictos de intereses que no siempre son idénticos, conjugando ingenio con conocimiento. Ya en 1982 la temática del mismo versó sobre la multipropiedad. Y en el objeto de este volumen, con el que se solemnizó el 40.º aniversario de la fundación de la Escuela, se ha elegido uno casi diabólico en Italia, el de la

subjetividad jurídica de ciertos entes, con o sin personalidad, excluidas las sociedades, en el que son encuadrables una inmensa escala de grupos intermedios entre los que se encuentran partidos políticos, sindicatos, clubs, comités, consorcios, asociaciones, empresas familiares además de propiedad horizontal, aunque no se penetra en esferas como las de la multipropiedad y el apartotelismo, etc., sin excluir entes eclesiásticos ni formaciones extranjeras como "Trusts", "Anstalt" o "Joint-Ventures" o internacionales como los grupos europeos de interés económico.

La calificación notarial sobre subjetividad, representación orgánica o no, extensión de la misma y cuestiones anexas origina graves problemas a los Notarios de los que pueden dimanar responsabilidades de varia índole.

El tema elegido tiene, en estos últimos años sobre todo, destacada trascendencia doctrinal. Los nombres de Galgano y Pellizzi y sus escuelas son una simple muestra como lo es la reciente publicación de los dos volúmenes de Rescigno (1987), que recopilan sus estudios sobre "comunidad y persona". Otra muestra puede hallarse en el tomo del *Trattato*, de Cicu-Messineo de Derecho Civil, dedicado a "Transformación y fusión de la sociedad", apareciendo en 1989 y obra de SCARDULLA, cuya primera y extensa parte está dedicada al análisis de si las sociedades personalistas deben considerarse personas jurídicas que, sorprendentemente, resuelve en sentido positivo.

El Notario Marcello di Fabio, en uno de los trabajos obrantes en el volumen epigrafiado, el segundo en orden, ofrece un verdadero esquema del contenido de la obra, con una leve introducción a cada supuesto. Seguiremos el mismo esencialmente, cuyo título es *Intervención y responsabilidad del Notario* con referencia a la heterogénea y amplísima categoría de los "centros de imputación" que distribuye en los siguientes grupos:

A) Las Asociaciones y Fundaciones reconocidas, pese a las deficiencias de los sistemas de publicidad y en especial del rudimentario resultante del artículo 33 del Código Civil, no son elementos de excesiva trascendencia problemática, aunque se percibe la inexistencia de una norma como la resultante de las Directivas comunitarias para las sociedades que haga inoponibles a terceros de buena fe las limitaciones o desviaciones del objeto, aún registradas. Al tercero le es imposible enjuiciar sobre ello o tener a inmediato alcance publicidad registral. Tampoco hay norma que reconozca responsabilidad solidaria y personal a los promotores en relación a los actos precedentes a la legalización de tales entes.

B) Las Asociaciones y Fundaciones no reconocidas, y que no desean serlo, aun careciendo de personalidad, quedan reguladas expresamente por el Código Civil. También jurisprudencia, doctrina y la Ley de 1976 les reconocen capacidad para adquirir y enajenar inmuebles, aunque ciertos Institutos de Crédito, y muy destacados, persistan en su negativa a concederles créditos hipotecarios. En este apartado quedan incluidos Partidos Políticos y Sindicatos, entre otros entes. MASSIMO BASILE, en estudio del volumen, analiza los primeros a los que la jurisprudencia reconoce capacidad para adquirir por usucapión, aunque también apunta que para evitar las frecuentes conmociones que originan las escisiones, divisiones y agregaciones se sigue la moda germánica de las "Parteistiftungen", fundaciones a cuyo nombre figuran inmuebles, editoriales y bienes de relevancia. Los Partidos, estructurados en Federaciones, Asociaciones de base territorial u otras modalidades, tienen una regulación deficientísima. Es uno de los muchos costes de la democracia.

CARLOS GIANFRANCO PALERMO nos ofrece un trabajo sobre otras entidades sin personalidad, no sólo fundaciones fiduciarias, verdaderos patrimonios con fin

concreto y sin clara titularidad, sino sobre las sociedades simples y personalistas mercantiles, reconocidas legalmente. Se habla de subjetividad, suficiencia del sustrato, capacidad atenuada, autonomía imperfecta, pero pese a la general atipicidad puede decirse que impera la inexistencia de una normativa discreta, apenas leve. Sólo disposiciones muy generales o doctrinales constituyen un auxilio para tales naufragos.

También GENNARO MARICONDA profundiza en la representación y publicidad de estas asociaciones o entes no reconocidos con cita expresa del artículo 2.659 del Código Civil, después de la modificación de 1985 que detalla los datos que deben contener los asientos relativos a tales entes en cuanto titulares registrales de inmuebles. A su juicio, tanto la constitución como las ulteriores modificaciones o relevo de cargos deberían constar en documentos auténticos o por lo menos legitimados. Es un problema planteable en España en relación a las sociedades civiles.

C) Comités: no aparece estudio especial sobre ello; sólo las notas de DI FABIO expresan su normal constitución con diversas finalidades altruistas. Aunque el Código Civil admite la posibilidad de que alcancen personalidad jurídica (citando artículos concretos), dado su carácter temporal y circunstancial, ello ocurre muy raramente. Sin tal reconocimiento ley, jurisprudencia y doctrina coinciden en la responsabilidad personal y solidaria de promotores o gestores, lo que no basta para solucionar los ingentes y peculiares problemas que la vida real presenta.

D) Propiedad horizontal, en Italia "Condominio", y donde la figura del Administrador es singularmente relevante y más cuando los Estatutos amplían sus facultades ordinarias. ANGELO JANUZZI le dedica unas interesantes páginas en las que profundiza en su naturaleza que parece apartarse de los fenómenos simplemente comunitarios, pese a la coincidencia general en no considerar el ente personalidad jurídica, aunque en muchas ocasiones actúe como real sujeto de derecho. La jurisprudencia de casación repetidamente lo admite como ente de gestión, distinto de los copropietarios que lo integran, reconociéndole la capacidad para asumir obligaciones y la titularidad de derechos. Su estructura con *quorums* personales o de cuota, su Administrador casi representante orgánico, unas deliberaciones que afectan a ausentes y discrepantes son más bien de naturaleza asociativa. El Reglamento obra en el registro inmobiliario, pero no acuerdos que pueden afectar a futuros copropietarios, por lo que su publicidad no es completa. JANUZZI señala que también BRANCA coincide en que nos hallamos más ante una asociación que una comunidad.

E) En relación a los consorcios, instrumentos dedicados normalmente a coordinar producción e intercambio, además de las indicaciones de DI FABIANI, el volumen presenta tres estudios. El de GIOVANNA VOLPE PUTZOLU, eminente especialista, que resalta que después de la modificación de 1976 del artículo 2.602 del Código Civil los consorcios son entes muy diversos de los primitivamente regidos por la propia disposición, que se refería a los de índole interna en el cuadro de limitaciones de concurrencia que exteriormente aparecían con un mandatario común. Después de la modificación hasta el artículo 2.615 habla de órgano refiriéndose al consorcio externo, con subjetividad, el último con responsabilidad solidaria e ilimitada de sus miembros, una formación paralela al Grupo Europeo de Integración Económica.

CARLO M. TARDIVO, aunque enuncia su aportación como concretada a los consorcios para caminos vecinales, se extiende en consideraciones generales

señalando la cantidad de fenómenos heterogéneos que cubre tal denominación. Pueden ser públicos o privados, voluntarios, obligatorios y coactivos, integrados exclusivamente por sectores administrativos, mixtos o privados, subvencionados por el Estado o entes territoriales. Los públicos tienen, indudablemente, personalidad jurídica, de la que carecen la mayoría de los privados; lo reitera CARLO ANGELICI: se impone el Estatuto Personal, sin olvidar tratados ni tendencias uni-privatísticas europeas ni la actual ruta iuspolítica, la "Politisierung" de las materias de internacional privado.

Aparte los levemente reseñados, la obra contiene un estudio de MARASA sobre administración de cooperativas; otro de TONDO sobre la representación de las Agrupaciones Temporales de Empresas, así como una interesante digresión de DANIELA V. PIAZZA sobre las perspectivas de reforma del Código Civil en estas materias.

PRIETO RESCIGNO cierra el volumen con un estudio profundo, imposible de detallar en el que elogia o critica posturas expuestas, señala la necesidad de "repensar" muchos extremos, se refiere a interesantes publicaciones de LAJBHOL y KAISER sobre el origen de la llamada representación orgánica, la distinción de la representación de la voluntad y la de intereses, las sociedades civiles y las de profesionales y otros conceptos concretando la relatividad de las discriminaciones entre personas jurídicas y entes privados de personalidad pero sujetos de derecho. Un "intervento conclusivo" de elevadísima categoría.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTA DE REVISTAS

/

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Octubre 1990)

"Principios generales y Ley especial: El problema de las fuentes en la legislación de arrendamientos urbanos", por ETELVIÑA VALLADARES RASCÓN, págs. 759 a 839.

"El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal", por ELENA VICENTE DOMINGO, págs. 812 a 839

REVISTA GENERAL DE DERECHO Núm. 552 (Septiembre 1990)

"La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro", por EDUARDO FONT SERRA, pag. 6.309

"Sobre el concepto de tratamiento médico o quirúrgico en relación con el delito de lesiones", por CARLOS CLIMENT DURÁN, pag. 6.347.

"La adquisición de la nacionalidad española por los incapacitados (reflexiones en torno a un vacío legal)", por IVAN MILÀNS DEL BOSCH PORTOLÉS, pag. 6.353.

"Prueba ilícita. Entrada y registro sin previa autorización judicial", por CARLOS GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, pag. 6.375.

"Prueba de indicios. Valor meramente indiciario de la pericia dactiloscópica", por CARLOS CLIMENT DURÁN, pag. 6.391.

"Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la subasta", por FRANCISCO JAVIER GIMENO PÉREZ DE LEÓN, pag. 6.399.

"El transitario (u organizador del transporte) en Portugal: un desafío ante el año 1992", por ENRIQUE JOSÉ M. SARAIVA LIMA, pag. 6.647.

"Adecuación de las empresas de transporte a la demanda de los cargadores", por PEDRO COCA CASTAÑO, pag. 6.655.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA Núm. 4 de 1990

"El derecho de familia en Cataluña y la realidad social", por JOSÉ M. PUIG SALELLAS, pag. 875.

"La legislación de costas y las limitaciones sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar", por BELÉN NOGUERA DE LA MUELA, pag. 895.

"Comentario de urgencia a la Ley de Defensa de la Competencia", por ANTONIO FONT I RIBAS, pag. 922.

- "La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria: consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica", por RAMÓN GARCÍA ALBERO, pág. 963.
- "Conflictos legislativos de competencias entre el Estado y la Generalidad de Cataluña", por MANUEL GERPE LANDÍN, pág. 995.
- "Hacia un derecho lingüístico europeo", por PERE CUXART, pág. 1.013.
- "Los estatutos de la Sociedad Anónima", por PEDRO AVILA NAVARRO, pág. 1.027.
- "La prueba de la simulación en la doctrina civil de la Audiencia de Palma de Mallorca. un estudio de jurisprudencia menor", por SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA, pág. 1.053.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Núm. 1 (Enero-junio 1990)

- "Delimitaciones marinas en Africa occidental: el laudo arbitral sobre la delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau", por J. JUSTE RUIS, pág. 7.
- "El proceso de libre determinación de Namibia", por Á. PIGRAU SOLÉ, pág. 43.
- "El valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la Sentencia Nicaragua c. Estados Unidos de 27 de junio de 1986", por J. ROLDÁN BARBERO, pág. 81.
- "La determinación de la personalidad jurídica de las Organizaciones Internacionales no gubernamentales: contribución del Consejo de Europa", por J. M. SOBRINO HEREDIA, pág. 101.
- "La Ley aplicable a la responsabilidad precontractual en el Derecho Internacional Privado español", por S. ALVAREZ GONZÁLEZ, pág. 125.
- "La convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prénoms", por A. V. M. STRUYCKEN, pág. 153.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 150 (Octubre-diciembre 1989)

- "Investigación en economía pesquera: El estado de la cuestión en España", por MANUEL M.^a VARELA LAFUENTE y otros, pág. 9.
- "El arrendamiento y la aparcería", por LUIS RUIZ MAYA, pág. 41.
- "Análisis del mercado arrocero en el Area Metropolitana de Madrid: Un enfoque de organización sectorial", por JULIÁN BRIZ ESCRIBANO e ISABEL DE FELIPE, pág. 99.
- "El envejecimiento del empresario agrícola en España", por ANGEL PANIAGUA MAZORRA y JUAN J. LÓPEZ JIMÉNEZ, pág. 129.
- "La producción española de algodón bruto tras la integración de España en la Comunidad Europea", por PEDRO RUIZ AVILÉS, pág. 159.
- "Estructura social y económica de la agricultura y la ganadería en Galicia", por ISABEL BARDAJÍ y CARLOS MORENO, pág. 195.
- "Costes de explotaciones lecheras en Asturias. Algunas estrategias para su reducción", por ANTONIO ALVAREZ PINILLA y CARLOS ARIAS SAMPEDRO, pág. 227.

"Evolución del cooperativismo agrario en la CEE. Algunas consideraciones en torno al caso español", por JUAN F. JULIA IGUAL, pág. 247.

"Adaptación de la agricultura a la demanda ganadera: Alimentos concentrados para monogástricos", por J. PÉREZ-LANZAC y otros, pág. 269.

NOTICIAS CEE

Núm. 70 (Septiembre 1990)

"La política en materia de ayudas públicas y las empresas públicas: ¿El campo de actuación estatal tiene límites?", por LEÓN BRITTAN, pág. 11.

"El reglamento comunitario sobre el control de las operaciones de concentración de empresas. Una primera aproximación", por JOSÉ RIVAS DE ANDRÉS, pág. 19

"Cooperación política europea. Nuevos desarrollos jurídicos", por JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, pág. 31.

"La política agrícola y la política mediterránea de la CEE: un punto de encuentro", por JOSE M.^a JORDÁN GALDUF, pág. 39.

"El coeficiente de solvencia de las Entidades de Crédito", por F. JAVIER PIÑANES LEAL, pág. 47.

"La Directiva sobre despidos colectivos: su incidencia en el ordenamiento laboral español (I)", por M.^a JOSÉ FELUÓO REY, pág. 57.

